

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XXXVII  
2021



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

## Directora

Prof.<sup>a</sup> Dra. ÁNGELES SOLANES CORELLA  
Universitat de València

## Secretaria

Prof.<sup>a</sup> Dra. TERESA PICONTO NOVALES  
Universidad de Zaragoza

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof.<sup>a</sup> Dra. MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ  
Universidad de Alcalá

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ  
Universitat de València

Prof. Dr. FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO  
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. RAÚL SUSÍN BELTRÁN  
Universidad de La Rioja

Prof. Dr. ANDRÉS GASCÓN CUENCA  
Universitat de València

## CONSEJO ASESOR

Prof.<sup>a</sup> Dra. JUANA MARÍA GIL RUIZ  
Universidad de Granada

Prof.<sup>a</sup> Dra. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS  
Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA  
Universidad de Valladolid

Prof.<sup>a</sup> Dra. MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ  
Universidad de Cantabria

Prof.<sup>a</sup> Dra. ISABEL LIFANTE VIDAL  
Universidad de Alicante

Prof.<sup>a</sup> Dra. PATRICIA CUENCA GÓMEZ  
Universidad Carlos III de Madrid

Prof. Dr. JOSÉ LUIS PÉREZ TREVIÑO  
Universidad Pompeu Fabra

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA  
Universidad de Salamanca

Prof. Dr. RICARDO GARCÍA MANRIQUE  
Universitat de Barcelona

Prof.<sup>a</sup> Dra. ALESSANDRA FACCHI  
Università degli Studi di Milano

Prof. Dr. MARIO. G. LOSANO  
Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**

**ANUARIO DE FILOSOFÍA  
DEL DERECHO**

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Periodicidad: Anual  
Precio del Tomo: 45,00 € (más gastos de envío).

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

**Secretariado:** Departamento de Filosofía del Derecho y Política;  
Facultat de Dret, Universitat de València, Av. dels Tarongers, S/N,  
46022 VALENCIA  
*E-mail: [afd@mjusticia.es](mailto:afd@mjusticia.es)*

## ADMINISTRACIÓN

**Ministerio de Justicia**  
(Centro de Publicaciones)  
C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID  
Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

**Librería del Boletín Oficial del Estado**  
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID  
[tienda@boe.es](mailto:tienda@boe.es)

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XXXVII  
2021

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2021

## AFD Anuario de Filosofía del Derecho

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), que se edita desde 1953 por el centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.



<http://cpage.mpr.gob.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

---

ISSN: 0518-0872

NIPO (AEBOE): 090-20-128-0 (edición en papel)

090-20-129-6 (edición en línea, pdf)

NIPO (M.º de Justicia): 051-15-010-1 (edición en papel)

051-15-049-6 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-11151-1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

## PRESENTACIÓN DEL ADF 2021

El volumen XXXVII (nueva época) del Anuario de Filosofía del Derecho requiere una especial mención porque surge del trabajo realizado durante 2020, que será recordado como el año de la pandemia. En efecto, la irrupción del Covid-19 y la triste situación por la alarma sanitaria que dicha enfermedad ha supuesto a nivel mundial, ha afectado (como no) al normal funcionamiento del Anuario de Filosofía del Derecho. Por ello, quiero dar las gracias a las y los autores de los trabajos que este volumen recoge, las y los evaluadores, la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, las diferentes personas implicadas en la edición desde el servicio de publicaciones y la Subdirección General de Documentación y Publicaciones del Ministerio de Justicia, al renovado Consejo Asesor y al Consejo de Redacción del AFD. Solo su esfuerzo colectivo permitió que el AFD 2020 se publicara cumpliendo los plazos establecidos, a pesar del confinamiento, renovara el sello de calidad de revistas científicas españolas de la FECYT y que el AFD 2021 vea ahora la luz aunque persistan, a nivel mundial, las circunstancias adversas.

El apartado del volumen titulado Estudios de Teoría y de Filosofía del Derecho recoge dieciocho artículos, ordenados alfabéticamente por autor/a, que constatan la variedad de ámbitos de atención que aglutina nuestra área de conocimiento y ponen en evidencia su riqueza. Un primer bloque de artículos nos lleva a la centralidad de la reflexión sobre la Constitución desde nuestra materia. Por una parte, desde la argumentación jurídica, el trabajo de Josep Aguiló Regla se centra en los ajustes que el constitucionalismo jurídico debe hacer en relación con la concepción positivista de las lagunas; y, por otra, el estudio de Lucía Payero López revisa los problemas que España debe enfrentar dentro de lo que la autora considera como la mayor crisis constitucional de su historia democrática, que afecta a cuestiones como la estructuración territorial del Estado.

Un segundo conjunto de artículos reflexiona sobre la formación de los juristas en la sociedad global digital, la interacción entre el derecho y la literatura, el papel del juez y la teoría del castigo rehabilitadora. El artículo de Juana María Gil Ruiz nos obliga a plantearnos la relación entre el concepto de Derecho que regula nuestra vida y el modelo de jurista-agente que lo conformará y legitimará con su acción u omisión para apostar por un pensamiento crítico y reflexivo, metodológico, axiológico y ontológico que retroalimente a ambos. También desde el ámbito de la formación de las y los futuros juristas, Luis Bueno Ochoa, propone la interacción entre derecho y literatura, desde la hermenéutica del Derecho «como» Literatura y la crítica del Derecho «en» la Literatura. El trabajo de Juan Manuel Rodríguez Calero nos lleva al ámbito de otro operador jurídico, el juez, el protagonismo que este adquiere en la ponderación de los principios y la inexistencia de un acuerdo institucional acerca de cuál sea el tribunal superior y el papel fundamental que puede asumir la jurisprudencia constitucional. En la reflexión tanto del papel del Derecho como el de los juristas encaja el análisis de Juan Manuel Pérez Bermejo sobre las teorías del castigo rehabilitadoras acerca del hecho de que tales teorías asociadas a la prevención especial han penetrado en el área propia de las teorías retribucionistas y mixtas, de tal forma que esa expansión invita a reflexionar sobre los problemas morales y normativos que pueden plantearse.

Un conjunto de estudios se ocupa de las obras de diferentes autores de relevancia en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de temas que estos abordan desde un enfoque distinto al de otras disciplinas. En ese sentido, la obra de Ferrajoli es el punto de partida del artículo de José María Garrán Martínez sobre las críticas a los argumentos para justificar el uso de la violencia en los conflictos bélicos, como la apelación a la legítima defensa o a las exigencias derivadas de las llamadas «guerras éticas», con la finalidad de explicar el modelo de pacifismo defendido por el autor italiano. Del trabajo de Ferrajoli parte también el estudio de Marc-Abraham Puig Hernández a propósito del objetivismo moral y la dimensión sustancial de la democracia. En esta línea que permite dialogar con la obra de autores de referencia el análisis de Angelo Anzalone revisa las categorías que Antonio Rosmini utilizó para rescatar la importancia del sentido del deber y las que, Antonio Castanheira Neves propone para una relectura axiológica del derecho; Marta Rodríguez Fouz, se ocupa del terrorismo global retomando la idea de enemigo planteada por Carl Schmitt y la tesis del «derecho penal del enemigo» de Günther Jakobs; el análisis de Rafael Rodríguez Prieto explora la reflexión que Rosa Luxemburg hace sobre el derecho a la autodeterminación; y, finalmente, la propuesta de Pablo Scotto, propicia la reflexión acerca de la relación entre economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyes.

Otro bloque de trabajos se ocupa de cuestiones vinculadas a las características, el ejercicio y la garantía de los derechos. Así, por un lado,

Noelia Martínez Doallo se ocupa de la inalienabilidad de los derechos como incompetencia del titular, mientras que F. Javier Blázquez Ruiz aborda la investigación y experimentación médica en el nacionalsocialismo. Por otro lado, un conjunto de artículos aborda temas en los que se presentan conflictos de derechos y sujetos a los que estos se les limita, entre ellos, Juana María González Moreno analiza el aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Patricia González Prado revisa las críticas a la noción clásica de autonomía personal para abrirla a diversos grupos sociales sistemáticamente excluidos y se interroga sobre qué es y cómo se expresa la autonomía para quienes han sido subalternizadas/os por categorías como el sexo-género-sexualidad; y Lucía Serrano Sánchez examina la subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados para destacar la urgencia de desarrollar a nivel nacional e internacional medidas y sistemas adecuados de protección para responder a las diferentes situaciones de estos menores.

Por último, el artículo de Adolfo J. Sánchez Hidalgo reflexiona sobre la complejidad del arte retórico, desde su técnica, didáctica, ciencia, ética y praxis dialéctica, con la finalidad de trasladar esa división funcional al ámbito de la retórica forense.

En el rótulo de crítica bibliográfica se presenta un conjunto de reseñaciones sobre libros dedicados a diversas materias filosófico-jurídicas que invitan al diálogo, el análisis y la reflexión crítica. Esta parte recoge siete reseñas sobre publicaciones recientes de temas muy variados que reflejan la pluralidad de ámbitos y enfoques de investigación en los que se trabaja desde la filosofía del derecho y política. Este espacio, como hasta ahora, intenta, aunque sea parcialmente, ofrecer información sobre la producción literaria de nuestra área de conocimiento que creemos que puede resultar de interés.

En la sección destinada a las noticias se dan a conocer algunas actividades académicas sobre filosofía jurídica y política. En esta ocasión se recogen dos aniversarios. En primer lugar, el del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, que celebró el 10 de diciembre de 2020 su 30 aniversario con una jornada sobre «Los derechos humanos en el mundo de hoy». Se aprovechó este evento para cambiar su antigua denominación como Bartolomé de las Casas por Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, como reconocimiento al maestro que fue su fundador. En segundo lugar, se conmemora los 25 años del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, que fue impulsado en 1995 por la profesora María Casado, quien ha sido su directora desde entonces. Desde el Consejo de Redacción del AFD transmitimos a ambos nuestras felicitaciones.

La parte dedicada a las necrológicas pretende, como siempre, ser un homenaje y un reconocimiento a profesores que han dejado tras ellos una significativa herencia intelectual y académica. En esta ocasión, además, tristemente despedimos a dos queridos miembros de la

Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: los profesores Manuel Calvo García y José Calvo González, maestros y amigos, excelentes universitarios y magníficas personas a quienes, los que tuvimos la suerte de conocerlos, no podremos olvidar. El recuerdo al profesor Manuel Calvo García, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, nos lo brinda José Ignacio Lacasta-Zabalza, profesor emérito de Filosofía del Derecho compañero suyo también en la Universidad de Zaragoza. La memoria del profesor José Calvo González se evoca por sus discípulos y amigos, como ellos mismos se definen, de su Universidad Felipe Navarro Martínez, Cristina Monereo Atienza y María Pina Fersini. Un último recuerdo al profesor Michele Taruffo, catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Pavia nos lo ofrece José Juan Moreso, de la Unviersitat Pompeu Fabra (Barcelona), en reconocimiento a la obra, como él mismo indica, de quien ha sido uno de los mejores procesalistas y comparatistas de su generación, un gran jurista en mayúsculas.

Para terminar esta presentación, además del ya mencionado agradecimiento a todas aquellas personas que hacen posible esta publicación, quisiera invitar de nuevo a participar en este espacio de encuentro e intercambio académico que es el Anuario de Filosofía del Derecho, con contribuciones que permitan que esta revista, la más antigua en España dentro de nuestra disciplina, siga siendo un foro de referencia en la reflexión iusfilosófica sobre los problemas y los retos actuales.

Enero de 2021

ÁNGELES SOLANES CORELLA  
Directora del AFD

## SUMARIO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN DEL AFD 2021: ÁNGELES SOLANES CORELLA</b> (Directora del Anuario) .....	5
 <b>I. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	
AGUILÓ REGLA, Josep, <i>Lagunas constitucionales</i> (Universidad de Alicante) .....	15
ANZALONE, Angelo, <i>Repensar el Derecho hoy: entre la categoría rosminiana del deber y el jurisprudencialismo de Antonio Castanheira Neves</i> (Universidad de Córdoba) .....	39
BLÁZQUEZ RUIZ, F. Javier, <i>Investigación y experimentación médica en el nacionalsocialismo. Biopoder en el campo de concentración femenino de Ravensbrück. Implicaciones biojurídicas</i> (Universidad Pública de Navarra) .....	65
BUENO OCHOA, Luis, <i>Reflexiones sobre la interacción entre derecho y literatura: A propósito de una experiencia docente</i> (Universidad Pontificia Comillas de Madrid) ....	95
GARRÁN MARTÍNEZ, José María, <i>Luigi Ferrajoli: derecho internacional, guerra y garantías para la paz</i> (Universidad de Salamanca) .....	117
GIL RUIZ, Juana María, <i>Reconfigurar el derecho repensando al jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vinculantes</i> (Universidad de Granada) .....	145
GONZÁLEZ MORENO, Juana María, <i>El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental»</i> (Universidad de Málaga) .....	173
GONZÁLEZ PRADO, Patricia, <i>De la autonomía personal a la sexual: una necesaria ruptura de abstracciones</i> (Universidad Autónoma de Barcelona) .....	197

	Pág.
MARTÍNEZ DOALLO, Noelia, <i>La inalienabilidad de los derechos como incompetencia del titular</i> (Universidade da Coruña) .....	229
PAYERO LÓPEZ, Lucía, <i>La constitución territorial en crisis: cómo afrontar los conflictos de articulación nacional en España</i> (Universidad de Oviedo) .....	257
PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, <i>Las teorías del castigo rehabilitadoras: una reconsideración crítica</i> (Universidad de Salamanca) .....	281
PUIG HERNÁNDEZ, Marc-Abraham, <i>El objetivismo moral y la dimensión sustancial de la democracia de L. Ferrajoli</i> (Universidad Autónoma de Barcelona) .....	307
RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, <i>La proyección de la complejidad institucional en la decisión jurídica</i> (Universidad de La Laguna) .....	327
RODRÍGUEZ FOUZ, Marta, <i>Enfrentando al enemigo. Cortocircuitos normativos en las respuestas a las amenazas del terrorismo global</i> (Universidad Pública de Navarra) .....	349
RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael, <i>Rosa Luxemburg y el derecho de autodeterminación. Una revisión crítica en el centenario de su muerte</i> (Universidad Pablo de Olavide) .....	371
SÁNCHEZ HIDALGO, Adolfo J., <i>El arte retórico: división funcional y aplicación a la retórica forense actual</i> (Universidad de Córdoba) .....	409
SCOTTO, Pablo, <i>Economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyes</i> (Universidad de Barcelona) .....	435
SERRANO SÁNCHEZ, Lucía, <i>La subordinación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados</i> .....	463

## II. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

CREGO, Jorge, <i>La forma del Derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del Rule of Law</i> , Madrid, Marcial Pons, 2020 (Pedro Rivas, Universidad Austral, Argentina) .....	489
DE FAZIO, Federico, <i>Teoría principalista de los derechos sociales</i> , Barcelona, Marcial Pons, 2019 (Matías Manelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina) .....	493
DE LUCAS, Javier, <i>Decir no. El imperativo de la desobediencia</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (Ángeles Solanes Corella, Universitat de València) .....	498
GARCÍA LÓPEZ, Daniel J., <i>La máquina teo-antropo-legal. La persona en la teoría jurídica franquista</i> , Madrid, Dykinson, 2020 (Luisa Winter Pereira, Universidade de Coimbra) .....	506

	Pág.
HOREL, Stéphane, <i>Lobbytomía: cómo los grupos de presión envenenan nuestras vidas y la democracia</i> , San Sebastián de los Reyes, Morata, 2019 (David Vila-Viñas, Universidad de Zaragoza) .....	508
RIVERO ORTEGA, Ricardo, <i>¿Para qué sirve el Derecho?</i> , Bogotá, Grupo Ed. Ibáñez, 2019 (José Antonio Ramos Pascua, Universidad de Salamanca) .....	513
RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael, <i>Retos jurídico-políticos de internet</i> , Madrid, Dykinson, 2019 (Laura Flores Anarte, Universidad de Sevilla) .....	519
 <b>III. NOTICIAS</b>	
<i>30 aniversario del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba</i> , Lara Cuenca Gómez (Universidad Carlos III de Madrid) .....	525
<i>El Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona cumple 25 años</i> , Ricardo García Manrique (Universitat de Barcelona) .....	527
 <b>IV. OBITUARIO</b>	
<i>Manuel Calvo García. En el recuerdo</i> , José Ignacio Lacasta-Zabalza (Universidad de Zaragoza) .....	531
<i>En recuerdo del profesor José Calvo González (1956-2020)</i> , Felipe Navarro Martínez, Cristina Monereo Atienza y María Pina Fersini (Universidad de Málaga) .....	536
<i>En busca de la verdad. En recuerdo de Michele Taruffo</i> , José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra de Barcelona) .....	541

**I**

**ESTUDIOS DE TEORÍA Y DE FILOSOFÍA  
DEL DERECHO**

# Lagunas constitucionales

## *Constitutional Gaps*

Por JOSEP AGUILÓ REGLA\*  
Universidad de Alicante

### RESUMEN

*El texto trata de desentrañar la cuestión de las lagunas constitucionales, mostrando las semejanzas y diferencias con las lagunas legales (tesis del defecto y tesis del desbordamiento). Se centra también en los ajustes que el constitucionalismo jurídico (la teoría del Derecho adaptada al Estado constitucional) debe hacer en relación con la concepción positivista de las lagunas.*

Palabras clave: *Laguna constitucional, laguna jurídica, constitucionalismo jurídico, postpositivismo, método jurídico, argumentación jurídica.*

### ABSTRACT

*The article tries to unravel the question of constitutional gaps, showing the similarities and differences with the legal gaps (thesis of defect and thesis of overflow). It also focuses on the adjustments that legal constitutionalism*

---

\* ORCID: 0000-0002-8560-8802. Agradezco a Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Álvaro Nuñez, Danny Cevallos, Hector Alejandro Morales Zuniga y Betzabé Marciani los comentarios, sugerencias y correcciones que han formulado al presente texto.

*(the theory of law adapted to the constitutional state) must make in relation to the positivistic conception of legal gaps.*

Keywords: *Constitutional gap, legal gap, legal constitutionalism, postpositivism, legal method, legal argumentation.*

*En memoria de Miquel Dols Roca*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LAGUNAS CULTURALES, LAGUNAS CONSTITUCIONALES Y LAGUNAS LEGALES. – 2. EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE LA EXPRESIÓN «LAGUNA CONSTITUCIONAL». – 3. LA TEORÍA DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS: LAGUNAS NORMATIVAS, LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO. – 4. ¿LAGUNAS CONSTITUCIONALES? – 5. ESTADO CONSTITUCIONAL Y LAGUNAS JURÍDICAS: «DARSE UNA CONSTITUCIÓN», «TENER UNA CONSTITUCIÓN» Y «PRACTICAR UNA CONSTITUCIÓN». – 6. DE NUEVO SOBRE LOS EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE «LAGUNA CONSTITUCIONAL». – 7. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION: CULTURAL GAPS, CONSTITUTIONAL GAPS AND LEGAL GAPS. – 2. SOME NON-EXTRAVAGANT EXAMPLES OF «CONSTITUTIONAL GAPS». – 3. THE THEORY OF LEGAL GAPS: NORMATIVE GAPS, AXIOLOGICAL GAPS AND RECOGNITION GAPS. – 4. CONSTITUTIONAL GAPS? – 5. CONSTITUTIONAL STATE AND LEGAL GAPS: «ENACTING A CONSTITUTION», «HAVING A CONSTITUTION» AND «PRACTICING A CONSTITUTION». – 6. BACK TO THE NON-EXTRAVAGANT EXAMPLES OF «CONSTITUTIONAL GAPS». – 7. SOME CONCLUSIONS.

## 1. INTRODUCCIÓN: LAGUNAS CULTURALES, LAGUNAS CONSTITUCIONALES Y LAGUNAS LEGALES

Tras enunciar el significado natural de «laguna» (1. «Depósito natural de agua...»), el DRAE distingue otros cuatro sentidos vinculados a entidades culturales: 2. «En los manuscritos o impresos, omisión o hueco en que se dejó de poner algo o en que algo ha desaparecido por la acción del tiempo o por otra causa»; 3. «Defecto, vacío o solución de continuidad en un conjunto o una serie»; 4. «Carencia en la formación intelectual de una persona»; 5. «Olvido o fallo de la memoria». Y el propio diccionario del español jurídico (dependiente de la RAE y del CGPJ) define «laguna legal» o «laguna normativa» como «inexistencia de regulación para un supuesto de hecho, que no ha sido contemplado por el ordenamiento jurídico».

Tenemos, pues, un sentido natural de laguna y cinco sentidos culturales, donde uno de ellos es específicamente jurídico. Si

reparamos en los sustantivos utilizados en las definiciones de los sentidos culturales (omisión, hueco, defecto, vacío, carencia, olvido, fallo, inexistencia) es fácil percatarse de que todos apuntan a la idea de que falta algo que debería estar; es decir, a la idea de defecto o carencia. Si esto es así, parece claro que no puede haber lagunas que sean buenas o positivas, lagunas que no supongan un defecto.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de lagunas constitucionales? A primera vista, parecería que la expresión «laguna constitucional» debería adquirir su sentido a partir de su pertenencia al género «laguna jurídica» y de su oposición a la especie «laguna legal»; y aproximadamente así voy a estipularlo al final del trabajo. Sin embargo, hay un uso muy extendido que supone tratar las expresiones «laguna jurídica», «laguna legal» y «laguna normativa» como sinónimas, como intercambiables. Pero, además, ocurre que la expresión «lagunas constitucionales» es ambigua y puede aludir a dos situaciones que, en principio, parecen bien diferentes entre sí. Una es «lagunas del texto constitucional» y, otra, «lagunas jurídicas que son el resultado de una falta de desarrollo constitucional» (o del incumplimiento del «deber ser» constitucional o, dicho en términos más políticos, de las «promesas constitucionales»). Más allá de esta ambigüedad, empezaré estudiando únicamente las «lagunas del texto constitucional»; las otras, las «lagunas jurídicas por incumplimiento del deber ser constitucional», aparecerán más adelante y se explicarán como un desarrollo natural del análisis que haremos del primer sentido.

En relación con «lagunas del texto constitucional» trataré de defender dos tesis: la tesis del desbordamiento y la tesis del defecto. La tesis del desbordamiento sostiene que el uso que se hace de la expresión «laguna constitucional» desborda el concepto de «laguna legal» porque con frecuencia alude a casos que están más próximos a los sentidos meramente culturales de laguna que al sentido estrictamente jurídico recién enunciado y que, más adelante, será retomado. Pero, por otro lado, esos usos de la expresión «laguna constitucional» tendrán que compartir con todas las nociones culturales de laguna la propiedad de constituir un defecto o una carencia (tesis del defecto). Esto es importante porque nos encontraremos con ausencias de normas constitucionales que en apariencia podrían constituir una laguna constitucional, pero que en realidad no pueden ser consideradas tales porque lejos de suponer un defecto de la constitución, supondrán un acierto de la misma. Por tanto, no toda ausencia de norma que en principio «merecería» estar en la constitución, constituirá una laguna constitucional.

Estas dos tesis relativas a las «lagunas constitucionales» me permitirán, a su vez, ilustrar otras dos tesis de teoría jurídica de la constitución sobre las que vengo insistiendo desde hace tiempo. La primera es la tesis de la diferencia entre «interpretación de la ley» e

«interpretación de la constitución»; tesis que tiene como corolario la máxima de que lo que es virtud en la ley puede ser vicio en la constitución y, a la inversa, lo que es vicio en la ley puede ser virtud en la constitución. La segunda tesis es la de que una buena teoría jurídica de la constitución debe ser capaz de distinguir y dotar de sentido a tres perspectivas (o momentos) diferentes a la hora de considerar una constitución: «darse una constitución», «tener una constitución» y «practicar una constitución»<sup>1</sup>. Si bien se considera, esta última tesis está muy emparentada con la anterior, pues la diferencia interpretativa entre constitución y ley tiene mucho que ver con la diferencia entre la «dinámica rígida de la constitución» y la «dinámica flexible de la legislación».

En cualquier caso, antes de empezar quisiera pedirle al lector dos cosas: la primera, algo de paciencia (pues nada va a resultar claro de manera inmediata); y la segunda, que se deje llevar (pues hay mucho que construir y se va a generar un cierto vaivén).

## 2. EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE LA EXPRESIÓN «LAGUNA CONSTITUCIONAL»

Empecemos mostrando algunos ejemplos de usos reales o potenciales de la expresión «laguna constitucional». Todos los ejemplos están tomados de la Constitución española, pero lo que se va a decir es perfectamente trasladable a otros órdenes constitucionales. En consecuencia, estas ilustraciones pretenden tener un alcance general, no meramente idiosincrásico.

*a)* Andrés Ollero (Magistrado del Tribunal Constitucional español): «La Constitución tiene muchas lagunas, pero nadie quiere “abrir el melón” de reformarla [...] Por ejemplo, el texto no especifica cuáles son las Comunidades Autónomas existentes en España...»<sup>2</sup>.

*b)* Manuel Atienza (catedrático de filosofía del Derecho): «[...] lo que sí sería importante es establecer una cláusula que fijara con precisión (lo que no hace la actual Constitución) cuáles son las com-

<sup>1</sup> Véanse respectivamente AGUILÓ REGLA, J., «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012; y AGUILÓ REGLA, J., «Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución», en *Isonomía*, núm. 28, 2008.

<sup>2</sup> Entrevista a Andrés Ollero por José Antonio Muñoz, en *Ideal*, Granada, 24 de junio de 2019.

petencias [no transferibles] del Estado»<sup>3</sup>. Y en la exposición oral de este texto, Atienza recurrió a la expresión «laguna de la Constitución»<sup>4</sup>.

c) El texto constitucional nada dice del aborto. ¿Es el aborto un caso de laguna constitucional?

d) Artículo 117.1: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». El artículo no menciona la imparcialidad judicial ¿significa ello que el legislador puede disponer del principio de imparcialidad judicial? ¿Es la imparcialidad judicial una laguna constitucional?

e) La Constitución no reconoce el derecho a la protección de los datos personales, aunque todo el mundo parece asumir que es un derecho derivado del derecho a la intimidad (art. 18.1). ¿Estamos ante una laguna constitucional?

f) Artículo 99.5: «Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del Presidente del Congreso». ¿Y si no hubiera primera votación de investidura porque nadie se presentara como candidato a la presidencia, ¿cuándo empezaría a contar el plazo de dos meses? ¿Se trata de una laguna constitucional?

g) El apartado 1 del art. 3 establece que «el castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla»; y el apartado 2, «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos». ¿Puede un Estatuto de Autonomía establecer el deber de conocer la lengua propia? ¿Y la prunción de conocimiento de la misma?

h) El artículo 15 prohíbe «las penas y los tratos inhumanos o degradantes». ¿Obligar a vestir un uniforme de preso es un trato degradante?

Todo lo anterior no es más que un pequeño muestrario de situaciones jurídicas respecto de las cuales se recurre (o se puede recurrir) a la expresión «laguna constitucional» sin caer en la extravagancia. ¿Es acertado este recurso? ¿Presenta peculiaridades respecto de la idea de «laguna legal»? Una cosa es evidente: todos los ejemplos aluden a algo que no está en la Constitución; lo que es dudoso es si algunas de esas ausencias pueden considerarse un defecto y/o una carencia. Pero

---

<sup>3</sup> El apartado 2 del artículo 150 formula de manera muy vaga el límite a la transferibilidad de las materias; dice así: «El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación».

<sup>4</sup> ATIENZA, M., «En el 40 aniversario de la Constitución española», en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/12/en-el-40-aniversario-de-la-constitucion.html>

no nos adelantemos y tratemos de precisar el concepto de laguna jurídica (o laguna legal) y de presentar algunas distinciones que parecen imprescindibles en el tratamiento de las lagunas.

### 3. LA TEORÍA DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS: LAGUNAS NORMATIVAS, LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y LAGUNAS DE RECONOCIMIENTO

La teoría del Derecho ha construido el concepto de laguna legal (o jurídica) a partir de otros dos conceptos más básicos: el de norma jurídica (en el sentido de regla) y el de sistema jurídico (en el sentido de conjunto de normas jurídicas). Simplificando mucho las cosas, puede decirse que una norma jurídica (una regla) es un enunciado normativo que correlaciona un caso (o supuesto de hecho) con una solución normativa (una conducta calificada como obligatoria, prohibida o permitida)<sup>5</sup>. Es decir, un enunciado que adoptaría una estructura condicional semejante a esta: si se dan las propiedades a, b y c (caso), entonces prohibido/obligatorio/permitido realizar la acción p (solución normativa). La noción de sistema jurídico es la de conjunto ordenado de enunciados jurídicos; simplificando nuevamente podemos reducirlo a un conjunto ordenado de reglas como las anteriores.

Atendiendo a estas dos restricciones conceptuales es fácil entender a qué se refería el diccionario jurídico cuando definía «laguna legal o normativa» como inexistencia de regulación para un supuesto de hecho. Ahora bien, ha habido autores, como Kelsen, que han sostenido que en el Derecho no podía haber lagunas porque todo sistema jurídico incluía una regla de clausura que establecía que «todo lo que no está prohibido está permitido»<sup>6</sup>. Este argumento fue criticado de manera definitiva por Alchourrón y Bulygin al mostrar que esa regla de clausura era contingente, no necesaria; y que allí donde no había sido positivamente establecida podía perfectamente haber lagunas jurídicas. Sea

---

<sup>5</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974. Siempre he usado con pequeños ajustes la rica tipología de enunciados jurídicos debida a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (*Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996); en consecuencia, resulta evidente la simplificación operada: los diferentes tipos de normas regulativas han quedado reducidos a las «reglas de acción».

<sup>6</sup> Escribe KELSEN, «Lo esencial de esta argumentación [la de que hay lagunas] reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido [regla de clausura]», KELSEN, H., *La teoría pura del derecho* (trad. de R. Vernengo), UNAM-Porrúa, México, 1991 8.<sup>a</sup> reimpresión), p. 255.

como fuere, para empezar a abordar la cuestión voy a guiarme por la distinción entre lagunas normativas, lagunas axiológicas y lagunas de reconocimiento trazada por Alchourrón y Bulygin<sup>7</sup>, aunque iré marcando las distancias respecto de la misma.

La idea de laguna normativa está asociada a la de defecto lógico del sistema jurídico, pues supone un atentado contra el ideal racional de completitud (o plenitud) de los sistemas de enunciados (en nuestro caso, de los sistemas jurídicos). Y así, decimos que en un sistema jurídico hay una laguna normativa cuando nos encontramos con un caso (un conjunto de propiedades previstas por el propio sistema jurídico) que no tiene asociado una solución normativa, una respuesta jurídica. Propiedades previstas, combinación de propiedades no prevista y ausencia de respuesta jurídica son, pues, los elementos esenciales de las lagunas normativas. Por ello, constituyen –se dice– un defecto lógico del sistema jurídico. En definitiva, no hay regla aplicable al caso (las reglas del sistema resultan, en este sentido, infraincluyentes en relación con el caso) y, en general, suele decirse que hay que proceder a la «ampliación analógica» de las reglas existentes para poder resolver el problema jurídico que suponen.

Distinta es la noción de laguna axiológica, pues apunta en una dirección diferente. Las lagunas axiológicas están asociadas a la idea de defecto valorativo del sistema jurídico y, en este sentido, suponen un atentado contra el ideal racional de justicia de los sistemas jurídicos<sup>8</sup>. Un sistema jurídico contiene una laguna axiológica cuando el sistema de reglas resuelve un caso, pero lo hace ignorando una propiedad relevante que apuntaría a una solución correcta diferente de la prevista por la regla. Las lagunas axiológicas son el resultado de que las reglas, en ocasiones, resultan sobreincluyentes; abarcan más de lo que justificadamente («en justicia») deberían abarcar. En resumen: hay regla aplicable al caso, pero el caso presenta una propiedad que justificaría («merecería») una respuesta diferente a la dada por la regla. Estas lagunas están emparentadas tanto con las «viejas» cuestiones de la equidad y de la formulación de excepciones a las reglas como con la «muy actual» de la derrotabilidad de las reglas.

Las lagunas de reconocimiento apuntan a la idea de defecto del sistema jurídico por falta de claridad semántica de las reglas; atentan, pues, contra la precisión del lenguaje de las reglas jurídicas y el ideal racional de la seguridad jurídica. Un sistema jurídico contiene una

---

<sup>7</sup> ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974. Su distinción incluye además las llamadas «lagunas de conocimiento», pero para los fines de nuestro análisis es un tipo perfectamente prescindible. Más adelante propondré prescindir también de la noción de laguna de reconocimiento.

<sup>8</sup> Esta última afirmación nunca sería suscrita por los autores de la distinción, Alchourrón y Bulygin, pues tratan las cuestiones valorativas vinculadas a la aplicación de normas como meramente subjetivas, como una pura cuestión de preferencias subjetivas.

laguna de reconocimiento cuando no podemos saber si un caso individual encaja o no en un caso genérico porque la formulación de las propiedades que definen el caso genérico previsto por la regla padece de indeterminación semántica y/o imprecisión lingüística. Las lagunas de reconocimiento, vistas como problemas jurídicos, pueden adoptar dos formas diferentes: como problemas de calificación y/o como problemas de interpretación<sup>9</sup>. Un problema de calificación es aquel en que se sabe cuáles fueron los hechos del caso (qué ocurrió), pero se duda respecto de si esos hechos conocidos encajan o no en el caso genérico previsto por la regla debido a la imprecisión de su formulación (¿cómo se califican estos hechos conocidos?, ¿encajan en el caso genérico previsto por la regla?). Los problemas de calificación se resuelven bien con un «sí encajan», que se justifica mediante un razonamiento *a simili* o *a pari*; o bien con un «no encajan», que se justifica recurriendo a un razonamiento *a contrario sensu*. Si la laguna de reconocimiento se plantea como un problema de interpretación (¿qué significan las palabras de esta regla?), entonces el problema jurídico se resuelve bien mediante una interpretación ampliativa del significado de las palabras de la regla, bien mediante una interpretación restrictiva de las mismas.

Esta distinción entre los tres tipos de lagunas, que parece clara, pierde sin embargo su nitidez a la luz de los principios jurídicos<sup>10</sup>. En efecto, si se da entrada a los principios en el razonamiento jurídico, ocurre que estos juegan su papel justificativo tanto en relación con la existencia de las lagunas (sean del tipo que sean) como con la solución al problema jurídico que ellas suponen (sean del tipo que sean). Y, como consecuencia de ello, todo adquiere unos «tonos axiológicos» que difuminan las «nítidas» diferencias entre los tipos de lagunas<sup>11</sup>. La justificación de que estamos ante una laguna jurídica, sea del tipo que sea, requiere, pues, de un juicio de relevancia; y este juicio es de naturaleza ponderativa y valorativa. Ello es así porque, en general,

<sup>9</sup> Véanse MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; y ATIENZA, M.: *Las razones del Derecho*, CEC, Madrid, 1991.

<sup>10</sup> No es casualidad que Alchourrón y Bulygin sean autores positivistas y completamente escépticos en materia de principios jurídicos y de juicios de valor. Juan Ruiz Manero ha reconstruido esta teoría asumiendo una perspectiva postpositivista e integrando en ella los principios jurídicos. Véanse RUIZ MANERO, J., «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en ATRIA, F. (y otros), *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y RUIZ MANERO, J., «Sistema jurídico: lagunas y antinomias», en González Lagier, D. (ed.), *Conceptos jurídicos básicos*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

<sup>11</sup> Soy consciente de que muchos pensarán que hay que distinguir entre la «identificación» de la laguna y la solución a la misma; de forma que la identificación no exija siempre un juicio de valor. Sin embargo, la tesis que voy a sostener es que la idea de laguna presupone algo así como la de «norma debida». Bien mirado, el concepto jurídico de laguna se parece mucho al concepto jurídico de omisión. La omisión de una acción presupone que la acción en cuestión «es debida»; la laguna (la falta de norma) presupone que la norma en cuestión «es debida» en algún sentido.

no puede hablarse de una «regla de clausura», pero sí de un «principio de clausura» que establece que «lo que el Derecho no ha seleccionado explícitamente como relevante, no es relevante». Y la ponderación de este principio «institucional» con los otros principios aplicables al caso es lo que produce el juicio de relevancia<sup>12</sup>.

Las lagunas normativas suponen algo más que un mero «defecto lógico» del sistema jurídico, atentan también contra el ideal de justicia del mismo. ¿Por qué? Porque dentro de los casos no regulados (cuestión lógica) únicamente los casos relevantes (cuestión axiológica) constituyen una laguna normativa. Las lagunas axiológicas, por definición, exigen un juicio de relevancia jurídica: solo las propiedades no contempladas por el sistema jurídico que son valorativamente relevantes pueden constituir (y/o justificar la existencia de) una laguna axiológica. En este sentido, las lagunas atentan siempre contra el ideal de justicia del sistema jurídico<sup>13</sup>. Y, finalmente, las llamadas «lagunas de reconocimiento» no son, en realidad, lagunas porque no hay carencia de norma. Y es precisamente el hecho de que no falte norma lo que explica que para su detección y/o justificación no se requiera en absoluto un juicio de relevancia. Bien miradas, estas supuestas «lagunas» no son otra cosa que problemas de interpretación de las palabras de una regla (¿qué significan las palabras de esta regla?) y/o de calificación de unos hechos en relación con una norma existente.

Por otro lado, la nitidez de la distinción se pierde también si se la mira desde la perspectiva no de la detección o justificación de la laguna, sino desde la de las operaciones destinadas a resolver los problemas jurídicos que las lagunas representan; todas esas operaciones involucran principios y todas ellas tienen una naturaleza valorativa y/o ponderativa. El «supuesto defecto lógico» de las lagunas normativas remite a la analogía y a la coherencia valorativa; las llamadas

---

<sup>12</sup> «Se trata de una regla de clausura o de un principio de clausura? La discusión no me parece interesante. Lo importante es darse cuenta de que se opera con distintos tipos de normas en los diferentes ámbitos. Por ejemplo, en el ámbito del Derecho Penal la ponderación entre el principio de clausura y el principio de legalidad penal da como resultado una regla de clausura que no admite excepciones. En otros ámbitos, probablemente pueda hablarse de una regla de clausura que sí admite excepciones. Y, finalmente, puede haber ámbitos en los que únicamente tenga sentido hablar de un principio de clausura.

<sup>13</sup> Kelsen era perfectamente consciente de que detrás de la idea de «laguna jurídica» solo podía haber un juicio de valor (cosa distinta es su relativismo respecto de los mismos). Así escribe: «Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una “laguna” solo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del Derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación [laguna normativa]. Pero como inconveniente o injusta puede verse la aplicación del orden jurídico válido [por ejemplo, las lagunas axiológicas]. Ni en un caso ni en el otro existe una laguna en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido; y, por lo menos, es inconsistente suponer solo en un caso, pero no en el otro, una laguna». KELSEN, H., *ob. cit.*, pp. 255.

«lagunas axiológicas», a la equidad y a la formulación de excepciones a las reglas (a la «derrota» de las reglas<sup>14</sup>); y, las llamadas «lagunas de reconocimiento» remiten, bien a la redefinición de las palabras de las reglas, cuando adoptan la forma de un problema de interpretación; o bien, a la determinación y/o concreción de las reglas, cuando adoptan la forma de un problema de calificación<sup>15</sup>. En definitiva, los principios y los juicios de valor juegan su papel tanto en la justificación de la detección de las lagunas (sean del tipo que sean), como en la justificación de la solución del problema jurídico que suponen (sean del tipo que sean).

En cualquier caso, hagamos de la necesidad virtud y, aunque sea provisionalmente, sigamos recurriendo a la distinción de marras para plantear la cuestión de las lagunas constitucionales.

#### 4. ¿LAGUNAS CONSTITUCIONALES?

Aceptemos, en primer lugar, que, por más formalistas que nos pongamos, no es posible sostener que hay algo parecido a una regla de clausura constitucional que haga imposibles las lagunas constitucionales<sup>16</sup>. Una solución «nominal» a la Kelsen sería lo más parecido a una «pseudosolución». Retomemos, pues, algunos de los ejemplos de usos no extravagantes de la expresión «laguna constitucional» expuestos en el epígrafe 2 y proyectemos sobre ellos la distinción recién explicada procurando mantener nítidas las diferencias entre los tipos de lagunas.

---

<sup>14</sup> Siempre me ha parecido que la expresión «derrotabilidad de las reglas» despista más que aclara cuando hablamos del Derecho. Si se acepta (y entiende) el papel justificativo de los principios, las reglas válidas nunca resultan derrotadas. Quien quiera (por razones genuinas o espurias, ahora da igual) desplazar una regla válida, lo primero que tendrá que hacer es mostrar que la regla en cuestión tiene un sentido protector y/o promocional de algo y que, precisamente por ello, no resulta finalmente aplicable al caso en cuestión. El *dictum* de «la excepción confirma la regla» (aunque a primera vista pueda parecer paradójico) resulta infinitamente más pregnante para dar cuenta de este tipo de soluciones a problemas normativos que la expresión «derrotabilidad de las reglas».

<sup>15</sup> Todas las operaciones del método jurídico recién enumeradas involucran una importante actividad del intérprete/aplicador del Derecho. Puede decirse que todas ellas –y sin entrar ahora en mayores precisiones– suponen que el intérprete/aplicador ejerce discrecionalidad en algún sentido. Ahora bien, hay dos grandes maneras de concebir esas operaciones y la discrecionalidad que implican. Desde el positivismo de las reglas, se asume que el juez (intérprete/aplicador) es libre (en un sentido más o menos fuerte) para decidir y que las razones que pueda usar están fuera (más allá) del propio Derecho. Por el contrario, desde el postpositivismo se afirma que la discrecionalidad del juez implica la responsabilidad (es decir, el deber) de hallar y de justificar jurídicamente la mejor respuesta. Y dado que «debe» implica «puede», el postpositivismo asume que esta justificación jurídica es posible.

<sup>16</sup> Cfr. NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astra, Buenos Aires, 1992, pp. 95 ss.

Empecemos por un caso claro, el de la disolución de las Cámaras como consecuencia de la fallida investidura del Presidente del Gobierno. El ejemplo f), en mi opinión, encaja perfectamente en el concepto estricto de laguna normativa recién explicado. La Constitución introduce un conjunto de propiedades relevantes y hay una combinación de ellas que no tiene respuesta normativa. El sistema de reglas relativas a la disolución de las Cámaras tras las fallidas sesiones de investidura contiene un defecto, una laguna; pues no dice nada respecto del caso de que no hubiera habido primera votación por falta de candidatura a la presidencia del gobierno. Es claro que estamos ante un defecto de regulación que puede calificarse de «defecto lógico». El defecto en términos axiológicos es tan manifiesto que puede incluso pasar inadvertido; pero, bien mirado, a nadie se le escapa que una situación de bloqueo del sistema político es extremadamente «relevante» en términos axiológicos. Si hubiera ocasión de volver a redactar el artículo en cuestión, parece claro que se dispondría de una solución para el caso de que no hubiera candidato para una primera votación. La solución (por la vía de la reforma de la constitución o de la determinación legislativa) tiene que consistir en evitar lo que convierte en relevante (en laguna) dicha ausencia de regulación: es decir, en evitar el bloqueo del sistema político. Este ejemplo nos permite extraer ya una primera conclusión: se puede hablar de lagunas normativas respecto de la Constitución en el mismo sentido en que se hace respecto de la legislación. Si hay un ejemplo claro y acertado no hay razón para renegar del concepto de «laguna constitucional» en el sentido estricto de laguna normativa. Cuestión diferente es la de su relevancia cuantitativa y cualitativa, pero eso no afecta al concepto de «laguna constitucional» porque, como se acaba de mostrar, «haberlas, haylas».

¿Es el aborto una laguna constitucional? ¿Se trata de una laguna axiológica? Repasemos ahora el ejemplo c). El «derecho a la vida», tal como está formulado en la Constitución, apunta en una dirección que invita exclusivamente a la prohibición del aborto. Muchos pensamos que si se toman en consideración algunas propiedades omitidas por ese artículo, no solo nos encontramos con casos en los que el aborto debe ser lícito (así es como lo ha desarrollado la legislación española), sino que además puede incluso configurarse como un derecho de las mujeres. Pero lo cierto es que si se toma únicamente el derecho a la vida como parámetro de evaluación, se apunta en el sentido de la prohibición del aborto. Obviamente, en este punto no faltará alguien que diga que el «derecho a la vida» es un principio y que como tal no es concluyente, sino que es ponderable y que, por tanto, no estamos ante una laguna axiológica. Naturalmente, nadie piensa que la Constitución debería haber «regulado» todos los casos de licitud del aborto, pero sí se puede pensar que, como en tantísimas otras ocasiones, la Constitución debería haber hecho una remisión a la ley e incluir una coletilla del tipo «la ley regulara los casos de aborto lícito». Dado que no lo

hizo, ¿estamos ante una laguna constitucional, ante una laguna axiológica? Para responder a esta pregunta antes habrá que resolver otra cuestión: ¿la omisión de cualquier referencia al aborto en el texto constitucional (hecho fácilmente constatable) es realmente un defecto de la Constitución? La respuesta es necesaria porque solo si hay «defecto» parece que tiene sentido hablar de laguna. Visto desde la perspectiva de hoy en día todo es mucho más fácil, pero la omisión del «aborto» en la Constitución fue un acierto, no un defecto. Es verdad que, desde que se aprobó la Constitución en 1978 hasta ahora, se ha librado una batalla político-jurídica que ha conseguido resolver la cuestión y, en gran medida, estabilizar una respuesta relativamente consensuada en materia de aborto. Esta respuesta ha sido el resultado de una maduración de la cuestión a través del debate colectivo. Si hoy se reescribiera la Constitución, probablemente reflejaría el consenso alcanzado en estos años e incluiría una coletilla del tipo de «la ley regulará...». Pero, y esto es lo importante, en la España de 1978, la constitucionalización del aborto o bien hubiera resultado imposible, o bien hubiera generado un rechazo tal por parte de la población católica que hubiera supuesto un gravísimo problema político para que la Constitución echara a andar<sup>17</sup>.

El lector que haya llegado hasta aquí puede pensar que lo que se acaba de decir a propósito del aborto en España tiene bastante de especulativo («si entonces era imposible...», «si hoy en día se redactaría...») y de idiosincrásico (todo muy español). Y algo de eso hay. Ahora bien, lo interesante a efectos teóricos radica en los siguientes puntos. El primer punto es completamente general: el paso del tiempo y los cambios en la conciencia valorativa de los intérpretes, aplicadores y destinatarios de las normas pueden hacer aflorar lagunas axiológicas que perfectamente podían haber pasado inadvertidas durante largo tiempo. Esta afirmación vale tanto para los textos legales como para los textos constitucionales. Aceptarla, sin embargo, no supone en absoluto adherirse a la tesis tantas veces repetida por muchos autores positivistas de que las lagunas axiológicas pertenecen al puro dominio de la subjetividad del intérprete.

El segundo punto a considerar en términos teóricos es que, si interpretamos el derecho a la vida como un principio que debe ser ponderado con otros principios, entonces no cabe hablar de la omisión de la referencia al aborto como una laguna en el mismo sentido en el que lo hacemos al referirnos a las lagunas jurídicas y/o lagunas legales. En el nivel constitucional no falta regla porque el principio todavía no ha sido

---

<sup>17</sup> En este punto, no quiero dejar de referirme al Tribunal Constitucional español actual. Lleva más de diez años sin dictar sentencia declarando la constitucionalidad de la última ley del aborto. ¿Por qué no lo hace? En mi opinión, por la falta de independencia de algunos de sus magistrados que indebidamente desempeñan funciones de representación de intereses políticos y/o religiosos. Naturalmente ello erosiona la legitimidad democrática del Tribunal; pero no precisamente por resultar contramayoritario, sino por la falta de independencia de los magistrados. En cualquier caso, para un balance general véase LIFANTE VIDAL, I., «40 años de justicia constitucional en España», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 2019, pp. 177 ss.

ponderado con los otros principios. Pero, si a pesar de ello, se quiere seguir hablando de laguna, entonces habrá que reconocer que se hace un uso de la expresión más próximo a los sentidos meramente culturales de laguna que al sentido estrictamente jurídico (tesis del desbordamiento). Y, finalmente, el tercer punto es que, en muchas ocasiones, el consenso constitucional puede llegar a tener más valor que la «determinación valorativa». En consecuencia, algunas «supuestas lagunas axiológicas» de la constitución no podrán ser consideradas defectos o carencias de la constitución sino, más bien, virtudes de la misma. La omisión del «caso del aborto» en la Constitución no podría, pues, ser considerado una laguna constitucional ni siquiera en el sentido amplio de «laguna» antes referido, en el meramente cultural (tesis del defecto).

Abordemos, ahora, el ejemplo h). ¿Es un trato «inhumano o degradante» obligar a vestir uniforme a los presos? Formulada así la pregunta y leído el artículo 15 de la Constitución sin más, es difícil responder algo distinto de «quién sabe». Una cosa está clara: la Constitución resulta, en este punto, semánticamente imprecisa; y, atendiendo a las distinciones arriba usadas, parece que estaríamos ante un caso de las llamadas «lagunas de reconocimiento»<sup>18</sup>. El mismo artículo 15 suministra, a su vez, un ejemplo inmejorable de claridad semántica: la prohibición de la pena de muerte. El contraste es manifiesto, una mera lectura superficial es suficiente para saber qué está prohibido y qué, no. Llegados a este punto surge, de nuevo, la pregunta conceptual importante. La noción cultural de laguna implica la idea de defecto o de carencia. Lo mismo ocurre con los tres conceptos de laguna jurídica recién expuestos; en particular, las llamadas «lagunas de reconocimiento» presuponen una falta de claridad que atenta contra lo que podríamos llamar racionalidad lingüístico-comunicativa de las reglas<sup>19</sup>. Luego, ¿la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes de la Constitución española es defectuosa? ¿Si tuviéramos ocasión de reescribir el artículo, eliminaríamos la imprecisión semántica? En mi opinión, la respuesta es que no deberíamos cambiar la redacción del artículo porque, en realidad, no estamos ante un defecto de la Constitución. La regulación abierta, en forma de principios, no es necesariamente un defecto en la Constitución. De nuevo, no nos adelantemos demasiado pero retengamos esta idea que es esencial para el desarrollo del tema: lo que es defecto en una ley puede ser virtud en una constitución y lo que es virtud en una ley puede ser defecto en una constitución. Lenguaje y regulación abiertos pueden ser, sin lugar a dudas, una virtud constitucional. Y, según lo visto hasta ahora, todo parece indicar que no tiene sentido hablar de «lagunas virtuosas».

<sup>18</sup> En mi opinión, y como ya he advertido, las llamadas «lagunas de reconocimiento» no son lagunas, pues no falta norma. Se trata de problemas de interpretación y/o calificación.

<sup>19</sup> ATIENZA, M., *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Cívitas, Madrid, 1989.

Pasemos ahora a analizar el ejemplo d), el relativo a la «omisión» de la referencia a la imparcialidad judicial. El artículo menciona los principios judiciales de independencia, inamovilidad, responsabilidad y legalidad, pero se olvida de la imparcialidad. ¿Es una omisión? Me parece que sí. Todo el mundo al que se hace reparar en la «no alusión» a la imparcialidad judicial reacciona de la misma manera: Por un lado, se sorprende de la ausencia, lo que presupone que se tenía la expectativa de que el principio de imparcialidad apareciera mencionado entre los principios que inspiran la jurisdicción. Pero, por otro lado, nadie concede trascendencia normativa a dicha omisión, porque todos consideran que la imparcialidad judicial es un principio implícito de nuestra Constitución que puede justificarse por coherencia; es decir, que está en la Constitución, aunque no se halle expresado en su texto. Estamos, pues, ante un olvido: si hubiera oportunidad de reescribir el artículo nadie se opondría, me parece, a incluir la mención a la imparcialidad en el texto constitucional. ¿Se trata de un defecto? En mi opinión, sí. Lo que ocurre es que la unanimidad actual en torno a la solución (considerar que está como principio implícito), opaca el defecto del texto constitucional, la laguna. Si apareciera una facción política que sostuviera que el legislador puede disponer del principio de imparcialidad judicial debido a su no inclusión expresa en el texto constitucional se tomaría conciencia de la laguna (tesis del defecto). Ahora bien, ello supone ir más allá del concepto de laguna legal porque no se trata de una ausencia de regla, sino de la ausencia de un principio explícito (tesis del desbordamiento)<sup>20</sup>.

## 5. ESTADO CONSTITUCIONAL Y LAGUNAS JURÍDICAS: «DARSE UNA CONSTITUCIÓN», «TENER UNA CONSTITUCIÓN» Y «PRACTICAR UNA CONSTITUCIÓN»

Llegados a este punto hay que reconocer algo que es esencial para la correcta comprensión de la cuestión de las «lagunas consti-

---

<sup>20</sup> Un bonito ejemplo de interpretación de una omisión constitucional es la sentencia sobre el aborto de la Suprema Corte de México de 28 de agosto de 2008. Del hecho de que la Constitución mexicana no incluyera la expresión «derecho a la vida», la Suprema Corte concluyó que la «Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo». No se sabe muy bien qué significaba esa expresión, pero en mi opinión nada impedía reconocer el defecto (es decir, la laguna) y, en consecuencia, proceder a resolverlo. Los argumentos para resolver el defecto y sostener que los mexicanos sí tenían ese derecho «en sentido normativo» podían abarcar desde razones autoritativas que apelarán a otras fuentes distintas de la Constitución (como los tratados internacionales) hasta razones sustantivas que justificaran que se trataba de un derecho (principio) implícito de la Constitución mexicana. En mi opinión, había omisión (tesis del defecto) y laguna, también (tesis del desbordamiento). No faltaba regla explícita, pero sí principio explícito.

tucionales». La teoría de las lagunas jurídicas se construyó esencialmente para dar cuenta de un tipo de defecto propio de los sistemas jurídicos que respondían al modelo de las reglas. En nuestra tradición jurídica, este modelo está vinculado a la idea de Estado de Derecho como imperio de la ley. Pero ocurre que la constitucionalización de nuestros ordenamientos jurídicos ha dado lugar a una nueva versión del Estado de Derecho, como Estado constitucional. La transición de uno a otro podría sintetizarse recurriendo la fórmula «del Estado de Derecho como imperio de la ley al Estado de Derecho como Estado constitucional». Y ello ha conllevado dos cambios muy relevantes en el razonamiento jurídico ordinario. El primero es el de una modificación del umbral del razonamiento jurídico. Mientras que en el imperio de la ley el razonamiento jurídico se agotaba en la legislación (era estrictamente *sub lege*), en el Estado constitucional ese umbral queda desbordado y alcanza argumentos constitucionales. El segundo cambio supone una transición de una concepción de la normatividad vinculada esencialmente a las reglas, a otra concepción que incorpora con naturalidad los principios. Pues bien, estos dos cambios hacen que las construcciones teóricas elaboradas para el «imperio de la ley» no puedan ser aplicadas sin más al Estado constitucional; porque acaban generando verdaderas distorsiones e incomprensiones respecto del método jurídico<sup>21</sup>.

Para comprender el alcance de dichas distorsiones analicemos brevemente las semejanzas y diferencias entre constitución y ley. Las constituciones formales (y/o rígidas) de los Estados constitucionales y la legislación comparten muchos rasgos. Se trata siempre de textos promulgados (tienen un origen deliberado y cuentan con un momento cero de promulgación), que están estructurados por artículos (por disposiciones normativas) y que se proyectan normativamente hacia el futuro (pretenden determinar lo que debe ser). Esto es lo que explica que muchos autores hayan pensado que, incluso en un Estado constitucional, ambos textos normativos responden (o deben responder) a una misma técnica de redacción<sup>22</sup> y que no presentan diferencias interpre-

---

<sup>21</sup> Bien mirado, a la teoría de las antinomias del sistema jurídico le ocurre exactamente lo mismo que a la de las lagunas: exige ajustes importantes. Una teoría de las antinomias que no incorpore hoy los principios, la ponderación y el juicio de proporcionalidad sirve realmente para muy poco. Los criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis* naturalmente siguen valiendo, pero por sí solos únicamente resuelven casos realmente fáciles de conflictos entre reglas.

<sup>22</sup> Ferrajoli, por ejemplo, escribe: «En todos los casos, sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista, en lugar de asumir como inevitables la indeterminación del lenguaje constitucional y los conflictos entre derechos [...] promoviese el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible» en FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. N. Guzmán), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34, 2010, p. 51. En mi opinión, Ferrajoli se equivoca al trasladar directamente lo que pueden ser virtudes del lenguaje de las leyes y de los reglamentos al lenguaje de las constituciones. Véase:

tativas<sup>23</sup>. Pero, a pesar de todas las semejanzas que puedan señalarse, constituciones y leyes responden a una dinámica jurídica completamente diferente; y ello les confiere una función normativa también diferente. La flexibilidad convierte a la legislación en el instrumento de cambio del sistema jurídico por excelencia; la rigidez, por el contrario, convierte a la constitución en un instrumento para la orientación y conservación del sistema jurídico. Si a esa diferente dinámica entre ley y constitución, se le agrega la relación jerárquica entre una y otra es fácil observar dos cosas. Primera, que el *lex superior* de la constitución cumple la función tanto de orientar como de inhibir el *lex posterior* de la legislación (función de conservación de la constitución). Segunda, que el *lex posterior* de la legislación cumple una función de determinación y adaptación del *lex superior* constitucional (función de efectividad de la constitución). En este sentido, puede decirse que la dialéctica constitución/ley se ventila en dos frentes: por un lado, en la dialéctica conservación/determinación (o adaptación); y, por otro, orientación/realización (o efectividad).

Si se es consciente de lo anterior, es fácil darse cuenta de que hay que operar ajustes teóricos importantes para presentar la cuestión de las lagunas constitucionales. A un instrumento normativo formalmente estático (como la constitución rígida) no se le pueden proyectar sin más categorías pensadas para un instrumento normativo formalmente dinámico (como la legislación). Por ello, el constitucionalismo jurídico (la teoría del Derecho adaptada a las exigencias normativas del Estado constitucional), necesita considerar la constitución desde tres perspectivas: «darse una constitución», «tener una constitución» y «practicar una constitución». Expliquémoslo brevemente.

1) «Darse una constitución». La idea de constitución connota lo fundamental (los derechos), lo permanente, lo estable, el marco compartido, el consenso, lo indisponible para todos, lo asegurado a todos, etc.<sup>24</sup> Por su parte, la idea de legislación connota lo fundamentado, lo modificable, lo dinámico, lo disponible, lo controvertido, el ámbito de la disputa política, etc. La vigencia y la perdurabilidad en el tiempo de

---

AGUILÓ REGLA, J., «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 56 ss.

<sup>23</sup> Escribe, por ejemplo, Guastini: «Es una idea bastante difundida que los textos constitucionales presentan problemas de interpretación diferentes de, e irreducibles a, los problemas “comunes” de interpretación de las leyes. ¿Pero en verdad se trata de genuinos problemas interpretativos? Es lícito dudar [...] Hay que recordar que una cosa es interpretar en sentido estricto, es decir, adscribir un significado a un texto normativo (“T significa S”), y otra cosa es elaborar teorías o doctrinas generales destinadas a orientar la interpretación y, aún más, a proveer argumentos para la construcción de normas inexpresas [...]», en GUASTINI, R., «Interpretación de la constitución», en Cap. 56, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, UNAM, pp. 2011 ss.

<sup>24</sup> Bien mirado, la constitución en términos jurídicos pretende jugar el mismo papel estabilizador que se atribuyó a los grandes códigos en el periodo de la codificación.

una constitución penden mucho más de la aceptación que de la imposición; sin aceptación difícilmente hay constitución. Por ello, en el momento de redactar una constitución tienen más valor el consenso y el compromiso que la determinación y/o concreción normativa y valorativa. Un constituyente responsable, en consecuencia, debe encarar tanto el problema del consenso como el del compromiso.

El problema del consenso consiste en que la constitución tiene que unir a las poblaciones y a las diferentes facciones políticas en torno a un texto. En múltiples ocasiones, alcanzar el consenso exige recurrir a una regulación de principios y a la formulación de cláusulas normativas abiertas. El problema del compromiso consiste en que, dado que el éxito de una constitución pasa necesariamente por su permanencia en el tiempo, hay que estar seguros de los compromisos normativos que se asumen. Naturalmente, exhibimos dificultades para atarnos normativamente hacia el futuro de manera prácticamente inderogable; mostramos inseguridad práctica hacia dichos compromisos. Ello explica y justifica el recurso en las constituciones a una normatividad cargada de principios, conceptos valorativos y cláusulas abiertas.

2) «Tener una constitución». Una constitución exitosa se prolonga en el tiempo y acaba determinándose en infinitas normas jurídicas. Lo que en términos de proceso se ha llamado «constitucionalización del orden jurídico», en términos de producto se llama «orden jurídico constitucionalizado». Pues bien, preguntarse por la regulación de cualquier materia constitucional, supone tomar en cuenta la constitución más todas aquellas normas y sentencias que son un desarrollo de la misma. Ello vale para los derechos fundamentales, las garantías procesales, las ordenaciones territoriales, los colegios profesionales, la relación entre los poderes, el papel del tribunal constitucional, etc. Hablar de la regulación de cualquier materia constitucional no es ni mucho menos hablar solo del texto constitucional. Es hablar de él más todos los desarrollos y determinaciones que del mismo se han hecho. «Tener una constitución» no es hablar solo del texto constitucional ni de Derecho constitucional, sino de un Derecho (administrativo, civil, procesal, etc.) constitucionalizado. En definitiva, «tener una constitución» en términos de teoría jurídica significa tener un orden jurídico constitucionalizado; y la teoría del Derecho adaptada a este marco es el llamado «constitucionalismo jurídico».

Pero, más allá de lo anterior, lo que me interesa resaltar es que en el momento de «tener una constitución» (es decir, de aplicar el Derecho en un orden jurídico constitucionalizado), los argumentos constitucionales no adquieren especial relevancia. Frente a lo que tantas veces se ha afirmado, la aplicación ordinaria de un orden jurídico constitucionalizado no está penetrado por argumentos constitucionales. Se aplica un Derecho constitucionalizado, que no es lo mismo que aplicar directamente la constitución. Hay una diferencia esencial entre el proceso de constitucionalización (caracterizado por una pre-

valencia de los argumentos constitucionales en la aplicación ordinaria del Derecho) y el resultado de dicho proceso: un orden jurídico constitucionalizado (donde esa prevalencia ya no se da). En este ámbito rigen todas las presunciones de constitucionalidad y de validez de las normas jurídicas. Lo que supone que en la vida ordinaria del Derecho no estamos permanentemente invocando la constitución. El contraste aquí es entre dos grandes modelos de método jurídico: el positivista vinculado al Estado de Derecho como imperio de ley y el postpositivista vinculado al Estado constitucional. Naturalmente esta discusión no se sitúa en el nivel de los hechos: nadie niega la realidad de la constitucionalización. La discusión relevante es de opción metodológica. Y ello ha quedado reflejado a propósito de las lagunas en la oposición entre los dos modelos: el modelo de las reglas (positivista) y el modelo de las reglas y los principios (postpositivista)<sup>25</sup>. En este sentido, el constitucionalismo jurídico (la teoría del Derecho adaptada al Estado constitucional), al aceptar que entre los principios y las reglas se da una relación de justificación, concluye que los principios no quedan saturados por las reglas que los desarrollan en un momento determinado<sup>26</sup>.

3) «Practicar una constitución». Una cosa es que un orden jurídico esté constitucionalizado porque muchas de sus normas se vean como desarrollos y determinaciones de exigencias normativas y valorativas extraídas de la constitución y otra muy distinta es que esa constitucionalización se considere una obra acabada y perfecta. El

---

<sup>25</sup> En este punto no puedo dejar de referirme a lo que me parecen el gran acierto y el gran error de F. Laporta. Laporta tiene razón al llamar la atención respecto de que las constituciones son puros adornos si no hay leyes eficaces y, en consecuencia, sostiene que hay poner el énfasis no en la constitución, sino en la ley [«es como poner un sombrero muy atractivo encima de un sujeto que no existe, porque cuando no hay un entramado de leyes que configuren con vigor y eficacia el esqueleto del ordenamiento jurídico lo demás son adornos inútiles»]. Estoy plenamente de acuerdo con esta afirmación y es lo que he intentado reflejar con la idea de «tener una constitución». El error de Laporta consiste, en mi opinión, en su defensa del formalismo y del literalismo interpretativo. En un orden jurídico constitucionalizado todas las normas jurídicas tienen que tener un sentido protector y/o promocional de algo distinto de la mera obediencia a la voluntad del que dictó la norma; y ello acaba reflejándose en todas las operaciones del método jurídico. Dicho de manera contundente, mi opinión se resume en un sí al Laporta que reivindica el papel de la ley, y en un no al que defiende el formalismo jurídico. LAPORTA, F., *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

<sup>26</sup> Si hoy tuviera que sintetizar la oposición entre positivismo y postpositivismo, la situaría en torno a estas tesis. El positivismo acepta el modelo de las reglas y sostiene la tesis de «la separación conceptual entre Derecho y moral». Y el postpositivismo acepta el modelo de las reglas y de los principios y sostiene la tesis de «la no confusión conceptual entre Derecho y moral». Véase AGUILÓ REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas en pocas palabras», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007; y AGUILÓ REGLA, J., «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019.

constitucionalismo jurídico acepta –como se ha visto– la tesis de los principios (los principios no quedan saturados por las reglas que en un momento determinado los desarrollan) y acepta también que los derechos fundamentales pueden leerse como principios; luego, los derechos tampoco quedan saturados por los deberes correlativos que en un momento determinado los garantizan. Bien mirado, el progreso en materia de derechos no es tanto formular nuevos derechos, cuanto mejorar sus garantías (los deberes correlativos que los garantizan). Si se es consciente de ello, es fácil de entender que el constitucionalismo de los derechos somete a reevaluación el orden jurídico constitucionalizado en función del grado de satisfacción de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales. Se trata de asegurar la continuidad de los principios y los valores que dotan de sentido la continuidad de la constitución. La rigidez constitucional no está al servicio de sí misma. Por ello, y diciéndolo a la Dworkin, los conceptos constitucionales, por más desarrollados y determinados que estén, siguen conservando siempre su potencial de «conceptos interpretativos»<sup>27</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el derecho constitucional a la igualdad. Este derecho/principio se usa para combatir, por un lado, discriminaciones entre las personas (los casos relacionados con las propiedades «sospechosas», tales como raza, sexo, nacimiento, creencias, etc.) y, por otro, distinciones (diferenciaciones o indiferenciaciones) no justificadas en virtud del principio «casos iguales deben tratarse del mismo modo y casos diferentes deben tratarse de modo diferente». Pues bien, esto último es lo que jurisprudencialmente se ha consolidado como el «principio de razonabilidad». Su uso justificado, al permitir revisar nuestras determinaciones constitucionales, ilustra perfectamente lo que se quiere significar con la idea de «practicar una constitución»<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Sobre la noción de concepto interpretativo (frente a la de concepto criterial) véanse DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2013, p. 402, y *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires., pp. 244-245.

<sup>28</sup> En términos radicalmente críticos, Guastini ha llamado al principio de razonabilidad «la máquina para producir lagunas». Así, ha escrito: «En las manos de los tribunales constitucionales esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador [...] Se llama “laguna axiológica” a la falta no de una norma cualquiera, sino de una norma “justa”, es decir, de una norma que no está pero que “debería” estar, porque es requerida por el sentido de justicia del intérprete o por una norma superior. El principio de igualdad, interpretado como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: podría decirse que es una máquina para producir lagunas [...] Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete le parecen iguales [...], entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata en modo igual casos que al intérprete le parecen diferentes [...], entonces el intérprete sostendrá que falta una norma diferenciadora». GUASTINI, R., «La costituzione come limite alla legislazione», *Analisi e diritto*, 1998, pp. 111-112.

## 6. DE NUEVO SOBRE LOS EJEMPLOS DE USOS NO EXTRAVAGANTES DE «LAGUNA CONSTITUCIONAL»

Empecemos por los ejemplos ya analizados. Hay casos que, se miren como se miren, constituyen una laguna constitucional genuina. El ejemplo de la disolución de las Cámaras es una laguna constitucional y lo esperable es que, una vez detectada, se proceda a colmar la laguna mediante determinación legislativa. La omisión de toda referencia al aborto y la imprecisión de «tratos inhumanos o degradantes» no pueden ser calificados como lagunas en el momento de «darse una constitución». Ello es así porque, lejos de constituir un defecto, resuelven un problema de consenso, el primero, y de compromiso, el segundo. En el momento de «tener una constitución» habrá que estar a las determinaciones que el sistema jurídico haya hecho tanto de la cuestión del aborto como de la de obligar a los presos a vestir uniforme. Naturalmente, en «practicar una constitución» se tratará de revisar dichas determinaciones a partir de tomar «el derecho a la vida» y «los tratos inhumanos o degradantes» como conceptos interpretativos y de ponderarlos con otros derechos/principios constitucionales. Finalmente, la consideración de que la «imparcialidad judicial» es un principio implícito de la Constitución supone reconocer que hay una laguna en el sentido de que falta el principio explícito en la Constitución (tesis del defecto y tesis del desbordamiento)<sup>29</sup>.

Veamos ahora el ejemplo propuesto por M. Atienza. Que no haya un límite preciso (una frontera nítida) que separe las competencias del Estado (estableciendo de manera clara cuáles son intransferibles) de las de las Comunidades Autónomas es calificado por Atienza como una laguna constitucional. No es aventurado decir que esa ausencia de regla de demarcación trató de resolver un problema de consenso político en el momento «darse una constitución»: probablemente iba destinada a integrar en la aceptación de la Constitución a las fuerzas políticas nacionalistas vascas y catalanas, pues dejaba abierto el proceso de construcción del Estado de las Autonomías. Naturalmente aquí no voy a tratar en detalle la cuestión de si esa ausencia fue un defecto o no; pero hay algo que sí creo que conviene remarcar. En el constitucionalismo de los derechos, propio del Estado constitucional, hay que saber distinguir bien entre deliberación (en torno a cuestiones de corrección) e intercambio (en torno a cuestiones de pura convención). Todos los acuerdos políticos tienen ambos componentes, pero no

---

<sup>29</sup> No puedo detenerme a desarrollarlo, pero sí creo que vale la pena apuntar el diferente papel que juega la noción de «principio implícito» en la constitución y en la ley. Mientras que en la constitución el principio implícito juega el rol de exigencia normativa que la legislación no puede ignorar (es decir, pretende jugar el mismo papel que los principios constitucionales explícitos); los principios implícitos en la ley cumplen la función de dotar a las reglas de un sentido protector y/o promocional de algo valioso (es decir, cumplen el mismo papel que los principios legales explícitos).

siempre los tienen en la misma medida. En materia de aborto, los componentes de deliberación son muy superiores a los de intercambio; mientras que los componentes de intercambio (de puro conflicto de intereses políticos) son muy superiores a los de deliberación en la distribución de poderes normativos y competencias. No puedo desarrollar aquí esta idea, pero la misma probablemente permitiría mostrar por qué la ausencia de regla en materia de aborto fue un acierto y, sin embargo, esa ausencia fue un defecto en materia de distribución del poder territorial. Lo que sí resulta evidente es que en «tener una constitución» no ha sido posible estabilizar de manera más o menos definitiva una demarcación competencial clara entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas»<sup>30</sup>.

La afirmación del Magistrado Ollero de que la Constitución contiene una laguna porque no incluye una relación de las Comunidades Autónomas existentes no dice nada en términos de «darse una constitución» ni de «tener una constitución». En términos, de «darse una constitución» no es posible pensar en una laguna porque las Comunidades Autónomas fueron un producto de la propia Constitución y no podían preexistir con su denominación actual a los respectivos Estatutos de Autonomía. Y, en términos, de «tener una constitución» no se aprecia tampoco laguna alguna, pues no hay defecto normativo. Lo que, en realidad, está diciendo el Magistrado Ollero es algo parecido a si se emprende una reforma de la Constitución, sería bueno (conveniente) incluir una enumeración de las Comunidades Autónomas existentes, pero nada más. Naturalmente, si en algún momento se emprende una reforma «federalizante» del Estado de las Autonomías, dicha enumeración resultará completamente imprescindible.

Abordemos ahora el ejemplo g). Cualquiera que se pregunte hoy en día por el régimen constitucional de las lenguas cooficiales no puede ignorar los cuarenta años de desarrollo constitucional de la materia y su grado de consolidación. En términos de «tener una constitución» lo importante no es tanto el texto constitucional como los desarrollos del mismo. Quien quiera conocer la situación actual de la cooficialidad tendrá que estudiar los Estatutos de Autonomía de las Comunidades con lengua propia y las leyes autonómicas sobre la materia. En particular, la respuesta a la cuestión que nos formulábamos a propósito de si podía establecerse una presunción de conocimiento de la lengua propia cooficial a partir de un deber general de conocerla en el respectivo ámbito territorial, no puede responderse sin tomar en consideración las diferentes sentencias que el Tribunal Cons-

---

<sup>30</sup> Quiero llamar la atención sobre la potencial conflictividad que suponen los dos principios del Estado de las Autonomías (apartados 2 y 3 del art. 150). El efecto cruzado del principio de transferencia de competencias estatales a las autonomías, por un lado, y el principio de intervención estatal en el ejercicio regular de las competencias autonómicas, por otro, han resultado ser una fuente inagotable de conflictos políticos y jurídicos entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

tucional ha dictado sobre la materia<sup>31</sup>. En «darse una constitución», la cuestión estaba relativamente abierta; en «tener una constitución», no está abierta porque, como en tantísimas otras ocasiones, el Estado constitucional ha ido desarrollando y determinando la cuestión a lo largo de cuarenta años de vida de la Constitución. ¿Está dicha la última palabra al respecto? Probablemente, no: los derechos y deberes lingüísticos son susceptibles de ser reinterpretados por la propia «práctica constitucional».

¿Qué puede decirse en relación con el ejemplo e), el derecho a la protección de los datos personales? Si se asume que este derecho/principio es un componente necesario del Estado constitucional de Derecho, habrá que concluir que estamos ante una laguna del texto constitucional (tesis del defecto y del desbordamiento). Bien mirado, el caso se parece mucho al de la imparcialidad judicial: el consenso en torno a que se trata de una extensión del derecho a la intimidad hace que no se vea el defecto del texto constitucional. Naturalmente, si no se le reconoce el carácter de componente necesario del Estado constitucional, habrá que concluir que no constituye una laguna constitucional; que ese derecho/principio puede estar o no estar en la constitución de un Estado Constitucional.

## 7. CONCLUSIONES

1. Todos los conceptos no naturales de laguna incluyen la nota de «defecto» o «carencia» (tesis del defecto); en consecuencia, todos los tipos de lagunas jurídicas presuponen un defecto, una carencia.

2. En las lagunas jurídicas, la carencia, lo que falta, es una norma: una norma que debería estar y no está.

3. En el Derecho, en general, hay un principio de clausura (no una regla de clausura) que tiene naturaleza institucional. Este principio puede formularse así: «En principio, solo es jurídicamente relevante lo explícitamente establecido como relevante».

4. Como consecuencia de la consideración de este principio de clausura, la existencia de una laguna exige siempre justificación jurídica. La justificación de la existencia de la laguna (sea del tipo que

---

<sup>31</sup> En torno a esta cuestión, la primera sentencia del Tribunal Constitucional tuvo por objeto una ley del Parlamento de Galicia que introdujo el deber de conocer la lengua cooficial (STC 84/1986, FJ 2). Más adelante, la STC 31/2010 reinterpretó el sentido del deber de conocimiento del artículo 6.2 del Estatuto de Cataluña de 2006 (FJ 14, letra b). Por el contrario, el propio Tribunal sí ha aceptado que pueden establecerse deberes lingüísticos de carácter específico ligados a las llamadas relaciones de sujeción especial (STC 337/1994, de 23 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio). Sobre la cuestión, véase: SEGURA GINARD, L. J., «Al voltant de quaranta anys d'oficialitat i d'usos institucionals de les llengües pròpies de les comunitats autònomes», en *Llengua i dret*, núm. 72, pp. 5-20.

sea) pide un juicio de relevancia jurídica que muestre que las razones en favor de la afirmación de la laguna pesan más que las razones en favor del principio de clausura. Concluir que hay una laguna es concluir que falta una norma que debería estar.

5. Las llamadas «lagunas de reconocimiento» no son lagunas porque no falta «norma». Hay norma y problemas de interpretación y/o de calificación.

6. La diferencia esencial entre las llamadas lagunas legales y las lagunas constitucionales radica en lo siguiente: las lagunas legales implican siempre la ausencia de una regla; las lagunas constitucionales, aunque pueden abarcar también reglas, pueden ir referidas a la ausencia de principios y/o derechos explícitos. En este sentido, el concepto constitucional de laguna está más próximo a los conceptos meramente culturales de laguna que al de «laguna legal» (tesis del desbordamiento).

7. La relación entre «laguna del texto constitucional» y «principio constitucional implícito» es la relación entre «problema normativo» y «solución al problema normativo». Si hay principios constitucionales implícitos es porque en el texto constitucional (en lo «explícito») falta «algo» que debería estar.

8. De manera general puede afirmarse que mientras que los «principios legales implícitos» se extraen de la interpretación de las reglas presentes en la ley; los «principios constitucionales implícitos» se extraen en ausencia de reglas constitucionales. En este sentido, su justificación tiene mucho que ver con necesidades conceptuales y cuestiones de coherencia con otros principios constitucionales.

9. La dinámica rígida de la constitución hace necesario que, al abordar la cuestión de las lagunas constitucionales, haya que distinguir tres perspectivas diferentes: «darse una constitución», «tener una constitución» y «practicar una constitución».

10. El contenido de la tesis del defecto puede cambiar en función de la perspectiva adoptada.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J., «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012.
- «Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución», en *Isonomía*, núm. 28, 2008.
- «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011.
- «En defensa del Estado constitucional de Derecho», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019.
- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
- «En el 40 aniversario de la Constitución española», en <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/12/en-el-40-aniversario-de-la-constitucion.html>
- *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Cívitas, Madrid, 1989.
- ATIENZA M., y RUIZ MANERO J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2013.
- *La justicia con toga* (trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2017.
- FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (trad. N. Guzmán), en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 34, 2010.
- GUASTINI, R., «Interpretación de la constitución», en Cap. 56, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 3, UNAM.
- «La costituzione come limite allá legislazione», *Analisi e diritto*, 1998.
- KELSEN, H., *La teoría pura del derecho* (trad. de R. Vernengo), UNAM-Portúa, México, 1991.
- LAPORTA, F., *El Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LIFANTE VIDAL, I., «40 años de justicia constitucional en España», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 2019.
- *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- MUÑOZ, J. A., «Entrevista a Andrés Ollero», en *Ideal*, Granada, 24 de junio de 2019.
- NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astra, Buenos Aires, 1992.
- RUIZ MANERO, J., «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en ATRIA, F. (y otros), *Lagunas en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «Sistema jurídico: lagunas y antinomias», en González Lagier, D. (ed.): *Conceptos jurídicos básicos*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- SEGURA GINARD, L. J., «Al voltant de quaranta anys d'oficialitat i d'usos institucionals de les llengües pròpies de les comunitats autònomes», en *Llengua i dret*, núm. 72.

Repensar el Derecho hoy: entre la categoría  
rosminiana del deber y el jurisprudencialismo  
de Antonio Castanheira Neves

*Reconsidering the Law today: between the Rosminian  
category of duty and the Antonio Castanheira Neves's  
jurisprudentialism*

Por ANGELO ANZALONE  
Universidad de Córdoba

**RESUMEN**

*En este trabajo reflexionaremos sobre las potencialidades que algunas propuestas filosóficas presentan para abordar una mejor comprensión de lo jurídico. Nos referiremos especialmente a las categorías que Antonio Rosmini utilizó para rescatar la importancia del sentido del deber y a las que, más recientemente, Antonio Castanheira Neves propone para una relectura axiológica del derecho. Todo ello será útil para considerar los posibles riesgos que los actuales modelos de conocimiento jurídico presentan, con particular referencia a los planteamientos meramente científicos y teóricos.*

Palabras clave: *Filosofía. Derecho. Crisis. Jurisprudencia. Comunidad. Juristas.*

**ABSTRACT**

*In this work we will reflect on the potential that some philosophical proposals have for a better understanding of the juridicity. We will refer especia-*

*lly to the categories that Antonio Rosmini used to rescue the importance of the sense of duty and to which, more recently, Antonio Castanheira Neves proposes by an axiological rereading of Law. All of this will be useful to consider the possible risks that current legal knowledge models present, with particular reference to purely scientific and theoretical approaches.*

Keywords: *Philosophy. Law. Crisis. Jurisprudence. Community. Jurists.*

**SUMARIO:** 1. HOMBRE-PENSAMIENTO-DERECHO: ¿UNA RELACIÓN EN CRISIS? A MODO DE INTRODUCCIÓN. – 2. APUNTES PARA UN DERECHO TEMPLADO Y RESPONSABILIZADO. – 3. HECHOS Y DERECHOS, VALORES Y DEBERES. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (I): BREVES REFERENCIAS AL PRECEDENTE ROSMINIANO. – 4. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (II): EL JURISPRUDENCIALISMO DE ANTONIO CASTANHEIRA NEVES. – 5. EL DERECHO COMO (ÚNICA) ALTERNATIVA HUMANA. REFLEXIONES FINALES.

**SUMMARY:** 1. MAN-THOUGHT-LAW: A RELATIONSHIP IN CRISIS? BY WAY OF INTRODUCTION. – 2. NOTES FOR A TEMPERATE AND RESPONSIBLE LAW. – 3. FACTS AND RIGHTS, VALUES AND DUTIES. INGREDIENTS FOR AN AXIOLOGICAL PERSONALISM (I): BRIEF REFERENCES TO THE ROSMINIAN PRECEDENT. – 4. INGREDIENTS FOR AN AXIOLOGICAL PERSONALISM (II): THE ANTONIO CASTANHEIRA NEVES'S JURISPRUDENTIALISM. – 5. LAW AS (ONLY) HUMAN ALTERNATIVE. FINAL THOUGHTS.

## 1. HOMBRE-PENSAMIENTO-DERECHO: ¿UNA RELACIÓN EN CRISIS? A MODO DE INTRODUCCIÓN

Hace más de un siglo que Domenico Lanna, atento estudioso de Gambattista Vico y admirador del pensamiento tomista (al que atribuía eterna juventud), advirtió sobre la posible crisis del pensamiento filosófico-jurídico. En este sentido, el sacerdote de Caivano (Nápoles) percibía que el pensamiento crítico y el dominio de la filosofía habían sido invadidos por un sentimiento de abandono y desconfianza, abriéndose paso un mundo de meras opiniones, apariencias y verdades relativas o contradictorias. La necesaria referencia a la realidad objetiva iba desapareciendo y el problema especulativo del pensamiento y de la acción se iba suprimiendo; un terreno muy fecundo, por tanto, para el surgimiento de actitudes agnósticas que necesitaban aferrarse a alguna entidad asequible y demostrable<sup>1</sup>. El positivismo

<sup>1</sup> LANNA, D., «La crisi attuale della filosofia del diritto in uno studio ricostruttivo del prof. Biavaschi», *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 14, n. 3/4 (maggio-agosto 1922), p. 301.

jurídico, en efecto, reduciendo la realidad del derecho a la fuente normativa, esa entidad (ahora sí) descriptivamente asequible, no hizo otra cosa que separar el derecho de la moral y, de este modo, rescató lo jurídico de los debates (presuntamente) ideológicos; estos debían quedar confinados en las disputas de la Ética, para no restar certeza, autoridad y fuerza a la ley jurídica, ni a su productor, a su intérprete o a su aplicador. La Ciencia del Derecho, en este escenario, expulsaba de su seno la cuestión de los principios y, no solo epistemológicamente sino también ontológicamente hablando, eludía el problema de los valores o de la justicia como valor.

No obstante, los tiempos que vivimos parecen ofrecer orientaciones doctrinales críticas que, movidas por el afán de superar el racionalismo nomocéntrico de la dogmática estéril y peligrosa, así como el empirismo tecnocrático del utilitarismo, desean rescatar la tradicional aproximación filosófica al derecho, considerando este último como un fenómeno complejo, dinámico y abierto al diálogo (hacia dentro y hacia fuera). El derecho, así, no vive su dimensión de máxima certeza en la mera manifestación de la voluntad política de turno, siendo, en realidad, la manifestación de un complejo sistema lingüístico, histórico, filosófico, científico, jurisprudencial, práctico y teórico. El hombre de hoy debe aceptar que el dinámico, elástico y objetivo *ethos* jurídico, solo puede ser entendido y cortejado mediante un profundo cultivo de la cultura jurídica<sup>2</sup>. Por esta razón debería mantenerse, hoy más que nunca, la necesidad y la urgencia de las enseñanzas filosóficas en los modelos educativos, en general, y jurídicos, en particular. El jurista debe buscar el adecuado espacio para pensar y reflexionar sin dejarse devorar pasivamente por contextos sociales confusos, simplistas, políticamente mediocres, economizados y técnicamente juridificados; en suma, el jurista no debe ser reducido a un tecnócrata incapaz de entender crítica y culturalmente el derecho.

Probablemente se trate de una crisis, ya que, por una parte, y como hemos visto, el sacerdote Lanna iba avisando en ambientes transalpinos y, por otra, Delfim Santos, hace más de medio siglo, advertía en contextos lusitanos sobre los aspectos algo atípicos de la crisis cultural a la que nos íbamos a enfrentar. Según el filósofo portugués, vivir una crisis de

---

<sup>2</sup> En este sentido, ha sido observado que «La cultura jurídica es la memoria de los juristas, y hay pocas cosas más peligrosas que un jurista sin memoria, es decir, un experto en leyes o un habilidoso manejador de formularios que confunde los principios con los aforismos... Hay una «arqueología del pensamiento jurídico» que conviene preservar y no aplastar con el hormigón del olvido, de las ocurrencias, y del adanismo jurídico. Es preciso tener a la vista esa arqueología, cuidarla, conocerla y recordarla, incluso aunque su cuidado suponga frenar nuevas edificaciones ansiosas de eruirse, porque en sus yacimientos encontramos explicaciones convincentes que nos recuerdan cómo somos y hacen ver hacia dónde estamos yendo». PASQUAU LIAÑO, M., «Cultura jurídica y memoria de los juristas», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 30, 2018, pp. 5-6.

ese tipo, normalmente, equivale a percibir un conjunto de valores culturales como incapaces para adecuarse al ideal que se pretende realizar; del mismo modo, una crisis puede implicar la percepción de la insuficiencia de un cierto ideal con respecto al sistema de valores preexistente. No obstante –y aquí encontraríamos lo atípico que caracteriza la experiencia contemporánea– se da la paradoja que nuestros tiempos presentan una crisis cultural de otro orden, ya que, si los hombres de un pasado no tan lejano caminaban poco seguros hacia metas claras y bien definidas, los hombres de hoy, en cambio, andan muy seguros, pero hacía metas poco claras, imprecisas y vagas. Como diría el pensador portugués, nuestra crisis es una aventura a la que le falta rutina, un querer al que le falta objeto, una aspiración de tipo meramente estético<sup>3</sup>. Ahora bien, si todo esto fuera cierto, deberíamos preocuparnos, pues no sería desacertado afirmar que un uso impropio de la materia jurídica, así como la promoción de ambientes jurídicos incultos, puede llegar a afectar la tutela jurisdiccional y efectiva de los derechos. Será necesario rehabilitar el genuino pensamiento jurídico, en sus clásicas formas abiertas al devenir y a las demandas ético-comunitarias, para que el jurista pueda obrar recta y virtuosamente en el ejercicio de su rol, mediante unas dinámicas apropiadas y con el manejo de unas categorías críticas que resulten cónsonas a la responsabilidad que le es intrínseca.

Desde una perspectiva histórica, la experiencia jurídica ha conocido soluciones de diferente índole sobre cómo hacer el derecho y sobre los modos de conocer el derecho. Esto se debe a que la vida jurídica participa de los binomios producción-interpretación y conocimiento-aplicación, tratándose de distintos momentos, no opuestos, que siguen atormentando autores y escuelas que, en ocasiones a sabiendas y en otras no, realizan un viaje entre categorías abstractas y manifestaciones concretas de la juridicidad. Esta dialéctica, en efecto, sirve para comprender que en el derecho viven dos momentos, uno cognitivo (teórico y necesario) y otro práctico, y para aceptar una yuxtaposición, entre teoría y práctica, entre abstracción y concreción, que no es oposición ni síntesis cerrada, sino enlace comunicativo que permite comprender la complejidad de la vida jurídica: conocimiento y acción, configuración teórica y desarrollo práctico. En este sentido, ha sido afirmado que el derecho, en abstracto, es pensamiento que, precediendo la acción, proyecta las acciones posibles, en un proceso nunca perfecto y cerrado<sup>4</sup>. La legalidad, por tanto, se

---

<sup>3</sup> Cfr. SANTOS, D., «Meditação sobre a Cultura», en *Obras Completas*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, pp. 395-397.

<sup>4</sup> Cfr. BATTAGLIA, F., *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. II, trad. de Elías de Tejada, F., y Lucas Verdú, P., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, p. 109. Sobre las tensiones existentes entre categorías abstractas y manifestaciones concretas de lo jurídico, resulta interesante el estudio realizado por FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 41, 1999, pp. 57-88.

manifiesta como momento abstracto de un proceso que desea asegurar cierta coherencia, adelantando y organizando el conjunto de las acciones posibles; una especie de esquema «lógico-normativo de las acciones posibles»<sup>5</sup> que pretende asegurar las condiciones de vida de la sociedad según una determinada estructura, evitando, básicamente, que la acción quede entregada al capricho.

Debemos reconocer que la experiencia jurídica moderna demuestra como la elaboración del mencionado proceso sea cosa del Estado, entidad que, habiendo conseguido ubicarse al centro de la vida social, ha atraído y poseído las múltiples manifestaciones sociales, coordinándolas en la suya<sup>6</sup>. A este respecto, Paolo Grossi señala que ese mero accidente histórico (el Estado) no debe justificar una concepción de derecho como simple conjunto de mandatos, ya que el derecho nace antes que la regla técnico-normativa, en el sentido que emana de un mundo relacional de posiciones y coordenadas con capacidad auto-ordenadora<sup>7</sup>; así, deberíamos entender que nunca podrá darse regla alguna que presupuesta a la acción sea su fiel espejo; es decir, no puede haber manifestación abstracta del derecho que preordinando la sociedad sea la sociedad. Este giro crítico puede resultar útil para sostener que, a pesar de su inclinación a consolidarse en un texto, no deberíamos reducir el derecho a «corteza reseca, privada de la vivificadora linfa vital que discurre por debajo»<sup>8</sup>, pues el mandato (insistimos, abstracto) solo es una orientación para la actividad práctica, auténtico motor creativo del *ethos* jurídico que no siempre se desvela anticipadamente<sup>9</sup>. Por tanto, y aunque en nuestros tiempos (¿de crisis?) resulte indudable que la manifestación normativa del derecho represente un aspecto central del proceso jurídico, creemos que dicha expresión no puede ser consagrada como exclusivo modo de vida de la juridicidad, siendo importante no confundir las manifestaciones formales del derecho con las encarnaciones de este.

Vaya por delante que no constituye objetivo de este humilde trabajo detallar, en su caso, sobre el tipo concreto de crisis que estaría atravesando el pensamiento jurídico<sup>10</sup>. En este sentido, con razón

---

<sup>5</sup> BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 113.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 95-96.

<sup>7</sup> GROSSI, P., *La primera lección de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 31-32.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>9</sup> Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 100.

<sup>10</sup> Tal y como el lector podrá comprobar, en este trabajo, y con peculiar referencia a los dos primeros epígrafes, se dedica algo de espacio a la crítica a la mera opinión y a las verdades relativas, a la recuperación de la tradicional aproximación filosófica al derecho, a la posible crisis cultural que vivimos y a la perspectiva histórica sobre cómo hacer y conocer el derecho. Todo ello con el objetivo final de presentar los postulados de dos grandes pensadores: el primero, perteneciente al tradicional panorama filosófico-jurídico y político italiano; el segundo, más reciente y en gran auge en contextos ius-filosóficos portugueses. En ambos casos, y desde nuestro humilde punto de vista, trataremos de explicar cómo sus propuestas pueden representar dos alternativas muy adecuadas a las tendencias formalistas, utilitaristas o analíticas.

ha sido afirmado que el término «crisis parece haberse instalado como una losa en nuestra conciencia y que se ha llegado a trivializar su significado en muchos aspectos»<sup>11</sup>; para ello, por tanto, es de justicia remitir a estudios bastante más lúcidos y recientes que han querido demostrar el modo en que la Filosofía del Derecho ha sufrido una verdadera «crisis de identidad»<sup>12</sup>, quizás por la necesidad de seguir las tendencias cambiantes del pensamiento humanista, en general, y las circunstancias o demandas científicas, culturales y sociales de referencia, en particular. En esta sede, realmente, se pretende avisar sobre el cortocircuito que el derecho –desde sus raíces, en su estructura y en su sistema actual– corre el riesgo de sufrir, ya que su esquizofrenia interna no hace otra cosa que anunciar la crisis del hombre mismo; este, en lugar de perseguir su primordial objetivo ético-comunitario, cuál sería la materialización de un proyecto de civilización constante –en libertad, solidaridad, dignidad, humildad y mediante una participación activa en los procesos de tomas de decisiones– prefiere esperar (o incluso requerir) la reiterada y cotidiana intervención del Estado Providencia. Un escenario perfecto para que se produzca la consecuente cooptación del derecho por otros sistemas socio-normativos, transformándolo en un sistema de normas meramente regulatorio al servicio de fines políticos, económicos, esporádicos y, no pocas veces, caprichosos; es así, en efecto, que la sumisión del derecho a otros sistemas sociales y normativos podría llegar a ser el definitivo cortocircuito de la auténtica juridicidad, tal y como la sumisión del hombre a cualquier otro fin que no sea él mismo representaría la negación de la idea de persona<sup>13</sup>. ¿Será posible reivindicar la autonomía del derecho y de la persona humana? ¿Seguirá siendo factible un discurso filosófico-jurídico que no sea axiológicamente indiferente? ¿Quedaría alguna posibilidad para exigir una fundamentación crítica y éticamente humana para el derecho? Entre la consideración crítica de lo jurídico y su contemplación cognitiva media un abismo; dado el alto volumen de tendencias del segundo tipo, creemos oportuno presentar aquí –sin renunciar previamente a un breve esbozo del posible marco temático para poder encuadrarlas, leerlas y comprenderlas– algunas orientaciones que han querido rescatar la opción crítica, personalista y axiológicamente sólida.

<sup>11</sup> LLOREDO ALIX, L. M., «La Filosofía del Derecho en tiempos de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica», *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 16, 2013 p. 110.

<sup>12</sup> GARCÍA FIGUEROA, A. J., «Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 2002, pp. 333-356; y nuevamente LLOREDO ALIX, L. M., *op. cit.*, pp. 109-133.

<sup>13</sup> COELHO, N. M. M. S., «O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 47, 2005, p. 246.

## 2. APUNTES PARA UN DERECHO TEMPLADO Y RESPONSABILIZADO

Leyendo el título de este epígrafe, el lector puede pensar que por «derecho templado» nos referimos a la misma idea de «diritto mite» (derecho dúctil) de Gustavo Zagrebelsky. En efecto, podríamos admitir que «templado» es el término que mejor se acerca a la idea de «mite», particularmente si nos referimos al modo de actuar de los hombres y al conjunto de fenómenos que son productos de su acción común: una persona templada sería ciertamente más fiable, en cuanto sensata, de una persona dúctil, pues en este último caso esa persona se podría prestar incluso a transformaciones inesperadas. Pero no queriendo entrar en estos tipos de cuestiones, y dejando al margen estas breves notas aclaratorias, retomamos el objetivo y vamos a ver si es posible apelar a un derecho sensato, responsable y responsabilizado, en su elaboración formal y en su vivencia material. Todos sabemos que el fenómeno jurídico inunda nuestras vidas y está presente en todos los rincones del obrar humano; el derecho, en este sentido, es invasivo, pues es molesto, como todo lo heterónomo. La invasión e inundación de materia jurídica es el resultado de un conjunto de decisiones que, dependiendo de la peculiar forma de organización política de cada contexto histórico-social, serán tomadas por el pueblo (al menos ficticiamente y a través de sus representantes). Ahora bien, no nos engañemos, no se trata de un modelo tan simple y armónico, ya que las tomas de decisiones en derecho son tareas propias de numerosos protagonistas y actores sociales. Tomar una decisión implica ciertas responsabilidades y consecuencias, piénsese, por ejemplo, a la actividad decisoria del legislador, quien utiliza «el lenguaje de la decisión abstracta y general, dirigida a ordenar el Estado como una totalidad armónica», o la del juez, quien utilizará «el lenguaje de la decisión concreta, dirigida a particularizar el contenido de la decisión abstracta, poniéndola en contacto con la vida real»<sup>14</sup>. En ambos supuestos entran en juego la responsabilidad y la necesaria sensatez, ya que: en el primer caso se trabaja y reflexiona sobre el «hombre abstracto», mientras que en el segundo no se «opera con abstracciones más o menos idealizadas, sino con la realidad viva y palpitante de cada caso»<sup>15</sup>. Tal y como ha sido observado por Gregorio Robles, es innegable que toda decisión implica una teoría de la decisión que, a su vez, abordará una teoría de la justicia, es decir una teoría de los valores y de los aspectos materiales que toda decisión contiene<sup>16</sup>. Es innegable, en efecto, que la actividad legislativa se dirige a la ordenación de la

---

<sup>14</sup> ROBLES, G., en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 1, Ejemplar dedicado a: Problemas abiertos en la filosofía del Derecho, 1984, pp. 203-204.

<sup>15</sup> ROBLES, G., «La decisión en el Derecho y la tópica jurídica», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, núm. 6, 1983, pp. 109-110.

<sup>16</sup> «Orto de la decisión es la implantación de valores» y «esta es una reflexión sobre el Derecho que debe ser teniendo en cuenta las coordenadas reales de la socie-

vida social, presentando un ineludible contenido político-valorativo; del mismo modo, la función judicial se propone resolver la complejidad del momento hermenéutico, reconstruyendo la previsión jurídica abstracta y concretizándola a la luz de sus coordenadas histórico-sociales<sup>17</sup>. En ambos casos entran en juego valores, prudencia, responsabilidad y sensatez, es decir las más profundas raíces y el auténtico contenido de las manifestaciones de lo jurídico.

Paolo Grossi ha definido los valores como aquellos principios o comportamientos resaltados y seleccionados por la consciencia colectiva entre otros muchos principios o comportamientos, siendo el resultado de una operación selectiva y espontánea que consiente alejar o aislar algunos principios del mundo de la relatividad, elevándoles a modelos a seguir; una operación, como decimos, espontánea, que la sociedad lleva a cabo para solidificar, en su devenir histórico, un cierto patrimonio ético. Y es en virtud de estas características, básicas y originarias, que los valores se presentan como realidad radical, es decir con raíces, siendo el derecho la forma que debe revestir esa sustancia. Entre forma y contenido, por tanto, debe existir comunicación, pues solo así el derecho llegará a ser una manifestación impregnada de lo radical, una realidad capaz de cumplir con esa tarea que le es propia: ordenar en el respeto de la concreta complejidad social. De no ser así, podríamos confundir el derecho con un mero conjunto de disposiciones, mandatos o imperativos absolutamente abstractos, y este sería el paso previo para su consideración como excelente instrumento de control de la realidad social<sup>18</sup>. El *ethos* jurídico brota de las profundas instancias espirituales de una comunidad capaz, aunque sea mínimamente, de auto-ordenarse; y el derecho debe mantener una dinamicidad que le permita traducir los valores y las necesidades histórico-sociales; jueces y legisladores, por tanto, deben mirar al derecho de la misma manera, en el sentido que deben considerarlo ni como «una corteza reseca ni tampoco una coraza que ahoga el crecimiento en libertad de una comunidad»<sup>19</sup>. Acudiendo a las agudas afirmaciones de Jacques Derrida, mantenemos aquí que una decisión jurídica –de la índole que sea– no podrá ser considerada justa por el mero hecho de haber seguido una regla, un procedimiento o un protocolo, sino también (o, sobre todo) por haber confirmado y asumido el conjunto de esas realidades radicales (raíces) que siempre entran en juego y que solo pueden brillar mediante un equilibrado, responsable y tem-

---

dad». ROBLES, G., en *Doxa*, cit., p. 204, y ROBLES, G., «La decisión en el Derecho y la tópica jurídica», cit., p. 110.

<sup>17</sup> Una «actualización en suma de la supuesta intención del legislador, de la naturaleza misma de las cosas juzgadas, de la forzoseidad o necesidad social, más apremiantes desde luego que la legalidad técnico-formal». FERNÁNDEZ DE ESCALANTE, M., «Justicia, Derecho, Derecho Natural, opción revolucionaria», en *AESJ*, vol. III, Granada, 1978, p. 219.

<sup>18</sup> GROSSI, P., *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 30.

plado esfuerzo hermenéutico<sup>20</sup>. Sabemos, no obstante, que esta propuesta no es fácil de metabolizar.

Francesco Viola, entendiendo por ética de los derechos aquella ética en la que los mismos derechos representan «el valor prioritario y dominante» y «están cargados de una connotación moral»<sup>21</sup>, sostiene que las dificultades de las éticas tradicionales, junto a la inalcanzable autosuficiencia normativa de una ética de los derechos, empujan a la elaboración de una teoría de la justicia<sup>22</sup>. Pero una teoría de la justicia se enfrenta a un gran dilema, ya que debe tomar decisiones; concretamente, debe decidir si adoptar mecanismos de «neutralidad» o dinámicas de «preferencias». El iusfilósofo italiano ubica la teoría de la justicia en las cuestiones propias de la ética pública, en cuanto que su objeto de estudio es el conjunto de características que toda institución social y política debería presentar para ser considerada como respetuosa de los derechos y, por tanto, justa. Por esta razón la teoría de la justicia tiene a que ver con los derechos; y por esta razón la teoría de la justicia debe decidir, teniendo que optar entre posicionamientos neutrales, es decir meramente procedimentales, o no. En el primer caso, las reglas de las que se ocuparía son aquellas que gestionan los conflictos de libertades, teniendo un carácter procedimental que no le consiente guiar o mantener una concepción específica del bien<sup>23</sup>; en el segundo, al elaborar criterios para seleccionar ciertas preferencias consideradas socialmente legítimas para, después, transformarlas en derechos, será muy difícil que una teoría de la justicia pueda mantener una posición neutral. Además –como bien observa Viola–, estirando al máximo las dinámicas de la «preferencia», se llegaría al lado opuesto, es decir al perfeccionismo ético, terreno fértil para aquellas concepciones que sostienen la existencia de determinados intereses que indiscutiblemente deben ser convertidos en objetivos, en cuanto directamente relacionados a los bienes y a los valores intrínsecos al bienestar humano<sup>24</sup>.

Desde la neutralidad, la preferencia o el objetivismo, en esta sede interesa señalar que cualquier teoría de la justicia, para mostrarse sensata, templada y prudente, debería aspirar a ser el freno y el límite al eslogan de moda en la sociedad actual: derechos para todos y para todo. Esto requiere, cómo no, el rescate de la otra cara de la moneda, o sea la recuperación del sentido del deber, factor indispensable para la respetuosa búsqueda del bien común. Nosotros, en realidad, mantenemos que ninguna teoría de la justicia podrá presentarse absolutamente

---

<sup>20</sup> DERRIDA, J., «Diritto alla Giustizia», en *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 27.

<sup>21</sup> VIOLA, F., «La ética de los derechos», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999, p. 507.

<sup>22</sup> Definida por él como «punto de inserción entre la filosofía política, jurídica y moral». *Ibidem*, p. 516.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 515-516.

<sup>24</sup> Invocando la necesaria protección de «la “naturaleza” del ser de cuyo bien se trata». *Ibidem*, pp. 519-520.

«neutral» o meramente «procedimental», ya que toda teoría, como sabemos, requiere necesariamente un posicionamiento acerca de algo y no podrá quedar exenta de valoraciones. Probablemente, eso sí, será discutible el mayor o menor grado de valoración realizado sobre su objeto de estudio; pero la neutralidad y la mera procedimentalidad es, cuanto menos en la práctica, insostenible, pues toda teoría tiene una evidente vocación práctica y, sugiriendo un procedimiento en lugar de otro, realiza valoraciones. Del mismo modo, a las dinámicas del «preferencialismo» o del «objetivismo» deberían ponerse ciertos límites, cuanto menos procedimentales, para no caer en paternalismos que acabarían por amenazar seriamente las íntimas libertades humanas<sup>25</sup>. Se propone optar, por tanto, por esa vía intermedia que, no queriendo ser necesariamente la vía teórica de Juan Pablo III –ese Papa creado por el director de cine Paolo Sorrentino en sus guiones más recientes–, simplemente pretende recordar soluciones tomistas y aristotélicas. Se puede hacer. ¿Cómo? Promoviendo un diálogo crítico y constructivo entre la contingencia y la permanencia, entre la forma y la esencia, entre la inmanencia y la trascendencia; habrá que comenzar sustituyendo el principio de la felicidad por el principio de la responsabilidad, abandonando la dinámica del «hacer lo que quiero» y restaurando la del «hacer lo que debo». Así, el valor ontológico de la persona humana, y sus manifestaciones en sociedades política y jurídicamente organizadas, pasarán por dinámicas de auto-regulación que demuestren ser aptas para garantizar el cumplimiento de los deberes<sup>26</sup>. Pasamos, por tanto, al examen de algunas orientaciones filosófico-jurídicas que, desde un personalismo axiológicamente sólido, desean reivindicar las necesidades que hemos sucintamente expuesto.

### 3. HECHOS Y DERECHOS, VALORES Y DEBERES. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (I): BREVES REFERENCIAS AL PRECEDENTE *ROSMINIANO*

No debería resultar difícil entender que la realidad fáctica, en todo ámbito de la vida humana, es un conjunto de hechos valorados que, a su vez, encarnan ciertos deberes; la praxis decisional, por tanto, tendrá necesariamente que ver con esas tres realidades: hechos, valores y deberes. Puesto que los deberes, en no pocas ocasiones, crean expectativas que, desde un punto de vista técnico-jurídico, son calificables como derechos, resultará que en el ámbito de las decisiones

---

<sup>25</sup> Lo hemos mantenido en otras ocasiones: no citamos referencias para garantizar el anonimato de este trabajo.

<sup>26</sup> Véase, en este sentido, la postura de ROBLES, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 184-189.

jurídicas –de cualquier índole y rango– deben tenerse en cuenta dichas dinámicas, tratándose de una realidad pluridimensional donde participan hechos, valores, deberes y derechos (expectativas). Ahora bien, tanto el mundo de la ética como el del derecho están llamados a conocer, justificar, proponer, orientar, criticar y actuar en el ámbito de los hechos, en el mundo de los valores y en la esfera de los deberes, evitando caer en formalismos precarios o procedimentalismos mediante los cuales se pretende dar cobertura (ética y/o jurídica) a cualquier instancia (presuntamente) social. Para que el discurso ético consiga abrazar, desde un punto de vista material, al jurídico, debe tenerse presente, ante todo, al hombre, sin anteponer los intereses económicos o meramente comerciales. Justicia y bien común, en una acción jurídica templada y desde una misión ética responsable, podrán así ser rescatados como auténticos fines de un derecho concebido como aquel mínimo conjunto de necesidades morales exigidas por la sociedad. Tal y como observó el pensador francés Louis Lavelle, a veces pensamos que el problema del valor es una cuestión nueva, olvidándonos que la aproximación a esta problemática es tan antigua como la reflexión misma, ya que la especulación filosófica nunca ha dejado de poner la cuestión del valor entre sus principales preocupaciones, en cuanto los valores dan sentido a la vida del hombre, quien se esfuerza para descubrirlos y realizarlos en una vida espiritual que va más allá de la material y que la justifica al mismo tiempo<sup>27</sup>. En efecto, la vida material se caracteriza por que de sus hechos suelen brotar valores; y el sentido de obligatoriedad espiritual, para decidir abstracta o concretamente, en un sentido o en otro, no emana de los hechos, sino de los valores.

El juicio formulado sobre los hechos puede ser de dos tipos: o meramente descriptivo, derivado de la mera percepción, o estimativo, derivado de una valoración. Hechos y valores, por tanto, mantienen una firme relación, aunque no debemos confundirlos, ya que los hechos se perciben y los valores se estiman. Y es por esto que resulta posible, además de interesante, distinguir la calidad de algo y su virtud, en el sentido que la calidad es estática y la virtud dinámica: la calidad nos dice lo que la cosa es, la virtud nos dice lo que la cosa puede llegar a ser<sup>28</sup>. Esta última consideración es de fundamental importancia para sostener que cuando las cosas pierden su virtud, corren el riesgo de volverse inútiles y peligrosas, ya que además de no poder utilizarse para ningún propósito, puede que se presten para perseguir propósitos potencialmente peligrosos. En este sentido, Diego Medina advierte que la verdad de nuestra época parece ser una verdad material (una realidad casi indiscutible), aunque curiosamente se trate de una verdad hecha de verdades sin que verdaderamente

---

<sup>27</sup> LAVELLE, L., *Traité des Valeurs, I, Théorie générale de la valeur*, Paris, Les Presses universitaires de France, 1.<sup>re</sup> édition, 1950, 2.<sup>e</sup> édition, 1991, pp. V y IX.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 9.

se sepa lo que el hombre deba o no deba hacer (o para qué deba –o dejar de– hacer algo)<sup>29</sup>.

La orientación ética de la praxis –en nuestro caso jurídica pero aplicable, en general, a cualquier esfera del obrar humano– necesita más que nunca del rescate del sentido de los deberes; solamente así será posible orientarnos para marcar ciertos límites entre lo bueno y lo malo. Aunque sea muy difícil dar una definición de los valores, es incontestable su esencial característica: requieren su realización. La ética se propone la realización de los valores, no tratando directa y exclusivamente ni con los hechos ni con los valores, sino con los deberes. El deber, en efecto, encuentra su fundamento en el valor que pide su realización. Esta peculiar característica –como señalan Carlos Pose y Diego Gracia– plantea un problema de compleja resolución: el conflicto de valores. Es aquí donde lo abstracto y lo concreto vuelven a presentarse como dos regiones del mundo condenadas al diálogo y a la comunicación, puesto que hablar de deber equivale a tratar el mundo del «debería», que, aparentemente, se opone al mundo del «debe». En realidad, sin el primero sería difícil vivir en el segundo, tal y como sin el segundo el primero sería una mera especulación ilusoria<sup>30</sup>. Según Lavelle, los dos mundos resultan estar moldeados por nuestras preferencias, ya que la capacidad de preferir y las propiedades de lo preferido nunca dejan de entrar en juego en nuestras vidas. Prefiriendo no hacemos otra cosa que evaluar; evaluando estamos atribuyendo valor; la preferencia es, pues, un análisis del valor, tal y como el conocimiento es un análisis del ser. Esta dinámica, sin embargo, si llevadas a sus extremos, podría resultar peligrosamente constructivista (éticamente hablando), cosa que quizás nos obliga a recordar que una adecuada reflexión axiológica debería sí establecer diferencias y preferencias, pero dentro de distintas posibilidades contenidas en un orden jerárquico sin exclusiones<sup>31</sup>. Pose y Gracia mantienen la inevitable comunicación de los dos mundos, ya que, si los valores piden su realización, resulta imprescindible reflexionar sobre la forma y el contenido de las órdenes o mandatos resultantes de los juicios normativos o prescriptivos o de deber que tienen como vocación la realización del valor<sup>32</sup>. Pues bien, los hechos demandan el juicio descriptivo desde la percepción, los valores el juicio estimativo desde la valoración, los deberes el juicio prescriptivo desde la responsabilidad. Es probable que todo ello sea más factible apelando –como señalábamos– a un

<sup>29</sup> MEDINA MORALES D., «La verdad no nos pertenece. Reflexiones sobre Bioética», en *Bioética y Bioderecho*, Córdoba, SFD, 2009, p. 10.

<sup>30</sup> POSE, C., GRACIA, D., «Procedimiento o método de toma de decisiones», materiales de estudio y de trabajo publicados para el *Título de Experto en Ética Médica*, pp. 14-15, [https://www.ffomc.org/CursosCampus/Experto\\_Etica\\_Medica/U7\\_Procedimiento%20o%20metodo%20de%20toma%20de%20decisiones.pdf](https://www.ffomc.org/CursosCampus/Experto_Etica_Medica/U7_Procedimiento%20o%20metodo%20de%20toma%20de%20decisiones.pdf) (última consulta 16 de febrero de 2020).

<sup>31</sup> LAVELLE, L., *op. cit.*, p. 436 y pp. 439-441.

<sup>32</sup> POSE, C., GRACIA, D., *op. cit.*, pp. 14-15.

sentido de responsabilidad que representa la sustancia más idónea para ligar los deberes a su manifestación técnico-jurídica que solemos llamar derechos.

De las consideraciones anteriores resulta evidente que no podemos identificar y confundir lo absoluto (abstracto) con lo real (concreto), ya que –aunque sea necesario reflexionar para decidir sobre convicciones profundas, justificando necesidades o encontrando fundamento a deberes absolutos– en la práctica hay que actuar con responsabilidad, sabiendo contrastar la diversidad de posiciones que nos presenta y demanda cada situación concreta. No podemos limitarnos a una abstracción, es decir, a un aislamiento de posibles situaciones concretas invocando la búsqueda de la supuesta esencialidad que acomunaría a todas ellas. Hay que ir más allá y actuar, en lo concreto, tomando decisiones, en una dinámica prudencial que no debe priorizar ni el mero análisis de los hechos ni la jerarquización estática y absoluta de todos los posibles valores en juego. Apelar a una cierta prudencia responsable equivale a no confiar excesivamente en la fuerza de la ley para imponer criterios absolutos, ya que la capacidad humana, en su tarea de ofrecer soluciones a los problemas de la vida, debería conocer ciertos límites. Las circunstancias y las peculiaridades de los casos concretos, así como las consecuencias desencadenadas por la toma de decisiones, son factores para tener en consideración en cuanto sus efectos tienen relevancia en términos relativos y también absolutos. Resulta difícil absolutizar todos los posibles deberes concretos, como si fuéramos capaces de prever todo tipo de circunstancia. Incluso el deber absoluto de respeto hacia la persona humana presenta, en determinados casos, serias dificultades en su realización y materialización práctica.

La necesaria alteridad entre derechos y deberes, la intrínseca inter-subjetividad de lo jurídico, los problemas materiales y objetivos de la justicia, son ingredientes ya presentes en la propuesta del gran pensador Antonio Rosmini. De hecho –tal y como señalan Michele Nicoletti y Francesco Ghia–, cuando en Europa se asistió al auge de las instancias codificadoras, Rosmini irrumpe para que esos esfuerzos pudieran encontrar fundamento en la justicia. Pero lejos de ser considerada como un artefacto humano, la justicia se nos presenta –según el italiano– como esencia de las leyes, tratándose de un sentimiento ya puesto en el hombre, en su alma, y siendo una necesidad para todos los hombres; aunque su percepción pueda resultar compleja, todo hombre tiene capacidad para repugnar lo injusto: es decir, a las dificultades definitorias de la justicia, Rosmini opone las más simples dinámicas de comprensión de la injusticia, ya que el sentimiento de repugnancia hacia lo injusto no es un producto custodiado por doctos o teóricos, sino por el corazón de las personas. Es así que «Il primo e supremo dovere adunque é il dovere di aderire allá verità; di testificare il vero a noi stessi, di riconoscerlo dicendo a noi stessi: lo conosco-

mo, é così»<sup>33</sup>, o sea de reconocer las cosas en su verdad, una verdad que las personas pueden comprender mediante sus sencillas facultades de conocimiento. El conocimiento de las cosas es un acto necesario, mientras que su reconocimiento es un acto libre donde entra en juego la moralidad del hombre, ya que la persona –según Rosmini– conoce lo objetivo, pero queda libre de adherir subjetivamente a la realidad objetiva, pudiendo incluso rechazar su reconocimiento. La raíz del deber moral, por tanto, será ese acto de justicia (de reconocimiento) al que hemos aludido. La realidad jurídica, en cambio, deberá buscarse entre la moral y la eudemonología, ya que, por una parte, no puede reducirse a mera utilidad y, por otra, no puede ser del todo identificada con la moral. El derecho –para Rosmini– halla su unidad en la realidad unitaria de la persona que es su misma esencia. Por esto, de las dimensiones relacional y comunicacional de lo jurídico derivan las bases del personalismo *rosminiano*, ya que la potestad jurídica de un sujeto está necesariamente vinculada al reconocimiento ajeno. En virtud de la existencia de un básico y originario deber moral de respeto hacia la libertad del otro, y toda vez que esa libertad asuma tintes jurídicos, estamos en presencia del deber jurídicamente entendido. El derecho, pues, participa de un importante momento relacional y su fundamento ontológico descansa en esa idea de justicia que citábamos, es decir en la libre adhesión del sujeto al objeto (reconocido, y no simplemente conocido, en su verdad). Ha sido afirmado que se trataría de un «realismo ontológico» que cristaliza la primacía del deber respecto al derecho<sup>34</sup>. En efecto, la noción de deber –sugiere Rosmini– precede la noción de derecho, ya que «Se il diritto è una potenza morale per la quale l'uomo può adoperare quello che non gli è proibito, e che gli è tutelato dalla legge, fa bisogno che la nozion di dovere sia precedente e indipendente da quella di diritto [...] il dovere ha un'esistenza sua propria e precedente nell'uomo a quella del diritto: il dovere viene imposto dall'oggetto, mentre il diritto scaturisce, quanto alla sua materia, dal soggetto. Come l'oggetto ha un'essere dal soggetto umano indipendente, così il dovere ha un'esistenza indipendente dal diritto»<sup>35</sup>. Centro de la obligación jurídica es, por tanto, el reconocimiento y el respeto del otro sujeto; en este vínculo, la persona se encuentra obligada a omitir todo lo que directa o indirectamente puede dañar al otro; lo que hay que respetar, definitivamente, es la persona en todas sus actividades. Por esto, creemos que persona y derecho –en la filosofía *rosminiana*– son los dos elementos más importantes y actuales en nuestros tiempos.

<sup>33</sup> ROSMINI, A., *Filosofia del Diritto*, 27, Istituto di Studi Filosofici (Roma), Centro di Studi Rosminiani (Stresa), Città Nuova Editrice (Roma), 2013, p. 116.

<sup>34</sup> Una lectura ciertamente más profunda, y a la que hemos acudido para presentar aquí los postulados del filósofo italiano, ha sido realizada por NICOLETTI, M., GHIA, F., «Introduzione», en ROSMINI, A., *Filosofia del Diritto*, *op. cit.*, pp. 20-32.

<sup>35</sup> ROSMINI, A., *op. cit.*, pp. 196-197.

Francesco Coccopalmerio –intérprete de Rosmini– nos recuerda que vivimos una sociedad caracterizada por el derecho de las reglas, de los deseos y de las opiniones, ensombreciéndose bastante el valor intrínseco de la persona. Si promovemos un derecho meramente enjaulado y originado en la ley positiva, corremos el riesgo de caer en las formas más terribles de despotismo. Hoy, más que nunca, es necesario fundamentar derecho y justicia sobre bases objetivas. Para Rosmini el derecho es una facultad eudemonológico-moral, una realidad en la que coexisten moral y utilidad; un fiel espejo, en suma, de lo que ocurre en la persona humana, ente que se nos presenta como la realización sustancial del derecho. Este último se coloca entre ética y eudemonología, ya que Rosmini, en esa eudemonología embriagada por la moral que se eleva a momento inicial de lo jurídico, no duda en subrayar el factor más elemental y menos discutible del derecho, es decir el placer<sup>36</sup>. Pero no basta el derecho positivo para agotar la juridicidad, pues el derecho positivo, a su vez, necesita fundamentación y justificación. La solución *rosminiana* nos sugiere encontrar el fundamento último del derecho en la persona, no en el sentido de persona como titular de derecho, sino de la persona como (en sí misma) derecho. Por otra parte, y puesto que a cada deber no le corresponde necesariamente un derecho, pero sí a cada derecho un deber, la noción de deber precede a la de derecho; este, que brota de la eudemonología y concluye en la moral, siempre será hijo del deber y sin él no podría existir<sup>37</sup>. Con la lectura de Rosmini, por tanto, quedaría perfilada una atrayente propuesta para refutar aquellas líneas de pensamiento formalistas, utilitaristas o analíticas, y replantear aquel conjunto de oportunidades que probablemente se vieron interrumpidas por el proceso de deseticización del pensamiento jurídico. Una perspectiva, entre otras, que no pretende convencer a todos, pero que resulta interesante para repensar el derecho hoy. Como veremos a continuación –y con el objetivo de otorgar el justo y debido reconocimiento a las dimensiones axiológica, práctica y normativa del fenómeno jurídico– en el actual panorama filosófico-jurídico es posible encontrar propuestas que presentan ciertas características en común con la enseñanza del *roveretano*, y no necesariamente por haber adoptado y seguido explícitamente sus postulados, sino por el simple hecho de haber rescatado categorías especulativas muy parecidas y que pueden resultar útiles para no perder de vista que los problemas materiales y objetivos de la justicia deben seguir considerándose desde la necesaria alteridad entre derechos y deberes y desde la intrínseca intersubjetividad constitutiva de lo jurídico.

---

<sup>36</sup> Cfr. COCCOPALMERIO, F., «Diritto e Diritti nel pensiero filosofico e giuridico di Rosmini», *Iustitia. Rivista Trimestrale di Cultura Giuridica*, Anno LXIII, núm. 2, Aprile/Giugno, 2010, pp. 1-6.

<sup>37</sup> Así lo ha visto también BATTAGLIA, F., «La filosofia del diritto in Rosmini», en *Quaderni di Iustitia*, 31, Roma, Giuffrè, 1977, pp. 42-45.

#### 4. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (II): EL *JURISPRUDENCIALISMO* DE ANTONIO CASTANHEIRA NEVES

Más recientemente, y desde un similar enfoque axiológico personalista, António Castanheira Neves entiende que el derecho es un sistema de normas con vocación o intención práctico-axiológica en continuo devenir, cuya concreción se observa en la resolución del caso concreto. En este sentido, rechaza la identificación entre derecho y ley, siendo esta un mero instrumento al servicio de una intención axiológica que encuentra su realización práctica en la actividad jurisdiccional. Esto quiere decir que el derecho, en su manifestación técnico-normativa, es un mero proyecto que, mediante su necesaria referencia axiológica, puede encontrar desarrollo en la vida histórica de una comunidad a través de la resolución de casos y problemas jurídicos específicos. La propuesta *jurisprudencialista* de este filósofo portugués se presenta como una alternativa equidistante con respecto al positivismo y al funcionalismo jurídico<sup>38</sup>, intentado promover una concepción de la juridicidad a partir de su concretización. Es decir, si el positivismo jurídico, por una parte, corre el riesgo de impedir el enriquecedor esfuerzo hermenéutico, y el funcionalismo, por otra, desborda en la regulación de toda faceta social y acaba instrumentalizando la legislación al someterla o condicionarla (en su totalidad) a la actividad de la política, el *jurisprudencialismo* busca mecanismos de adecuación temporal, cultural y territorial de lo jurídico, sin perder de vista la necesaria seguridad jurídica y, al mismo tiempo, un equilibrado normativismo axiológico que encuentra su máxima expresión en la actividad jurisdiccional<sup>39</sup>. Castanheira Neves busca y encuentra esas componentes axiológicas a partir de la dignidad del hombre, un ser social y personal, un sujeto de derechos, pero sobre todo de deberes<sup>40</sup>. El hombre-persona, un ser

<sup>38</sup> Así lo afirma PEREIRA BORGES, I. C., «O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico», *Quaestio Iuris*, vol. 11, núm. 04, Rio de Janeiro, 2018, p. 3214.

<sup>39</sup> Cfr. ANDREZA SILVA, A. J., «O conceito de direito na perspectiva jurisprudencial de Castanheira Neves», *A Barriguda, Revista Jurídica e Cultural*, v. 3, núm. 1, año 3, 2013, pp. 139 y 145. Sobre el concepto de justicia en Castanheira Neves, véase ALBERT MÁRQUEZ, J. J., «La idea de justicia en el pensamiento iusfilosófico portugués contemporáneo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 78, 2018/1, pp. 198-200.

<sup>40</sup> «O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo», una premisa necesaria para entender que «a pessoa é um ser pessoal e simultaneamente um ser social. Se se aliena ao perder-se ou ao degradar-se na sua personalidade, também não se realiza nem vem à epifania se si própria sem a mediação comunitaria». CASTANHEIRA NEVES, A., «O Direito hoje e com que Sentido? O problema actual da autonomia do direito», en *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 69.

comunicativo que debe desenvolverse en un horizonte dialéctico *con* y *para* los demás, en una misión común y no individual, es el auténtico protagonista del fenómeno jurídico que solo puede existir en virtud de la relación individuo-comunidad<sup>41</sup>. El *jurisprudencialismo*, en definitiva, pide maleabilidad técnico-normativa al legislador y flexibilidad mental al jurista (teórico y práctico), ya que se trata de una «perspectiva do homem (do homen-pessoa), i. é., aquela perspectiva em que o direito, com sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está directamente ao serviço de uma prática pessoalmente intitulada e historicamente concreta, prática dinamizada pelas controvérsias também práctico-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela, como básica condição mediadora, do homem-pessoa convivente e assim do homem no “seu direito” e no “seu dever ou na sua responsabilidade”»<sup>42</sup>.

Se trata un modelo especulativo que, pretendiendo concebir el derecho con cierta autonomía normativa frente a la ley, otorga grandes cuotas de responsabilidad a la actividad decisoria del juez, donde en cada caso concreto cobra vida la adecuación social, cultural e histórica de la juridicidad. La actividad jurisdiccional, por tanto, al representar el ejercicio dinámico de la juridicidad aplicable, utiliza recursos axiológicos capaces de colmar lagunas, crear parámetros, resolver discrepancias y evitar arbitrariedades. Con razón ha sido observado que el *jurisprudencialismo* no fundamenta el derecho únicamente en la razón abstracta, contemplativa y universalizadora de la ley, sino en la actividad decisoria concreta que, en el respeto de la seguridad jurídica, confiere una adecuación jurídico-temporal, cultural y particularizada al proyecto normativo abstracto<sup>43</sup>. Se presenta, pues, como un modelo alternativo respecto a los formalismos alienantes o a los instrumentalismos disolventes, ya que desea rescatar la autonomía de una validez material que tiene lugar en la problemática judicante orientada por la perspectiva del hombre-persona, quien es sujeto activo y pasivo de esa práctica. En otros términos, con el *jurisprudencialismo* se desea recuperar el sentido de la práctica jurídica como *iurisprudentia*: «axiológico-normativa nos fundamentos, práctico-normativa na intencionalidade, judicativa no modus metodológico»<sup>44</sup>. En esta concepción, por tanto, el derecho

<sup>41</sup> Ya que «Ou estamos condenados a uma existencial incomunicabilidade comunitária e o direito deixa de ter sentido para a Existência como tal, ou a comunicação e integração comunitárias se revelam existencialmente autênticas e o direito encontra na própria Existência o seu fundamento. No primeiro caso, o direito será contra o homen –unas das formas da sua alienação; no segundo caso ele será expressão da sua própria humanidade essencial». CASTANHEIRA NEVES, A., «O papel do jurista no nosso tempo», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema –os modelos actualmente alternativos de realização jurisdiccional do Direito», en *Digesta*, vol. 3, *op. cit.*, p. 176.

<sup>43</sup> Así lo desglosa ANDREZA SILVA, A. J., «O conceito de direito na perspectiva jurisprudencial de Castanheira Neves», *op. cit.*, pp. 146-149.

<sup>44</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «Entre o legislador, a sociedade e o juiz», *cit.*, p. 189.

no es un mero instrumento normativo, sino una combinación de norma y valor, cuya validez encuentra fundamento en el universo práctico, en cuanto la referencia valorativa es el conjunto de relaciones intersubjetivas de la vida práctica. La norma jurídica, en constante evolución concreta, postula un compromiso práctico y convoca una exigencia axiológica que manifiesta sus opciones en el sistema jurídico. En este sentido, Castanheira Neves considera que el sistema jurídico es un conjunto de opciones axiológicas que consta de principios, normas, jurisprudencia y dogmática. Así, en la resolución del caso concreto, momento fundamental para verificar y confirmar la intención axiológica de la juridicidad en su concretización histórico-social, habrá que conocer las normas positivas en juego, así como los precedentes judiciales y la elaboración doctrinal. El problema decisorio, en suma, es de tipo práctico y requiere una mediación judicativa capaz de desenvolverse en las complejas y ricas cuestiones hermenéuticas, donde, a pesar de la dinamicidad necesaria, no debería haber espacio para decisiones arbitrarias o generadoras de inseguridad jurídica. La decisión concreta no puede ser considerada como un medio para alcanzar cualquier fin, pues, en cambio, debe ser capaz de manifestar un contenido práctico y axiológico que encontrará apoyo en el material dogmático y jurisprudencial; una decisión que, al mismo tiempo, y en virtud de sus contenidos siempre enriquecedores, expresará nueva materia para el sistema dogmático-jurisprudencial que le dio apoyo<sup>45</sup>.

Entre la magna e interesante literatura del iusfilósofo portugués –cuyos principales escritos han sido recientemente recopilados en los tres volúmenes de *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*–, encontramos algunos trabajos muy significativos para percibir en qué medida su perfil y sus propuestas pueden resultar útiles para repensar el derecho hoy. Nos referimos a «Questão-de-Fato –Questão-de-Direito– ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)», «O papel do jurista no nosso tempo», «Justiça e Direito» y «O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito». Los dos primeros son útiles para completar la sucinta presentación de la propuesta metodológica del autor, mientras que los dos últimos servirán para dirigirnos hacia unas humildes reflexiones conclusivas. La distinción entre «cuestiones de hecho» y «cuestiones de derecho» es una problemática que atormenta a Castanheira Neves desde el comienzo de su producción intelectual. Analizando las principales corrientes de ideas que reflexionan sobre lo jurídico, el portugués cree que dicha distinción no siempre ha recibido la atención que merece, puesto que –se pregunta– puede tratarse de un serio e interesante problema *acerca de dos* entidades objetivas distintas, *sobre dos*

---

<sup>45</sup> Hemos utilizado los comentarios de PEREIRA BORGES, I. C., «O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico», *op. cit.*, pp. 3220-3225.

objetos distintos o *dado por dos* contenidos significativos y conceptuales diferentes; pero también –sigue hipotizando– puede que se trate de dos cuestiones correlativas y que integran un problema específico y unitario<sup>46</sup>. Veamos en qué términos. En primer lugar, y desde un punto de vista *dogmático*, la distinción entre conceptos de hecho y conceptos de derecho presenta un contenido que va siendo determinado en función de la lectura teológico-normativa de determinados institutos jurídicos o cuestiones presentes en el derecho positivo. De este modo –según Castanheira Neves– cuando la legislación o la doctrina delimitan el contenido normativo positivo de un instituto jurídico, no tienen más remedio que acudir (a sabiendas o no) a esa distinción para enunciar los conceptos jurídicos que definen los elementos integrantes de las diversas hipótesis legales; es decir, cuando se habla, por ejemplo, de «dolo», de «promesa», de «acto o hecho jurídico», de «validez negocial», etc., no se hace otra cosa que evocar contenidos que llevan consigo la necesaria distinción entre materia fáctica y materia jurídica, ya que en ambos casos (hecho y derecho) se trata de contenidos objetivos e intencionales que tienen su fundamento y criterios decisivos en las directas intenciones normativas del derecho positivo y a la luz de las interpretaciones doctrinales: se trata, en definitiva, de conceptos determinados jurídicamente en el seno del derecho y para el derecho. En segundo lugar, a este sentido dogmático de la distinción podemos añadir o acompañar una perspectiva *epistemológica*; en este caso –según el iusfilósofo de Tábuá– resulta difícil no darse cuenta que existe una gran cantidad de situaciones y relaciones jurídicas que emergen de la autónoma constitución de la vida social, a través de un autónomo estatuto normativo que demuestra su eficacia incluso más allá de las determinaciones formales del derecho positivo, pudiéndolo, por qué no, cogerlo de sorpresa o contradecirlo (*praeter* o *contra legem*). Lo que se nos quiere transmitir y recordar, en el fondo, es que cuando (jurídicamente hablando) calificamos «de hecho» alguna realidad concreta, es debido a que se trata de realidades que son ya jurídicas, con la única diferencia que su juridicidad no se expresa mediante los clásicos esquemas de la ley positiva. Una vez más, por tanto, se trata de una distinción que opera en el seno del derecho y en función de sus intenciones normativas, una distinción puesta en escena ya sea mediante manifestaciones formales (legales) ya sea mediante entidades culturales objetivas. En último lugar, el tercer posible sentido de la citada distinción es de tipo *metodológico*, lo que Castanheira Neves define como el sentido que surge al explicitarse el problema normati-

---

<sup>46</sup> Así introduce el breve texto extraído de la más extensa monografía *Questão-de-Facto–Questão-de-Direito– ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1967. Nos referimos a CASTANHEIRA NEVES, A., «A distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 483.

vo del derecho. Su posición es muy clara: el derecho no puede prescindir del hecho y el hecho no puede prescindir del derecho, ya que una *quaestio juris* es siempre una *quaestio juris* de una determinada *quaestio facti*, del mismo modo que una *quaestio facti* es necesariamente una *quaestio facti* de una determinada *quaestio juris*. Sinceramente creemos que la correlación necesaria entre ambos polos difícilmente puede ser mejor explicada, ya que (metodológicamente hablando) se sostiene que el derecho concretamente substantivado trasciende y asume, al mismo tiempo, las cuestiones de hecho y de derecho, siendo el resultado y la síntesis de ambas<sup>47</sup>.

Una yuxtaposición necesaria, en suma, de la materia vigente en el *ethos* jurídico, desde sus iniciales apariencias concretas hasta sus finales manifestaciones prácticas, pasando también, como no, por los momentos de abstracción presentes en los esquemas lógicos normativos de las acciones posibles, que más arriba definíamos como legalidad. Es así como de un aparente abismo, entre un polo y otro, llegamos a la necesaria consideración unitaria del problema, mediante una lectura trialista –es decir dogmática, epistemológica y metodológica– propuesta por Castanheira Neves para que el problema de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho no sea considerado como un falso problema y no quede abandonado a tratamientos intelectuales superfluos, meramente abstractos o irrelevantes. Está en juego –según este autor– la correcta consideración de la autenticidad e intencionalidad de lo jurídico, de todas sus vertientes y en todas sus articulaciones. La misión que incumbe a todo jurista, teórico o práctico que sea, consiste en la consideración y reconstrucción crítica del sentido del derecho, frente a las contemplaciones meramente teoréticas o cognitivas. El jurista, así, en lugar de actuar como mero técnico y perito de datos preconstituidos, debe obrar como «un vivo e vigilante intérprete dos tempos»<sup>48</sup>, teniendo que realizar una tarea que le pide esfuerzo y responsabilidad. Esa reconstrucción crítica del derecho puede realizarse, en primer lugar, mediante la búsqueda del fundamento de la validez de lo jurídico; en segundo lugar, a través de la agudización del sentido de función humana y social de lo jurídico; por último, estudiando el modo en que el jurista puede cumplir esa tarea que la construcción del derecho le impone<sup>49</sup>. Rômulo Geraldo Pereira –estudiando y presentando la propuesta *jurisprudencialista* a la comunidad científica brasileña– observa que de la búsqueda del fundamento de la validez del derecho dependerá la posible solución de las restantes dos cuestiones; esta investigación, además, debe necesariamente ser tratada en el seno del pensamiento jurídico, siendo una cuestión que permite la comprensión radical de cualquier problema jurídico. En efecto, para que el jurista

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 498-512.

<sup>48</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O papel do jurista no nosso tempo», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 44

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

pueda encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se les plantean, sin actuar como un mero perito, necesita comprender el fundamento que otorga legitimidad a la maquinaria jurídica en su conjunto. Este fundamento –según Castanheira Neves– no debe ser buscado en conceptos predeterminados, sino extraído de la intención ético-comunitaria que une los hombres en comunidades de personas; en este sentido, «la idea de derecho es la intención axiológica de realización comunitaria», siendo (el derecho) «intención y dimensión de la propia persona moral situada axiológicamente en la realidad de la convivencia ética, donde asume intención comunitaria en cuanto que esa intención comunitaria es condición real de existencia de la persona como persona»<sup>50</sup>. Si el derecho, de este modo, se nos presenta como un proyecto axiológico de la vida comunitaria que permite al hombre vivir como persona, resulta sencillo –insiste Rómulo Geraldo Pereira– comprender que la función humana y social de lo jurídico consiste justamente en hacer viables las relaciones humanas en una armoniosa, digna y libre convivencia ético-comunitaria.

Quedaría, por tanto, la tercera cuestión, referida al esfuerzo metodológico que la comunidad de juristas debe hacer para realizar histórica y concretamente el derecho. La vía *jurisprudencialista* es muy clara. En primer lugar: el derecho es un conjunto de expresiones muy complejo (decisiones, reglas, principios, valores, sentencias, etc.) y el jurista no puede confundirlo con su mera manifestación legislativa, pues de otro modo cerraría las puertas al específico y necesario dinamismo que enriquece el devenir histórico de la juridicidad. En segundo lugar: al aplicar el derecho, el jurista debe siempre tener presente que está trabajando con un instrumento de realización comunitaria y que, por esta razón, «el *prius* metódico se encuentra en el caso concreto vital sobre cuya validez jurídica deberá pronunciarse y no sobre la mera formulación lógica de la norma»; como vemos, pues, sigue presente esa necesaria tensión entre cuestiones *de facto* y cuestiones «de derecho» que citábamos anteriormente. En último lugar: en su labor de realización del derecho, el jurista debe respetar la intención axiológica de la expresión jurídica, reivindicando su autonomía frente a otros intereses funcionales o pasajeros<sup>51</sup>. Definitivamente, vemos como la aproximación teórica y científica, si elevadas a únicas y exclusivas vías de comprensión de lo jurídico, no serán capaces de evitar la degradación del derecho, en cuanto insuficientes para concienciar al jurista sobre las responsabi-

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 39-40. La traducción es nuestra.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 46-49. La traducción de las afirmaciones que encontramos entrecomilladas sigue siendo nuestra. Para entender el esquema de recuperación de la vía crítica que propone Castanheira Neves, nos ha resultado de gran ayuda el trabajo de GERALDO PEREIRA, R., «A importância da educação superior emancipatória no processo de superação da crise interna do direito e do pensamento jurídico: um caminho através da metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves», *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, Minas Gerais, v. 1, núm. 2, Jul./Dez. 2015, pp. 145-147.

lidades que directamente derivan de su estatuto social y moral: esto es, la delicada tarea de administrar el derecho y mantenerlo al servicio del hombre<sup>52</sup>. Así, la verdadera intención del derecho se presenta en dos formas, una negativa y otra positiva: en el primer caso, se trata de impedir al hombre el olvido de sí mismo; en el segundo, de afirmar su ser y, consecuentemente, su valor. El problema –según Castanheira Neves– es que esta intención, para encontrar cumplimiento, presenta exigencias específicas, ya que la realidad jurídica, en general, y la comunidad de juristas, en particular, deben ser capaces de preservar, tutelar, garantizar y explicitar el proyecto axiológico que la comunidad presenta en su existencia histórica, a través de actitudes críticas y no meramente contemplativas, respetuosas hacia el hombre y no al servicio de otros fines que no sean auténtica, espiritual y radicalmente jurídicos<sup>53</sup>.

## 5. EL DERECHO COMO (ÚNICA) ALTERNATIVA HUMANA. REFLEXIONES FINALES

Para percibir el significado de estas últimas afirmaciones, creemos necesario recordar que Castanheira Neves habla de tres factores, o verdaderas causas, que determinan la posible pérdida del sentido del derecho. Primera: desde el legalismo moderno e ilustrado, la estatalización del derecho ha determinado su casi total politización. Segunda: la contingencia decisoria de tipo formal sigue animando el empuje del positivismo jurídico y, por esta razón, asistimos a una casi total positivización del derecho. Tercera: se acentúa notablemente la socialización del derecho o, lo que es lo mismo, su instrumentalización finalista. Las consecuencias –a juicio del portugués– son evidentes. Hoy tratamos con un derecho que se ha convertido en un mero expediente regulativo y organizativo, un aparato al servicio de estrategias políticas, un instrumento al servicio de oportunidades político-sociales que a veces omiten los valores y los fines propios de lo jurídico, imponiéndole una índole meramente programática y reglamentar. Esta situación, por tanto, de muchas leyes y muy poco derecho determina un

<sup>52</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O papel do jurista no nosso tempo», cit., p. 32.

<sup>53</sup> «Pois essa intenção (o direito) é aquela que vimos ser –uma tarefa problemática a realizar historicamente em acto– não pode ela prescindir de um mediador que, assumido aquela intenção, haja de ser o sujeito deste acto. É certo que o sujeito da juridicidade é a própria comunidade social enquanto comunidade ética, mas esta não será susceptível de realizarse como tal se o seu próprio projecto axiológico não lhe for explicitado e fundamentado criticamente. Se a comunidade subsiste na sua existencia histórica, o projecto e a totalização axiológicos serão sempre uma intencionalidade criticamente espiritual. Ora esta é justamente –cremo-lo bem– a verdadeira função do jurista: a de assumir criticamente a ideia de direito e de realizar histórico-concretamente, na explicitação constituinte do próprio direito». *Ibidem*, p. 43.

«consumismo de derecho», es decir, una continuada e imparable producción técnica de dudable contenido valorativo, entregada principalmente a burócratas y peritos técnico-legales.

¿Será posible, en este escenario, recuperar el auténtico sentido del derecho al que nos referíamos anteriormente? Desde el punto de vista político-jurídico, y frente al Estado de Derecho de la exclusiva «legalidad», se hace indispensable la reafirmación del Estado de Derecho «material» al servicio de la dignidad de la persona humana; el plan axiológico-normativo, por su parte, exige la reiterada proclamación y defensa de los derechos del hombre, reafirmando su indisponibilidad para las instancias estatales y reconociéndolos como principios normativos y criterios de validez de la ley; en un sentido institucional, además, es importante reflexionar sobre el principio de separación de poderes, reforzando al poder judicial, con el fin de considerarlo como indispensable creador de derecho y para que el derecho consiga una definitiva y verdadera autonomía frente a los poderes políticos; en términos doctrinales, finalmente, la recuperación del sentido del derecho requiere unas adecuadas aproximaciones de tipo «metodológico», «dogmático» y «normativo»: en el primer caso, la realización del derecho no debe confundirse con la aplicación de la ley; en el segundo, se debe asumir el sistema jurídico como pluridimensional y no meramente legal; en el último, lejos de agotar el derecho vigente en la ley, debería fomentarse la constitución de un orden translegal<sup>54</sup>.

Comenzamos a entender, en definitiva, el motivo principal o, quizás más correctamente, la reivindicación capital que da nombre a la propuesta de Antonio Castanheira Neves: *jurisprudencialismo*. Y es que, en una sociedad que presenta una fuerte pluralización ética, el derecho por valores va creando expectativas de cierta racionalidad en el seno de la comunidad de los juristas, en general, y de los jueces, en particular. Esto, evidentemente, parece amenazar uno de los pilares básicos de las culturas jurídicas de *civil law*, esa idea de decisión colectiva general y abstracta acompañada —como bien señala Scaccia— por una fuerza racional y un valor moral superiores respecto a la decisión del caso concreto (como podría ser, por ejemplo, una sentencia)<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 294-296. En este sentido, y recordando las palabras de Celso (*ius est ars boni et aequi*), Diego Medina sostiene que el derecho es el arte propio de los juristas para transmitir y conservar bienes entre los miembros de una comunidad. De este modo, el jurista tendrá que realizar una labor artística, ya que no le será fácil moverse en el tejido normativo que compone un ordenamiento jurídico con el objetivo de buscar, encontrar y realizar un «producto» capaz de satisfacer a los miembros de la comunidad. Cfr. MEDINA MORALES, D., «El arte del derecho. La ley como instrumento del operador jurídico», en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, p. 561.

<sup>55</sup> SCACCIA, G., «Valori e diritto giurisprudenziale», en *Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009, p. 14, <http://www.ginoscac->

En este trabajo hemos visto que las corrientes filosóficas citadas solo quieren ir de lo necesario a lo posible, y no de lo posible a lo imposible, ya que este último discurso no les pertenece. En este sentido, esa condición de existencia empírica y ontológica de la persona en comunidad –sobre la que se nos invita a reflexionar– simplemente tiene la intención de dar forma objetiva a la consciencia jurídica de cualquier comunidad humana de nuestros tiempos, para que los tejidos comunitarios sean capaces de no recusar al derecho como una de sus dimensiones constitutivas.

Esta llamada a la consciencia axiológico-jurídica, para ser puesta en escena concreta y prácticamente, necesita de un mediador, de un sujeto comunitariamente auténtico y legítimo de la intención jurídica, un sujeto institucional idóneo para realizar el derecho en medio de los pluralismos y de los conflictos, un sujeto con vocación universalmente integrante e imparcial. Ese sujeto –según Castanheira Neves– es el juez, lo encontramos en los tribunales y en la función judicial independiente y apartada de cualquier sectarismo o tendencia partitocrática. Por una parte, pues, el derecho necesita de jueces ideológicamente neutrales y que puedan moverse en condiciones de independencia social e institucional; por otra, el pensamiento jurídico tiene el deber y la responsabilidad ético-social de ayudar al poder judicial en la afirmación, revelación y determinación constitutiva del derecho. Para los jueces y el pensamiento jurídico, o para los juristas en general, se presentan esfuerzos análogos, ya que todos ellos tienen la tarea de saber vencer los obstáculos que la realización de la justicia les presente, adoptando (insistimos) una actitud crítica, responsable y templada, no técnicamente contemplativa.

Es así como el *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves llega a sostener que el verdadero Estado democrático, el verdadero Estado de Derecho, es el Estado de justicia y de jurisdicción<sup>56</sup>. Sabemos que existen múltiples referencias filosóficas que pretenden conectar el derecho a la justicia, apreciándose, en muchas de ellas, la no confusión rotunda entre legalidad y justicia. Jacques Derrida, en este sentido, no dudaba en afirmar (¿con demasiado pesimismo?) que «cada vez que aplicamos tranquilamente una buena regla a un caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, según un juicio determinante, el derecho obtiene quizás –y en ocasiones– su ganancia, pero podemos estar seguros de que la justicia no obtiene la suya. El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable»<sup>57</sup>.

---

cia.it/wp-content/uploads/2018/05/40-Valori-e-diritto-giurispr....pdf (última consulta 20 de febrero de 2020).

<sup>56</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «Justiça e Direito», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 285-286.

<sup>57</sup> DERRIDA, J., *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pp. 38-39.

Pues bien, interesándonos por esa (*derridiana*) justicia por venir, y aludiendo a su necesaria realización histórico-concreta, ¿cuáles son, en suma, las coordenadas finales para repensar el derecho hoy? ¿Es verdaderamente posible mantener el derecho como única alternativa humana? El itinerario que se sugiere consiste en recordar, primeramente, las condiciones esencialmente constitutivas del derecho para, después, reivindicarlo como necesidad insustituible. La primera de esas condiciones es de tipo «mundanal»: por mundo se entienden todos los mundos posibles, en sentido físico, natural, cultural e ideal; esta condición requiere la consideración de los hombres *con* los otros y *a través* de los otros, donde la intersubjetividad nos permita comprender la condición social de su existencia. Así, podemos entender la segunda condición, de tipo «antropológico-existencial»: la kantiana insociable sociabilidad humana determina una dispersión y desorientación caótica que necesita, para ser resuelta, de un segundo tipo de naturaleza humana, la del orden, de la unidad, de la integración y de la institucionalización. Pues bien, desde este orden de necesidades y posibilidades emerge la exigencia de un «fundamento normativo» de validez corresponsable: una validez constituida por valores, donde la intersubjetividad afirma nuestros derechos y nuestros deberes, donde el imperativo jurídico es ser persona y respetar los demás como personas.

He aquí que el derecho se presenta como una posible solución al problema, ya que, en su esencia constitutiva, el hombre se erige a sujeto ético mediante su propio reconocimiento como persona, siendo, esta, una condición que puede darse o no, pues las probabilidades de fracaso, evidentemente, existen. Si las dos primeras condiciones, por tanto, no dependen directamente del hombre y son expresiones naturales de la humanidad, la tercera condición sí, ya que dependerá de cómo el hombre sea capaz de comprenderse y reconocerse en un encuentro intersubjetivo, normativo y valorativo<sup>58</sup>. Poder, ciencia y política, o, lo que es lo mismo, un orden de necesidades, posibilidades o finalidades, son ciertamente reales alternativas humanas que podrían servir para resolver los problemas planteados por aquellas condiciones «mundanal» y «antropológico-existencial» que citábamos.

Lo que ocurre es que, en esta encrucijada, las estrategias científicas, las decisiones técnicas y la organización finalista, corren el riesgo de acabar con el derecho como categoría ética: el universo jurídico es práctico y axiológico, no meramente estratégico, científico, decisorio o político. El hombre de hoy se mueve entre exigencias de satisfacción, seguridad, dignidad y responsabilidad; pero debe decidir si ser sujeto o meramente objeto, debe elegir si buscar beneficios verdaderamente a su favor y no encubiertamente en su contra, debe saber si le resulta interesante reivindicar dinámicas dialogantes y par-

---

<sup>58</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O Direito como alternativa humana», cit., pp. 297-299.

icipativas o ser relegado a espectador pasivo y domesticado. Por todo ello, creemos oportuno asumir que el derecho se presenta como la única alternativa humana, sin la pretensión de huir del progreso, pero sin que se progrese a consta del derecho. No podemos exigir un derecho en contra de la evolución técnico-científica, ni de la opción política, igual que tampoco podemos permitir que se desvíe y se obvие, en nombre de supuestas exigencias de legalidad o de expedientes políticos pasajeros, lo que de ético y humano reside en esa práctica social que con tanta fuerza ha sido presente en todo tipo de mundo: el derecho<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 308-310.

Investigación y experimentación médica  
en el nacional-socialismo. Biopoder en el campo  
de concentración femenino de Ravensbrück.  
Implicaciones biojurídicas

*Medical research and experimentation in the National  
Socialism. Biopower in the Ravensbrück  
concentration camp. Biolegal implications*

Por F. JAVIER BLÁZQUEZ RUIZ  
Universidad Pública de Navarra

**RESUMEN**

*Las pruebas y ensayos médicos llevados a cabo durante el nacional-socialismo fueron una manifestación omnímoda de biopoder. Acontecieron en diversos campos de concentración al margen de cualquier límite o control legal. Entre los experimentos realizados cabe destacar no solo los practicados en Dachau o en Auschwitz, sino también los que tuvieron lugar en el lager femenino de Ravensbrück. Ante tales hechos, el análisis y la reflexión iusfilosófica siguen siendo inexcusables a la hora de intentar explicar cómo fue posible esa actividad pseudocientífica sin dique alguno, así como las subsiguientes implicaciones.*

*Palabras clave: Nacional-socialismo. Investigación y experimentación médica. Campos de concentración. Violencia contra mujeres. Bioderecho.*

**ABSTRACT**

*The medical tests and trials conducted during National Socialism were an omnipotent manifestation of biopower. They occurred outside any legal*

*limit or control in the concentration camps. Among the experiments that were performed, it is worth mentioning those carried out by Nazi doctors about women in the Ravensbrück women's lager. Therefore, the analysis and reflection emanating from the political and legal philosophy are faced with one of the «most unsettling» challenges in explaining how this pseudoscientific research was possible without any dyke, and the subsequent implications.*

**Keywords:** *National socialism. Medical research and experimentation. lager. Violence against women. Biolaw.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA. – 2. IDEOLOGÍA NACIONAL-SOCIALISTA Y PROYECTO POLÍTICO DE ESTADO RACIAL. – 3. INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA AL SERVICIO DEL ESTADO NACIONAL-SOCIALISTA Y DEL EJÉRCITO ALEMÁN. – 4. EXPERIMENTOS EN EL CAMPO FEMENINO DE RAVENSBRÜCK. – 5. CONCLUSIONES: IMPLICACIONES BIOJURÍDICAS.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION AND HISTORICAL CONTEXTUALIZATION. – 2. NATIONAL SOCIALIST IDEOLOGY AND POLITICAL PROJECT OF THE RACIAL STATE. – 3. BIOMEDICAL RESEARCH AT THE SERVICE OF THE NATIONAL SOCIALIST STATE AND THE GERMAN ARMY. – 4. EXPERIENCES IN THE RAVENSBRÜCK WOMEN'S FIELD. – 5. CONCLUSIONS: BIOLEGAL IMPLICATIONS.

## 1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA

1. A pesar de la extensa bibliografía existente sobre la ideología y dinámica política del régimen nazi en los numerosos campos de concentración y de exterminio, tanto en Alemania como en el resto de países ocupados, sin embargo no es frecuente encontrar publicaciones específicas que aborden la investigación biomédica realizada en los diversos *lager*. Es más fácil disponer de información sobre la crueldad padecidas por los presos a manos de soldados de las SS, así como sobre la violencia infligida por los *kapos* en Mauthausen, Buchenwald, Treblinka o Dachau, entre otros campos, y por supuesto sobre el genocidio perpetrado con los judíos y otros grupos como los romaníes en Auschwitz-Birkenau<sup>1</sup>.

Ante tales hechos, nos encontramos –tal y como advierte García Amado– ante uno de los retos «más desasosegantes» a la hora de explicar cómo fue posible Auschwitz y todo lo que ese histórico *lager* repre-

<sup>1</sup> HILBERG, R., *La destrucción de los judíos en Europa*, Madrid, Akal, 2005, p. 1002.

senta<sup>2</sup>. Ya que como precisaba el superviviente Primo Levi con palabras elocuentes: «Si comprender es imposible, conocer es necesario, porque lo sucedido puede volver a suceder, las conciencias pueden ser seducidas y obnubiladas de nuevo: las nuestras también»<sup>3</sup>.

Desde que acabó la guerra en 1945 hasta los años sesenta, fue habitual sustraerse al pasado y eludirlo practicando la «Vergangenheitsbewältigung» ya fuera por la vía del silencio<sup>4</sup>, o bien mediante diversas argucias de manipulación con una finalidad manifiestamente exculpatoria<sup>5</sup>. Ese proceso fue posible gracias a la permanencia del personal académico y a la continuidad de numerosos agentes judiciales y administrativos del nacional-socialismo. Así lo pone de manifiesto Muñoz Conde en *Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, en el que muestra con precisión cómo el profesor germano que se había convertido en uno de los más relevantes penalistas y criminólogos germanos, no tuvo reparos en poner «su saber, su prestigio y su poder al servicio del régimen nacional-socialista y de uno de sus proyectos jurídicos más abyectos y criminales»<sup>6</sup>.

No obstante, a pesar de haber reconocido su vinculación con las instituciones más representativas del partido nazi, y tras haber sido expedientado con la expulsión de la Cátedra, Mezger fue plenamente rehabilitado y volvió a recuperar al poco tiempo su puesto docente en la universidad<sup>7</sup>. De hecho, cuatro años después de haber acabado la guerra, publicó en Munich, sus conocidos *Studienbücher* o «Libros de estudio». Posteriormente sus obras fueron reeditadas hasta alcanzar la décima edición. A este respecto, el Prólogo a la primera edición de la *Parte General* es elocuente en cuanto al cambio de orientación: «Todo Derecho penal tiene siempre una doble misión, que a menudo es contradictoria en sí misma: llevar una lucha eficaz y con éxito contra el delito, sin perder, al mismo tiempo, de vista las exigencias irrenunciables y los mandatos de humanismo y humanidad. El estudiante tam-

---

<sup>2</sup> GARCÍA AMADO, J. A., «Introducción», en RÜTHERS, B., *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 16 ss.

<sup>3</sup> De hecho, tal y como continúa afirmando: «Somos hijos de aquella Europa donde está Auschwitz: hemos vivido en el siglo en el que se ha torcido la ciencia y que ha alumbrado las leyes raciales y las cámaras de gas. ¿Quién puede estar seguro de que es inmune a la infección? PRIMO LEVI, «Deportados, Aniversario», en *Vivir para contar. Escribir sobre Auschwitz*, Madrid, Ed. Alpha, 2009, p. 31.

<sup>4</sup> «Haciendo frente al pasado», SANTOS, J., A., *Los olvidados del nacional-socialismo. Repensar la memoria*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2014, p. 18.

<sup>5</sup> GARCÍA AMADO, J., A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1991, VIII, p. 232.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacional-socialismo*, Valencia, Tirant lo blanch, 4.ª ed., 2003, p. 15. Véase también MUÑOZ CONDE, F., «Prólogo», en Blázquez Ruiz, F. J., Coord., *Nazismo, Derecho, Estado*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 11-13.

<sup>7</sup> SOSA WAGNER, F., *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

bién debe conocer esta misión». A este respecto, resulta paradójico que Mezger apelase a los principios de «Menschlichkeit und Humanität» cuando durante el régimen nazi había redactado informes detallados para elaborar la «Ley de extraños a la comunidad». A su vez, había presentado propuestas sobre la «eliminación de los elementos extraños a la raza y al pueblo», además de arremeter contra los individuos asociales y su «culpa por la conducción de la vida»<sup>8</sup>.

2. Una sucinta mirada retrospectiva nos permite recordar que nada más comenzar a gobernar, el partido nacional-socialista promulgó las leyes raciales de Nüremberg apenas diez semanas después. La aplicación de esas leyes racistas propició el exterminio de millones de personas, entre ellos la mayor parte de los judíos de Europa<sup>9</sup>. De hecho, tras alcanzar el poder, A. Hitler promovió la creación de un Tribunal Superior de Salud Genética, y a partir de ese momento comenzó no solo «la degradación perversa de la medicina alemana, sino además la experimentación abominable con humanos y el asesinato de miles de personas inocentes a manos de médicos alemanes que se prestaron a ello libremente»<sup>10</sup>.

Entre tanto, los ideólogos nacional-socialistas alentaron la introducción de cambios notables en las normas jurídicas por las que se regía la investigación. Así, la adopción de medidas como la esterilización multitudinaria puso de manifiesto desde muy pronto el carácter prioritario que asignaban a la salud de la «comunidad nacional», y evidenció de forma simultánea la falta de derechos imperante para todos aquellos individuos que fueran considerados «ajenos a la comunidad»<sup>11</sup>. Por otra parte, el estallido de la guerra el día uno de septiembre de 1939, propició la investigación y experimentación con seres humanos, a fin de disponer de mayor información para atender lesiones, epidemias y enfermedades que se originaban en el frente de batalla, y que provocaban un número creciente de bajas entre los soldados. Los datos consignados demuestran que un contingente superior de doscientos facultativos «se apresuraron a aprovechar la ocasión para experimentar con humanos»<sup>12</sup>.

Posteriormente, en mayo de 1942, Hitler defendió en público la realización de experimentos con seres humanos cuando la salud pública de Alemania estaba en juego, y Himmler se erigió en el principal responsable de las sucesivas pruebas y ensayos<sup>13</sup>. Esta decisión impulsó las expectativas de médicos como S. Rascher o J. Mengele que

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, cit., p. 15 ss.

<sup>9</sup> HILBERG, R., *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>10</sup> FRIEDLANDER, H., *The origins of nazi genocide. From euthanasia to the final solution*, The University of North Carolina Press, 1995, p. XI.

<sup>11</sup> WACHSMANN, N., *A History of the Nazi Concentration Camps/Historia de los campos de concentración nazis*, Barcelona, Crítica, 2015, p. 499.

<sup>12</sup> WACHSMANN, N., *ibidem*.

<sup>13</sup> ALARCÓN, C., *Creer en Hitler. El triunfo de la fe y la sumisión sobre la libertad*, Sevilla, Aconcagua libros, 2016, p. 21.

vieron la oportunidad de obtener resultados inmediatos sin tener que superar traba alguna. Sabían que podrían disponer de todos los cuerpos humanos que desearan para realizar investigaciones de forma ilimitada. Todo lo cual aconteció sin el más mínimo control y reparo deontológico<sup>14</sup>. De esta forma, la aportación que emanaba de la ciencia iba a ser utilizada para fines ajenos al desarrollo de la investigación científica, apoyándose en un discurso ideológico cuyas huellas pueden rastrearse desde mediados del siglo XIX, cuando la irrupción del darwinismo social y del biologicismo positivista parecían converger con las propuestas de un nacionalismo exacerbado<sup>15</sup>.

Sin embargo, conviene precisar que, tal y como afirmaba el Premio Nobel François Jacob lo que mata propiamente y esclaviza no es la ciencia. «Son los intereses y la ideología (...). No son las ideas de la ciencia las que generan las pasiones. Son las pasiones las que utilizan la ciencia para sostener su causa. La ciencia no conduce al racismo ni al odio. Es el odio el que llama a la ciencia para justificar su racismo»<sup>16</sup>.

## 2. IDEOLOGÍA NACIONAL-SOCIALISTA Y PROYECTO POLÍTICO DE ESTADO RACIAL

El darwinismo social se convirtió en una ideología que alcanzó una gran aceptación social desde finales del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX. No obstante, en palabras de González Vicén, esa concepción no se corresponde con una sociología, ni tampoco con una filosofía de la historia, *sensu strictu*, por cuanto no pretende aprehender el sentido de los hechos para articularlo en una conexión general que confiera sentido a la realidad.

Pretende más bien aportar una justificación de carácter definitivo respecto de una determinada estructura social. Lo paradójico es que se propone hacerlo apoyándose en categorías concretas y específicas provenientes del ámbito de las ciencias naturales, y ahí radica propiamente su singular falacia<sup>17</sup>. De hecho, el darwinismo social no deja de ser una concepción que considera a la historia como un «proceso natural», y a la subsiguiente ciencia de la historia como «una historia natural de la humanidad». Por tanto podría ser tomado como si se tratase de una especie de contra-historia cuyos presupuestos se basan en que los diversos momentos del acontecer son meros hechos, fácticos, pero

<sup>14</sup> AGAMBEN, G., *Estado de excepción, Homo sacer*, II, 1, Valencia, Pre-textos, 2004.

<sup>15</sup> TERNON, Y.; HELMAN, S., *Les médecins allemands et le national-socialisme. La métamorphose du darwinisme*, Paris, Casterman, 1973, p. 9.

<sup>16</sup> JACOB, F., *Le jeu des possibles: Essai sur la diversité du vivant*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1981.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ VICÉN, F., «El darwinismo social, espectro de una ideología», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, núm. 1, p. 174.

no propiamente, *momentos* de una determinada «conexión racional»<sup>18</sup>. Esta concepción biologicista de la teoría de la herencia concitó en aquel momento el interés de numerosos médicos que ejercían su profesión como facultativos, lo cual aportó un cierto cariz científico a las creencias impregnadas de prejuicios sobre la herencia y dimensión racial, colaborando en su mayor difusión.

Su interpretación se apoya en la tesis que defiende la ley del más fuerte, aquella norma de conducta de la que ya hablaba Tucídides de forma explícita en la célebre *Historia de la Guerra del Peloponeso*, según la cual el más débil debe ceder y estar sometido al más poderoso. Esta línea de argumentación recurrente ha jalonado también la historia de la cultura occidental y apareció en nuestra época bajo el atuendo pseudocientífico del darwinismo social. Teoría que se ha erigido progresivamente en el sustrato ideológico que soporta y configura buena parte del escenario político-social desde mediados del siglo XIX bajo diversas manifestaciones<sup>19</sup>.

Como es bien sabido, Ch. Darwin defendía en *El Origen de las especies*, la idea de que en la lucha por la supervivencia solo sobreviven los más aptos, mientras que aquellos que no son capaces de adaptarse al medio no se reproducen y perecen<sup>20</sup>. Pero esta teoría, tanto por su naturaleza como por sus intenciones, es una teoría estrictamente biológica que pretende dar respuesta a la multiplicidad y variabilidad existente entre las especies orgánicas. Sin embargo, a diferencia de Darwin, H. Spencer desarrollará una teoría social según la cual las sociedades se comportan también como auténticos organismos que siguen un proceso equivalente a la «selección natural».

De ahí que en los grupos humanos la autoridad del más fuerte y de aquel que se muestra más audaz, se haga sentir entre los salvajes al igual que sucede en una «manada de animales». Lo mismo sucede en el ámbito de la familia, en el terreno de la economía o en el contexto de la política. En todas las esferas de la convivencia humana se produce un enfrentamiento, una lucha constante «en la que triunfan necesariamente aquellas organizaciones, aquellas instituciones de mayor potencia vital, es decir, más aptas para las condiciones de vida». De esta forma, tal y como precisa González Vicén, se cierra el círculo iniciado por la teoría de Darwin con la tesis de la selección natural referida al mundo orgánico-biológico, y se traspone de forma analógica al mundo social ampliando su ámbito con las implicaciones subsiguientes. El resultado final deviene el mismo, a saber: el triunfo del más fuerte. Sin

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ VICÉN, F., *op. cit.*, pp. 174-175.

<sup>19</sup> RIQUELME, H., «La medicina nacional-socialista. Ruptura de cánones éticos en una perspectiva histórico-cultural», *Polis. Revista Latinoamericana*, 10, 2005, &10. <https://journals.openedition.org/polis/7572>.

<sup>20</sup> DARWIN, Ch., *El origen de las especies por medio de la selección natural, o la preservación de las razas favorecidas en la lucha por la vida*, Madrid, Ediciones Austral, 1988.

embargo, no se trata ahora de destacar solo las características individuales que prevalecen frente a los otros individuos dentro de un grupo determinado, sino de hacer valer los valores que defienden las personas y las clases sociales que los promueven y encarnan<sup>21</sup>.

De este modo tiene lugar igualmente un proceso de selección entre los «valores culturales». Éstos se establecen y tienden a expandirse a costa de los principios e intereses diversos –incluidos los económicos– de otras personas o grupos sociales. Así la lucha que se entabla abiertamente en la sociedad por la existencia irrumpe con la misma «virulencia que en la naturaleza». La diferencia principal estriba en que ahora no va a ser el individuo propiamente dicho el que participe activamente en la contienda. Son sus valores culturales y el entramado de intereses que late tras el poder que los alberga, los que acaban por imponerse. En realidad, lo que importa en esa contienda es alcanzar el triunfo absoluto, ostentarlo, mientras que los «valores culturales» considerados de menor relevancia, no permanecen solo apartados, sino que están condenados finalmente a desaparecer. Y es que si la lucha por la existencia y la selección natural no son sino manifestaciones de una determinada ley natural, entonces «tratar de ayudar a las víctimas o a los perjudicados es tanto como ir contra la naturaleza misma»<sup>22</sup>.

A partir de esas coordenadas no es de extrañar que Hitler titulase la obra que dictó a Rudolf Hess como: *Mein Kampf/Mi lucha*. En ella reproducía alguna de las ideas nucleares del darwinismo social y las aplicaba fielmente a la política alemana desde la vertiente nacional-socialista. Después, en las sucesivas elecciones que tuvieron lugar en Alemania, un gran número de ciudadanos germanos renunciarían a su libertad ligando su destino personal a un nuevo «dios político-religioso» que supuestamente iba a colmar el vacío provocado por la «caída del Imperio y por la muerte de Dios en la modernidad ya pronosticada por el propio Nietzsche»<sup>23</sup>.

Por diversos motivos, la personalidad de Hitler siempre compleja e incapaz de canalizar racionalmente sus sentimientos, generó un deseo ostensible de odio y venganza. Su carácter nihilista y destructivo se unió a un marcado resentimiento nacional derivado de las condiciones impuestas por el histórico Tratado de Versalles. Se produjo así una especie de vínculo indisociable entre una población desconcertada «ante la libertad y la democracia que irrumpía inesperadamente en sus vidas después de muchos siglos de autocracia y opresión» por una parte, y la irrupción en la escena política de un líder fanático, carismático, que prometía recuperar la grandeza y las gestas históricas del pueblo alemán, por otro<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ VICÉN, F., *op. cit.*, p. 171.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ VICÉN, F., *ibidem*, p. 171.

<sup>23</sup> ALARCÓN, C., *op. cit.*, p. 24.

<sup>24</sup> Por eso los alemanes creyeron en el nuevo «Mesías». ALARCÓN, C., *ibidem*, p. 26.

Sin embargo, para que el predominio de la raza aria pudiera afianzarse, debería liberarse del pesado lastre que suponía la existencia de grupos sociales considerados inferiores<sup>25</sup>. De ahí las prácticas eugenésicas realizadas por los nazis a lo largo de su mandato político. Tanto a través de esterilizaciones a judíos, gitanos, homosexuales y asociales, como por medio del programa «eutanásico» Aktion T4 aplicado a enfermos con patologías mentales diversas<sup>26</sup>. Las palabras que introducen la «Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935» son elocuentes al respecto cuando afirman: «Imbuidos de la conciencia de que la pureza de la sangre alemana constituye la condición imprescindible para la continuidad del pueblo alemán y animados por la voluntad indeclinable de asegurar el futuro de la nación alemana por todos los tiempos, el Reichstag ha sancionado por unanimidad la siguiente ley»<sup>27</sup>.

Para el neodarwinismo, más allá de sentimientos piadosos o eventuales sentimentalismos, los vencedores de la lucha por la existencia debían ser protegidos mientras que a los vencidos se les tenía que impedir reproducirse por su manifiesta debilidad<sup>28</sup>. No es de extrañar a este respecto que H. Spencer defendiera explícitamente que «la eliminación legal o por la miseria de los individuos peor dotados es una necesidad, si no se quiere que la humanidad se hunda»<sup>29</sup>.

Vemos así cómo se produjo un salto decisivo al pasar de justificar, desde una perspectiva ideológica, los valores e intereses de un grupo social dominante, a defender el aniquilamiento y la supresión del adversario. El resultado de ese salto tan significativo conllevaba a su vez la ampliación del espacio de contienda. A partir de ese nuevo escenario, la lucha iba a producirse no solo entre grupos sociales sino incluso entre los diversos Estados.

Por otra parte conviene precisar que en ese contexto histórico, el pensamiento racial, cuyas amplias raíces se inscriben en el S. XVIII, se manifestó simultáneamente en todos los países de Occidente durante el S. XIX, y como advertía H. Arendt, se ha erigido como una de las ideologías más influyentes «de las políticas imperialistas desde el comienzo del nuestro siglo»<sup>30</sup>. Durante ese periodo de tiempo esta mentalidad alcanzó tal relevancia que nadie dudaba de la existencia de diversas razas humanas<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> AYL, G., *Warum die Deutschen? Warum die Juden/¿Por qué los alemanes? ¿Por qué los judíos?*, Barcelona, Crítica, 2012, pp. 15 ss.

<sup>26</sup> FRIEDLANDER, H., *op. cit.* p. 35 ss.

<sup>27</sup> SANTOS, J., A., *Los olvidados del nacional-socialismo. Repensar la memoria*, Madrid, Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2014, pp. 115 ss.

<sup>28</sup> HILBERG, R., *op. cit.*, p. 38.

<sup>29</sup> GOBZÁLEZ VICÉN, F., *op. cit.*, pp. 173-174.

<sup>30</sup> ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, 2. Imperialismo, Madrid, Alianza, 1987, p. 252.

<sup>31</sup> GEULEN, Ch., *Breve historia del racismo*, Madrid, Alianza, 2010, p. 18.

A este respecto, Ch. Darwin había defendido de forma explícita que «en algún periodo del futuro, no muy distante, como en cuestión de siglos, es casi seguro que las razas civilizadas del hombre exterminarán y reemplazarán a las razas salvajes en todo el mundo»<sup>32</sup>. Todavía hoy es frecuente escuchar, paradójicamente, en diferentes contextos e incluso en algunos medios de comunicación de ideología diversa, alusiones a la existencia de razas que generan notable confusión, al darlas por supuestas. Sin embargo, a pesar de que siga existiendo un número mayor o menor de racistas, conviene matizar que solo existe una raza humana. Y lo es con carácter único: la raza humana. Tal y como advierte Lewontin de forma reiterada «el racismo no está en los genes»<sup>33</sup>. No se nace con ellos. Por tanto, es claramente adquirido.

El racismo se aprende a través de un proceso cultural que tiene lugar en el ámbito social. Sin embargo, más allá de eventuales digresiones «la distinción de razas humanas ha sido y sigue siendo básicamente una cuestión de nomenclatura y por tanto una invención humana»<sup>34</sup>. Solo eso. Las aportaciones derivadas de la investigación del Proyecto Genoma Humano así lo han puesto de manifiesto de forma taxativa.

Desde una perspectiva histórica, el racismo no deja de ser una herencia proveniente del pensamiento moderno. De hecho, tanto la lucha entre razas diversas como la mezcla racial y la creación de las supuestas razas fueron los «tres grandes temas de la teoría racial en el siglo XIX»<sup>35</sup>. Después, con el paso del tiempo, la pervivencia del racismo se explica como *consecuencia lógica* de una determinada teoría de carácter pseudocientífico que se ha extendido socialmente mientras sus tesis iban ensartándose con habilidad por medio de argumentos políticos dotados de un supuesto sentido común, pero anclados todos ellos en falacias inconsistentes.

Por otra parte, el discurso racista se ha articulado con argumentos científicos que han sido «traspuestos arbitrariamente» y que han surgido del seno de disciplinas diversas, tales como: la biología y la antropología. Además han contado con el apoyo de otras teorías de carácter reduccionista provenientes del ámbito de la genética molecular<sup>36</sup>. A este respecto, el francés Alexis de Tocqueville, (1806-1859) ya se había dirigido al Conde de Gobineau, autor del *Essai sur l'inégalité des races humaines*, para hacerle saber que sus propuestas eran «probablemente erróneas y ciertamente perniciosas»<sup>37</sup>. Las tesis

<sup>32</sup> DARWIN, Ch., *op. cit.*, Cap. VI.

<sup>33</sup> LEWONTIN, R. C., ROSE, S., KAMIN, L., *No está en los genes*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007.

<sup>34</sup> GEULEN, Ch., *op. cit.*, p. 18.

<sup>35</sup> GEULEN, Ch., *ibidem*, p. 134.

<sup>36</sup> QUEIROZ, C., «Eugenesia y racismo», en CAMBRON, A., *Entre el nacer y el morir*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 95.

<sup>37</sup> GOBINEAU, A. de, *Essai sur l'inégalité des races humaines/Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*, Buenos Aires, Ediciones Sieghels, I, II, 2016.

defendidas en esta obra que alcanzó máxima notoriedad en Alemania –publicada en lengua germana en 1898– caminaba en dirección diametralmente contraria al principio de igualdad que enarbolaron la Revolución Francesa. En realidad, el objetivo de Gobineau era recuperar el puesto perdido por la aristocracia en la sociedad, al tiempo que pretendía legitimar –en términos filosóficos– el retorno de esta clase social al *statu quo* previo a su progresiva caída.

Solo a finales del S. XIX el pensamiento racial fue reconocido como si se hubiese erigido en una contribución intelectual de primer orden en el ámbito occidental<sup>38</sup>. Después, su influencia ideológica ha sido manifiesta. El objetivo del racismo no es otro que la lucha por la afirmación y supremacía de comunidades percibidas como «razas» que son construidas de forma arbitraria, mientras defiende sin rigor alguno un concepto de «naturaleza humana» con manifiestas implicaciones de carácter político<sup>39</sup>.

Esa construcción que postula no se corresponde con la realidad empírica ni tampoco con la diversidad de la experiencia humana<sup>40</sup>. De hecho, en lugar de crear una determinada imagen del mundo, y por tanto tratar de describir cómo «es el ser humano», el racismo postula esa imagen en torno a cómo «debería ser por naturaleza»<sup>41</sup>. Confunde así el plano ontológico con el deontológico. Por lo que asistimos una vez más a la falacia naturalista denunciada por D. Hume hacía dos siglos: el paso ilegítimo del *ist al ought*. Y esa confusión, podríamos decir, resulta trascendental. En cualquier caso, el racismo no deja de ser una visión deformada, hiperbólica, de la realidad. Ya que «dondequiera que lo hallamos, estamos ante una posición unilateral y extremada frente a la realidad: imágenes propias magnificadas y, en cambio, despreciativas del «otro»<sup>42</sup>.

### 3. INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA AL SERVICIO DEL ESTADO NACIONAL-SOCIALISTA Y DEL EJÉRCITO ALEMÁN

No es fácil determinar el momento en el que la responsabilidad social ostentada tradicionalmente por los médicos alemanes dio un giro radical respecto a la actividad que venían desempeñando, según el principio de beneficencia y de no maleficencia, *nihil nocere*, que

<sup>38</sup> AREND, H., *op. cit.*, p. 252.

<sup>39</sup> QUEIROZ, C., *op. cit.*, p. 95.

<sup>40</sup> «El racismo cumple una función esencial para que el sujeto elimine los límites que impone la moral: deshumanizar al enemigo... No es lo mismo matar «ratas» que personas». PÉREZ TRIVIÑO, J., L., «Obediencia y nazismo: psicología, racismo y miedo», en Blázquez Ruiz F., J., Coord., *Nazismo, Derecho, Estado*, Madrid, Ed. Dykinson, 2014, p. 82.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger*, cit., p. 34.

<sup>42</sup> GEULEN, Ch., *op. cit.*, p. 7.

practicaban a partir del juramento del griego Hipócrates. Tampoco resulta sencillo precisar la fecha en la que los médicos germanos decidieron cambiar su actitud humanitaria, y sustituyeron la bata blanca por el uniforme. Nos referimos a ese momento decisivo en el que dejaron de ser facultativos para convertirse en soldados de la nación, abandonando la atención de la salud de los ciudadanos para ocuparse de «sanar» el cuerpo social del pueblo alemán<sup>43</sup>.

Este giro de ciento ochenta grados tenía que venir motivado, en gran medida, por razones extrínsecas a la profesión. Es evidente que si se tienen en cuenta una serie de factores como la muerte de miles de jóvenes en el frente de la Primera Guerra Mundial, la imagen de la indigencia generalizada en las calles, el incremento de enfermos crónicos en los centros de salud, las necesidades de atención de los incapacitados mentales en los sanatorios, y, de fondo, el auge creciente de las teorías eugenésicas y raciales, todo ello contribuyó a que se produjera la inversión de los fines que habían caracterizado históricamente a la práctica médica.

Entre tanto, la idea germinal de que ni la medicina ni el Estado debían actuar en contra del proceso de selección natural, fue extendiéndose de forma progresiva. Día a día fue aumentando el número de profesionales implicados en el ámbito de la salud que no querían seguir participando en el «empeoramiento de la especie humana». En cierto modo, la respuesta que debía darse podría ajustarse a la forma de razonar propia de un silogismo de contenido biomédico. Su formulación podría ser la siguiente:

Si en las circunstancias especiales que padecía Alemania no era posible lograr unas condiciones de vida adecuadas para todos los ciudadanos, y si los recursos económicos y humanos debían destinarse para otro fin más elevado como el futuro del pueblo alemán que estaba en entredicho, entonces el Estado debería promover la vida de los individuos sanos y contar con la implicación de los médicos para favorecer la continuidad de los más fuertes, prescindiendo de los pacientes que eran más costosos para la sociedad<sup>44</sup>.

Conviene añadir que durante la República de Weimar, los diversos partidos parlamentarios habían debatido ampliamente en torno a los temas del aborto y sobre la posible esterilización. Algunos apelaban a la situación crítica que vivía el país, y presionaban para privar de la posibilidad de procreación a determinados grupos sociales con el fin de «conservar y mejorar al pueblo alemán». Desde esas coordenadas, tras la progresiva implantación de los campos de concen-

---

<sup>43</sup> BLÁZQUEZ RUIZ, F. J., «La muerte compasiva en el régimen nacional socialista. Convivencia política, científica y jurídica», en Alenza, J., F., Arcos, M., L., Dirs., *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pp. 485-505.

<sup>44</sup> INGRAO, Ch., *Croire et détruire/Los intelectuales en la máquina de guerra de las SS*, Barcelona, Acantilado, 2017, pp. 520 ss.

tración y su singular régimen disciplinario, el poder de los médicos sobre los prisioneros hacía posible que los facultativos pudieran disponer y utilizar los cuerpos de los reclusos como «material humano» para sus investigaciones sin necesidad de mostrar consideración ni reparo alguno<sup>45</sup>. De hecho, el médico personal de Hitler y a su vez Comisario del Reich para la Sanidad y la Higiene pública, C. Brandt, afirmaba sin ambages: «es irrelevante si el experimento se hace con el consentimiento o en contra de la voluntad de la persona interesada... La intención es el móvil: la lealtad hacia la comunidad [...]. La ética en todas sus formas la decide un orden o la sujeción a una autoridad»<sup>46</sup>.

Aunque los experimentos no formaban parte de ningún programa de investigación que hubiera sido sistematizado previamente ni que estuviera coordinado por las autoridades centrales, y a pesar de que numerosas iniciativas –entre ellas las más radicales– procedían de los propios facultativos, era Himmler quien tenía todo el poder e insistía a los médicos en que no realizasen ensayos ni pruebas en los campos de concentración, si no contaban con su conocimiento y correspondiente aprobación.

Otra de las vías de acceso a la experimentación era el *Ahnenerbe*, el Instituto de investigaciones pseudocientíficas del *Reichsführer*. A pesar de haber sido creado con el objetivo específico de desentrañar las raíces míticas de la raza germana, a medida que avanzaba la guerra fue inclinándose cada vez más hacia el campo de la investigación militar, y facilitó la provisión de prisioneros para participar en los diversos experimentos.

Por otra parte, una tercera vía de intervención no menos relevante, era la que ofrecía Grawitz, médico del Reich que fue adquiriendo un protagonismo cada vez mayor durante la guerra, hasta el punto de que acabó controlando en 1943 todos los servicios sanitarios de las SS. A pesar de que Himmler intentó debilitar en diversas ocasiones su posición acusándole de falta de rigor y de profesionalidad, Grawitz siguió evaluando con entusiasmo las numerosas solicitudes de ensayos y de experimentación.

Entre tanto, los médicos que sirvieron a la ideología nazi olvidaron pronto el Juramento Hipocrático que habían prometido respetar en el ejercicio de su profesión médica: «Llevaré adelante ese régimen, el cual de acuerdo con mi poder y determinación será en beneficio de los enfermos y les apartará del prejuicio y del terror. A nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este

---

<sup>45</sup> RIQUELME, H., «La medicina nacional-socialista...», cit. <https://journals.openedition.org/polis/7572>.

<sup>46</sup> SPITZ, S., *Los doctores del infierno: un cruel relato de los experimentos que los nazis practicaron con humanos*, Barcelona, Editorial Tempus, 2009, p. 292.

fin. A cualquier casa que entre, iré por el beneficio de los enfermos, absteniéndome de todo error voluntario y corrupción...»<sup>47</sup>.

Cuando salían al exterior y acudían para participar en Congresos y convenciones de carácter internacional, los médicos que participaban en los experimentos trataban de ocultar las pruebas que realizaban, y hablaban en términos eufemísticos de «vacunación» para referirse a la infección que provocaban entre los prisioneros por medio de virus y veneno. Sin embargo, ellos mismos se delataban a través de un lenguaje equívoco que denotaba sus verdaderas intenciones, al aludir a los sujetos de experimentación en términos de «conejiillos de indias» o incluso de «cobayas» para referirse a sus víctimas<sup>48</sup>. Otras veces se referían a ellos de forma explícita, incluso ante los tribunales por los que posteriormente serían juzgados. Todo ello acontecía pese a que antes de que el nacional-socialismo llegara al poder en enero de 1933, se habían producido amplios debates e intensas discusiones sobre ética médica en Alemania que habían sentado las bases para la adopción de medidas legislativas. Sin embargo, su objetivo era inequívoco: trataban de regular y controlar los experimentos con seres humanos sin desatender por ello «el marco de una opinión pública crítica». Aunque tras la toma del poder, esas propuestas se diluyeron y desaparecieron sin dejar rastro<sup>49</sup>.

¿Qué tipo de médicos pudieron involucrarse en tales actividades? ¿Cómo surgieron sus motivaciones para llegar a implicarse de forma voluntaria? No cabe duda de que algunos facultativos, buscaban la «gloria de la distinción» y el ascenso profesional mediante el supuesto bienestar que podrían generar con sus investigaciones para la humanidad, tal y como aducían con frecuencia<sup>50</sup>. Compartían la tesis central sobre la que giraba la ideología nacional-socialista según la cual el cuerpo del Estado estaba enfermo, tenían que sanarlo necesariamente, y para lograrlo había que ser conscientes de que la mezcla debilitaba la «pureza» del Estado. De ahí que los médicos, como si fueran ingenieros sociales, se pusieron manos a la obra con determinación para contribuir a una gran gesta política prescindiendo «de cualquier impulso compasivo y siguieran a rajatabla los impulsos necesarios para promover el bienestar del Estado, con el que se identificaban plenamente»<sup>51</sup>. Es evidente que como advierten expresamente Terron-Helman la metamorfosis experimentada por buena parte del cuerpo médico alemán en

---

<sup>47</sup> Similares principios éticos pueden encontrarse de forma explícita en las palabras de Avicena y de Maimónides, como representantes de la cultura médica, árabe y judía, respectivamente.

<sup>48</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 487.

<sup>49</sup> RIQUELME, H., «La medicina nacional-socialista...», <https://journals.openedition.org/polis/7572>.

<sup>50</sup> «Siempre existió una estrecha relación entre medicina y derecho», SANTOS, J., A., *op. cit.*, p. 124.

<sup>51</sup> ABRAMS, F., R., «Prólogo», en SPITZ, S., *op. cit.*, p. 37.

favor de la ideología nacional-socialista contenía el germen, a modo de embrión, de las «aberraciones futuras»<sup>52</sup>.

De hecho, fueron profesionales de la medicina quienes tras alistarse en las SS cometieron atrocidades en el cuerpo de reclusos indefensos, privados de libertad, en un régimen totalitario que usaba los campos de concentración y de exterminio como espacios ajenos a la legalidad. Eran profesionales de la salud cuya «deslealtad resulta tanto más indignante» por cuanto formaban parte de una profesión orientada tradicionalmente a favorecer el bienestar humano y a procurar que la salud individual no se viera afectada por el deterioro que conlleva el curso de la enfermedad y el envejecimiento<sup>53</sup>.

Además, eran ellos también quienes colaboraban activamente y participaban de forma reiterada en el proceso de selección que permitía seguir viviendo o condenaba a morir. Los mismos facultativos que decidían el futuro de familias enteras que llegaban al campo después de viajar engañados o coaccionados en condiciones infrahumanas. Y sin embargo, a pesar de todo conviene precisar que «no fueron una minoría de profesionales marginales» los que participaron activamente, implicándose en el maltrato a los pacientes hasta extremos insospechados<sup>54</sup>.

En realidad, partían del axioma compartido de que «el Nacional-socialismo no es otra cosa que Biología aplicada» tal y como había defendido reiteradamente el estrecho colaborador de A. Hitler, Rudolf Höß en diversas manifestaciones públicas. Del mismo modo el editor del *Deutsches Arzteblatt*, Dr. K. Haedenkamp, había afirmado sin ambages respecto a la afinidad e imbricación entre ideología y medicina: «Nunca antes la profesión médica ha estado tan unida a los deseos y propósitos del Estado. La profesión médica tiene una obligación de trabajar en los objetivos del estado acerca de la mejora racial»<sup>55</sup>.

Entre tanto el Reichsführer, Himmler, lo supervisaba todo de manera obsesiva. Examinaba con detalle cada uno de los informes que recibía, y él mismo –que contaba con una formación de ingeniero agrónomo– proponía a veces tratamientos nuevos, carentes de sentido a los pacientes, a cuál «más grotesco». Himmler se mostraba convencido de que el sacrificio de *infrahombres* considerados como despreciables por su condición, serviría para una causa noble y patriótica, como era la de salvar la vida de los soldados alemanes. Respecto a lo cual, quien mostrase algún tipo de objeción o reticencia que pudiera considerarse obstruccionista, sería tomado por traidor. Himmler defendía que la guerra requería el máximo esfuerzo por parte de todos.

---

<sup>52</sup> TERNON, Y., HELMAN, S., *op. cit.*, p. 7.

<sup>53</sup> «Cette prostitution du corps médical allemand s’accomplit au grand jour, à la face de l’Europe», TERNON, Y., HELMAN, S., *ibidem*, p. 14.

<sup>54</sup> ABRAMS, F. R., «Prólogo», en SPITZ, S., *op. cit.*, p. 27.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 27.

Por tanto justificaba todos los medios a su alcance, «y esto le llevó a abrir la puerta a cualquier género de experimentos mortíferos, emprendidos sobre todo en Dachau»<sup>56</sup>.

No obstante, cabe precisar que también hubo médicos como el Dr. Mosses que se negaron a colaborar desde el principio, y advirtieron del peligro que conllevaba cambiar la bata blanca por el uniforme de las SS. Él era consciente de que la ciencia en manos del fanatismo podría generar problemas irreversibles. Así lo hizo saber públicamente al denunciar: «Todo lo que pensaba hasta ahora que era el dictado supremo de la medicina (cuidar a los enfermos, sin reparar en razas, tratar igual a cualquier paciente sin diferencias de religión o sexo, ayudar a todos y aliviar su sufrimiento) no se considera apropiado en opinión del nacional-socialismo. Es lo contrario. Ellos (los nazis) desean hacer una guerra total contra los inferiores de todo tipo, especialmente enfermos sin esperanza, y deshacerse de ellos... Los enfermos que no tienen posibilidades están predestinados a la eliminación y justamente el médico es el encargado de la tarea...! ¡El médico se convertirá en asesino!»<sup>57</sup>.

Las consecuencias de su osadía no se hicieron esperar. A pesar de ser, además de médico profesional, diputado electo en el Reichstag, el Dr. Mosses, judío, tuvo que pagar un alto precio por negarse a colaborar con el régimen totalitario. Fue internado en el campo de Teresienstat cerca de la ciudad de Praga donde permaneció prisionero hasta que sus días terminaron para siempre. Es evidente que el concurso de la medicina y la participación activa de los facultativos en el proyecto racista nacional-socialista era un objetivo prioritario<sup>58</sup>. A este respecto las palabras de A. Hitler interpellando a los galenos son elocuentes: «Me puedo pasar sin abogados, sin ingenieros, sin constructores, pero sin vosotros, los médicos nacional-socialistas, no me puedo pasar ni un solo día ni una sola hora. Si me falláis todo está perdido. ¿Para qué sirve nuestra lucha, si la salud de nuestro pueblo está en peligro?».

Con anterioridad, el Dr. Fischer que sería nombrado primer Director del Instituto de Antropología y Eugenesia Kaiser Wilhelm de Berlín (1927) y que ocupó a su vez una Cátedra de Antropología en la Universidad Friedrich Wilhelm, había negado, tras su estancia en las colonias africanas, la capacidad de inteligencia al «negro puro» cuestionando al mismo tiempo la posibilidad de que pudiera contar con alguna capacidad creativa<sup>59</sup>.

De ahí que, a partir de 1942, varios médicos de las SS realizaron experimentos médicos con prisioneras a las que utilizaron como cobayas humanas, sometiéndolas a unas condiciones ignominiosas. Sin

<sup>56</sup> WACHMANN, N., *op. cit.*, p. 487.

<sup>57</sup> ABRAMS, F., R., «Prólogo», en SPITZ, S., *op. cit.*, p. 28.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>59</sup> RIQUELME, H., «La medicina nacional-socialista...», <https://journals.openedition.org/polis/7572>.

embargo, después, una vez finalizada la guerra, fue habitual referirse a los médicos responsables de los experimentos en términos vagos e imprecisos. Aludían a ellos en diversos contextos de forma ambigua aduciendo que algunos galenos habían actuado por su cuenta y de forma individual como si fueran «científicos locos y solitarios a la manera de un doctor Frankenstein, que ponían por obra en secreto sus planes macabros»<sup>60</sup>.

Sin embargo, la realidad era muy distinta. Nada que ver con esa imagen deliberadamente evasiva y distorsionante de los hechos. Lo cual no obsta para considerarla, si cabe, más inquietante, por pretender presentarla como si se tratase de una mera anomalía<sup>61</sup>, como si no fuera representativa. La finalidad exculpatoria del argumento es evidente. No obstante, la realidad vivida permite aportar datos en sentido contrario que resultan incontestables. Era evidente que gran parte de los médicos formaban parte activa «de ese proyecto de reorganización ideológica que implicaba replantar toda la sanidad»<sup>62</sup>. Cabe recordar a este respecto que no solo hubo galenos colaboradores que participaron y se implicaron activamente con el régimen, sino que «muchos de los verdugos eran doctores reconocidos en la profesión e integrantes respetados de la comunidad médica»<sup>63</sup>. De hecho, tanto el profesor Grawitz como el Doctor Gebhardt formaban parte de lo que podría denominarse la aristocracia de la sanidad alemana. Lo mismo puede afirmarse del profesor Clauberg, cuya reputación de ginecólogo llegaba hasta tal punto que un dirigente de la WVHA puso en sus manos la atención clínica de su esposa, «que había sufrido varios abortos, tras llevarla desde Berlín hasta el campo de Auschwitz para que la examinase»<sup>64</sup>.

En cuanto al Dr. J. Mengele, a diferencia de S. Rascher, contaba con gran consideración profesional en el ámbito académico. Doctor en Antropología además de serlo también en medicina, nunca dejó de mantener contacto con diversas autoridades universitarias vinculadas con la investigación científica. Los órganos humanos que extraía Mengele a los presos eran analizados en el Instituto de Vershuer que estaba integrado en la Sociedad Kaiser Guillerme, la institución señera de la investigación científica alemana –que pasó a denominarse Sociedad Max Planck posteriormente–, y «que tanto hizo por impulsar la filosofía étnica de los nazis»<sup>65</sup>.

Respecto al Dr. Rascher, aunque algunos historiadores hayan aludido a que podría padecer una eventual psicopatía<sup>66</sup>, era evidente que no actuaba por iniciativa propia. Realizaba experimentos con reclusos

<sup>60</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 498.

<sup>61</sup> INGRAO, Ch., *op. cit.*, p. 527.

<sup>62</sup> SANTOS, J., A., *op. cit.*, p. 125.

<sup>63</sup> RIQUELME, H., «La medicina bajo...», cit. p. 15

<sup>64</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 498.

<sup>65</sup> ABRAMS, F., R., «Prólogo», en SPITZ, V., *op. cit.*, p. 39.

<sup>66</sup> RIQUELME, H., «La medicina bajo...», cit. p. 46.

del *lager* de Dachau en estrecha colaboración con diversos miembros de las fuerzas aéreas que habían solicitado la realización de ensayos con seres humanos. Esos reclusos eran sometidos a una elevada presión atmosférica con la consiguiente inmersión en agua helada y salada, tal y como sucedió en reiteradas ocasiones con diversos prisioneros rusos en el campo de Dachau<sup>67</sup>.

Por otra parte, el primer día de septiembre de 1939, coincidiendo –supuestamente– con el inicio de la guerra, Hitler dio instrucciones al Dr. Karl Brandt para poner en marcha el Programa Aktion T4<sup>68</sup>. Tenía por objeto facilitar la «muerte compasiva» a las personas que consideraban carentes de aptitud para el trabajo, y que por su enfermedad permanecían internados en centros de salud y requerían consumir recursos materiales, y económicos que Hitler consideraba prescindibles en su caso, y al mismo tiempo necesarios para otros fines.

En realidad, más allá de eventuales especulaciones, la complicidad y connivencia estaban muy extendidas en el seno de la comunidad científica. Aunque el hecho de hablar explícitamente de los ensayos y pruebas con humanos era considerado como de mal gusto, sin embargo, era sabido que se realizaban experimentos diversos con presos en los campos al margen de cualquier principio ético<sup>69</sup>. Tanto los dirigentes médicos como los propios facultativos eran conscientes de que Joseph Goebbels, el Ministro de Propaganda, había defendido en público antes del inicio de la contienda militar en 1938 que: «Nuestro punto de partida no es el individuo, y no estamos de acuerdo con la opinión que el hombre debe dar alimento al hambriento, darle de beber al sediento, o vestir al desnudo... Nuestros objetivos son totalmente diferentes, nosotros necesitamos un pueblo sano para dominar el mundo»<sup>70</sup>.

No es de extrañar por ende que posteriormente, en el juicio que dio comienzo el 25 de octubre de 1946 en la ciudad de Núremberg, el General norteamericano Taylor que actuaba en la sala como fiscal jefe afirmarse de forma explícita: «Los imputados en este caso están acusados de asesinatos, torturas y otras atrocidades cometidas en nombre de las ciencias médicas. La cantidad de víctimas de estos crímenes asciende a cientos de miles. Solo unos pocos siguen con vida. Algunos de los supervivientes comparecerán en esta sala del tribunal. Pero la mayoría de estas pobres víctimas fueron masacradas directamente o murieron mientras se les torturaba. En su mayoría, son muertos anónimos. Para sus asesinos, estas desdichadas personas no eran individuos en absoluto. Llegaban en grandes cantidades y eran tratados peor que animales»<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 498.

<sup>68</sup> BLÁZQUEZ RUIZ, F., J., «La muerte compasiva...», *op. cit.*, pp. 485 ss.

<sup>69</sup> GÓMEZ PÉREZ, V., *Los experimentos médicos con prisioneros. La eutanasia nazi. La práctica de la medicina como instrumento para el asesinato*, Great Britain, Amazon, 2014.

<sup>70</sup> INGRAO, Ch., *op. cit.*, p. 524.

<sup>71</sup> United States Holocaust Memorial Museum.

#### 4. EXPERIMENTOS EN EL CAMPO FEMENINO DE RAVENSBRÜCK

Aunque fue uno de los primeros campos creados por el régimen nacional-socialista en 1939, varios meses antes de que empezara la guerra, y a pesar de haberse convertido en el último *lager* liberado por los ejércitos aliados, este recinto de trabajo –y al final de exterminio– situado en el noroeste de Alemania a 60 kilómetros de Berlín, ha permanecido relegado durante años en los márgenes de la historia. Al igual que otros campos, Ravensbrück constituye una de las páginas más oscuras de la historia de la infamia nazi<sup>72</sup>. Y así como el complejo concentracionario de Auschwitz-Birkenau se erigió en la sede principal del crimen organizado y sistemático contra los judíos, Ravensbrück fue el lugar de referencia en la comisión de crímenes contra las mujeres. Hablamos de miles de asesinatos incluidos los abortos forzados, la esterilización de mujeres y la práctica de prostitución forzada.

La construcción del campo se inició en noviembre de 1938, y fue ampliado de forma continua hasta el momento de su liberación. Estaba integrado por 18 barracones, dos de los cuales fueron habilitados para tareas de enfermería. Cabe precisar que entre los meses de mayo de 1939 y abril de 1945, ingresaron en el campo en torno a ciento treinta mil personas, principalmente mujeres en su inmensa mayoría, pero también lo hicieron cientos de hombres, adolescentes y niños. Los prisioneros provenían de diversas naciones, siendo Polonia el país de mayor proporción de reclusos (36%), seguido de la Unión Soviética (21%) y el Reich Alemán con Austria (18%).

El hecho de ser un campo para mujeres no conllevaba ninguna diferencia respecto a la organización del campo. Tampoco era distinta la dinámica seguida en el régimen disciplinario. Por el contrario, las prisioneras padecían castigos adicionales como podían ser violaciones o asesinatos de sus hijos recién nacidos. Ni tan siquiera había mandos de las SS que fuesen femeninas. Siempre eran varones los que dirigían el campo. Sí abundaban mujeres guardianas, conocidas habitualmente como *Aufseherinnen*. Allí recibían instrucción y después eran destinadas a cumplir su función represora en otros campos diseminados por los países ocupados. Eran las vigilantes que se ocupaban de aplicar a las prisioneras una disciplina férrea, salpicada de castigos y sanciones a veces crueles, acompañadas de amenazas con destinarlas al búnker de castigo que equivalía a la sentencia de muerte<sup>73</sup>.

Habida cuenta de que el crematorio que contaba con dos hornos y que había sido instalado en abril de 1943 no era suficiente, tuvieron que construir otro horno para incrementar el número de víctimas a lo

---

<sup>72</sup> ARMENGOU, M., BELIS, R., *op. cit.*, pp. 52 ss.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ, M., *Guardianas nazis: el lado femenino del mal*, Barcelona, Edaf, 2017.

largo del invierno. Los dos permanecieron activos de forma ininterrumpida durante veinticuatro horas, incinerando los cadáveres de las prisioneras hasta que se deterioraron debido al sobrecalentamiento provocado por la saturación. Ese proceso fue agravándose «desde que comenzó a funcionar la cámara de gas, en diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro»<sup>74</sup>. A finales de ese mismo año las SS mandaron instalar una nueva cámara en un barracón, justo al lado de los otros crematorios.

Entre tanto, miles de prisioneros, sobre todo mujeres, fueron asesinadas en Ravensbrück. O bien murieron por inanición, o bien perecieron por enfermedades diversas. También perdieron la vida al ser objeto de experimentos médicos practicados por médicos nazis, al servicio de una pseudociencia inducida por un poder político deshumanizado. Las primeras prisioneras que ingresaron en Ravensbrück provenían del campo de concentración femenino de Lichtenberg, en el Lander de Sajonia, en mayo de 1939. En la primera expedici3n llegaron novecientas, pero tres años despu3s, el campo albergaba diez mil mujeres, y en enero del último año de la guerra, lleg3 a contar con más de cincuenta mil presos.

El *lager* de Ravensbrück albergaba principalmente a presas políticas, reclusas «asociales», testigos de Jehová, y en menor medida judías. Procedían de numerosas nacionalidades, pero predominaban especialmente las mujeres de origen polaco<sup>75</sup>. Al t3rmino de la Segunda Guerra Mundial, cuando el campo fue liberado por el ej3rcito aliado, habían pasado por ese recinto ciento treinta mil personas de las cuales llegaron a morir entre treinta y cincuenta mil mujeres por razones diversas tales como: inanici3n, agotamiento físico, bajas temperaturas, o debido a la violencia ejercida por las guardianas nazis que practicaron un sadismo indiscriminado.

Se trataba del segundo campo despu3s de Auschwitz-Birkenau, y el más numeroso en poblaci3n femenina del r3gimen nacional-socialista. Fue liberado por el ej3rcito rojo el 30 de Abril de 1945. En ese momento permanecían en torno a dos mil enfermos que habían sido abandonados a su suerte por los responsables de las SS. Durante los primeros años y hasta 1942, no empezaron las ejecuciones en el *lager* porque necesitaban contar con mano de obra para las fábricas instaladas junto al campo, entre ellas la industria de armamento adyacente. S3lo al final de la contienda utilizaron las cámaras de gas.

Al igual que en Dachau, Auschwitz, o Mauthausen, los m3dicos de las SS realizaron ensayos y experimentos que provocaron graves secuelas en los cuerpos de los pacientes, que perduraron en muchos casos a lo largo de toda su vida<sup>76</sup>. Y así como el doctor Rascher había

<sup>74</sup> ARMENGOU, M., BELIS, R., *op. cit.*, p. 30.

<sup>75</sup> CATAL, N., *De la resistencia a la deportaci3n. 50 testimonios de mujeres españolas*, Memorial Democrtic-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015, pp. 35-75.

<sup>76</sup> FRIENDLANDER, H., *op. cit.*, pp. 216 ss.

realizado en el campo de Dachau diversas pruebas letales en relación con altitudes elevadas para proveerse de datos sobre la congelación del organismo de los pilotos<sup>77</sup>, en Ravensbrück la mutilación de las prisioneras utilizadas como conejillas de indias, formaba parte de los experimentos destinados, supuestamente, a salvar a los soldados alemanes de lesiones mortales.

En este *lager* femenino de Ravensbrück, las pruebas comenzaron el 20 de julio de 1942, unas semanas después de la muerte de Heydrich, fecha clave para que el profesor Karl Gebhardt, médico clínico de las SS que dirigía en las inmediaciones el campo el sanatorio y hospital de las SS de Hohenlychen, se ocupara de supervisarlos. El motivo principal de iniciar estas pruebas fue debido a que Gebhardt había sido enviado por Himmler a Praga para que atendiera a su lugarteniente herido, R. Heydrich, protector adjunto de Bohemia y Moravia, tras padecer un atentado en los primeros días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y dos. En dicho atentado, que le costó finalmente la vida, la explosión de una granada de mano arrojada por uno de los asesinos, hizo penetrar en su cuerpo diversos fragmentos de la tapicería del vehículo en que viajaba.

Previamente, la actitud crítica del Doctor Morell, médico personal de Hitler y defensor del uso habitual de sulfas (drogas) provocó que Hitler hiciera responsable a Gebhard de la muerte de su protegido que era considerado como un ario perfecto. Por ese motivo, con el apoyo de Himmler, el Dr. Gebhard provocó en varios presos del campo de Sachsenhausen, heridas semejantes a las que había padecido R. Heydrich en el atentado que le costó la vida. Sin embargo, los prisioneros que eran sometidos a las pruebas como cobayas no resultaban tan dóciles como suponían. Por ese motivo el Dr. Gebhard decidió llevar a cabo los experimentos, exclusivamente, en el campo femenino de Ravensbrück al considerar que las reclusas serían más dóciles de manejar.

Allí utilizaron las instalaciones de una de las secciones de enfermería con objeto de simular los síntomas provocados por la «mionecrosis» (intoxicación por monóxido de carbono o gangrena gaseosa) y bajo su supervisión personal, sus colaboradores practicaron incisiones profundas en los muslos de varias reclusas, en su mayoría jóvenes polacas. A continuación, insertaron en sus piernas bacterias, tierra, virutas e incluso fragmentos de cristal para provocar infecciones. Después, las cosían esperando a que pudieran gangrenar. Con los resultados obtenidos, el Dr. Gebhard quiso demostrar que el uso de sulfonamida apenas provocaba efecto alguno en el tratamiento de dichas infecciones. Por tanto, podía acreditar que en el atentado de Heydrich había obrado de forma adecuada médicamente.

En las numerosas pruebas realizadas en el campo murieron varias mujeres<sup>78</sup>. Otras padecieron cicatrices físicas y secuelas mentales duran-

---

<sup>77</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 492.

<sup>78</sup> CATALÀ, N., *op. cit.*, pp. 35 ss.

te el resto de sus vidas, que en la mayor parte de ellas resultó breve. En realidad, ese era justamente el resultado que el galeno había deseado que se produjera con sus ensayos. No otro. Ya que como «cirujano principal de las SS, estaba interesado en la defensa de la primacía de las intervenciones quirúrgicas en las líneas de combate»<sup>79</sup>. El Dr. Karl Gebhardt contó como asistente quirúrgico en Ravensbrück con la colaboración entusiasta de Dr. Fritz Ernst Fischer, antes mencionado, que se había graduado en medicina por la Universidad de Hamburgo en 1938, y que había ingresado previamente en las SS cuatro años antes, donde ocupaba el puesto de *Sturmabführer* (comandante).

Otra de las líneas de experimentación que realizaron los médicos en Ravensbrück tenía como objetivo evitar que las tropas alemanas padecieran enfermedades infecciosas tales como la hepatitis. Y sobre todo, el tifus que era considerado como una amenaza grave, no solo para los combatientes que acudían al frente y que contraían con frecuencia en el frente de la Europa oriental, sino también para la población general de Alemania.

Por otra parte, entre septiembre de 1942 y 1943, varios médicos experimentaron con sustancias químicas como la sulfanilamida con el fin de conocer su eficacia para prevenir infecciones en la tropa por encargo del ejército alemán. Realizaron también ensayos diversos sobre la regeneración del sistema nervioso. A su vez llevaron a cabo trasplantes de huesos y de masa muscular que eran extirpadas del cuerpo, así como amputaciones de diversos miembros.

A los prisioneros que participaban en los experimentos les infligían heridas que infectaban con bacterias como el estreptococo<sup>80</sup>. Dicha infección se veía implementada a través de virutas de madera y trozos de vidrio. Un número elevado de los prisioneros sometidos a experimentación fallecieron al poco tiempo aquejados de dolores intensos. No obstante, los ensayos más numerosos para descubrir una vacuna contra el tifus tuvieron lugar en Buchenwald, uno de los campos más grandes situado cerca de Weimar. Allí fueron realizados veinticuatro ensayos diferentes en un laboratorio bajo la dirección del *Hauptsturmführer* (comandante) de las SS, Erwin Ding, conocido también como Ding-Schiler. Se trataba de un médico joven de escasa competencia profesional, perteneciente al Instituto de Higiene de las Waffen-SS<sup>81</sup>.

Cabe destacar que en el *lager* de Ravensbrück emergió la figura de la Dra. Herta Oberheuser, una médica especializada en dermatología que tenía la ambición de competir y sobresalir en el campo de la cirugía. La Dra. Oberheuser, afiliada al partido nazi en 1937, era conocida por su crueldad en las pruebas a las que sometía a sus pacientes. Médico civil, había estudiado medicina en Bonn y Düsseldorf, doctorándose después en la misma Universidad de Bonn. Formó parte de las SS y participó en

<sup>79</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 492.

<sup>80</sup> GÓMEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 18.

<sup>81</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 493.

los experimentos realizados en el *lager* de Ravensbrück bajo las órdenes del Dr. Karl Gebhard. Sus actividades se basaban principalmente en provocar heridas a los prisioneros e infectarlas para simular las heridas que padecían los soldados alemanes en el frente de batalla.

Según algunos relatos, la doctora Oberheuser inyectaba a las reclusas, incluidas niñas, tanto dosis de aceite como de Evipan, un producto anestésico, a base de barbitúricos. A continuación les extirpaba los órganos vitales mientras permanecían todavía conscientes. Algunas pacientes perdieron la vida durante los experimentos. A las prisioneras que conseguían sobrevivir las ejecutaban porque ya no eran válidas como mano de obra para trabajar. La Dra. Herta Oberheuser utilizó a un grupo de ochenta mujeres para someterlas a experimentación continua. Les abría el cuerpo sin ningún tipo de anestesia, y después les amputaba los huesos o masa muscular con el fin de utilizarlos como «injerto en otras prisioneras sustituyendo las partes extraídas». Fue sentenciada a veinte años de prisión. En su testimonio ante el Tribunal que la juzgaba adujo: «Al administrar atenciones terapéuticas, siguiendo los principios médicos establecidos, y como mujer en una posición difícil, lo hice lo mejor que pude»<sup>82</sup>.

Entre los testimonios aportados por las pacientes, cabe recordar a Wladislawa Kalolewska, una joven profesora polaca que había participado en la resistencia mientras su país estaba ocupado por los nazis. Recibió órdenes de personarse en una de las secciones de enfermería de Ravensbrück junto con otras reclusas de su misma nacionalidad el 14 de agosto de 1942. Allí le pusieron una inyección en la pierna. Antes de perder el conocimiento, lo último que pudo ver fue a un médico de las SS portando guantes quirúrgicos<sup>83</sup>.

Sin embargo, hubo que esperar al 14 de abril de 1945, para que el horror y la crueldad terminaran para siempre en el campo de Ravensbrück. Eso sucedió dos días antes de que comenzara la ofensiva final del ejército aliado contra los nazis en la capital del Tercer Reich a unos noventa kilómetros del bunker berlinés en el que permanecía A. Hitler.

## 5. CONCLUSIONES: IMPLICACIONES BIOJURÍDICAS

«No son las armas las que hacen el ruido de las guerras; es el silencio de los muertos».

A. Malraux.

No cabe duda de que, a pesar de haber transcurrido tres cuartos de siglo desde que acabase la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente liberación de los campos de concentración y de exterminio, las palabras de Primo Levi, antes mencionadas, siguen estando vigentes. El

<sup>82</sup> SPITZ, V., *op. cit.*, p. 297.

<sup>83</sup> WACHSMANN, N., *op. cit.*, p. 491.

veredicto del Tribunal de Nüremberg que fue constituido para juzgar a los médicos participantes en los experimentos así como en el Programa Aktion T4, emitido el 20 de agosto de 1947, no satisfizo las expectativas de hacer justicia que se habían depositado en él. Entre los acusados que asistieron al juicio, fueron declarados culpables dieciséis médicos, de los cuales siete fueron sentenciados a muerte. Su ejecución tuvo lugar el año siguiente, el día 2 de junio de 1948. Desde el comienzo del juicio habían comparecido 85 testigos y fueron presentados mil quinientos documentos<sup>84</sup>.

Uno de los condenados a cadena perpetua fue el profesor Gerhard Rose que ocupó el cargo de Director de la sección de Medicina Tropical en el Instituto de Enfermedades Infecciosas Robert Koch de Berlín. También ejerció de General médico de las fuerzas Aéreas alemanas, aunque no pertenecía al personal sanitario de las SS. Inicialmente, se manifestó en contra de los experimentos con seres humanos e incluso no se mostró partidario de recluirllos en campos de concentración, pero después formó parte de un equipo de investigación y participó activamente en los ensayos de vacunas contra el tifus.

Rose alegó ante el Tribunal de Nüremberg que los prisioneros que habían sido objeto de experimentación eran condenados a muerte y que los experimentos podían contribuir a disponer de conocimientos relevantes sobre el desarrollo de las vacunas contra el tifus. El Tribunal no dio por válidos sus argumentos, y el veredicto fue elocuente: «Sin duda es posible que al comienzo Rose haya puesto muchas objeciones al programa de experimentos realizados en campos de concentración. Pero finalmente superó las dudas que tenía y participó en el programa con pleno conocimiento, en forma activa y probatoria. Trató de justificar su acción con el argumento de que un estado puede ordenar legalmente realizar experimentos con personas que estén condenadas a muerte aun si ellas se negaran a dar su consentimiento para ponerse a disposición como objeto de pruebas. Esta defensa no llega de ninguna manera al punto central en disputa. Como ya hemos declarado en el caso Gebhardt: cualquiera que sea el contexto legal, relativo a experimentos médicos realizados para o por un estado con sus propios ciudadanos, ese tipo de actos no es reconocido en el derecho internacional cuando se realiza con ciudadanos o súbditos de un territorio ocupado»<sup>85</sup>.

A continuación el Tribunal concluyó de forma taxativa afirmando que con su participación activa en los experimentos acreditados Rose fue responsable de haber cometido crímenes contra la humanidad: «Hemos sopesado cada supuesto a favor del acusado, pero su posición carece de todo sostén frente al enorme material probatorio en su contra (...). El Tribunal decide que el acusado Rose fue delincuente principal y cómplice, ordenó, prestó apoyo, dio su consentimiento y estu-

---

<sup>84</sup> SPITZ, V., *op. cit.*, p. 332.

<sup>85</sup> RIQUELME, H., «La medicina bajo...», *op. cit.*, p. 38.

vo relacionado con planes y acciones que condujeron a experimentos médicos con no alemanes, sin su consentimiento y en cuyo transcurso fueron cometidos homicidios, brutalidades, crueldades, martirios, atrocidades y otras acciones inhumanas. Aunque estas acciones delictivas no representaron crímenes de guerra, sí constituyeron crímenes en contra de la humanidad»<sup>86</sup>.

Tras las sentencias, los Juicios de Núremberg contribuyeron a la formalización de medidas políticas impregnadas de principios de ética médica en el ámbito internacional, así como a la aprobación de medidas diversas relacionadas con la ética en la investigación, y a la declaración sobre las razas de la UNESCO de 1950. No obstante, tal y como precisa el superviviente húngaro y Premio Nobel de la Paz en 1966, E. Wiesel, a pesar de las prácticas aberrantes realizadas por los médicos durante el régimen nazi, que después se intentaron corregir a partir del Código de Núremberg de 1946, su traza siguió viva y puede rastrearse en diversos países, a uno y otro lado del ahora extinto muro de Berlín.

De hecho, en EE.UU., varios médicos utilizaron estrógenos y progesterona entre un grupo de mujeres de Puerto Rico para impedir la ovulación, tras los éxitos alcanzados previamente en la experimentación animal. Comenzaron de ese modo los ensayos clínicos con mujeres voluntarias que habían sido mínimamente informadas. Los resultados obtenidos sobrepasaron las expectativas que habían previsto, y la contracepción hormonal se generalizó con rapidez. Sin embargo, los efectos secundarios en sus respectivos cuerpos hicieron aparición después. Y el recuerdo de la talidomida apareció una y otra vez en las discusiones sobre la utilización de los preparados contraceptivos hormonales.

Ante diversos atropellos y abusos cometidos, surgieron denuncias como la publicada por H. K. Beecher en el *New England Journal of Medicine* (1966) a través del artículo «Ethics and Clinical Research»<sup>87</sup>. En sus páginas advertía sobre la falta de principios de un grupo de investigadores que no aportaban información suficiente sobre los beneficios y riesgos de los ensayos a los voluntarios en cincuenta casos. Este tipo de denuncias fue calando en la opinión pública norteamericana que dispuso cada vez de más información, al tiempo que iba sensibilizándose ante los diversos casos conocidos. Todo lo cual dio lugar a un movimiento reivindicativo de los derechos de los pacientes.

Varios años después, el Congreso de EE.UU. impulsó la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* en 1974, con el objetivo de elaborar directrices

---

<sup>86</sup> RIQUELME, H., *ibidem*, p. 38.

<sup>87</sup> Cf. BUISÁN, L., «Bioética y principios básicos de ética médica», en Casado, M., Comp., *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007, pp. 76-77.

para proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos que participasen en cualquier investigación biomédica. De ahí surgió el Informe Belmont que giraba en torno a los «Principios y orientaciones para la protección de sujetos humanos en experimentación».

Desde la aparición de este histórico Informe Belmont, los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia se han erigido en pilares fundacionales, no solo en el ámbito de la experimentación humana sino también en el universo de la medicina práctica, y en particular en todo lo concerniente a la relación médico paciente. De este modo se han ido acercando de forma progresiva las dos orillas tradicionalmente separadas, es decir, la ciencias biomédicas y experimentales de una parte, y las ciencias humanas y jurídicas de otra. El puente entre ellas era más que necesario como advertía el oncólogo Van Potter<sup>88</sup>. Y es que como diría Ortega, sobre la naturaleza originaria que recibimos, en términos biológicos, construimos después una segunda naturaleza que es la cultura, desde la que pensamos y obramos, habida cuenta de que la vida es un quehacer diario, no un pretérito perfecto en términos gramaticales, sino un gerundio, en fieri. Por tanto, la vida no nos viene dada, a diferencia de los animales que llevan impreso desde su nacimiento un código inexorable de conducta<sup>89</sup>.

Se trata de afrontar los diversos problemas que se presentan en la praxis diaria, en el ámbito sanitario, intentando acometer problemas que a veces no admiten demora. Hablamos de cuestiones de gran calado que conciernen al ejercicio y protección de los Derechos fundamentales. Dilemas, que remiten a veces a las bases jurídicas sobre las que se asientan y articulan las sociedades democráticas, abiertas, plurales, diversas y globalizadas como las actuales. A este respecto conviene recordar que tal y como advertía García Bacca: «el fin de la técnica no es la Justicia o el Orden, o la Paz o el Bienestar».

Entre los retos actuales del bioderecho figura el hecho de sentar las bases y principios para evitar el riesgo de que el inmenso poder que genera el desarrollo de la tecnociencia y la biomedicina, pueda ser utilizado en contra de la dignidad de los ciudadanos. Para impedir que el imperativo tecnológico derivado del auge tecnocientífico pueda llevar a situaciones lesivas y contraproducentes, amén de irreversibles. Ese fue uno de los motivos por los que el Consejo de Europa aprobó el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, firmado en Oviedo el cuatro de abril de 1997.

No cabe duda de que la experiencia de los médicos nazis que hemos relatado en las páginas precedentes, la influencia de las tesis del darwinismo social, y el auge de las teorías eugenésicas, así como la práctica de una pseudociencia convertida en una «medicina sin

---

<sup>88</sup> VAN POTTER, *Bioethics: Bridge to the future*, New York, Prentice Hall, 1971.

<sup>89</sup> LLANO, F., H., *El Estado en Ortega y Gasset*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010.

humanidad», han influido profundamente en la preocupación de las instituciones públicas, y a su vez en nuestra visión actual en torno a las posibilidades de la tecnociencia<sup>90</sup>. De hecho, si a principios de los años setenta, a tenor de los logros que seguían produciéndose, nos planteábamos si «todo aquello que es técnicamente posible realizar, es aceptable éticamente», esta pregunta, aun cuando mantiene todavía su plena vigencia, sin embargo ahora, como precisaba F. Abel, se vería acompañada por otra cuestión más precisa. Su enunciado explícito podría ser el siguiente: «dando por supuesto que lo técnicamente posible se realizará si existen los medios necesarios para ello, ¿cómo y quién pondrá unos límites para asegurar que aquello que se haga contribuya al progreso humano?»<sup>91</sup>.

Esa es precisamente una de las preocupaciones que A. Hautval, la médica alsaciana, doctora en psiquiatría, puso de manifiesto explícitamente en sus textos. A pesar de haber sido hecha prisionera por los nazis por solidarizarse de con los judíos, rechazó participar en los experimentos realizados por los Dres. Clauberg, Schuman, y Mengele en el bloque 10 de Auschwitz-Birkenau<sup>92</sup>. Además, la Dra. Hautval mantuvo igualmente su negativa a colaborar en las pruebas llevadas a cabo con mujeres en el Rivier del campo de Ravensbrück con el riesgo previsible de perder su vida.

Su actitud, ejemplarizante por respeto a los pacientes, y acorde a los principios deontológicos tradicionales de su profesión, frente a las atrocidades cometidas con los prisioneros por los médicos adptos al poder nazi, constituye una prueba elocuente del compromiso ético de una doctora con una visión humanista<sup>93</sup>, y al mismo tiempo ajena a planteamientos ideológicos de carácter eugenésico y racista que la circundaban. Incluso después de acabar la guerra, tras ser liberado el *lager* de Ravensbrück, tuvo que adoptar de nuevo una decisión de gran relevancia para su propia supervivencia. Ante la insistencia y presión recibida para abandonar el campo con otras prisioneras también enfermas, el cuerpo médico formado por cuatro doctoras francesas se pronunció a favor de permanecer en el *lager* para poder atender a las mujeres que no podían moverse, despiojándolas y participando en el proceso de identificación de cada una de ellas para su posterior repatriación.

Por ese motivo la Dra. Hautval acabó siendo la última facultativa en regresar a Francia en junio de 1945. Así lo hizo saber por escrito a través del diario personal que fue redactando mientras permanecía pri-

<sup>90</sup> BLÁZQUEZ RUIZ, F. J., *Bioética y Derecho. Discurso y paradojas de la dignidad*. Pamplona, Ediciones Eunat, 2.ª ed., 2014.

<sup>91</sup> ABEL, F., *Bioética: orígenes, presente y futuro*, Barcelona, Fundación Mapfre, 2001, p. 11.

<sup>92</sup> BEA, E., «Medicina y crimen contra la humanidad. El legado de la doctora Adélaïde Hautval», *Cuadernos de Bioética*, 1989, Vol. 27, N.º 90, 2016, pp. 139-162.

<sup>93</sup> BEA, E., *op. cit.*, pp. 155 ss.

sionera en el campo. Diario que finalizó un año después, en cuyas páginas dejaba constancia de las circunstancias sanitarias que le rodeaban. Ese documento escrito dio lugar posteriormente a la obra *Médecine et crimes contre l'Humanité*, en la que la Dra. Hautval advertía explícitamente sobre los riesgos de adulterar y pervertir los fines de la medicina.

Por último, y a modo de reflexión final, podemos evocar las reflexiones de dos autores de referencia cuyas sentencias albergan un trasfondo común y que, al igual que hiciera Primo Levi, nos advierten del riesgo de mirar hacia otra parte y olvidar. Autores eminentes como Miguel de Cervantes cuando afirmaba escuetamente en pleno Siglo de Oro: «somos hijos de nuestras decisiones». O el dramaturgo alemán Bertolt Brech cuyas palabras concisas y cargadas de intensidad en *La vida de Galileo* —obra escrita justamente el año del comienzo de la Segunda Guerra Mundial— son más que elocuentes: «quien no sabe la verdad, es simplemente un ignorante. Pero quien la sabe y la llama mentira, es un criminal»<sup>94</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, F., F., *Bioética: orígenes, presente y futuro*, Barcelona, Fundación Mapfre, 2001.
- AGAMBEN, G., *Estado de excepción, Homo sacer*, II, 1, Valencia, Pre-textos, 2004.
- ALARCON, C., *Creer en Hitler. El triunfo de la fe y la sumisión sobre la libertad*, Sevilla, Aconcagua libros, 2016.
- ALENZA, J., F., ARCOS, M., L., Dirs. *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Cizur, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013.
- ALY, G., *Warum die Deutschen? Warum die Juden? ¿Por qué los alemanes? ¿Por qué los judíos?*, Barcelona, Crítica, 2012.
- ARENDT, H., «Los orígenes del totalitarismo», 2. *Imperialismo*, Madrid, Alianza, 1987.
- BEA, E., «Medicina y crimen contra la humanidad. El legado de la doctora Adélaïde Hautval», *Cuadernos de Bioética*, 1989, Vol. 27, núm. 90, 2016, pp. 139-162.
- BLÁZQUEZ RUIZ, F., J., «La muerte compasiva en el régimen nacional socialista. Connivencia política, científica y jurídica» en Alenza, J., F., Arcos, M., L., Dirs., *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pp. 485-505.
- *Bioética y Derecho. Discurso y paradojas de la dignidad*, Pamplona, Ediciones Eunete, 2.ª ed., 2014.
- BRECHT, B., «Leben des Galilei» (escena 9), en MUÑOZ CONDE, F., *Estudios sobre el Derecho penal en el nacional-socialismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.ª ed. 2003.

---

<sup>94</sup> «Leben des Galilei» (escena 9), en MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger, op. cit.*, p. 168.

- BUISÁN, L., «Bioética y principios básicos de ética médica», en Casado, M., Comp., *Nuevos materiales de bioética y derecho*, México, Ed. Fontamara, 2007.
- CATALÀ, N., *De la resistencia a la deportación. 50 testimonios de mujeres españolas*, Memorial Democratic-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2015, pp. 35-75.
- DARWIN, Ch., *El origen de las especies por medio de la selección natural, o la preservación de las razas favorecidas en la lucha por la vida*, Madrid, Ediciones Austral, 1988.
- FRIENDLANDER, H., *The origins of nazi genocide. From euthanasia to the final solution*, The University of North Carolina Press, 1995.
- GARCÍA AMADO, J., A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1991, VIII, pp. 341-364.
- «Introducción» a RÜTHERS, B., *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 15-42.
- GEULEN, Ch., *Breve historia del racismo*, Madrid, Alianza, 2010.
- GOBINEAU, A. de, *Essai sur l'inégalité des races humaines/Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas*, Buenos Aires, Ediciones Sieghels, I, II, 2016.
- GÓMEZ PÉREZ, V., *Los experimentos médicos con prisioneros. La eutanasia nazi. La práctica de la medicina como instrumento para el asesinato*, Great Britain, Amazon, 2014.
- GONZÁLEZ, M., *Guardianas nazis: el lado femenino del mal*, Barcelona, Edaf, 2017.
- GONZÁLEZ VICEN, F., «El darwinismo social, espectro de una ideología», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, núm. 1, pp. 163-176.
- HASTING CENTER, «The Goals of Medecine», traducido por la Fundación Grífols, *Los fines de la medicina actual*, Barcelona, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2004.
- HILBERG, R., *La destrucción de los judíos en Europa*, Madrid, Akal, 2005.
- INGRAO, Ch., *Croire et détruire/Los intelectuales en la máquina de guerra de las SS*, Barcelona, Acantilado, 2017.
- JACOB, F., *Le jeu des possibles: Essai sur la diversité du vivant*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1981.
- LEWONTIN, R. C., ROSE, S., KAMIN, L., *No está en los genes*, Barcelona, Ed. Crítica, 2007.
- LLANO, F., H., *El Estado en Ortega y Gasset*, Madrid, Ed. Dykinson, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el nacional-socialismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.ª ed., 2003.
- «Prólogo», en Blázquez Ruiz, F. J., Coord., *Nazismo, Derecho, Estado*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 11-13.
- PÉREZ TRIVIÑO, J., L., «Obediencia y nazismo: psicología, racismo y miedo», en Blázquez Ruiz, F. J., Coord., *Nazismo, Derecho, Estado*, Madrid, Ed. Dykinson, 2014, pp. 53-83.
- PRIMO LEVI, «Deportados, Aniversario», en *Vivir para contar. Escribir sobre Auschwitz*, Madrid, Ed. Alpha, 2009.
- QUEIROZ, C., «Eugenesia y racismo», en CAMBRÓN, A., *Entre el nacer y el morir*, Granada, Ed. Comares, 1998, pp. 95-116.
- RIQUELME, H., «La medicina bajo el nazismo: una aproximación histórico cultural», Segunda parte, *Revista de Medicina*, Universidad Pontificia Bolivariana, 23 (1) pp. 25-47.

- «La medicina nacional-socialista. Ruptura de cánones éticos en una perspectiva histórico-cultural», *Polis. Revista Latinoamericana*, 10, 2005, &10. <https://journals.openedition.org/polis/7572>.
- SANTOS, J. A., *Los olvidados del nacional-socialismo. Repensar la memoria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- SOSA WAGNER, F., *Maestros alemanes del Derecho público* (II), Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SPITZ, S., *Los doctores del infierno: un cruel relato de los experimentos que los nazis practicaron con humanos*, Barcelona, Editorial Tempus, 2009.
- TERNON, Y., HELMAN, S., *Les médecins allemands et le national-socialisme. La métamorphose du darwinisme*, Paris, Casterman, 1973.
- UNITED STATES HOLOCAUST MUSEUM.
- VAN POTTER, *Bioethics: Bridge to the future*, New York, Prentice Hall, 1971.
- WACHSMAN, N., *A History of the Nazi Concentration Camps/Historia de los campos de concentración nazis*, Barcelona, Crítica, 2015.

# Reflexiones sobre la interacción entre derecho y literatura: A propósito de una experiencia docente

## *Reflections on the interaction between law and literature: About a teaching experience*

Por LUIS BUENO OCHOA  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

### RESUMEN

*Este trabajo estudia la relación entre Derecho y Literatura y se centra en dos perspectivas: la hermenéutica del Derecho «como» Literatura y la crítica del Derecho «en» la Literatura. Las exposiciones de los trabajos en grupos de cuatro integrantes, generalmente, por parte de los alumnos en las asignaturas Filosofía del Derecho y Ética de las profesiones jurídicas desembocan en un trabajo colaborativo. Compartir una experiencia docente constituye, en fin, el propósito del trabajo.*

Palabras clave: *Derecho. Literatura. Experiencia docente. Filosofía del Derecho. Ética de las profesiones jurídicas.*

### ABSTRACT

*This paper studies the relationship between Law and Literature and focuses on two perspectives: the hermeneutics of Law «as» Literature and the critique of Law «in» Literature. The work expositions in groups of four members, generally, by the students in the subjects Philosophy of Law and Ethics of the legal professions lead to a collaborative work. Sharing a teaching experience is, in short, the purpose of the work.*

Keywords: *Law. Literature. Teaching Experience. Philosophy of Law, Ethics of the legal professions.*

**SUMARIO:** 1. PROPÓSITO INICIAL. – 2. PERSPECTIVAS IUSLITERARIAS. – 3. LA VÍA HERMENÉUTICA DEL DERECHO «COMO» LITERATURA. – 4. LA VÍA CRÍTICA DEL DERECHO «EN» LA LITERATURA. – 5. COMPARTIENDO UNA EXPERIENCIA DOCENTE. 5.1 *Desde la Jusfilosofía*. 5.1.1 Enrique E. Mari: «Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja» (1998). 5.1.2 Manuel J. Jiménez Moreno: «La relación interdisciplinaria entre poesía y derecho a favor de la enseñanza jurídica y la interpretación literaria» (2016). 5.1.3 Peter Häberle y Héctor López Bofill: *Poesía y derecho constitucional: una conversación* (2004). 5.1.4 Chäim Perelman: «Analogía y metáfora en ciencia, poesía y filosofía» (2012). 5.2 *Desde la Ética de las profesiones jurídicas*. 5.2.1 María José Falcón y Tella: *Derecho y Literatura* (2015). 5.2.2 William Shakespeare: *El mercader de Venecia* (1600). 5.2.3 Franz Kafka: *El proceso* (1925). 5.2.4 Ferdinand Von Schirach: *Crímenes* (2009). 5.3 *Doble convergencia entre la melancolía y la (in)utilidad*. 5.3.1 Jordi Gracia: *El intelectual melancólico* (2011). 5.3.2 Nuccio Ordine: *La utilidad de lo inútil* (2013). – 6. PROPÓSITO FINAL

**SUMMARY:** 1. INITIAL PURPOSE. – 2. IUSLITERARY PERSPECTIVES. – 3. THE HERMENEUTICAL WAY OF LAW «AS» LITERATURE. – 4. THE CRITICAL WAY OF LAW «IN» LITERATURE. – 5. SHARING A TEACHING EXPERIENCE. 5.1 *From Jusphilosophy*. 5.1.1 Enrique E. Mari: «Law and Literature. Something that can be talked about but in a low voice» (1998). 5.1.2 Manuel J. Jiménez Moreno: «The interdisciplinary relationship between poetry and law in favor of legal education and literary interpretation» (2016). 5.1.3 Peter Häberle and Héctor López Bofill: Poetry and constitutional law: a conversation (2004). 5.1.4 Chäim Perelman: «Analogy and metaphor in science, poetry and philosophy» (2012). 5.2 *From the Ethics of the legal professions*. 5.2.1 María José Falcón y Tella: Law and Literature (2015). 5.2.2 William Shakespeare: *The Merchant of Venice* (1600). 5.2.3 Franz Kafka: *The Process* (1925). 5.2.4 Ferdinand Von Schirach: *Crimes* (2009). 5.3 *Double convergence between melancholy and (in)usefulness*. 5.3.1 Jordi Gracia: *The melancholic intellectual* (2011). 5.3.2 Nuccio Ordine: *The Usefulness of the Useless* (2013). – 6. FINAL PURPOSE

## 1. PROPÓSITO INICIAL

Se ha pretendido aprovechar el diálogo entre el Derecho y la Literatura para tratar de establecer una suerte de relación triangular a través de una doble experiencia docente en la que el hilo conductor fueron dos asignaturas del Grado en Derecho: *Filosofía del Derecho y Ética de las profesiones jurídicas*. Nos referiremos, por tanto, a lo que

pudo dar de sí, siquiera fuera en parte, una preocupación, primero latente y, después, ya manifiesta, que se plasmó en los trabajos y las exposiciones en grupo llevados a cabo durante el segundo cuatrimestre del pasado curso 2016-2017 que no es ni reciente ni tampoco marcadamente distante. El tiempo transcurrido permite repensar y extraer, en cuanto sea posible, un conjunto de consideraciones a partir de aquella experiencia que es la que, tal como se hace constar en el subtítulo, está en el origen de la presente exposición.

Antes de desbrozar en qué consistió la doble experiencia docente traída a colación, extremo este que se abordará en el quinto epígrafe, se van a dedicar los epígrafes segundo, tercero y cuarto a introducir y dar cuenta del alcance, aun acotado a solo dos de las perspectivas que se dirán, de la interacción Derecho-Literatura.

En los epígrafes primero y sexto se perfilarán, prospectiva y retrospectivamente, los propósitos del trabajo.

En el segundo epígrafe se aludirá a cuatro perspectivas diferentes de la interacción iusliteraria que nos ocupa.

Los epígrafes tercero y cuarto versarán, sumariamente, sobre dos de las cuatro perspectivas antedichas: el tercer epígrafe se referirá a la *perspectiva hermenéutica* del Derecho «como» Literatura y el cuarto a la *perspectiva crítica* del Derecho «en» la Literatura.

Expuesto cuál es el itinerario propuesto no queda sino empezar a recorrerlo no sin antes señalar que el actual propósito –inicial– se traducirá en otro, o más bien, en un mismo propósito –final–. Se trata, pues, de reaccionar ante las intuiciones e inquietudes que se funden, revolviéndose y sin dejar de revolver, en todo quehacer en el que no dejamos de preguntarnos por lo que hacemos y lo que no sabemos si seguiremos haciendo.

## 2. PERSPECTIVAS IUSLITERARIAS

Se distinguen por la generalidad de los autores cuatro perspectivas en las que tiene lugar la interacción Derecho-Literatura: 1) *Derecho «de» la Literatura* –perspectiva normativa–; 2) *Derecho «como» Literatura* –perspectiva hermenéutica–; 3) *Literatura «en» el Derecho* –perspectiva narrativa– y 4) *Derecho «en» la Literatura* –perspectiva crítica–.

Las cuatro perspectivas enunciadas serán objeto de ulterior y sucinto desarrollo (*vid. infra* § 4.2.i). Con todo, conviene puntualizar, nuevamente, que solo dos de ellas van a ser objeto de atención (más concretamente, repetámoslo, las perspectivas *hermenéutica* y *crítica*); descartándose, en consecuencia, tanto la *perspectiva normativa* como la *narrativa* que, en lo que ahora concierne, despiertan menor interés.

No obstante lo anterior, no se puede dejar de reconocer que, *prima facie*, al menos, como apunta Pedro Talavera, las relaciones entre el

Derecho y la Literatura están marcadas por «una mutua y recíproca incompatibilidad» aun cuando, como reconoce a continuación, «no resulta difícil identificar una inspiración común entre juristas y poetas»<sup>1</sup>. Bastaría referirse a *Poetic Justice* (1995), una reconocida obra de Martha Nussbaum, Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales en 2012, quien, inspirándose en Walt Whitman, hizo ver no solo las bondades de la conjunción de poetas y jueces, por ejemplo, sino que también lanzó una advertencia que, decididamente, no debiera pasar desapercibida: «La idea de que el derecho solo sería un campo académico respetable si fuera una ciencia [...] ignora una obvia posibilidad: que la ley sea un campo humanista además de científico, y que sus excelencias incluyan las excelencias específicas del razonamiento práctico tal como se entienden en las humanidades»<sup>2</sup>.

Esa eventual pugna entre el científicismo y el humanismo del Derecho puede ser puesta en tela de juicio. François Ost ha propuesto, en este sentido, que el clásico aforismo que aprenden y propagan los juristas, según el cual, *ex facto ius oritur* («el Derecho deriva de los hechos»), podría ser reformulado atendiendo a esta otra máxima, en cuya virtud, *ex fabula ius oritur* («el Derecho deriva de la ficción»)³. La ficción o, si se prefiere el relato, se apodera de los hechos hasta el punto de petrificarlos a través de la denominada declaración de «hechos probados» de las resoluciones judiciales al socaire de uno de los más genuinos ideales jurídicos como es el de la *seguridad jurídica*.

Siguiendo al mismo autor citado destacaremos tres beneficios que justifican, cumplidamente, que los juristas dediquen parte de su tiempo al estudio de la Literatura; a saber: uno, de naturaleza estética y humanista, dado que la Literatura nutre la cultura general y ésta imprime buen tono al jurista positivista (léase práctico); dos, provee de un acercamiento moral y cívico puesto que proporciona una inteligencia de lo humano que agudiza la cualidad moral por excelencia que es la capacidad de empatía; y, tres, reporta, en fin, un beneficio de índole técnico ya que contribuye directamente a la comprensión y práctica del razonamiento jurídico⁴.

Antes de pasar a extractar lo que va a ser destacado de las dos perspectivas iusliterarias –*hermenéutica* y *crítica*– que más aportaciones ofrecen para la experiencia docente a que se dedica el apartado central de la exposición, será oportuno reproducir el conjunto de preguntas que, siguiendo esta vez a Teresa Arsuaga, pueden servir para orientar el estudio del Derecho y la Literatura desde el punto de

<sup>1</sup> TALAVERA, P., *Derecho y Literatura*, prólogo de Adela Cortina, Granada, Comares, 2006, p. 8.

<sup>2</sup> NUSSBAUM, M., *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de C. Gardini, Barcelona, Andrés Bello, 1997, p. 123.

<sup>3</sup> OST, F., «El reflejo en la literatura», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), p. 337.

<sup>4</sup> Cfr. OST, F., «Prólogo», en FALCÓN Y TELLA, M.<sup>a</sup> J., *Derecho y Literatura*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 10.

vista práctico, sin descuidar la vertiente docente: «¿Qué puede tener que ver el Derecho con la literatura? ¿Qué analogías podrían establecerse entre estas disciplinas? ¿Qué relevancia puede tener la literatura para el Derecho, los abogados y los jueces? ¿Podrían aprender éstos algo de aquella? ¿Cuál sería el contenido de este aprendizaje y qué posibilidades representaría para los abogados, los jueces y para el Derecho mismo? ¿Cuál sería la finalidad de este tipo de enseñanza y por qué? ¿Qué método de lectura o crítica sería idóneo y qué obras literarias podrían ser válidas para ello?»<sup>5</sup>.

### 3. LA VÍA HERMENÉUTICA DEL DERECHO «COMO» LITERATURA

El origen, de raigambre académico, de esta concepción de cariz hermenéutico exige hacer mención a los dos autores más significados del movimiento norteamericano denominado *Law and Literature Studies*: James Boyd White (1938), autor, entre otras obras, de *The Legal Imagination* (1973), obra que dio el pistoletazo de salida del movimiento y que ha tenido continuidad en otras tales como, por ejemplo, *Heracle's Bow: Essays on the Rethoric and Poetics of the Law* (1990), *Justice as Translation* (1990) y *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education* (1999)<sup>6</sup>; y, asimismo, Richard H. Weisberg (1944), autor, entre otras, de *The failure of the World: The Protagonist as Lawyer in modern Fiction* (1984), *When Lawyers Write* (1987) y *Poethics and Other Strategies of Law and Literature* (1992)<sup>7</sup>. Este elenco de obras podría verse complementado, al menos, con la ya mencionada *Poetic Justice* (1995), de Martha Nussbaum, que apela, igualmente, a la imaginación de los juristas e incide en la consideración de los juristas como artistas del lenguaje.

Resulta muy ilustrativa la serie de conclusiones que ofrece Talavera acerca del Derecho «como» Literatura en las que repara, singularmen-

<sup>5</sup> ARSUAGA, T., *El Abogado Humanista*, prólogo de Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 25. Vid., asimismo, el texto de igual autoría que precedió al anterior: *Derecho y Literatura: James Boyd White y Richard H. Weisberg. Dos modelos de crítica literaria aplicada al Derecho*, Tesis doctoral, UCM, 2015, recuperado de <https://eprints.ucm.es/33363/1/T36460.pdf>.

<sup>6</sup> Vid. WHITE, J. B., *The Legal Imagination*, The University of Chicago Press, 1973; *Heracle's Bow: Essays on the Rethoric and Poetics of the Law*, The University of Chicago Press, 1990; *Justice as Translation*, The University of Chicago Press, 1990, y *From Expectation to Experience: Essays on Law and Legal Education*, The University of Michigan, 1999.

<sup>7</sup> Vid. WEISBERG, R. H., *The failure of the World: The Protagonist as Lawyer in modern Fiction*, Yale University Press, 1984; *When Lawyers Write*, Little, Brown and Company, 1987, y *Poethics and Other Strategies of Law and Literature*, Columbia University Press, 1992.

te, en el trazado de puentes hermenéuticos entre ambas disciplinas. En síntesis, se pueden destacar los tres extremos siguientes:

Primeramente, la unidad hermenéutica entre Derecho y Literatura cobra sentido en el ámbito anglosajón que cuenta con un mayor reconocimiento de la discrecionalidad judicial propia del *Common Law* y de la regla *stare decisis*. Con todo, hay diversidad de opiniones acerca de la expresada unidad hermenéutica. Así, por ejemplo, mientras para Gadamer<sup>8</sup> constituye un presupuesto indiscutible, Carnap y Posner, en cambio, rechazan dicha posibilidad, prefiriendo este último hablar de interdisciplinariedad.

En segundo término, el puente hermenéutico entre Literatura y Derecho permite diferentes representaciones: así, por ejemplo, los antifundacionalistas propugnan una interpretación contextual de todo relato en tanto que los fundacionalistas se centran en la intención y, por su parte, Dworkin subraya la solidez de dicha interacción apoyándose en su conocida construcción de la «novela en cadena» (*chain enterprise*)<sup>9</sup>.

En tercer y último lugar, la interacción Derecho-Literatura no ejerce influencia, en general, en los juristas prácticos dado que el ejercicio profesional suele regirse por un formalismo estricto que apenas deja espacio al campo de la imaginación y la interdisciplinariedad. Se admite, no obstante, que es el mundo de la crítica literaria el que mejor puede prestar acogida a esta serie de planteamientos en los que se conjuga, por la presencia de una función o virtualidad eminentemente interpretativa, Derecho y Literatura<sup>10</sup>.

La perspectiva hermenéutica explorada no peca, en modo alguno, de falta de ambición. Su objetivo último habría de consistir, como propone Arsuaga, en «redirigir el rumbo científico, abstracto y economicista del Derecho en dirección a lo literario»<sup>11</sup> y, a tal efecto, se cuestiona, de una parte, el supuesto carácter neutral e impersonal de los operadores jurídicos; y, de otra, que el Derecho sea una disciplina autónoma y aislada en lugar de admitir que el Derecho está integrado en el devenir de la cultura. Resulta muy sugerente el programa de aprendizaje progresivo orientado a la formación humanista del jurista (aun concretado en la profesión de abogado) que dicha autora propone a través de once lecciones que nos limitamos a dejar enunciadas: 1) calidad de pensamiento y expresión; 2) una percepción adecuada de la realidad; 3) el control del lenguaje; 4) las distintas maneras en que

<sup>8</sup> GADAMER, H. G., *Verdad y método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977; y *Verdad y método II*, trad. de M. Olasagasti, Salamanca, Sígueme, 2002.

<sup>9</sup> Para contextualizar la posición de Dworkin conviene referirse a las diferencias mantenidas con quien fuera su maestro. Vid. HART, H. L. A. y DWOR- KIN, R., *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de C. RODRÍGUEZ, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 1997.

<sup>10</sup> Cfr. TALAVERA, P., *Derecho y Literatura*, op. cit., pp. 36-38.

<sup>11</sup> ARSUAGA, T., *El Abogado Humanista*, op. cit., p. 41.

puede hablarse de las personas y su trascendencia: como objetos, caricaturas, instrumentos o como centros de autonomía o valor; 5) una poética para el Derecho; 6) la narración de una historia judicial; 7) *educative friendship*; 8) *living speech*; 9) dignidad y búsqueda de significado; 10) la acción social y cultural del texto y 11) una gestión responsable de la herencia cultural. La autoridad<sup>12</sup>.

#### 4. LA VÍA CRÍTICA DEL DERECHO «EN» LA LITERATURA

Se trata, en este caso, de encontrar un espacio en el que pueda verse residenciado un punto de encuentro entre el discurso jurídico y el discurso literario. Dicho punto de encuentro no es ajeno a la controversia, empero, como señala Talavera, sendos discursos no son tan diferentes en términos epistemológicos si bien la diversidad está fuera de duda: «El discurso codificado, institucional, imperativo y orgulloso de su racionalidad que el derecho ofrece, y el discurso libre, informal, sugestivo y celoso de su ficción que la literatura plantea»<sup>13</sup>.

Esta perspectiva se aviene, por tanto, a la posibilidad de confrontar el estudio del Derecho con el espacio literario y, en resumidas cuentas, a una exploración consistente en que la Literatura aporte una reflexión crítica sobre el Derecho. La Literatura precipita, pues, la problematización del Derecho a consecuencia de su función de «subversión crítica»<sup>14</sup>.

La aproximación crítica del análisis del Derecho en el espejo de la Literatura, como expresa con tino el autor seguido, acoge, según Falcón y Tella, «el interés que el conocimiento de la Literatura suscita para la reflexión crítica de las cuestiones que se plantean en el ámbito jurídico, tales como la justicia, la ley y la conciencia, o el poder y la política, entre otras»<sup>15</sup>.

Esta apuesta por la *problematización* y el *espíritu crítico* tiene como punto de partida el reconocimiento de que el afán de certidumbre cede ante la vulnerabilidad, si no la precariedad, que es inherente a la condición humana; y de ahí no será difícil admitir que, en puridad, será forzoso contemporizar con eso que podríamos denominar el *espejismo de la seguridad jurídica*. Uno de los principales inspiradores del diálogo entre Derecho y Literatura, el juez norteamericano Benjamin Cardozo, lo expresaba así: «Me sentí muy perturbado, en mis primeros años de práctica, al descubrir cuán inexplorado era el océano al que me había lanzado. Buscaba certidumbre. Sentí abatimiento y desánimo al comprender que esa búsqueda era fútil. Trataba de llegar a la tierra firme de

<sup>12</sup> Vid. *ibidem*, Segunda parte: Programa, pp. 119 ss.

<sup>13</sup> TALAVERA, P., *Derecho y Literatura*, op. cit., p. 57.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>15</sup> FALCÓN Y TELLA, M.<sup>a</sup> J., *Derecho y Literatura*, op. cit., p. 61.

las reglas fijas y establecidas, el paraíso de una justicia que con sus señales se manifestara más clara e imperiosa que sus tenues y fluctuantes reflejos en mi mente y mi conciencia vacilantes...»<sup>16</sup>.

La enseñanza literaria del Derecho constituye, por consiguiente, un jalón con el que poner el foco en las preguntas, antes que en las respuestas, en aras de activar el pensamiento crítico. Precisamente, el *pensamiento crítico* junto con la *resolución de problemas complejos* (los *hard cases* del mundo del Derecho) y la *creatividad* conforman la tríada de competencias que, en el seno de la llamada «cuarta revolución industrial», está potenciando nuevos métodos de enseñanza del Derecho. Según Soledad Atienza, precisémoslo, esa nueva metodología comprende cinco modalidades: 1) métodos de enseñanza basados en la resolución de problemas; 2) método socrático; 3) «clase invertida» (*flipped classroom*); 4) método del caso, orientado a la resolución de un caso práctico, que puede ser real o ficticio y 5) clínicas jurídicas<sup>17</sup>.

Lo que sigue a continuación no son más que dos muestras de una tentativa que buscaba poner el acento en la acción de problematizar y la potenciación del espíritu crítico. Pasan a exponerse dando cuenta de la doble secuencia de obras que conformaron el hilo conductor a través del trabajo en equipo desarrollado en las dos asignaturas de refe-

---

<sup>16</sup> NUSSBAUM, M., *Justicia Poética. La imaginación literaria y la vida pública*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>17</sup> Vid. ATIENZA, S., «Nuevos métodos de enseñanza del derecho», en *Cinco días*, 10 de septiembre de 2018, recuperado de [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/10/legal/1536569267\\_153512.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/10/legal/1536569267_153512.html), donde se explican resumidamente dichos métodos: «1) *Métodos de enseñanza basados en la resolución de problemas*. Los estudiantes deben resolver conflictos concretos y hacerlo en grupo, frente a la lección magistral tradicional y al estudio individual, que son los métodos más extendidos en las facultades de Derecho en Europa. 2) *El método socrático*, por el cual se establece un diálogo entre el profesor y los alumnos. Es el método que usan todas las escuelas de Derecho de EE UU, aunque ya está en revisión y muchos piden introducir otros métodos más innovadores en EE UU. Tiene la ventaja de ser un método activo y que exige un ejercicio de razonamiento por parte de los alumnos. 3) *La clase invertida (flipped classroom)*, sistema por el que los alumnos preparan el trabajo previamente a la clase y esta se aprovecha para poner en práctica conocimientos o resolver dudas. Se busca aprovechar al máximo el tiempo de la clase para actividades de mayor valor añadido y mayor complejidad. Una de las claves aquí son los materiales creados por el profesor para que los alumnos puedan preparar las clases. Su labor en el aula es la de hacer de guía de los estudiantes. 4) *Método del caso*, orientado a la resolución de un caso práctico, que puede ser real o ficticio. Lo relevante es que las conclusiones del caso sirvan para entender o aplicarlas a otros supuestos. En las escuelas de Derecho de EE UU se analizan sentencias, lo cual en un sistema de *Common Law* es particularmente apropiado. En Europa continental, se analizan supuestos de hecho creados por el profesor. 5) *Clínicas jurídica*. Es un método de enseñanza importado desde EE UU, donde los alumnos ponen en práctica los conocimientos que han aprendido bajo la guía de un profesor y un abogado, a la vez que ofrecen un servicio de asesoría jurídica a personas físicas o jurídicas que no pueden acceder a otro tipo de servicio de abogacía». Vid., igualmente, de la misma autora: *Enseñar Derecho. ¿Puede servirnos la experiencia de Estados Unidos?*, prefacio de J. P. Pérez-Llorca y prólogo de James Moliterno, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

rencia, *Filosofía del Derecho y Ética de las profesiones jurídicas*; debiendo significar que ambas desembocaron en un espacio común llamado, como veremos, a la doble convergencia, o al abrigo, de la melancolía y la (in)utilidad.

## 5. COMPARTIENDO UNA EXPERIENCIA DOCENTE

Aun a costa de confundir, haciendo confluír, comúnmente, los planos de dos de las perspectivas mencionadas, la experiencia docente a que venimos haciendo referencia quedó concentrada, como queda dicho, en la *problematización* así como en la pretensión de jalear el *espíritu crítico*, tomando dos orientaciones: una, desde la asignatura *Filosofía del Derecho* y, otra, desde la asignatura *Ética de las profesiones jurídicas*.

En una y otra asignatura se emplearon textos diferentes: en concreto, en *Filosofía del Derecho* los textos que se dirán fueron los que respondieron a las exposiciones núm. 1 a 4, de un total de diez; y en *Ética de las profesiones jurídicas* los textos escogidos fueron los que dieron lugar a las exposiciones núm. 5 a 8, también de un total de diez.

Pues bien, pese a las diferencias en cuanto a los textos seleccionados se refiere y, sin perjuicio del resto de textos que se emplearon en sendas asignaturas (en *Filosofía del Derecho* se dedicaron los textos correspondientes a las exposiciones núm. 5 a 8 a una interacción que se puede considerar complementaria a la actual, de cariz iuspsicológica y, más concretamente, iuspsicoanalítica<sup>18</sup>, mientras que en *Ética de las profesiones jurídicas* los textos escogidos se concentraron en roles o quehaceres prototípicos del mundo del Derecho como los representados por jueces, abogados y fiscales, entre otros<sup>19</sup>), hubo lugar para

<sup>18</sup> Se relacionan los textos seleccionados, correspondientes a las exposiciones núm. 5 a 8, de encuadre iuspsicoanalítico: MARI, E. E., «Diferentes modos de acceso a la articulación entre Derecho y Psicoanálisis», *Derecho y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 6, núm. 10, 2001, pp. 149-168; WINKLER, P., «Una articulación (casi) imposible: Derecho y Psicoanálisis», *Affectio Societatis*, núm. 11, diciembre 2009, recuperado de <https://antares.udea.edu.co/~psicoan/affectio11.html>; GUINSBERG, E., «El Psicoanálisis domesticado», *Revista Crítica Jurídica*, núm. 27, enero-julio 2009, pp. 65-60, y FLÓREZ MUÑOZ, D. E., «¿Por qué un abogado debe leer a Žižek? Derecho, Ideología y Psicoanálisis», *International Journal of Žižek Studies*, vol. 5, núm. 4, 2016, recuperado de <http://zizekstudies.org/index.php/IJZS/article/view/572>.

<sup>19</sup> Se relacionan los textos seleccionados, correspondientes a las exposiciones núms. 1 a 4, que tienen que ver con las profesiones jurídicas: OSSORIO Y GALLARDO, A., *El alma de la toga* (1919), Madrid, Reus, 2008; CALAMANDREI, P., *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (1935), trad. de S. Sentís e I. J. Medina, con un prólogo de Excmo. Sr. D. Diego Medina, Madrid-Reus, 2009; MENA, J. M.<sup>a</sup>, *De oficio Fiscal*, Barcelona, Ariel, 2010, y NIETO, A., y FERNÁNDEZ, T. R., *El derecho y el revés: diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona, Ariel, 1998.

una final convergencia representada por los textos, y las consiguientes exposiciones núm. 9 y 10 en cada caso, de las dos asignaturas que acogieron a la experiencia de que se trata.

Las exposiciones precedentes, de matiz complementario a las específicamente iusliterarias, representaron dos polos que, con resonancias gramscianas, pretendieron en todo momento, como es inherente a la provocación docente-discente, rehuir la indiferencia<sup>20</sup>.

## 5.1 Desde la Iusfilosofía

Fueron cuatro textos, según lo expuesto anteriormente, los que se propusieron explicitar la interacción Derecho-Literatura en el contexto de la iusfilosofía; a saber:

### 5.1.1 ENRIQUE E. MARI: «DERECHO Y LITERATURA. ALGO DE LO QUE SE PUEDE HABLAR PERO EN VOZ BAJA» (1998)

La posible conexión entre Derecho y Literatura trata de materializarse, o cuestionarse, a través de diferentes autores<sup>21</sup>.

Con carácter previo, se alude a Rudolf Carnap, quien alertaba del peligro que conllevaba afirmar que «si uno está interesado en las relaciones entre campos que a tenor de las divisiones académicas al uso pertenecen a departamentos diferentes, no se le acogerá como «constructor de puentes» como podía esperar, sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso intelectual». No obstante, el aviso precedente no sirvió para que ni Carnap ni, en general, el resto de integrantes del Círculo de Viena, mostrara particular interés por la posibilidad de asociar la Literatura con el Derecho como instancia racional, empírica y, a la postre, lógico-metodológica.

El engarce entre Derecho y Literatura se aprecia en los muchos casos en que las cuestiones legales cobran cuerpo literario. Con todo, la denominada cuestión teórica del puente entre Derecho y Literatura requiere dar entrada a autores tales como Hans Georg Gadamer y Richard A. Posner. Las aportaciones del primero, autor de una publicación tan influyente como *Verdad y Método* (I, 1960 y II, 1986), acerca del alcance de interpretar-comprender-aplicar y la unidad frente a la diversidad, puestas en relación con el referente temporal, sirven como marco conceptual a la hora de tender puentes entre uno y otra. Posner, en *Law and Literature. A Misunderstood Relation* (1988), se fija en las diferencias, que van más allá de los matices, puesto que mientras el autor literario se plantea crear una obra de arte, es decir,

<sup>20</sup> Vid. GRAMSCI, A., *Odio a los indiferentes*, prólogo de Belén Gopegui, Barcelona, Ariel, 2011.

<sup>21</sup> Vid. MARI, E. E., «Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja», *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 251-287.

algo estético, hermoso y placentero, al jurista no le puede pasar desapercibida la Ley como emanación, como condición de autoridad. Posner constataba así las dificultades y las conexiones del binomio Derecho-Literatura: entre las primeras, prestaba especial atención al papel de las «ficciones legales» y su fuerte componente metafórico; al énfasis en el empleo de analogías así como al uso del lenguaje figurativo. Entre las conexiones destacaba el sorprendente número de obras literarias que se ocupan de procedimientos legales; los aspectos relevantes que muchas obras literarias reportan sobre el ámbito forense; la interpretación y la retórica son cuestiones centrales en ambos campos y, por último, que la propia literatura es, frecuentemente, una materia que es objeto de regulación legal y, por ende, de litigios<sup>22</sup>.

Otros autores citados son Ronald Dworkin, Stanley Eugene Fish y Eric Donald Hirsch. Mientras Dworkin creía en la existencia de un puente sólido entre ambas instancias (la metafórica «novela en cadena» y el método de la «hipótesis estética» así lo confirman), Fish y el resto de miembros de la Estética de la Recepción señalaban que se precisaba un contexto propicio para poder afirmar que seguramente si existiera dicho puente; de lo que descreían Hirsch y los fundacionalistas al afirmar que, seguramente, no existiera dicho puente aunque no pudieran llegar a desmentirlo de manera categórica e inobjetable<sup>23</sup>.

El trabajo de Enrique E. Mari acoge, pues, una amplia nómina de autores, casi todos ellos norteamericanos, para afirmar o desmentir, rotundamente o con matices, la existencia de un puente entre la cosmovisión jurídica y la cosmovisión literaria.

### 5.1.2 MANUEL J. JIMÉNEZ MORENO: «LA RELACIÓN INTERDISCIPLINARIA ENTRE POESÍA Y DERECHO A FAVOR DE LA ENSEÑANZA JURÍDICA Y LA INTERPRETACIÓN LITERARIA» (2016)

Se distinguen tres tipos de conexión entre diferentes disciplinas: multidisciplinaria, interdisciplinaria y transdisciplinaria. El autor sos-

<sup>22</sup> Vid. POSNER, R. A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

<sup>23</sup> Vid. CARRERAS JIMÉNEZ, M., «Derecho y Literatura», *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 34, 1996, pp. 33-62, donde se estudian las contribuciones de –y sobre– Fish. Así, por ejemplo, FISH, S., «Anti-Professionalism», *Cardozo Law Review*, 1986, vol. 7, y «Fish versus Fiss», *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36; trabajos que se ven complementados por otros de LUBAN, D., «Fish Versus Fisch or, Some Realism about Idealism», *Cardozo Law Review*, 1986, vol. 7, en relación con FISCH, S., «On Legal Autonomy», *Mercer Law Review*, 1993, vol. 44, así como DOUZINAS, C., ARRINGTON, R. W., y MACVEIGH, S., *Postmodern Jurisprudence. The Law of text in the Texts of Law*, New York, Routledge, 1993. Sobre Hirsch, *vid.*, entre otras aportaciones, *Validity on Interpretation*, Yale University Press, 1967, *The Philosophy of Composition*, University of Chicago Press, 1977, sin desconocer la edición en castellano de *La escuela que necesitamos*, presentación de Ch. Glenn, prólogo de F. López Rupérez y trad. de G. García de Celis, Madrid, Encuentro, 2012.

tiene que en el caso del Derecho y la Literatura la conexión es *interdisciplinaria*, es decir, que se realiza un estudio para profundizar en el conocimiento de iguales magnitudes en ambas disciplinas de la que participan una y otra produciéndose una verdadera conexión entre ellas. Quedan descartadas, pues, tanto la conexión *multidisciplinaria* (cuando distintas disciplinas se estudian con igual profundidad pero no hay interacción entre las mismas que permita extraer conclusiones compartidas) como la conexión *transdisciplinaria* (cuando no se realiza un estudio de una disciplina a través de su propia metodología sino que se pasa de una disciplina a otra dentro de un mismo análisis)<sup>24</sup>.

Como muestra de la conexión interdisciplinaria escogida se citan dos trabajos: uno, de Guillermo Colín Sánchez<sup>25</sup>, y otro, de Carlos Pérez Vázquez<sup>26</sup>.

En *Poético jurídico*, que versa sobre las prisiones mexicanas, consigue fraguar la conexión entre Derecho Penal y poesía de manera que si se desconoce la terminología jurídica no es posible que el lector logre captar el texto. El autor se detiene en esta forma específica de interacción con el fin de escapar de las «interpretaciones dogmáticas a la obra de Kelsen [...] y la mnemotecnia insulsa de los códigos y manuales librescos» y se plantea transmitir tres clases de preocupaciones: de tipo axiológico, teórico y sociológico.

En *Derecho y poesía: una relación interpretativa* se pretende innovar en materia de redacción de textos jurídicos de manera que la incorporación del registro poético no solo dota a los textos de mayor grandeza literaria sino que introduce criterios de interpretación para analizar el contenido de la norma jurídica.

La interpretación analógica, como medio de fomentar la creatividad, de la mano de Octavio Paz, acaba confundiéndose con la vertiente instrumental de la poesía que recuerda, subrayémoslo, a ese conocido poema de Gabriel Celaya, *La poesía es una arma cargada de futuro*<sup>27</sup>.

La experimentación, provista o desprovista de inspiración, nos visitó esa jornada del dieciséis de marzo de 2017; en la que la *vis* poética se desató en quien suscribe con la pretensión de perfilar el *iter* de la Constitución al contrato; a saber:

La Constitución  
es una ley tan grande  
tan grande  
que la llaman  
Ley de leyes.

<sup>24</sup> Vid. JIMÉNEZ MORENO, M. J., «La relación interdisciplinaria entre poesía y derecho a favor de la enseñanza jurídica y la interpretación literaria», *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2016, pp. 123-132.

<sup>25</sup> COLÍN SÁNCHEZ, G., *Poético jurídico*, Madrid, Porrúa, 1998.

<sup>26</sup> PÉREZ VÁZQUEZ, C., *Derecho y poesía: una relación interpretativa*, México, IJ-UNAM, 2012.

<sup>27</sup> CELAYA, G., *Cantos Iberos* (1955), Madrid, Turner, 1976 (4.ª ed.).

Y, luego, a continuación,  
hablaremos del contrato.

El contrato  
es una ley tan pequeña  
tan pequeña  
que la llaman  
lex inter partes.

Y no digo más porque antes  
ya hablé de la Constitución.

El trabajo concluye con las posibilidades que brinda la poesía como metodología apropiada para la enseñanza de las disciplinas jurídicas que bien pudiera proporcionar, aunque no sea en el presente caso, una mayor profundización al propósito de la exposición.

### 5.1.3 PETER HÄBERLE Y HÉCTOR LÓPEZ BOFILL: *POESÍA Y DERECHO CONSTITUCIONAL: UNA CONVERSACIÓN* (2004)

La conversación que mantienen ambos constitucionalistas, maestro y discípulo originariamente, se organiza a partir de dos grandes temas que son: por un lado, la interacción entre literatura y constitucionalismo; y, por otro, los retos que aguarda el futuro, dedicando particular atención a la Constitución europea<sup>28</sup>.

Häberle admite que hay aspectos del Derecho Constitucional que requieren gran sensibilidad, propia de poetas, por tratarse de una actividad creadora tal como acontece con la redacción de los preámbulos o la enunciación de los catálogos de derechos. Referirse a poetas y, a la par, a legisladores, permite traer a la memoria al poeta romántico-satánico, Percy Bysshe Shelley quien no tuvo el menor empacho en señalar que «los legisladores son los poetas desconocidos del mundo»<sup>29</sup>. López Bofill, por su parte, se concentra en el papel de la poesía como mecanismo de interpretación de conceptos constitucionales. Ambos autores destacan, por tanto, esa capacidad integradora de la poesía cuya indeterminación, contrariamente a lo que cabría pensar desde el prisma de la seguridad jurídica, resulta enriquecedora dado que, en efecto, «en la indeterminación de conceptos constitucionales encontramos seguramente la clave de su apertura al conjunto de la sociedad y su papel como fuente de emotividad y de cohesión».

Son dos los retos de futuro a que se hace mención en el curso de la conversación. El primero consiste en la amenaza que suponen la mercantilización y el afán de lucro para la tradición y la dimensión sensi-

---

<sup>28</sup> HÄBERLE, P., y LÓPEZ BOFILL, H., *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis, 2004.

<sup>29</sup> Vid. SHELLEY, P. B., *Defensa de la poesía* (1821), trad. de J. V. Selma, Barcelona, Edicions 62, 1986.

ble y crítica del trabajo artístico. El segundo se sumerge en la construcción, tildada de utópica, del proyecto europeo.

La edición de la conversación se ve complementada, como anexo, con la publicación de algunos fragmentos del libro del profesor Häberle, *La Constitución de los literatos* (1983), en el que se abordó la relación entre poetas, narradores e intelectuales alemanes con la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Como desafíos desde la perspectiva científico-cultural se postulaba, en fin, una responsabilidad conjunta de juristas y literatos, y no exactamente eruditos, en el Estado Constitucional que está encomendado a todos; dado que, ciertamente, así se concluye, «la responsabilidad hacia la Constitución atañe a todos los ciudadanos».

#### 5.1.4 CHÄIM PERELMAN: «ANALOGÍA Y METÁFORA EN CIENCIA, POESÍA Y FILOSOFÍA» (2012)

El estudio de sendos instrumentos de argumentación, la analogía y la metáfora, en tres ámbitos como son la ciencia, la poesía y la filosofía, puede guardar relación, asimismo, con el Derecho<sup>30</sup>.

Mientras la analogía alude a una similitud de relaciones con la metáfora se produce una transferencia de conceptos que opera como una suerte de analogía condensada.

A modo de conclusiones y, desde luego, a riesgo de incurrir en reduccionismos, el encuadre iusliterario al que se aspira podría tener en consideración el empleo de la analogía y las metáforas en según qué casos; a saber:

La analogía resulta útil para el mundo de la ciencia en una fase inicial, en aquella en la que se formulan nuevas teorías ya que hace las veces de instrumento de invención. Sin embargo, en la fase final puede ser contraproducente al manifestarse de forma subjetiva y rehuir dar explicaciones de carácter técnico.

La analogía es más inusual que las metáforas en el campo de la poesía. El par metáfora-emoción constituye un recurso que, decididamente, no se tiene por menos que considerar consolidado.

En filosofía la metáfora tiene un uso limitado porque el afán de analizar puede verse empañado por la equivocidad implícita de lo metafórico. La analogía, en cambio, resulta particularmente útil; supone, de hecho, uno de los vehículos habituales para que tengan lugar las refutaciones entre los autores.

En oratoria, finalmente, cabe destacar que la analogía ayuda a la creación de imágenes que permiten hacer más inteligible el mensaje.

---

<sup>30</sup> Vid. PERELMAN, Ch., «Analogía y metáfora en ciencia, poesía y filosofía», *Revista de Estudios Sociales*, núm. 44, diciembre 2012, pp. 198-205, recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n44/n44a18.pdf>.

Trasladar las acotaciones precedentes al orbe jurídico supondría, en definitiva, una tarea que se deja pendiente para que sea el lector quien decida si conviene y, en su caso, cuándo plantear.

## 5.2 Desde la Ética de las profesiones jurídicas

También fueron cuatro textos, como ha sido anticipado, los empleados para tratar de articular la interacción Derecho-Literatura en un ámbito como es el de la segunda asignatura a tener en consideración: *Ética de las profesiones jurídicas*; a saber:

### 5.2.1 MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA: *DERECHO Y LITERATURA* (2015)

Con vocación introductoria y, singularmente, contextualizadora, se pasa revista, valdría decir, a las cuatro diferentes muestras de interacción iusliteraria a las que ya se ha aludido que, añadamos, suelen terminar recurriendo, por su elocuencia, a los ejemplos.

La primera vía, la del *Derecho «de» la Literatura*, es la que se sustancia atendiendo al modo en que la Ley y la jurisprudencia regulan los fenómenos relacionados con el ámbito literario, distinguiéndose tres esferas: cuestiones de Derecho Privado (propiedad intelectual, *copyright*, derechos de autor...); cuestiones de Derecho Penal (inmoralidad en la literatura, censura y pornografía; delitos de prensa como difamaciones, injurias y calumnias; sedición y racismo...) y cuestiones de Derecho Constitucional (libertad de expresión y espíritu crítico...).

La segunda vía, la del *Derecho «como» Literatura*, es aquella en la que sendas materias, aun cuando puedan resultar señaladamente diferentes, han ido, van o siguen yendo de la mano. Temáticas tales como la justicia, la venganza, la justificación del castigo son, qué duda cabe, una constante que nunca ha dejado de estar presente en el universo literario. El conjunto de similitudes y diferencias detectadas no es óbice, empero, para comprobar la profusión de ejemplos empeñados en esta posibilidad.

La tercera vía, la de la *Literatura «en» el Derecho*, es la orientada a constatar que tanto la poesía como el Derecho están sujetos a unas normas de estructura, forma y métrica que no se mantienen ajenas a esa extraordinaria labor creativa que tiene lugar durante el proceso; en el que a la narración fáctica le sigue una tarea interpretativa que, frecuentemente, por cierto, no está exenta de ambigüedad si no de equívocidad.

La cuarta y última vía, la del *Derecho «en» la Literatura*, ocupa la mayor parte del libro y se dedica a desgranar, en sucesivas etapas (que van desde la Edad Antigua hasta la Edad Contemporánea pasando, entre medias, por la Edad Media y la Edad Moderna), esa conexión iusliteraria a través de un extenso plantel de obras que bien pudieran

ser consideradas clásicas en el sentido que se hiciera célebre en la publicación póstuma del insigne Italo Calvino<sup>31</sup>. Las pinceladas a los clásicos de la Literatura Universal comienzan con la *Iliada* y la *Odisea*, de Homero (s. VIII a. C.) y llegan hasta *The Firm* (1991), de John Gresham, cuyo carácter de clásico de la Literatura Universal resulta, cuanto menos, discutible. No obstante, es oportuno puntualizarlo, el conjunto de obras examinado es extraordinario y hartamente expresivo a la hora de ver confirmada la gran relevancia que reporta esta cuarta perspectiva o aproximación crítica al Derecho a partir de la Literatura.

### 5.2.2 WILLIAM SHAKESPEARE: *EL MERCADER DE VENECIA* (1600)

El análisis de los personajes, Porcia, Basanio, Antonio y Shylock, en un contexto determinado, como es el mundo de Venecia, que se contrapone al mundo de Bélmont, pone en tensión dos escenarios: el de la ley, representado por Venecia, y el del amor, representado por Bélmont<sup>32</sup>.

Esos dos mundos, que se entrelazan, no son antagónicos sino complementarios; paradójicamente son, al propio tiempo, tan independientes como cercanos. La lucha entre dos cosmovisiones religiosas, la cristiana y la judía, perfila un encuadre de la acción en el que la irracionalidad y los prejuicios no dejan de hacer acto de presencia.

Corresponde señalar, llegados a este punto, que el tramo de la exposición que resultó más llamativo fue el que tuvo que ver con la llamada «remisión a aspectos de la actualidad». Fueron destacados los dos a que se alude a continuación.

Por un lado, la importancia que han tenido las diferencias en materia de religión, incesantes a lo largo de la historia, en las que la intransigencia, en clave dogmática, por no decir integrista, ha tenido como contrapunto la noción de tolerancia afín a la idea de consenso.

Y, por otro, el papel representado por Porcia, una mujer con criterios propios, valiente y segura, que, desde luego, ni pasa desapercibida ni deja indiferente.

La plasticidad del Derecho, si no del sentimiento del justicia, demuestra, en fin, que frente a quienes son capaces de modificar el sentido de las leyes según sus propios intereses las leyes pueden ser interpretadas de forma diametralmente diferente atendiendo, singularmente, a la pericia de los abogados.

La obra literaria pasa a ser, por consiguiente, más que un pretexto que enriquece el saber jurídico en vista de que, como ha apuntado François Ost, «mientras que el Derecho selecciona, establece jerarquías y crea reglas, la narrativa literaria satisface un infinito de «variaciones imaginativas» [...] La ficción literaria cultiva la ambi-

<sup>31</sup> Vid. CALVINO, I., *Por qué leer los clásicos* (1991), trad. de Aurora Bernárdez, Barcelona, Tusquets, 1992.

<sup>32</sup> Vid. SHAKESPEARE, W., *El mercader de Venecia*, en *Obras Completas*, trad. y notas por L. Astrana Marín, vol. II, *Comedias y poesía*, Madrid, Aguilar, 2007.

güedad de sus personajes y juega con la ambivalencia de las situaciones que ella misma crea. El Derecho solo se desarrolla a partir de generalidades y abstracciones [...] la literatura, en cambio, se encuentra en constante movimiento, avanzando más y más sobre la singularidad de lo individual»<sup>33</sup>.

### 5.2.3 FRANZ KAFKA: *EL PROCESO* (1925)

La Literatura y el Derecho se hermanan en este caso, como en tantos otros, con el cine y, a su vez, con otras variantes de la creación literaria. Parece conveniente traer a colación, en este sentido, primeramente, la versión cinematográfica de 1963 dirigida por el innovador e influyente Orson Welles e interpretada, en el papel de Josef K., por el atormentado Anthony Perkins; y también, por qué no, aquel ensayo de Elias Canetti, Premio Nobel de Literatura en 1981, en el que se identificaba la famosa obra de Kafka con la ruptura con su prometida Felice Bauer<sup>34</sup>.

*El proceso* compendia un catálogo de contraejemplos de inconstitucionalidad que anima al estudio y la reflexión acerca de las garantías procesales; del derecho a ser informado de la denuncia y/o de la acusación así como a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; del derecho a la presunción *–iuris tantum–* de inocencia o verdad interina de inculpabilidad; y, entre otros, del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías así como al derecho a la defensa y asistencia de Letrado.

La violación del principio de legalidad y la quiebra de las más elementales garantías procesales son retratadas en una escenografía que, con énfasis tautológico, no deben dolernos prendas en considerar kafkiana<sup>35</sup>. El aparato judicial se asemeja más, seguramente, al lacerante esperpento valleinclinanesco que a la mera caricatura. El jurista que fue Kafka supo poner el dedo en la llaga para deconstruir, con la literatura por montera, todo un *Tratado de Derecho Inconstitucional*.

Esa novela fragmentaria, e inconclusa, que es *El proceso* incluye un cuento o, si se prefiere, una parábola, *Ante la Ley*, que, resáltémoslo, no debiera pasar «sin pena ni gloria» para cualquier jurista. Ahí queda hecho el encargo más que la recomendación.

La relación tormentosa con el padre, la angustia existencial, el miedo y tantos otros conflictos tiñen una vida y una obra que, como sostiene su principal biógrafo, Reiner Stach, permiten hacer el balance siguiente: «*El proceso* de Kafka es un monstruo. Nada es aquí normal, nada es sencillo. Ya se dedique uno al origen, al manuscrito, a la

<sup>33</sup> OST, F., «El reflejo en la literatura», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), p. 335. Dicho artículo está recogido, asimismo, en Roggero, J. (Comp.), *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016.

<sup>34</sup> Vid. CANETTI, E., *El otro proceso. Las cartas de Kafka a Felice*, trad. de C. Fortea, Madrid, Nórdica, 2019.

<sup>35</sup> Vid. KAFKA, F., *El proceso*, trad. de R. Kruger, Barcelona, Seix Barral, 1983.

forma, al contenido o a la interpretación de la novela, lo que se encuentra es lo mismo. Tinieblas, allá donde mire»<sup>36</sup>.

#### 5.2.4 FERDINAND VON SCHIRACH: *CRÍMENES* (2009)

Un abogado penalista que abandona el foro para «literaturizar» vivencias en las que ha cobrado participación a lo largo de su vida profesional. Este es el caso del autor alemán al que nos referimos. Ha habido otros casos análogos que incluso han contado con el impagable refuerzo hollywoodiense como es el del estadounidense John Grisham, conocido autor de novelas con trama jurídico-judicial que se han trasladado a las pantallas de cine en forma de thrillers como *La tapadera* (1993), *El informe Pelicano* (1993), *El cliente* (1994), *Legítima defensa* (1997) o *El jurado* (2003).

Con *Culpa* (2010) y *Castigo* (2018) Von Schirach ha cerrado el tríptico de sus volúmenes de relatos iniciado con el primero de ellos, *Crímenes* (2009)<sup>37</sup>. Sus relatos retratan una maldad humana que no está exenta de suscitar empatía. Una maldad condicionada por el «poder de la situación» que la hace tan cercana que es casi de prever y si no es merecedora de justificación sí lo es, en cambio, de comprensión. Comprender sin disculpar del todo es, precisamente, a lo que apunta el «poder de la situación» tan estudiado por la Psicología Social a través de diversos experimentos (entre los que destacan los experimentos de conformidad con el grupo de Salomon Asch, el experimento de Milgram sobre obediencia a la autoridad o el experimento de la cárcel de Standford de Philip Zimbardo) que, bien pensado, no se tardan en identificar con la banalidad del mal formulada por Hannah Arendt en una obra señaladamente polémica<sup>38</sup>.

Cruzar el umbral de la maldad humana se pone en relación con la concurrencia de circunstancias que, como bien sabe cualquiera que se precie de hacerse acercado, por poco que fuere, al mundo del Derecho, en general, y del Derecho Penal, en particular, pueden modificar la responsabilidad penal: ya sea como circunstancias eximentes, atenuantes y/o agravantes.

Los crímenes y sus circunstancias hacen que lo supuestamente accesorio de lo circunstancial pase a ocupar el primer plano y se convierta en cuestión principal. Von Schirach se apoya en los antihéroes quienes, como los contraejemplos, enseñan mucho más, y mejor, a través de intrigas en las que la grisura desconcertante no pueden impedir que confundamos la mentira y la verdad.

<sup>36</sup> STACH, R., *Kafka. Los años de las decisiones (II)*, trad. de C. Fortea, Barcelona, Acantilado, 2016, § 32. Autojusticia: *El proceso* y *En la colonia penitenciaria*, p. 1375.

<sup>37</sup> Vid. SCHIRACH, F. V., *Crímenes*, trad. de J. de Sola Llovet, Barcelona, Salamandra, 2011; *Culpa*, trad. de C. Gala Fernández, Barcelona, Salamandra, 2012, y *Castigo*, trad. de S. Andrés Font, Barcelona, Salamandra, 2019.

<sup>38</sup> Vid. ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal* (1963), trad. de C. Ribalta, Barcelona, Lumen, 1999.

### 5.3 Doble convergencia entre la melancolía y la (in)utilidad

Los dos textos seleccionados que dieron lugar a las exposiciones núm. 9 y 10, respectivamente, de las dos asignaturas de referencia se proponían conferir a la dinámica del trabajo en grupo, finalmente, virtualidad recapitulativa; a saber:

#### 5.3.1 JORDI GRACIA: *EL INTELLECTUAL MELANCÓLICO* (2011)

La crítica de la queja, esa que engrosa la lista de las jeremiadas, es de la que se queja, paradójicamente, el autor<sup>39</sup>.

Dicha queja en que acaba ahogándose el intelectual melancólico podría ser, tal vez, objeto de disculpa, mas solo aparentemente. Ciertamente, la diferencia de edad entre el autor de la crítica y el autor de las quejas genera expectativas distintas. Sin embargo, el salto de las expectativas frustradas a las quejas carece de justificación.

Recurrir a la queja como vicio falsamente consolador constituye el *leitmotiv* de un trabajo que lleva por subtítulo cuál es su propósito: un *panfleto*, es decir, un escrito combativo que hace apología de lo satírico y lo agresivo para saldar a su favor la controversia mantenida con narcisos caducos que, incesantes en su deriva melancólica, se rinden al autoengaño.

Caer en el síndrome del victimismo no tiene, posiblemente, marcha atrás. Fijémonos, primero, en el impacto del pesimismo recordando...

Recuerde el alma dormida,  
abiue el seso e despierte  
contemplando  
cómo se passa la vida,  
cómo se viene la muerte  
tan callando,  
quán presto se va el plazer,  
cómo, después de acordado,  
da dolor;  
cómo, a nuestro parescer,  
qualquiere tiempo passado  
fue mejor<sup>40</sup>.

Y continuemos fijándonos, sigamos haciéndolo, en cómo idealizar un falso paraíso tiñe con tintes de subcultura dañina y turbadora aquella que, enmascarada en los parapetos de la alta cultura, se revela tristemente solipsista y falsamente elitista.

---

<sup>39</sup> Vid. GRACIA, J., *El intelectual melancólico. Un panfleto*, Barcelona, Anagrama, 2011.

<sup>40</sup> MANRIQUE, J., *Coplas de Don Jorge Manrique por la muerte de su padre*, I, en *Poesía completa*, prólogo de R. Sánchez Ferlosio, Madrid, Akal, 1983.

### 5.3.2 NUCCIO ORDINE: *LA UTILIDAD DE LO INÚTIL* (2013)

Como si fuera la otra cara de la moneda, pasamos del panfleto anterior a esta otra obra que se califica como *manifiesto* en la que se aúna, siquiera sea parcialmente, la «útil inutilidad de la literatura» con esa escalera de tres peldaños, cultura-profesión-ciencia, de la que Ortega se ocupó en un texto profusamente citado como *Misión de la Universidad* (1930)<sup>41</sup>.

Se apuesta por reivindicar los saberes humanísticos, la investigación científica y la dignidad humana a través del conocimiento y la educación. Es útil todo lo que ayuda a hacernos mejores sin que el éxito económico o el beneficio de la *praxis* sirva, obligatoriamente, como elemento de contraste, y mucho menos concluyente, para alcanzar un logro que tanto tiene que ver con la realización personal.

Lo útil, cuando hablamos de conocimiento, se funde con lo indispensable; y tan es así que la defensa de las disciplinas básicas, el arte y la filosofía, propician experimentar, más allá del saber por el saber, el coraje, llámese emoción o sentimiento, de enfrentarnos al hecho de que «amar para poseer mata al amor»<sup>42</sup> y, como antecedente o derivada, antes o después, igualmente, «poseer la verdad mata la verdad»<sup>43</sup>.

El amor y la verdad tensionados por el afán de poseer se revelan malignamente inútiles porque, al alejarnos del beneficio de la duda, nos vuelven intolerantes. Puestos a conjeturar, tenemos que el binomio amor-verdad acaba siendo, a la postre, la mejor compañía para transitar por la singladura de la interacción Derecho-Literatura que ya, con vocación escéptica (y, cómo no, discutiblemente tolerante), toca a su fin.

<sup>41</sup> Vid. ORTEGA Y GASSET, J., *Misión de la Universidad*, en *Obras Completas*, Tomo IV (1926-1931), Madrid, Santillana-Fundación Ortega y Gasset, 2005.

<sup>42</sup> ORDINE, N., *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, con un ensayo de Abraham Flexner, trad. de J. Batod, Barcelona, Acantilado, 2013, p. 117. La posesión, el afán por poseer, mata al amor dado que, como enseña Ordine, «abandonar la pretensión de poseer, saber convivir con el riesgo de la pérdida significa aceptar la fragilidad y la precariedad del amor. Significa renunciar a la ilusión de una garantía de indisolubilidad del vínculo amoroso [...] Este es el motivo por el cual cuando se busca la total transparencia y la verdad absoluta en el amor se termina por destruirlo, se termina por ahogarlo en un abrazo mortal» (pp. 121-122).

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 125. El afán de poseer la verdad es contraproducente, si no letal, puesto que, al decir de Ordine, «en efecto, quien está seguro de poseer la verdad no necesita ya buscarla, no siente ya la necesidad de dialogar, de escuchar al otro, de confrontarse de manera auténtica con la variedad de lo múltiple. Solo quien ama la verdad puede buscarla de continuo. Esta es la razón por la cual la duda no es enemiga de la verdad, sino un estímulo constante para buscarla. Solo cuando se cree verdaderamente en la verdad, se sabe que el único modo de mantenerla siempre viva es ponerla continuamente en duda. Y sin la negación de la verdad absoluta no puede haber espacio para la tolerancia» (p. 131).

## 6. PROPÓSITO FINAL

El propósito –inicial– se ha visto traducido en otro o, más bien, en un mismo propósito –final– en el que las intuiciones e inquietudes se funden, revolviéndose, sin dejar de revolver, como todo quehacer en el que no dejamos de preguntarnos por lo que hacemos y lo que no sabemos si seguiremos haciendo.

Taña circularidad de los propósitos torna incesante un diálogo iusliterario que insiste, ora revolviéndose, ora desplegándose, en la interdisciplinariedad.

Se suele decir, ya sea en los estrados del foro, ya sea desde las tarimas de las aulas de las Facultades de Derecho, que «quien solo sabe Derecho, ni Derecho sabe». Y si quienes se exponen al aplicarlo, o enseñarlo, no consienten en admitir que, como dientes de sierra, el proceso de aprendizaje avanza y retrocede; es por lo que hay que salir del Derecho para volver a entrar, para seguir entrando, para luego poder salir, porque, en definitiva, se trata de seguir..., de seguir entrando y saliendo, sin dejar de hacer. Algo así como convivir, entre dudas, con la tolerancia asumiendo –sin resignación– que la fragilidad y la precariedad no cesan de resituarnos hasta no se sabe cuánto ni cuándo.

# Luigi Ferrajoli: derecho internacional, guerra y garantías para la paz<sup>1</sup>

## *International Law, war and guarantees for peace according to luigi ferrajoli*

Por JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ  
Universidad de Salamanca

### RESUMEN

*Este trabajo se inicia con el análisis de las críticas formuladas por Luigi Ferrajoli a los argumentos utilizados para justificar el uso de la violencia en los conflictos bélicos, como la apelación a la legítima defensa o a las exigencias derivadas de las llamadas «guerras éticas», entre otros. Se completa con la exposición del modelo de pacifismo defendido por el jurista italiano y con su propuesta para construir una organización internacional federal que garantice el principio de la paz y la realización de los derechos humanos, un modelo de constitucionalismo global que, además, impida la ineffectividad del derecho emanado de las Naciones Unidas y las peligrosas consecuencias del unilateralismo. Finaliza con una valoración general de los temas abordados.*

Palabras clave: *Guerra. Derecho. Pacifismo jurídico. Constitucionalismo global.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación DER 2016-74898-C2-1-R «Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER.

## ABSTRACT

*This paper begins with an analysis of the criticisms made by Luigi Ferrajoli about the arguments used to justify the use of violence in war conflicts, as the appeal to self-defence or the demands derived from the so-called «ethical wars», among others. It is completed with the presentation of the model of pacifism advocated by the Italian jurist and his proposal to build a federal international organization guaranteeing the principle of peace and the realization of human rights, a model of global constitutionalism that, also, prevents the ineffectiveness of United Nations Law and the dangerous consequences of unilateralism. It concludes with a general assessment of the issues addressed.*

**Keywords:** War, Law. Legal pacifism. Global constitutionalism.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA COMPLEJA JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA. 2.1. *La invasión iraquí de Kuwait.* 2.2. *La guerra de Afganistán tras los ataques terroristas a Estados Unidos.* – 3. LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA GUERRA «ÉTICA». – 4. LA GUERRA «INFINITA». – 5. LAS GARANTÍAS PARA LA PAZ. – 6. ALGUNAS CRÍTICAS. 6.1. *¿Incoherencias en el discurso?* 6.2. *¿Una propuesta imposible?* – 7. BIBLIOGRAFÍA.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. THE COMPLEX JUSTIFICATION OF SELF-DEFENCE. 2.1. *The Iraqi invasion of Kuwait.* 2.2. *The war in Afghanistan after the terrorist attacks on the United States.* – 3. THE PROBLEMS SURROUNDING THE «ETHIC WARS». – 4. THE «ENDLESS WAR». – 5. GUARANTEES FOR PEACE. – 6. SOME CRITICISMS. 6.1. *Inconsistencies in the discourse?* 6.2. *An impossible proposal?* – 7. BIBLIOGRAPHY.

*Lo que hace falta –y me parece que el garantismo y la crítica de la política tienen valor sobre todo en esta dirección– es siempre una permanente actitud de duda metódica que nos permita ver a tiempo las vías sin salida para que no se repitan los errores del pasado (y, por desgracia, también los del presente).*

L. Ferrajoli<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En el trasfondo del análisis sobre la problemática de la guerra se encuentra la idea, poco discutible, de que una de las funciones características del derecho es la de servir de instrumento para la resolución

<sup>2</sup> FERRAJOLI, F., «Terrorismo y crisis tardocapitalista», en V. Pérez Mariño, (coord.), *Justicia y delito*, 1982, p. 64.

de conflictos. Siendo consecuentes con esta aseveración, la guerra debería ser considerada entonces como uno de los más claros ejemplos de fracaso del orden jurídico internacional. Si el derecho es concebido como un instrumento para garantizar la paz y la seguridad internacional, la guerra se podría considerar entonces un claro ejemplo de quiebra de la racionalidad jurídica. Además, el derecho internacional emanado de la principal institución internacional, las Naciones Unidas, pretende la realización y la garantía de la defensa de una serie de valores, entre los que se encuentran la paz y el ejercicio de los derechos humanos. La guerra es, pues, su antítesis.

Los conflictos bélicos acontecidos tras la Caída del Muro de Berlín en 1989, y las controvertidas justificaciones que los acompañaron, generaron la reacción de destacados intelectuales de todo el mundo y de buena parte de la opinión pública. Las guerras en Kuwait, Afganistán, Irak y Kosovo, junto a los ataques terroristas contra los Estados Unidos de América, fueron justificadas por quienes legitimaron el uso de la fuerza retomando algunos de los argumentos de las teorías de la «guerra justa». Pero, también hubo quienes se manifestaron en contra de cualquier tipo de guerras, defendiendo teorías que se pueden enmarcar dentro del pacifismo jurídico, cuyo fundamento se encontraría, no solo en los textos del derecho internacional vigente, sino también en el espíritu antibélico que presidió la creación de la ONU<sup>3</sup>.

El pensamiento de Luigi Ferrajoli se sitúa de forma clara dentro de esta segunda corriente doctrinal pacifista<sup>4</sup>. No es difícil percibir cómo en sus escritos está presente la influencia de algunos destacados filósofos y juristas que abordaron tiempo atrás la problemática relación

---

<sup>3</sup> Sobre el pacifismo jurídico y sus rasgos esenciales, véase GARCÍA SÁEZ, J. A., «Pacifismo jurídico», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, pp. 220-234, 2019 y del mismo autor, centrado en la última gran obra de Ferrajoli, «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en *Principia Iuris*», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2012), pp. 82-102.

La filosofía antibelicista de Ferrajoli se condensa en estas palabras sobre la guerra: «no es solo un crimen de derecho internacional, sino que es siempre, inevitablemente criminógena. Agrava y convierte en insolubles todos los problemas que pretende resolver». Cfr., GARCÍA FIGUEROA, A., «Entrevista a Luigi Ferrajoli» en Carbonell, M., y Salazar, P. (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, p. 531.

<sup>4</sup> Al referirse a la relación entre derecho y fuerza, Ferrajoli enuncia el siguiente postulado: «El empleo de la fuerza está permitido solo si está disciplinado por reglas producidas por una causa», que también puede ser formulado en negativo estableciendo entonces que «si el uso de la fuerza no es disciplinado por normas jurídicas está prohibido». Este postulado es considerado por él como el «principio de la paz» en el que están conectados paz y derecho, y constituye, según interpreto, el fundamento del pacifismo jurídico entendido como teoría que afirma la prohibición jurídica de la guerra, admitiendo la legítima defensa y el uso de la fuerza conforme al derecho internacional. Cfr. FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, vol. 1, pp. 443 y 445.

entre la guerra, el derecho y la paz, sobre todo, la obra de Kant con su propuesta para una paz perpetua, pero también la de Kelsen y, especialmente, la de Bobbio<sup>5</sup>.

El diagnóstico de Ferrajoli sobre el actual orden internacional refleja su preocupación por la facilidad con la que se recurre a la guerra como medio capaz de resolución de conflictos. Según él, si esta práctica persiste es porque los poderes «salvajes», los que provocan el incremento de todo tipo de desigualdades y violencias, impiden que el orden mundial avance hacia la consecución de la paz<sup>6</sup>.

Para articular mi trabajo, he acudido primero a los diversos textos en los que Ferrajoli analiza, con detalle, cada uno de los conflictos armados antes señalados. No obstante, la fuente principal en la que me centraré, y en la que este influyente jurista italiano defiende sus últimas y más importantes reflexiones, es su monumental obra *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, publicada en 2007<sup>7</sup>.

Comenzaré, pues, con una valoración de la legítima defensa como justificante del uso de la violencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. Abordaré también las principales controversias surgidas en torno a la llamada «guerra ética» y a la «guerra infinita». Expondré las propuestas de Ferrajoli para garantizar la paz y el ejercicio de los derechos, un proyecto que se construiría a partir de una refundación federal de la ONU. Condensaré algunas de sus más relevantes iniciativas para desarrollar un derecho cosmopolita, y finalizaré con algunas reflexiones críticas en torno al optimismo que caracteriza el pensamiento de nuestro autor.

<sup>5</sup> Son muchos los pasajes en los que la presencia del pensamiento de Bobbio en Ferrajoli es evidente. Con él comparte la preocupación por el orden internacional dominado por las potencias nucleares, la importancia de los movimientos no violentos y la necesidad de buscar alternativas a la actual ONU que, a pesar de ser una institución «que descansa en el consenso tácito o expreso de la práctica totalidad de los miembros de la comunidad internacional», lamentablemente, carece de la eficacia para poder ser ese tercero que actúe de «mediador... árbitro... juez...y soberano» entre las partes. Cfr. BOBBIO, N., *El tercero ausente*, traducción de Pepa Linares, Madrid, Cátedra, 1997, p.303 y 259.

<sup>6</sup> Nos recuerda Perfecto Andrés que al referirse a estos poderes Ferrajoli se remite a Aristóteles «quien (en su *Política*) atribuyó al poder, cuando no está sujeto a la ley, un neto componente de *animalidad*, pensando seguramente, en una forma de existencia y ejercicio del mismo en el régimen de absoluta exención de límites que sería característico de la tópica tiranía». Cfr., P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Prólogo Luigi Ferrajoli, sobre poder, derecho y democracia hoy: a las cosas por su nombre», en FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, p 11.

<sup>7</sup> Las referencias más relevantes al problema de la guerra y al principio de la paz se encuentran desarrolladas en el volumen segundo de *Principia iuris, Teoría de la democracia*, en concreto, en el capítulo XVI, que lleva por título «Los niveles de la democracia. La democracia en la época de la globalización», pp. 470 ss.

La envergadura y profundidad de estas últimas reflexiones de Ferrajoli exigirían un estudio minucioso de cada una de ellas, pero es imposible realizarlo en estas páginas<sup>8</sup>.

## 2. LA COMPLEJA JUSTIFICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA<sup>9</sup>

Siguiendo a Ferrajoli, abordaré dos casos de conflictos armados en los que el principal argumento para justificar el uso de la fuerza armada fue el de la legítima defensa. Lejos de ser admitida de forma indubitada, y frente a una posición maximalista, la crítica realizada por nuestro autor ha servido para poner de manifiesto las controversias en torno a la correcta interpretación de esta exención de la responsabilidad jurídica.

### 2.1 La invasión iraquí de Kuwait

Uno de los primeros artículos en los que Ferrajoli aludió al problema de la guerra tiene su origen en los sucesos acontecidos en la conocida como *Guerra del Golfo*, desarrollada entre los años 1990 y 1991<sup>10</sup>. En su trabajo, titulado «La guerra y el derecho», expuso una serie de

---

<sup>8</sup> Lo mismo sucede con muchos otros temas analizados por Ferrajoli, como, por ejemplo, el de la llamada *analogía doméstica* en la que se defiende la similitud entre el ordenamiento internacional y el nacional, cuestión que ha provocado innumerables controversias doctrinales a las que se refiere nuestro autor acudiendo, entre otros, a tres grandes autores: KANT, I., *La paz perpetua*, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, pp. 21-22; KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, introducción de M. Latorre y C. García Pascual, Madrid, Trotta, 2008, pp. 40-41, o a BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, traducción de J. BINAGHI, Barcelona, Gedisa, 1982, pp. 80-81, todos ellos coinciden, utilizando diversos argumentos, en afirmar esa supuesta analogía que, sin embargo, es criticada por FERRAJOLI en *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, *op. cit.* p. 483.

<sup>9</sup> Para recordar la regulación jurídica de la legítima defensa, puede ser útil traer a colación lo establecido en el ordenamiento jurídico español. En el artículo 20.4.º de su Código penal se establecen los tres requisitos que deben acompañar a la legítima defensa como eximente de responsabilidad penal: *en primer lugar*, la agresión ilegítima, es decir, contraria a la ley, y además inminente y real, *en segundo lugar*, la necesidad de defensa y, *en tercer y último lugar*, la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. El segundo de los requisitos es el más relevante para nuestro análisis, pues, al hablar de la necesidad de la defensa, se plantea el problema de la adecuación de los medios empleados por el agredido frente al agresor y se alega la trascendencia que tiene el principio de proporcionalidad para admitir la legítima defensa. Aun así, la proporcionalidad de la respuesta sigue planteando dudas en determinados supuestos, casos que exigen una detenida valoración judicial de los hechos para determinar si ha existido o no la debida proporción entre la respuesta del agredido ante la acción del agresor.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L., «La guerra y el derecho», trad. Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, pp. 3-7.

opiniones contrarias al contenido de la autorización emitida por el Consejo de Seguridad de la ONU para legitimar el uso de la fuerza. La mayoría de las críticas de nuestro autor coincidían con las del manifiesto presentado por relevantes juristas italianos y alemanes en el que denunciaban las operaciones bélicas desarrolladas<sup>11</sup>. De entre todas las ideas desarrolladas en ese escrito, destaco las tres siguientes:

*Primera.* La oposición a admitir justificaciones morales y políticas de la guerra, a la que califica de mal absoluto<sup>12</sup>. Ataca los planteamientos defendidos por quienes retoman la teoría de la guerra «justa» y resalta la importante prohibición jurídica de la guerra recogida en la Carta de la ONU y en otros documentos jurídicos<sup>13</sup>. En consecuencia,

---

<sup>11</sup> Cfr., AA. VV. «Juristas por la paz», *Jueces para la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Ch. Strecker, núm. 11, 1990, pp. 85-87. Se recoge aquí el manifiesto presentado por relevantes juristas y magistrados italianos, titulado «Contra la guerra, las razones del derecho» y otro documento elaborado, también, por juristas y magistrados alemanes con el mismo objetivo.

<sup>12</sup> También crítica Ferrajoli la concepción de quienes entienden la guerra como una sanción jurídica, como era el caso de Kelsen, pues «la guerra... no tiene ninguno de los caracteres de la sanción jurídica aptos para excluir su carácter informal y salvaje (su no aplicabilidad a los inocentes, la formal verificación del ilícito sancionado, su irrogación por parte de un juez tercero, la predeterminación legal de sus presupuestos, sus formas y medidas)», cfr. FERRAJOLI, L., *Principia iuris...*, vol. 2, *op. cit.*, p. 599.

<sup>13</sup> A modo de recordatorio de la legislación internacional, entre otras referencias, destaco el apartado del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, en el que se declara que «los pueblos de las naciones unidas» están «... resueltos a... asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común». También son relevantes para nuestro análisis diversos artículos de la Carta, como el 2. 4.º en el que se establece la renuncia al uso de la fuerza, al afirmar que «los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». Véase también el artículo 41, en el que se dice que «el Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas». El artículo 42 complementa al anterior al indicar que «si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas». Especial relevancia tiene el artículo 51, en el que se establece que «ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y res-

recuerda que la Carta proclama como objetivo esencial de la misma: «lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz»<sup>14</sup>. Afirma, además, el «valor garantista del derecho positivo» que regula los conflictos armados, contraponiendo, por una parte, la certeza y seguridad jurídica que dimanarían de las normas jurídicas a, por otra, las ambigüedades derivadas de los juicios de valor emitidos para calificar la supuesta justicia de las guerras<sup>15</sup>.

*Segunda.* La única justificación admitida por el derecho internacional para emplear la fuerza es la legítima defensa ejercida por un miembro de Naciones Unidas, una acción que, nos recuerda, durará hasta que se apliquen las medidas que el Consejo de Seguridad adopte buscando el restablecimiento de la paz y la seguridad internacional. Hay, pues, una clara limitación y una institucionalización del uso de la fuerza, según lo estipulado en el capítulo VII de la citada Carta. Junto al resto de los firmantes del documento «Juristas por la paz», Ferrajoli rechaza que las acciones militares que estaban desarrollándose en Kuwait pudieran calificarse de intervención armada, conforme a lo prescrito en el art. 42 de la Carta. El Consejo de Seguridad, prosigue, no tenía el control de las decisiones adoptadas y ni siquiera había sido informado del inicio de los combates. Comparte también la idea de que es preciso distinguir entre la acción militar reconocida jurídicamente a la ONU, y una guerra, porque ésta es una acción sin control ni límites que siempre castiga a la población civil, provocando aquellos «sufrimientos indecibles» de los que «la Carta de la ONU ha querido salvar a la humanidad». Por todo ello, con el resto de los firmantes, concluye que cuando la Resolución 678 habla de «medios necesarios» para hacer cumplir la Resolución 660, no puede admitirse que los mismos signifiquen la guerra, es decir, la desproporción en el uso de la fuerza y la muerte de inocentes. La ONU, conforme finaliza el escrito «Juristas por la paz», no ha limitado el ejercicio de la fuerza utilizada por las tropas aliadas en Kuwait, y además, ha renunciado a implementar sus poderes y sus responsabilidades<sup>16</sup>.

*Tercera.* El argumento principal de Ferrajoli contra los autores que defienden la teoría de la guerra «justa», y frente a quienes abogan por una interpretación laxa de la legítima defensa y de los medios necesarios para restablecer la paz y la seguridad internacional, incide en la naturaleza de las guerras contemporáneas, cuyas características,

---

ponsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». Cfr., [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> FERRAJOLI, L., «La guerra y el derecho», *op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup> Cfr., AA. VV., «Juristas por la paz», *op. cit.*, p. 85.

según él, difieren substancialmente de las de otras épocas<sup>17</sup>. De su análisis se desprende la conclusión de que en nuestros días no hay, no puede haber una guerra que podamos calificar de «justa», porque las dos notas que definen el modo de hacer la guerra hoy son: la falta de medida en el uso de los medios de combate y el daño inevitable a la población civil. Los principios recogidos por el derecho internacional, relativos a la proporcionalidad y a la discriminación entre población civil y combatientes, resultan, pues, dañados de origen. El primero resulta difícil, por no decir imposible de medir y, el segundo, parece imposible de respetar en los conflictos armados actuales<sup>18</sup>. Se puede añadir lo siguiente:

a) En cuanto al principio de proporcionalidad, es posible que haya operaciones bélicas, justificadas siempre por la legítima defensa, en las que la desproporcionalidad utilizada en respuesta a una agresión sea relativamente fácil de probar; pero, sin duda, la aplicación de una violencia proporcional no puede ser sometida a parámetros científicos. En todo caso, Ferrajoli considera que la desproporción en la respuesta dada al amparo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas fue más que evidente, refiriéndose, en concreto, a los bombardeos aliados sobre las ciudades iraquíes de Bagdad y Basora y, especialmente, a «la masacre de decenas de miles de soldados iraquíes en fuga cuando ya el objetivo de la liberación de Kuwait había sido alcanzado»<sup>19</sup>.

b) Sobre el principio de discriminación entre la población civil y los combatientes, Ferrajoli afirma que resulta incontrovertible que este principio también fue vulnerado, y ello acontece en todas las confrontaciones armadas modernas. Los medios técnicos de los que hoy disponen los ejércitos les permiten una mayor precisión en las operaciones de ataque, sin embargo, siempre se producen los llamados daños colaterales, o errores humanos, que provocan la muerte de inocentes.

La falta de concreción de términos jurídicos como «legítima defensa» o «medios necesarios», expresiones que aparecen en el derecho internacional de la ONU y, en relación con este conflicto, en las resoluciones 660 y 678 del Consejo de Seguridad relativas a la invasión de Irak

---

<sup>17</sup> En este mismo sentido, y como bien indica J. A. García Sáez, «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli», *op. cit.*, p. 95: «la guerra practicada por las grandes potencias en el panorama actual tiene para Ferrajoli *connotaciones puramente terroristas*, que nada tienen que ver con algo que se parezca a una sanción jurídica».

<sup>18</sup> Esta interesante cuestión, será desarrollada algo más adelante en conexión con varios comentarios realizados por el profesor Ruiz Manero a propósito de la intervención militar en Libia, en 2011. Sus opiniones se recogen, principalmente, en FERRAJOLI L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, y en RUIZ MANERO, J., «Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIX, 2013, en particular, pp. 188 ss.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, L., «La guerra y el derecho», *op. cit.*, p. 4.

a Kuwait, ambas del año 1990, han generado interpretaciones opuestas para justificar o rechazar el uso de la violencia armada:

a) Para una primera interpretación, que se puede calificar de *restrictiva*, y que es la que defiende nuestro jurista italiano junto a los firmantes del manifiesto opuestos a la guerra del Golfo, existen razones para criticar la actuación de la ONU. Según esta opinión, la ONU no limitó, como debería haberlo hecho, el ejercicio de la fuerza utilizada por las tropas aliadas contra la invasión de Kuwait. Renunció, pues, a implementar sus poderes y sus responsabilidades ante una confrontación que vulneró el principio de la paz y de la seguridad internacional.

b) Para una segunda, que podemos llamar *laxa*, defendida por los gobiernos de los Estados Unidos, sus aliados, y parte de la doctrina jurídica, las operaciones bélicas efectuadas se ajustaron al derecho internacional y se utilizaron, además, «los medios necesarios» de los que habla la Resolución 678 y la Carta de Naciones Unidas, instrumentos legítimos para restaurar, conforme al derecho internacional, la paz y la seguridad internacional.

¿Qué interpretación defender entonces y por qué? Estoy de acuerdo con Ferrajoli en su defensa de una interpretación restrictiva de la legítima defensa, ante todo, para evitar que la misma sea un recurso ilimitado que autorice el ejercicio de la violencia, más aún cuando no siempre se puede probar, fehacientemente, quién fue el primero en desencadenar la agresión que justificaría la consiguiente respuesta legítima. En esta misma línea cabe insistir en la importancia que tiene la interpretación del ordenamiento internacional como un conjunto de normas que contiene valores y principios. Cada posible intervención armada amparada por la ONU debe ser valorada siempre teniendo presentes las exigencias que se derivan de los principios de proporcionalidad y discriminación. Cuando se plantee la aplicación del *ius puniendi*, también en el ámbito del derecho internacional, la interpretación de los posibles supuestos de hecho que deben ser castigados debería ser lo más restrictiva posible. Pero aquí, como en muchas otras situaciones, nos topamos con la realidad política, con los equilibrios de poderes y con la falta del desarrollo normativo necesario para institucionalizar lo que debería ser un Tribunal de las Naciones Unidas, que debería ser un órgano con jurisdicción universal, nacido de un *pactum subiectionis*, y cuyas resoluciones también deberían ser cumplidas de forma efectiva por todos los miembros de la comunidad internacional.

## 2.2 La guerra de Afganistán tras los ataques terroristas a Estados Unidos

La respuesta dada por la denominada *Alianza del Norte* a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 fue analizada por Ferrajoli de forma muy crítica. Dejando bien clara su absoluta repulsa al

ataque contra los Estados Unidos, aborda las consecuencias de la respuesta aliada y su justificación. Resumo las tres principales ideas defendidas por el jurista italiano:

*Primera.* Considera un grave error el método elegido para responder al ataque terrorista. Para él, es el mismo al utilizado en la *Guerra del Golfo* de 1990: ante una violación del derecho internacional, se contesta con la guerra. Es evidente que el agredido tiene siempre derecho a la legítima defensa, pero, según Ferrajoli, la «equivocación» en la que incurrieron los Estados Unidos y sus aliados fue ejercer su derecho a la defensa combatiendo al terrorismo como si se éste hubiera realizado un ataque bélico, en vez de calificarlo y tratarlo como un delito<sup>20</sup>.

*Segunda.* La respuesta del derecho internacional ante lo sucedido, conforme se aprecia en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en particular la 1368 del 12 de septiembre de 2001, y la 1373 del 28 de septiembre, es entendida por nuestro autor como la correcta, porque las resoluciones mencionadas imponen a los Estados miembros «una serie de medidas policiales y de prevención consideradas como las más idóneas para «mantener la paz y la seguridad» internacionales»<sup>21</sup>. Equipara Ferrajoli los ataques terroristas a los Estados Unidos a los sufridos en otros lugares del mundo y concluye que deben tener la misma consecuencia jurídica. De hecho, si analizamos las dos resoluciones mencionadas resultaría difícil llegar a otro tipo de conclusiones. Así, por ejemplo, la Resolución 1368 habla de enjuiciamiento de los responsables y de acciones de prevención, conforme a los convenios ya existentes sobre esta materia, y afirma, además, que el Consejo «está dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias... para combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas». En la misma línea está la Resolución 1373, en la que se establece el compromiso de los Estados para perseguir todo tipo de apoyo financiero que pueda dar cobertura a las actividades terroristas, así como la máxima coordinación en el ámbito de la asistencia y de la información, instando a todos los Estados a participar de forma activa en los acuerdos internacionales<sup>22</sup>. En definitiva, son medidas que tratan los actos de terrorismo como delitos y no como actos de guerra.

*Tercera.* Frente a la «guerra infinita» a la que nos conduciría la errónea estrategia iniciada tras los atentados del 11 de septiembre, cuyas consecuencias han sido: la muerte de miles de víctimas civiles en bombardeos, el incremento del fanatismo religioso, la desestabili-

---

<sup>20</sup> FERRAJOLI, L., «Guerra, terrorismo y derecho. Sobre el ataque a Afganistán», en *Las razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, p. 53.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>22</sup> <https://undocs.org>

zación –aún mayor de la ya existente– de Oriente Medio, el antiamericanismo, o la limitación y el mayor control en el ejercicio de las libertades en el mundo occidental, entre muchas otras; Ferrajoli propone «un pacto de refundación internacional de la convivencia». Dentro de los objetivos esenciales de ese pacto destaca la defensa del papel de liderazgo global de las Naciones Unidas para cumplir los ideales marcados en el derecho internacional: un nuevo orden jurídico y político basado en la regulación de los mercados económicos que impida el incremento de la desigualdad, junto al desarrollo legislativo de las promesas no cumplidas escritas en sus documentos fundacionales, fines solo alcanzables a través del desarrollo de instituciones eficaces para imponerse a cualquier otro tipo de intereses particularistas<sup>23</sup>. De este modo, Ferrajoli esboza ya aquí las ideas principales del constitucionalismo global que irá desarrollando y concretando años después.

Sus planteamientos en este tema fueron objeto de múltiples críticas. Me referiré ahora solo a las expuestas por P. Portinario<sup>24</sup> y por G. Preterossi<sup>25</sup>, ambas relativas a la respuesta dada por Ferrajoli al referirse al modo de combatir el terrorismo internacional. Nuestro autor contesta lo siguiente:

Ante algunas de las preguntas realizadas por Preterossi, como «¿quién decide, en el caso de uso legítimo, cuál es la fuerza estrictamente necesaria para el mantenimiento de la paz: los militares de profesión, los jueces, los diplomáticos?», Ferrajoli admite que su modelo garantista de Derecho penal, aplicable también al terrorismo internacional, posee unas «articulaciones institucionales» mejorables<sup>26</sup>. Acepta que es un modelo «límite», como le indica Preterossi, pero contesta que la falta de desarrollo legislativo actual se debe a que las grandes potencias se oponen a ello. Insiste, Ferrajoli, en que el uso de la guerra para combatir el terrorismo genera una violencia infinita; mientras que la respuesta jurídica institucional, cuya eficacia reivindicada, es idónea para luchar contra un fenómeno tan complejo, porque es, además, asimétrica al terrorismo. La respuesta del Derecho penal se fundamenta, no en la violencia generalizada, sino en «la capacidad de deslegitimación jurídica, de aislamiento social y de debilitamiento

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L., «Guerra, terrorismo y derecho. Sobre el ataque a Afganistán» en *Razones jurídicas*, op. cit., p. 61.

<sup>24</sup> PORTINARIO, P. P., «Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 299-313.

<sup>25</sup> PRETEROSI, G., «*Principia iuris*. Entre la normatividad y poder: sobre el Estado constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 315-324.

<sup>26</sup> Sobre las mejoras institucionales y «puntos ciegos» relativas a quién, por ejemplo, ha de decidir que será o no indecidible conforme a la teoría de Ferrajoli del constitucionalismo multinivel, véase BAYÓN, J. C., «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIX, 2013, pp. 57-99.

político de la criminalidad terrorista» y en «el conjunto de garantías penales y procesales»<sup>27</sup>.

Coincido con Ferrajoli en señalar que la estrategia utilizada por las fuerzas aliadas contra el terrorismo internacional ha producido más daños que soluciones. Para corroborar esta conclusión, no hay más que seguir las informaciones relativas a los persistentes actos terroristas que se registran en la actualidad. Ante un problema con tantas ramificaciones se han aplicado, casi exclusivamente, medidas bélicas, en vez de incidir en desarrollar instrumentos de control financiero y de coordinación de la información entre los gobiernos que luchan contra estas organizaciones.

### 3. LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA GUERRA «ÉTICA»

Los bombardeos realizados por la OTAN en el año 1999, presentados por algunos autores como paradigma de «guerra humanitaria», han recibido un rechazo absoluto por parte de nuestro autor, él define las decisiones bélicas adoptadas entonces como «un golpe de Estado internacional»<sup>28</sup>.

Ferrajoli, nos ofrece argumentos jurídicos, morales y políticos para justificar su oposición al uso de la violencia empleada por los ejércitos aliados en Kosovo.

a) *Argumentos jurídicos.* En primer lugar, acude a los artículos de la Carta de las Naciones Unidas que regulan el uso de la fuerza. Recuerda la prohibición de la guerra contenida en sus dos primeros

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, L., «*Principia iuris*. Una discusión teórica», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 430-431.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, L., «Una derrota del derecho, la moral y la política», traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la democracia*, núm. 36, 1999, p. 173. En este escrito, Ferrajoli se refiere en particular a dos documentos *An Alliance for the 21st Century* y *The Alliance's Strategic Concept*, aprobados por el Consejo Atlántico el 23 y 24 de abril de 1999. El peligro potencial de lo allí acordado se encuentra en que la OTAN establece la posibilidad de acciones armadas «dirigidas a “prevenir conflictos y a conducir operaciones en respuesta a crisis no previstas en el artículo 5”. Éste último indica que: Las Partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la Parte o Partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer la seguridad en la zona del Atlántico Norte. Cualquier ataque armado de esta naturaleza y todas las medidas adoptadas en consecuencia serán inmediatamente puestas en conocimiento del Consejo de Seguridad. Estas medidas cesarán cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las disposiciones necesarias para restablecer y mantener la paz y la seguridad internacionales». Cfr., [www.nato.int](http://www.nato.int).

artículos y las líneas maestras para evitar el conflicto armado. Remitiéndose a lo establecido en el Capítulo VII, señala que, entre las medidas a adoptar, se citan: agotar las negociaciones, imponer sanciones y, solo en último término, el uso de la fuerza armada dirigida y diseñada por el Consejo de Seguridad. Este último paso no llegó a tener un respaldo unánime en el Consejo, porque tanto China como Rusia se opusieron al mismo, negativa que Ferrajoli interpreta como la apuesta de estas dos potencias por continuar con las dos primeras líneas de actuación antes señaladas. Ferrajoli alega más argumentos jurídicos para probar la ilicitud del ataque de la OTAN. Denuncia el incumplimiento que esta organización hizo del artículo 1 de su propio Tratado, y también del 5 y del 7, disposiciones que, respectivamente, inciden en la solución de los conflictos con medios pacíficos, en el uso de la legítima defensa en caso de ataque a alguno de los integrantes de la organización informando al Consejo de Seguridad, y en la afirmación del compromiso con el respeto de la legislación internacional<sup>29</sup>. También señala que la organización atlántica vulneró el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en concreto el artículo 5. d., pues entiende que el ataque de la OTAN constituyó un «crimen de agresión». En relación con la denuncia sobre las operaciones aéreas que provocaron numerosas víctimas civiles, Ferrajoli destaca el bombardeo efectuado contra el edificio de la Televisión Pública Serbia, en donde fallecieron once personas, ataque que califica, además, de crimen de guerra «al haberse dirigido intencionalmente contra “civiles”». Por último, prosigue, las tropas de la OTAN utilizaron armas prohibidas, entre ellas «las bombas de fragmentación y los proyectiles con uranio empobrecido»<sup>30</sup>.

b) *Argumentos morales*. La guerra en los Balcanes fue definida como una guerra «étnica» en la que las deportaciones, persecuciones, violaciones y asesinatos de determinados grupos causaron una enorme repulsa, especialmente en la conciencia moral europea. La falta de respuesta del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ante los ataques a los derechos humanos fue considerada un argumento de mucho peso para quienes defendieron que, ante esta grave situación, era justificable dar una respuesta legitimada por el argumento moral de la necesidad de la intervención armada. Parecía que había razones morales más que suficientes para utilizar la violencia contra quienes masacraban a la población civil. Frente a esa postura, Ferrajoli critica los efectos, los medios y el sentido mismo de una guerra para salvaguardar o proteger los derechos humanos. En relación con los efectos, denuncia que las matanzas se intensificaron a partir del 24 de marzo de 1999, precisamente desde la intervención de la OTAN, una acción que provocó una especie de huida hacia delante y desencadenó aún

<sup>29</sup> FERRAJOLI, L., «Guerra “ética” y Derecho. Sobre la intervención de la OTAN en los Balcanes», en *Razones jurídicas...*, op. cit., p. 40.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 40 y 41.

más odio del que existía hasta entonces entre los distintos grupos étnicos. Los medios empleados para obtener el bien, entendido como la protección de los derechos humanos, consistieron en utilizar la violencia armada causando la muerte de civiles inocentes, sujetos involucrados, de forma absolutamente involuntaria, en los ataques aéreos. Recordando la concepción kantiana, según la cual el rasgo característico del fanatismo reside en «la idea de que el bien pueda alcanzarse con cualquier medio, incluso al precio de enormes sufrimientos y sacrificios (sobre todo, de los otros)», Ferrajoli afirma que la estrategia irracional adoptada entonces constituye, además, una incongruencia entre el uso de los medios y la consecución del fin previsto. También se opuso a la justificación utilizada por quienes hablan de guerras «éticas» o «humanitarias», planteamientos que le recuerdan a las teorías iusnaturalistas que utilizaban la expresión de guerra «justa». En el trasfondo de esas visiones está la creencia de que la guerra es justificable si persigue fines loables o si se cumplen unas determinadas condiciones que legitimen la violencia. Para nuestro autor, la crueldad intrínseca de las guerras actuales, su *modus operandi*, y la inevitabilidad de víctimas civiles, es causa suficiente para rechazar la utilización de adjetivos como «ética», «justa» o «humanitaria». La guerra es «un mal absoluto y en ningún modo justificable», de ahí su prohibición en la Carta de las Naciones Unidas y su negación absoluta como «medio de resolución de las controversias internacionales»<sup>31</sup>.

c) *Argumentos políticos*. Ferrajoli se muestra también muy crítico con la utilización que los gobiernos occidentales hicieron de la defensa de los derechos humanos para justificar esta guerra<sup>32</sup>. Desde un punto de vista político internacional, las decisiones bélicas adoptadas por la Alianza Atlántica fueron vistas como «el síntoma de un nuevo fundamentalismo que... pretende imponer los valores de Occidente por medio de la violencia». Y concluye alertando del peligro que supondría utilizar el argumento de defensa de los derechos humanos para justificar una intervención militar, porque si se es coherente, si se convierte en principio aplicable universalmente, la paz mundial estaría en riesgo de forma permanente<sup>33</sup>.

En la misma línea argumentativa, Zolo utilizó la expresión «fundamentalismo humanitario» para rechazar la justificación que algunos

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>32</sup> En este mismo sentido crítico, véase también KALDOR, M., *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, traducción M.ª Luisa Rodríguez Tapia, Barcelona, Kriterion Tusquets, 2001, p. 197, en particular cuando indica que «los portavoces de la OTAN hablaban con triunfalismo de cada horrenda violación de los derechos humanos, como si aquello les diera un argumento para arrojar bombas; pero no parecían tan dispuestos a mostrar remordimientos, angustia ni frustración por no haber sido capaces de prevenir los terribles acontecimientos».

<sup>33</sup> FERRAJOLI, L., «Guerra “ética” y Derecho. Sobre la intervención de la OTAN en los Balcanes» en *Razones jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 45 y 47.

autores y políticos habían utilizado ante acontecimientos similares a los de Kosovo, alegaban la existencia de un deber de intervención humanitaria<sup>34</sup>. La defensa de este deber está presente, por ejemplo, en el discurso de Michael Walzer, quien insiste en el hecho de que muchos ciudadanos del mundo ven amenazados sus derechos más importantes por su propio Estado que, en vez de protegerlos cumpliendo un deber esencial que justifica la existencia misma del poder estatal, persiguen o masacran a su población; si esto es así, concluye, otras autoridades internacionales deben responsabilizarse de esa protección y, en determinados supuestos, utilizar incluso el uso de la fuerza<sup>35</sup>.

#### 4. LA «GUERRA INFINITA»

El artículo de Ferrajoli dedicado a la Guerra de Irak, la acontecida en el año 2003, contiene, más que en ninguno de los anteriores, varias propuestas para el debate sobre el futuro de las relaciones internacionales. Para él, esta guerra constituye un punto de inflexión en la estrategia de legitimación de la violencia. El cambio de orientación, prosigue, se ha ido fraguando a lo largo de los últimos conflictos y se ha visto reflejado en las decisiones adoptadas ante los conflictos de Irak, Afganistán y Kosovo. En definitiva, se ha urdido un plan con el objetivo de relegitimar la guerra, un instrumento al que se le ha calificado de inevitable, necesario o imprescindible para mantener el orden mundial. Frente a esa estrategia belicista, Ferrajoli, denuncia que los fines de esta nueva política internacional van dirigidos tanto a socavar el papel de la ONU, como a justificar las operaciones militares encabezadas por los Estados Unidos y sus aliados, todo ello conforme a su estrategia de lucha contra lo que definen como el mal, el llamado «eje del mal»<sup>36</sup>.

¿Pero a dónde nos conduce esta permanente tensión entre *buenos y malos*?

*Primera posibilidad.* Quienes comparten el diagnóstico según el cual existe una situación de alto riesgo para la seguridad mundial, en cuyo contexto se utilizan las nuevas expresiones de guerra «preventiva», «infinita», «ilimitada», «global» o «Estados canallas», entre otras, conciben a la ONU como una institución que impide o ralentiza

---

<sup>34</sup> ZOLO, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 129-130.

<sup>35</sup> Idea que expone en múltiples trabajos, entre otros, cfr., WALZER, M., «Prefacio a la tercera edición», en *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, traducción de T. Fernández de Aúz y B. Eguibar, Barcelona, Paidós, 1994, p. 9.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, L., «La “guerra infinita” y el orden internacional a propósito de la invasión de Irak en *Las razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, pp. 65-77. Se trata de una versión modificada del artículo «Due ipotesi sull'ONU» publicado en *La rivista del Manifesto* 39, 2003.

la toma de decisiones para restaurar la paz mundial, además, consideran que es una organización inútil ante situaciones de emergencia humanitaria, como la ocurrida en Kosovo. Defienden que la regulación que la Carta de las Naciones Unidas hace del modo de actuar en caso de conflicto puede que no sea aplicable si la realidad bélica se impone y la necesidad de una respuesta inmediata lo exige. Ferrajoli recuerda que eso fue lo que sucedió en la Guerra de Irak de 2003, señala lo sucedido con los inspectores mandados por Naciones Unidas y la falta de pruebas de la relación entre el Gobierno iraquí y la organización del terrorista más buscado, Osama Bin Laden. Como bien sabemos, los Estados Unidos y sus aliados decidieron intervenir de forma rápida y contundente ante el peligro en el que, según ellos y sus pruebas, se encontraba entonces la paz mundial<sup>37</sup>.

*Segunda posibilidad.* Frente a este unilateralismo de respuesta rápida, se reivindica el sentido y la utilidad de la ONU. Impelido por las protestas ciudadanas opuestas a la Guerra de Irak y ante los comentarios críticos dirigidos contra esta institución, nuestro autor reivindica que el Consejo de Seguridad «por primera vez...colocado frente a una exigencia ilegítima de los Estados Unidos, ha respetado su estatuto y ha confiado en su razón de ser: la salvaguardia de la paz». También advierte de los efectos negativos que se desencadenarían si se aceptara el unilateralismo patrocinado por la administración del presidente George Bush, y destaca que la militarización de la política internacional solo puede agravar los problemas de la desigualdad económica mundial, servir de expansión al terrorismo internacional, y provocar una involución de la democracia en los regímenes políticos occidentales, consolidando a la vez, a los Estados Unidos como un soberano absoluto, cuya política exterior destinada a defender los valores occidentales, conduce por el contrario, a liquidarlos<sup>38</sup>.

## 5. LAS GARANTÍAS PARA LA PAZ

Las reflexiones más recientes de Ferrajoli en defensa de su modelo de pacifismo jurídico se encuentran en su extensa y conocida obra *Principia iuris*. En ella reordena, insiste y amplía algunos de los contenidos que ya habían sido expuestos en trabajos anteriores. Tras analizar la crisis del Estado y la evolución del derecho internacional a lo largo del siglo pasado, se detiene en abordar el problema de cómo garantizar lo que él denomina «niveles supranacionales de democracia». La colonización, los totalitarismos, las dos guerras mundiales, el Holocausto, el lanzamiento de las bombas atómicas, entre otros, fueron algunos de los hechos históricos que produjeron, como reac-

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 68 y 73.

ción a sus efectos negativos, «una refundación del derecho y de las instituciones políticas», un cambio que, según él, se concretó en «la constitucionalización de los derechos humanos y del principio de la paz»<sup>39</sup>. Ambos son parte inherente del derecho internacional surgido tras la Segunda Guerra Mundial y son, a la vez, pilares de la Organización de las Naciones Unidas. Constituyen, pues, el contenido esencial de este nuevo contrato social internacional suscrito por la inmensa mayoría de los Estados.

Después de abordar lo sucedido en los últimos conflictos bélicos, las llamadas guerras contra el terrorismo, las guerras éticas, las guerras infinitas y el papel que ahora desempeñan los Estados Unidos, Ferrajoli cree imprescindible superar el unilateralismo ejercido por la primera potencia mundial y configurar las Naciones Unidas como una organización eficaz para el mantenimiento y la restauración de la paz, la defensa y la promoción de los derechos humanos, tal y como se recoge en sus textos fundacionales: la Carta, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos de 1966. La reflexión que nos ofrece parte del diagnóstico sobre la situación de crisis en la que se encuentra el Estado nacional, el Estado de derecho y la democracia, cuyo principal efecto es, a su juicio, un vacío en el derecho público, o lo que es lo mismo, la ausencia de normas jurídicas que permitan regular el nuevo orden político global.

Ante las promesas incumplidas, la inoperancia y el fundamentalismo occidental que sirve para enmascarar intereses económicos tras las supuestas causas justas legitimadoras de las guerras, el jurista italiano nos ofrece una alternativa inspirada, inicialmente, en la filosofía política de Alexander Hamilton y de Immanuel Kant<sup>40</sup>. Ferrajoli presenta su modelo de constitucionalismo global<sup>41</sup> tomando a las Naciones Unidas como el mejor precedente sobre el que ir construyendo una organización federal futura similar al *foedus pacificum* de Kant. La nueva institución diseñada por nuestro autor<sup>42</sup> deberá fundamentarse en tres pilares esenciales, concebidos como garantías para la paz y para el ejercicio de los derechos humanos:

1. *Control completo del uso de la fuerza*. El monopolio jurídico de la fuerza en el orden internacional es esencial y, teóricamente, esta garantía ya está contemplada en la Carta de la ONU, véase lo dispuesto en el artículo 42. El problema, comenta Ferrajoli, es que no se

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, *op. cit.*, p. 477.

<sup>40</sup> Se remite esencialmente a las ideas pacifistas y federalistas contenidas en la obra de HAMILTON, A., JAY, J., Y MADISON, J., *El Federalista*, México, FCE, 2001 y a las expuestas por KANT, I. *Sobre la paz...*, *op. cit.*

<sup>41</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 484 y 507.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, *op. cit.*, p. 889.

ha desarrollado lo previsto en el artículo 47<sup>43</sup>, el relativo a la constitución de un Comité de Estado Mayor que ordene las acciones coercitivas a adoptar, ni tampoco ha entrado en vigor «la previsión como crimen de la guerra de «agresión» contenida en... el Estatuto de la Corte Penal Internacional... no ratificado, además, por la mayor parte de las mayores potencias»<sup>44</sup>.

2. *Prohibición del armamento y de su comercio y desaparición de ejércitos nacionales.* Si la primera de las garantías enumeradas fuera efectiva, la consecuencia inmediata que se deduce, según nuestro autor, sería el control por parte de esa federación de Estados de todo el armamento existente y la paulatina creación de un ejército federal destinado a intervenir, siempre conforme a la legislación internacional, en los casos necesarios. La existencia de los ejércitos nacionales ya no tendría sentido.

3. *Desarrollo de una política global para reducir las desigualdades y las violaciones de los derechos humanos.* Sería la última de las garantías para cubrir las lagunas que hoy hacen imposible la efectividad de las decisiones adoptadas por las Naciones Unidas<sup>45</sup>. Este tercer

---

<sup>43</sup> El artículo 47 de la Carta contiene cuatro apartados en los que se regulan estas materias: «1. Se establecerá un Comité de Estado Mayor para asesorar y asistir al Consejo de Seguridad en todas las cuestiones relativas a las necesidades militares del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, al empleo y comando de las fuerzas puestas a su disposición, a la regulación de los armamentos y al posible desarme. 2. El Comité de Estado Mayor estará integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad o sus representantes. Todo Miembro de las Naciones Unidas que no esté permanentemente representado en el Comité será invitado por éste a asociarse a sus labores cuando el desempeño eficiente de las funciones del Comité requiera la participación de dicho Miembro. 3. El Comité de Estado Mayor tendrá a su cargo, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puestas a disposición del Consejo. Las cuestiones relativas al comando de dichas fuerzas serán resueltas posteriormente. 4. El Comité de Estado Mayor, con autorización del Consejo de Seguridad y después de consultar con los organismos regionales apropiados, podrá establecer subcomités regionales». Cfr. [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>44</sup> Se refiere al artículo 5.d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en donde se señalan como crímenes de la competencia de esta Corte los siguientes: «1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas». Los artículos 121 y 123 mencionados se refieren a la posibilidad de incluir enmiendas y revisar el Estatuto. Cfr. [www.boe.es](http://www.boe.es).

<sup>45</sup> En este mismo sentido, el de resaltar la necesidad de incorporar la lucha contra las desigualdades al orden jurídico futuro y teniendo presente la tensión entre quien detenta la hegemonía y la comunidad internacional, Koskeniemi ha insistido en la idea de que el derecho internacional no esté limitado por la perspectiva del *hegemón*, una visión preocupada y centrada casi exclusivamente en el uso de la fuerza militar,

pilar implica la defensa de un argumento ya utilizado por Ferrajoli en otras ocasiones: la lucha contra la desigualdad existente entre los distintos Estados actuales constituye un factor determinante para garantizar la paz y la seguridad de las grandes potencias. No se trata ahora de argumentar solo con razones morales, jurídicas y políticas para alcanzar la paz y la seguridad, sino que, para él, también resulta esencial defender esta razón prudencial para consolidar los vínculos federales y los ideales de la ONU<sup>46</sup>.

La amplia reflexión realizada por nuestro autor está, como puede comprobarse, repleta de críticas muy similares a las procedentes, entre otros, del análisis efectuado por Joseph E. Stiglitz al estudiar el reciente proceso de globalización sin reglas y el erróneo papel desempeñado por instituciones económicas, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio<sup>47</sup>. La propuesta general de Ferrajoli para revertir un orden internacional, que él considera injusto, no consiste en caminar hacia un superestado mundial; prefiere un modelo político de carácter cosmopolita, federal, con multi-niveles de ejercicio del poder. Piensa, más bien, en desarrollar a escala internacional lo que denomina *funciones e instituciones de gobierno*, éstas operarían en la «esfera de lo decidible» y estarían legitimadas por la representatividad democrática. Además, existirían las *funciones e instituciones de garantía*, que, a su vez, actuarían en la «esfera de lo no decidible»<sup>48</sup>. Dentro de ellas diferencia entre instituciones *primarias* e instituciones *secundarias*. Las primeras, se fundamentarían en el carácter universal de los derechos humanos, y actuarían para tutelar la reali-

---

porque de seguir así «el derecho internacional continuará estando implicado en la marginación de los problemas que realmente afectan a la mayor parte y más débil de la población mundial. Es por lo tanto necesario que su agenda se extienda para cubrir cuestiones que han sido relegadas a la red privada y desregulada de relaciones transnacionales». KOSKENNIEMI, M., *La política del derecho internacional*, introducción de Cristina García Pascual, traducción de J. A. García Sáez y A. Lastra, Madrid, Trotta, 2020, pp. 261 y 262.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, *op. cit.*, p. 512.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 517.

<sup>48</sup> Este concepto, siguiendo la exposición de P. Andrés Ibáñez, el de la esfera de lo decidible, está integrado por dos valores, la garantía de los derechos y la separación de poderes que ésta requiere, idea esencial en el pensamiento de Ferrajoli que constituye, además, «un rasgo estructural, de carácter normativo, de las actuales democracias constitucionales...demarca un territorio blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un ámbito de deberes positivos...es tal frente a los poderes públicos y también frente a los privados. Frente al Estado y frente al mercado...es la «dimensión sustancial de la democracia»constitucional (relativa a *lo que no puede* y a *lo que no puede no ser decidido*) en oposición a la«dimensión formal»relativa al *cómo* y al *quién* de las decisiones). Esta última estaría integrada por dos elementos «el carácter representativo de las funciones de gobierno, y la nítida separación de éstas de las funciones de garantía de aquellos derechos». Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Valores de la democracia constitucional», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 208-209.

zación de todos los derechos, con especial incidencia en los sociales, mientras que el cometido de las segundas sería la «verificación y reparación de las violaciones de las garantías primarias»<sup>49</sup>.

Al finalizar el capítulo XVI del segundo volumen de *Principia iuris*, titulado «Los niveles de la democracia. La democracia en la época de la globalización», Ferrajoli afirma que la crisis de los Estados nacionales nos enseña que, ante un mundo de desigualdades crecientes y de guerras continuas, la respuesta más racional consiste en exigir que se cumpla lo establecido en los principales textos de la ONU. El problema es que esa decisión comporta un cambio absoluto del orden mundial al que se resisten los Estados poderosos y las grandes corporaciones multinacionales, a quienes el incremento de todo tipo de desigualdades, del hambre y de la miseria en buena parte del planeta, unida a la destrucción del medio ambiente, no parecen forzarles, de momento, a transformaciones significativas del modelo político económico actual<sup>50</sup>.

## 6. ALGUNAS CRÍTICAS

### 6.1. ¿Incoherencias en el discurso?

En primer lugar, voy a referirme a varias reflexiones realizadas por Ruiz Manero relativas a ciertas incoherencias detectadas por él en el discurso del jurista italiano<sup>51</sup>. Considera que los argumentos jurídicos y los morales esgrimidos por Ferrajoli para negar la justificación de la guerra, de cualquier guerra, son objetables. Hay que aclarar en qué sentido.

En relación con los argumentos jurídicos, Juan Ruiz Manero destaca que la mayoría de los Estados rechazan la interpretación dada por Ferrajoli a los textos de Naciones Unidas, y que los propios «órganos de la ONU han autorizado un buen número de operaciones bélicas de características bien distintas a las previstas» legalmente<sup>52</sup>. En respuesta a esta crítica, Ferrajoli se reafirma en su discurso afirmando que el Consejo de Seguridad violó la Carta de Naciones Unidas «cuando autorizó a la OTAN a desencadenar la primera Guerra del Golfo», decisión que, según recuerda, no fue compartida, entre otros, por su

---

<sup>49</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, *op. cit.*, p. 533.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 535-590, en donde se expone con todo detalle lo resumido aquí de forma muy breve.

<sup>51</sup> Así es como titula Ruiz Manero uno de los epígrafes de su artículo «Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli», *op. cit.*, pp. 188 ss.

<sup>52</sup> FERRAJOLI, L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una...*, *op. cit.*, p. 123.

maestro Norberto Bobbio<sup>53</sup>. Además, Ferrajoli se siente respaldado en su crítica por otros intelectuales que coinciden con él oponiéndose al belicismo actual y denunciando el papel de comparsa desempeñado por las Naciones Unidas.

En cuanto a los argumentos morales en los que Ferrajoli fundamenta la prohibición absoluta de la guerra, Ruiz Manero señala que no puede excluirse la posibilidad de que alguna guerra respete el principio de proporcionalidad y el de inmunidad, en cuyo caso habría que considerarla justificada. Para enmarcar esta idea nos remite a la Resolución 1973, de 19 de marzo de 2011, referida al conflicto de Libia, una norma que tenía como único fin la protección de los civiles. Ruiz Manero afirma que, en la conversación mantenida con Ferrajoli, éste admitió que «las operaciones militares contra Gadafi no solo eran moralmente permisibles, sino moralmente debidas», y que ambos compartían «críticas... a la manera cómo se estaban conduciendo las operaciones militares, pues éstas no se estaban limitando a la protección de las poblaciones civiles amenazadas, y hubieran debido limitarse a ello». Ahora bien, la conclusión a la que llega Ruiz Manero es que Ferrajoli acude a un «truco verbal» para seguir manteniendo su idea de la prohibición moral absoluta de la guerra. Ese truco consiste en «no emplear nunca, a propósito de la intervención armada en Libia, el término “guerra”»<sup>54</sup>. Este proceder, constituye según él, un ejemplo de lo que llama el «unilateralismo» en el que incurre Ferrajoli al no admitir que en este tema existe una tensión entre la creencia de que debemos construir un orden internacional que erradique la posibilidad de acudir a la guerra, por una parte, y la existencia de casos excepcionales en los que una guerra proporcional y ajena a los civiles puede evitar males mayores que los generados por la propia guerra, por otra<sup>55</sup>.

Los comentarios de Ruiz Manero deben ser, a mi juicio, matizados en parte.

Primero. Es cierto que Ferrajoli no emplea el término «guerra», sino el de «intervención armada» o «conflicto armado», pero eso mismo es lo que vienen haciendo los textos legales y la mayoría de la doctrina internacionalista<sup>56</sup>. Según esta tendencia, la violencia regulada y limitada conforme al derecho internacional, por tanto, no debería ser calificada de *guerra*, ese término se reservaría solo a los casos en los que hay un uso desproporcionado de la violencia.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>54</sup> RUIZ MANERO, J., «Cuatro manifestaciones de unilateralismo...», *op. cit.*, p. 190.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>56</sup> Cfr., DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional público*, T. I., Madrid, Tecnos, 6.ª edición, 1983, p. 576, indica a este respecto que «... la expresión “derecho de la guerra” tiende a ser sustituida por la de “derecho de los conflictos armados”, considerada preferible por ser mucho más general, mucho menos dependiente de calificaciones jurídicas, más adaptada a los cambios registrados en los últimos tiempos, y en especial al sistema instituido a raíz de la consagración del principio de la prohibición del uso de la fuerza».

Segundo. Habría sido interesante que Ruiz Manero hubiera analizado aquí al controvertido principio de la *responsabilidad de proteger*, utilizado para justificar la intervención militar autorizada por el Consejo de Seguridad en Libia, un principio que ha generado múltiples críticas<sup>57</sup>. La principal es que ha sido alegado en algunos casos sí, en otros no, dependiendo de los intereses en juego en cada conflicto y de los límites de la prudencia política. Además, si este principio se utilizara como justificante del uso de la fuerza se desencadenaría una escalada de intervenciones en todo el mundo para proteger a las comunidades en donde se están vulnerando gravemente los derechos humanos.

Por último, la «lección a extraer de todo este episodio», como lo denomina Ferrajoli, sería la necesidad de colmar las lagunas del derecho internacional actual, desarrollando los artículos previstos en la Carta de Naciones Unidas para institucionalizar una fuerza armada eficaz, cuyo objetivo debería ser mantener la paz y la seguridad internacional al margen de los intereses geoestratégicos de las grandes potencias<sup>58</sup>. Si no interpreto erróneamente, Ferrajoli, supone que, si sus propuestas se llevaran a efecto, se evitaría lo que actualmente ocurre: que las intervenciones armadas realizadas al amparo de la ONU se desarrollan de forma abrupta, conforme a los intereses de las potencias intervinientes, e incumpliendo las exigencias de la legislación internacional, pero, me temo que no es fácil controlar el uso de la fuerza armada. Evidentemente, no lo es ahora cuando las grandes potencias interpretan las resoluciones conforme a sus intereses, o cuando se alega la necesidad de determinadas operaciones bélicas o la inevitabilidad de los daños colaterales. Las propuestas de Ferrajoli deberían aplicarse para la resolución de todos los conflictos armados futuros, pero su viabilidad no parece muy cercana. Y en todo caso, si esas propuestas se convirtieran en realidad, ¿sería posible alguna intervención armada completamente respetuosa de los principios citados y de las demás normas internacionales? Me temo que no. No obstante, sí parece aceptable que cuanto más regulada y limitada sea el uso de la violencia legitimada por el derecho, menor será la desviación en la aplicación de los principios de inmunidad y proporcionalidad. Además, nos quedaría el consuelo de afirmar que si se produjeran violaciones de la legalidad internacional éstas no procederían de interpretaciones interesadas, o de intereses subjetivos, sino de la imposibi-

---

<sup>57</sup> Existe una bibliografía muy abundante sobre este principio relativo a la responsabilidad de proteger. Para ampliar la información sobre el mismo, véase, entre otros, el *Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, Resolución 60/1* en <http://www.un.org/spanish/summit2005>; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Intervención en Libia: la responsabilidad de proteger a debate», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2011, pp. 76-113, y MANGAS MARTÍN, A., «Autorización del uso de la fuerza armada en Libia», *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 57, 2011.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una... op. cit.*, p. 130.

lidad de aislar completamente a los civiles del conflicto bélico y de la imposibilidad, también, de medir con exactitud los daños producidos buscando su proporcionalidad.

En definitiva, Ruiz Manero y Ferrajoli coinciden en que sería legítima una intervención armada amparada por la ONU si se cumplen estrictamente las exigencias de los principios y las reglas de la legislación internacional, aunque, como se demuestra en la práctica, esto es muy difícil en relación con el respeto absoluto de la proporcionalidad y de la inmunidad. Para el primero de los juristas una acción bélica con estas características podría llamarse «guerra legítima» o «guerra legal»; para el segundo «intervención autorizada».

## 6.2 ¿Una propuesta imposible?

¿Qué podemos esperar del orden jurídico internacional en el futuro? ¿Es la propuesta de Ferrajoli irrealizable?

Ferrajoli caracteriza como *realistas* a quienes defienden que el orden mundial y lo que sucede hoy en él es algo inevitable y permanente. Según él, incurren en una falacia cuando afirman que *lo que existe no puede no existir*, lo que representa una suerte de defensa irracional de un fatalismo global que les permite justificar el inmovilismo y negar cualquier tipo de responsabilidad de los principales sujetos del derecho internacional. Frente a esta perspectiva paralizante, Ferrajoli insiste en la necesidad de implantar un constitucionalismo global que ya está presente en los grandes textos jurídicos aprobados por la ONU, pero que está aún pendiente de desarrollar. Por otra parte, la población mundial se encuentra en una actitud de movilización generalizada, la opinión pública exige la realización social de los valores contenidos en esos textos, porque, como se proclama desde distintos movimientos antiglobalización, están convencidos de la viabilidad del lema: *otro mundo es posible*. Finaliza Ferrajoli su análisis sobre la democracia constitucional y el derecho cosmopolita en *Principia iuris* defendiendo el optimismo como «principio metodológico de la acción política y antes aún de la filosofía política»<sup>59</sup>.

Como es fácil de imaginar, las críticas a este *idealismo* han sido múltiples. Destaco solo algunas de ellas.

Danilo Zolo, por ejemplo, subraya el fracaso protagonizado por la ONU en su intento de prohibir la guerra, como antes lo había pretendido la Sociedad de Naciones<sup>60</sup>. Frente a ello, Ferrajoli, insiste en que «sostener que la prohibición de la guerra...ha fracasado porque la guerra ha seguido enlutando el planeta...es como decir que la prohibi-

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 588.

<sup>60</sup> ZOLO, D., *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, traducción de E. Bossi, revisión de P. D. Eiroa, Madrid, Trotta, 2007.

ción del homicidio se ha visto frustrada porque siguen produciéndose miles de esos delitos»<sup>61</sup>. La insistencia en su idea de la lucha contra el determinismo y su apuesta por un futuro más humano con el que todos debemos estar comprometidos, y ello a pesar de todas las dificultades existentes, llevan a Ferrajoli a recordarnos escritos de Kant y de Bobbio en los que fundamenta una y otra vez su discurso.

También responde Ferrajoli a quienes tachan su actitud de ingenua. En este sentido Ruiz Miguel, tras exponer algunas de las dificultades para llevar a buen término el control efectivo de armamentos, o para acabar con la pobreza estructural, considera que «las cosas son todavía más difíciles de como las termina de proponer L. Ferrajoli», y afirma que habría que tener una actitud que «insista más en la crítica de lo existente que en el diseño detallado del lejano modelo ideal», que es el que está presente en los últimos capítulos del volumen segundo de *Principia iuris*<sup>62</sup>. Ferrajoli no responde directamente a estas críticas, recuerda su oposición al determinismo realista para el cual «aquello que sucede no puede no suceder», y niega la imposibilidad de que la humanidad se defiendan insistiendo en los postulados idealistas para alcanzar un futuro mejor<sup>63</sup>. En la misma línea argumentativa, Ferrajoli rechaza el planteamiento defendido por Portinaro en el que, de nuevo, se le acusa de ingenuidad y vuelve a atacar al determinismo y a todo enfoque pesimista porque conduce al inmovilismo<sup>64</sup>.

Igualmente responde a la crítica de Moreso, quien insiste en destacar la excesiva confianza que Ferrajoli tiene en el Derecho frente a la desconfianza que manifiesta hacia la moral<sup>65</sup>. Nuestro jurista italiano reafirma su defensa de un gobierno de las leyes y no de los hombres, por muy virtuosos que estos sean, y aboga por desarrollar instrumentos jurídicos que garanticen la paz y el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>66</sup>.

¿Cómo valorar, en definitiva, las propuestas de reorganización institucional presentadas por Ferrajoli? ¿Y su diagnóstico y las razones que le hacen albergar un cierto optimismo pensando en el futuro? Las respuestas a estas preguntas no son fáciles, como puede imaginarse, por lo que solo me atrevo a plantear las siguientes consideraciones finales:

*Primera.* La relevancia de las reflexiones ofrecidas por Ferrajoli es muy importante, no solo porque proceden de uno de los más influ-

<sup>61</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, *op. cit.*, p. 600.

<sup>62</sup> RUIZ MIGUEL, A., «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 367.

<sup>63</sup> L. FERRAJOLI, L., «*Principia iuris*. Una discusión teórica», *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 433.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> MORESO, J. J., «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 177-200.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, L., «*Principia iuris*. Una discusión teórica», *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 433.

yentes juristas europeos de las últimas décadas, sino porque sus análisis aportan una perspectiva alternativa y crítica en torno al *modus operandi* de los poderes que gobiernan el mundo. Tras el estudio efectuado sobre las justificaciones defendidas por quienes pretenden revitalizar la teoría de la «guerra justa», bien acudiendo a argumentos morales al margen del derecho, o bien haciendo interpretaciones extensivas de conceptos como el de la legítima defensa, y una vez definidos los principales problemas del orden global en los que se detectan graves y constantes ataques a la democracia y a la garantía de los derechos, Ferrajoli nos ofrece una respuesta clara para avanzar en la consolidación de la paz mundial: «solo el modelo federal –limitando la soberanía de los Estados federados y poniendo en común algunas funciones, en primer lugar la del uso legítimo de la fuerza– representa una alternativa creíble a la anarquía internacional. Es la idea kantiana según la cual, para garantizar la paz, el “derecho de gentes debe fundarse en una federación de Estados libres”»<sup>67</sup>.

*Segunda.* La experiencia histórica habla en contra del ideal presentado por Ferrajoli, en el sentido de que no existen ejemplos de ningún gran imperio que *motu proprio* haya decidido abandonar sus privilegios para acordar una nueva forma de relacionarse con los demás sujetos del derecho internacional. ¿Por qué razón quienes detentan hoy el poder global van a estar dispuestos a cederlo o a compartirlo con otros? ¿Por qué los «poderes salvajes» iban a renunciar a sus ventajas si, de momento, consiguen sus objetivos?

*Tercera.* Lo más racional, nos dice Ferrajoli, es cambiar el orden mundial. Podemos estar de acuerdo con él y defender que hay razones para convencer a quienes pueden decidirlo; aunque éstos parecen ignorarlas. Tampoco cabe esperar que un cambio en la hegemonía económica y militar actual depare un futuro mejor.

*Cuarta.* La utilización del derecho internacional por parte de los *poderes salvajes* de los que nos habla Ferrajoli puede suponer una cierta limitación en sus actuaciones porque, en algunas ocasiones, se ven «obligados» a interpretarlo para justificar, por ejemplo, sus decisiones bélicas. Se podría decir que esto *al menos es algo*, pero mientras tanto, el mundo sigue dominado por fuerzas que nos obligan a plantearnos la pregunta de hasta qué punto el orden internacional sigue en el estado de naturaleza hobbesiano.

*Quinta.* Las modificaciones apuntadas por Ferrajoli no parecen posibles en la actualidad inmediata. No obstante, esa realidad no impide que compartamos la convicción de que el derecho es el mejor instrumento para garantizar la paz mundial, el problema es cómo ir dando pasos en esa dirección. En esta línea argumentativa, podría afirmarse que si comparamos el derecho emanado de la Sociedad de Naciones con el procedente de las Naciones Unidas deberíamos ser algo opti-

---

<sup>67</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, *op. cit.*, p. 889.

mistas y pensar que la idea de una *utopía realista* de la que nos hablara Rawls hace unos años, esa combinación entre *lo que es* y *lo que podría ser*, ha ido materializándose de alguna forma. Rawls pone como ejemplo de la influencia de la idea de *utopía realista* el paulatino cambio en el derecho al referirse al *ius ad bellum*. Recuerda cómo han evolucionado las justificaciones de las guerras de épocas pretéritas y de las actuales. Los Estados europeos, menciona a Inglaterra, Francia, España, Suecia y otros, emprendían «guerras dinásticas por el territorio, por la verdadera religión, por el poder y la gloria y por un lugar bajo el sol». Nos señala que, como consecuencia de la evolución de la estructura institucional interna de esos Estados, se han ido limitando las razones legítimas para usar la violencia. La *utopía* de la consecución de unas relaciones pacíficas entre Estados ha sido posible entre las sociedades democráticas y, aunque hayan pasado varios siglos para alcanzarla, han estrechado lazos políticos y comerciales y han avanzado hacia una mayor coordinación de sus intereses. Lo mismo podría pasar a nivel global<sup>68</sup>. Hay vías abiertas relativas al control y a la limitación del uso de la fuerza y también acciones que buscan incrementar la cooperación internacional en múltiples materias. Puede que para que se vaya avanzando hacia ese nuevo orden internacional sea necesario el impulso de algún acontecimiento global. Conocemos muchas distopías literarias y cinematográficas que nos presentan un futuro aterrador; lo *ideal* sería, pues, que el convencimiento racional de que hay que cambiar el rumbo se fuera imponiendo en todas nuestras sociedades.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., «Juristas por la paz», *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, pp. 85-87.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Valores de la democracia constitucional», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 207-212.
- «Prólogo: Luigi Ferrajoli, sobre poder, derecho y democracia hoy: a las cosas por su nombre», en FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.
- BAYÓN, J. C., «El constitucionalismo en la esfera pública global», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIX, 2013, pp. 57-99.
- BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, traducción de Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 1981.
- *El tercero ausente*, traducción de Pepa Linares, Madrid, Cátedra, 1997.
- CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

---

<sup>68</sup> RAWLS, J., *The Law of Peoples with «The Idea of Public Reason Revisited»*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 8.

- DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, T. I., Madrid, Tecnos, 6.ª edición, 1983.
- Documento *Final de la Cumbre Mundial de 2005, Resolución 60/1* en <http://www.un.org/spanish/summit2005>;
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Intervención en Libia: la responsabilidad de proteger a debate», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2011, pp. 76-113.
- FERRAJOLI, L., «Terrorismo y crisis tardocapitalista» en V. Pérez Mariño, (coord.), *Justicia y delito*, 1982, pp. 51-64.
- «La violencia y la política», en V. Pérez Mariño (coord.), *Justicia y delito*, 1982, pp. 65-88.
- «La guerra y el derecho», trad. Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, pp. 3-7.
- «Una derrota del derecho, la moral y la política», *Jueces para la democracia*, núm. 36, 1999, pp. 173-184.
- Poderes salvajes, *La crisis de la democracia constitucional*, Prologo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Mínima Trotta, Madrid, 2001.
- «Guerra, terrorismo y derecho. Sobre el ataque a Afganistán», en *Las razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, pp. 51-64. Se trata de una versión del artículo «Terrorismo e guerra. L'alternativa del diritto», publicado en *La rivista del Manifesto*, núm. 23, 2001.
- «La primera víctima de la guerra: la ONU», *Mientras tanto*, núm. 22, 2003, pp. 41-52.
- «La «guerra infinita» y el orden internacional a propósito de la invasión de Irak», en *Las razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, pp. 65-77. Se trata de una versión modificada del artículo «Due ipotesi sull'ONU», publicado en *La rivista del Manifesto* 30, 2003.
- *Las razones jurídicas del pacifismo*, edición de Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004.
- «Principia iuris. Una discusión teórica», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 393-433.
- «Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político», *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, núm. 9, 2009, pp. 13-33.
- *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- GARCÍA FIGUEROA, A., «Entrevista a Luigi Ferrajoli», en Carbonell, M. y Salazar, P. (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 515-536.
- GARCÍA SÁEZ, J. A., «El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli en Principia iuris», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2012), pp. 82-102.
- «Pacifismo jurídico», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 17, (2019), pp. 220-234.
- HAMILTON, A., Jay, J., y Madison, J., *El Federalista*, México, FCE, 2001.
- KALDOR, M., *Las nuevas guerras. La violencia organizada en la era global*, traducción M.ª Luisa Rodríguez Tapia, Barcelona, Kriterion Tusquets, 2001.
- KANT, I., *La paz perpetua*, Madrid, Espasa-Calpe, 1982.

- KELSEN, H., *La paz por medio del derecho*, traducción de Luis Echávarri, introducción de Massimo la Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2003.
- KOSKENNIEMI, M., *La política del derecho internacional*, introducción de Cristina García Pascual, traducción de J. A. García Sáez y Antonio Lastra, Madrid, Trotta, 2020.
- MANGAS MARTÍN, A., «Autorización del uso de la fuerza armada en Libia», *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 57, 201, pp. 1-7.
- MORESO, J. J., «Teoría del derecho y neutralidad valorativa», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 177-200.
- PISARELLO, G., «Introducción. El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli», en FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, edición de G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2004, pp. 11-24.
- PISARELLO, G., y DE CABO, A., «Guerra y derecho: el pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli», en Carbonell Sánchez, M y Salazar Ugarte, P. (coords.), *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 481-492.
- PORTINARIO, P. P., «Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 299-313.
- Preterossi, G., «*Principia iuris*. Entre la normatividad y poder: sobre el Estado constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 315-324.
- RAWLS, J., *The Law of Peoples with «The Idea of Public Reason Revisited»*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001.
- RUIZ MANERO, J., «Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIX, 2013, pp. 181-191.
- RUIZ MIGUEL, A., «Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita», *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 355-367.
- WALZER, M., «Prefacio a la tercera edición», en *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, traducción de T. Fernández de Aúz y B. Eguibar, Barcelona, Paidós, 1994.
- ZOLO, D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, traducción de E. Bossi, revisión de P. D. Eiroa, Madrid, Trotta, 2007.

Reconfigurar el derecho repensando al jurista:  
retos de la sociedad global digital y compromisos  
internacionales vinculantes<sup>1</sup>

*Reconfiguring the law re-thinking the jurist:  
challenges of the global digital society and binding  
international commitments*

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ<sup>2</sup>  
Universidad de Granada

**RESUMEN**

*El desarrollo de la sociedad digital está determinando una transformación de la realidad con impacto sobre todos los ámbitos: el económico, el social, el político y por ende, el jurídico. No en vano, la revolución digital obliga a hacer un replanteamiento general de los paradigmas de la ciencia jurídica, cuya lectura tiene que hacerse ahora al trasluz de esta nueva realidad. En paralelo, la urgencia de responder a los compromisos internacionales vinculantes adquiridos para apostar por sociedades inclusivas y modelos ciudadanos no excluyentes, obliga inexorablemente a la incorporación del principio del gender mainstreaming, solo entendible desde la metodología iusfeminista desde la que se gesta. Esto nos lleva a plantearnos de manera ineludible la relación entre el concepto de Derecho que regula (o debe regular) nuestra vida social e indivi-*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+iFEDER-Andalucía, B-SEJ-165-UGR18, Derecho antidiscriminatorio y Género: retos y desafíos contra las violencias de género y en el PID2019-108526RB-I00, Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del gender mainstreaming. Responsable principal: Juana María Gil Ruiz.

<sup>2</sup> Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada. [jjgil@ugr.es](mailto:jjgil@ugr.es)

*dual; el modelo de jurista-agente que lo conformará y legitimará con su acción u omisión y, en consecuencia, la necesidad de un pensamiento crítico y reflexivo, metodológico, axiológico y ontológico que reatreviese y retroalimente a ambos.*

*Palabras clave: Sociedad Digital. Filosofía del Derecho. Formación. Universidad. Jurista crítico. Concepto de Derecho. Gender mainstreaming.*

## ABSTRACT

*The development of the digital society is determining a transformation of reality with an impact on all areas: the economic, the social, the political and therefore the legal. Not surprisingly, the digital revolution forces us to make a general rethinking of the paradigms of legal science, the reading of which must now be done against the light of this new reality. In parallel, the urgency of responding to the binding international commitments acquired to bet on inclusive societies and non-exclusive citizen models, inexorably forces the incorporation of the principle of gender mainstreaming, only understandable from the iusfeminist methodology from which it is gestated. This leads us to consider in an unavoidable way the relationship between the concept of Law that regulates (or should regulate) our social and individual life; the jurist-agent model that will conform and legitimize it with its action or omission and, consequently, the need of a critical and reflective methodological, axiological and ontological thinking that attracts and provides feedback to both.*

*Keywords: Digital Society. Philosophy of Law. Training. University. Critical jurist. Law concept. Gender mainstreaming.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. – II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO EN LA ERA GLOBAL DIGITAL Y EL JURISTA HÍBRIDO. – III. NUEVOS RETOS EPISTEMOLÓGICOS PARA UN NUEVO HACER JURÍDICO. – IV. LA FORMACIÓN EN GÉNERO: UNA TAREA INELUDIBLE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

**SUMMARY:** I. PROBLEM STATEMENT. – II. CHARACTERISTICS OF LAW IN THE GLOBAL DIGITAL ERA AND THE HYBRID JURIST. – III. NEW EPISTEMOLOGICAL CHALLENGES FOR A NEW LEGAL DO. – IV. GENDER TRAINING: A INESCAPABLE TASK OF THE PHILOSOPHY OF LAW.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A veces, un ideario teórico –por muy prometedor y ambicioso que resulte– corre el riesgo de quedar relegado al «limbo de los buenos deseos» o, lo que es peor, convertirse en excusa insoslaya-

ble de posiciones ideológicas –economicistas– que, implementándolo a su manera, imponen su modelo de futuro<sup>3</sup> por encima de cualquier otra opción.

Creo que éste ha sido el caso del ideario «formativo» de Bolonia y su meta de consecución de un Espacio Europeo de Educación Superior. Aún recordamos las primeras declaraciones –tras la firma de la célebre y breve Declaración de Bolonia, de 19 de junio de 1999– de quienes fueron capaces de imaginar que este Espacio de Convergencia era posible y colocaban a la Universidad como uno de los grandes puntales de la sociedad del desarrollo y del conocimiento. Se pretendía que la creación del Espacio Europeo de Educación Superior<sup>4</sup> –que requería de un compromiso político de cooperación intergubernamental–, estuviera guiada por los valores europeos y fuera un espacio social y cultural. Asimismo, se valoraba la educación como un bien público y, en consecuencia, se instaba a la responsabilidad de los Estados en materia universitaria para obtener por medio de ella una mayor cohesión social y una mayor igualdad de oportunidades, teniendo como objetivo último el mejorar la calidad de vida y reducir la desigualdad. En definitiva, se pretendía conseguir, a través de la Educación Superior con mayúsculas, progresar en la Europa de los ciudadanos y ciudadanas, con la garantía de que éstos pudieran ejercer sus derechos y disfrutar de las ventajas de la integración europea.

Es cierto que la conveniencia de instaurar un espacio educativo común pretende: por una parte, perseguir el doble objetivo de lograr una mayor compatibilidad y cotejo de los sistemas nacionales de educación superior, y en segundo término, incrementar la competitividad del sistema de enseñanza superior europeo, potenciando su capacidad de atracción hacia el exterior. Sin embargo, estos buenos deseos, y el marco ideal de trabajo que es la Universidad, se han visto pertrechados de un conjunto de objetivos más economicistas, centrados en la mera homologación de títulos para facilitar la circulación de personas trabajadoras; la organización de estudios para el empleo; la reducción (y devaluación) de las licenciaturas a dos niveles (grado y postgrado) o tres ciclos<sup>5</sup>; y lo que entiendo más grave, el desinterés y abandono de disciplinas fundamentales para la formación integral del sujeto. A ello debemos sumarle, la impersonalización de una enseñanza virtual –que amenaza con imponerse– más aún tras el panorama de desolación –

---

<sup>3</sup> Al respecto, véase PÉREZ LUÑO, A.L., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Tébar, Madrid, 2007.

<sup>4</sup> Al respecto, véase SALOMÓN, L., DELGADO, A. M. y OLIVER, R., «La formación jurídica en el futuro contexto universitario europeo», en García San José, D. (Coord.), *Innovación docente y calidad en la enseñanza de ciencias jurídicas en el espacio europeo de educación superior*, Ediciones Laborum, 2007, pp. 25-45.

<sup>5</sup> Aunque la versión original en lengua inglesa distingue simplemente dos ciclos (*undergraduate* y *graduate*), en la práctica posterior se ha preferido hablar indistintamente de dos niveles (grado y posgrado) o de tres ciclos (grado, máster y doctorado).

también de conocimiento— que ha dejado la pandemia del covid19 y que obligará a «prescindir» de profesorado altamente preparado y plérgase a la uniformización del pensamiento digital<sup>6</sup>.

Los retos formativos que acometió Europa en su momento y que obligaba a las Universidades europeas a trabajar conjuntamente para conseguir objetivos de mejora y consolidación de la enseñanza superior en el viejo continente, parecen haberse desvanecido ante el ritmo marcado por el imperativo de la globalización económica que, a su vez, responde al marco de la globalización hegemónica<sup>7</sup> en el contexto de la sociedad digital.

En lo que a España se refiere, ésta continúa inmersa en este proceso de reforma de los planes de estudios universitarios conforme a las consignas demandadas por Europa, siguiendo criterios de armonización y modernización. De hecho, ya son muchos los años que llevamos de proceso de cambio y adaptación de unos estudios que, más parecen generar sombras y desconcierto que luces. En esta línea de preocupación, y en lo que a las Ciencias Jurídicas se refiere, el 8 mayo de 2015, se firmó en Barcelona la Declaración de la XXII Conferencia de decanas y decanos de las Facultades de Derecho en España respecto de tres temas que se consideran de crucial importancia para preservar la calidad de la titulación de Derecho en las universidades españolas; a saber: «a) sobre la necesidad de mantener el grado de Derecho en 240 créditos a raíz del Real Decreto 43/2015, de 2 de febrero; b) sobre la desvalorización del grado de Derecho en el proyecto estatal de equivalencias en el MECES; y c) sobre el examen de Estado de acceso a la profesión de abogado». Asimismo, considera absolutamente conveniente que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte adopte las medidas necesarias para que se garantice «una sólida formación jurídica, acreditar la adquisición de competencias jurídicas y armonizar el grado de Derecho con el actual sistema de acceso a la profesión de abogado y procurador».

Y no puede ser de otro modo, habida cuenta de que «Bolonia» ha supuesto, en realidad, para las Titulaciones Jurídicas, la devaluación de la formación jurídica, una suerte de «bachiller» de Derecho, falto de calidad y desnudo, curiosamente, de lo que debería ser una formación básica de solidez. La menor duración del primer ciclo no ha venido a enfatizar o subrayar los conocimientos que se consideran esenciales para poder entender y evaluar el fenómeno jurídico —más allá de cómo éste se concrete en el contexto de cada sociedad

---

<sup>6</sup> En este sentido, y en la línea de lo defendido por MORENO GONZÁLEZ, G., «El peligro de la docencia *online* como norma», en *eldiario.es*: «La excepción de la docencia *online* no puede convertirse en la norma tras la crisis sanitaria actual, al menos si queremos preservar el último reducto civilizatorio y motor de transformación social que constituye la Universidad». Consultable en [https://www.eldiario.es/contrapoder/peligro-docencia.online-norma\\_6\\_10212579911.html](https://www.eldiario.es/contrapoder/peligro-docencia.online-norma_6_10212579911.html)

<sup>7</sup> Al respecto, véase DE SOUSA SANTOS, B., *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014. Traducción de C. Martín.

contemporánea–, sino más bien la insistencia de contenidos de las asignaturas prácticas de la Titulación. Por no hablar de la inercia en «inventar» dobles titulaciones, reduciendo el tiempo de estudio, distrayendo al profesorado y al alumnado con exigencias burocráticas y excesos de trabajos «perseguidos» y coleccionando cursos, seminarios y créditos de libre configuración en una suerte de «invento curricular» polivalente. En definitiva, un disparate epistemológico y pedagógico para un profesional que reclama el mercado y que debe estar preparado para «resolver» que no para pensar, para adaptarse que no remover; en definitiva, para conformar que no imaginar universos mejores.

Pero este planteamiento formativo –supuestamente auspiciado por las demandas innegociables del mercado en el contexto de las sociedades contemporáneas digitales– resulta incompatible con la idea clásica de formación integral del sujeto, defendida por el modelo tradicional propio y heredado de la universidad alemana<sup>8</sup>. Todo parece indicar que la formación general, apuntando a la ciudadanía, la que antaño ocupaba a la Universidad<sup>9</sup>, –en un marco además de disminución de los presupuestos públicos destinados a la educación superior–, ha pasado a manos –por abandono y usurpación– de otras instancias socializadoras más *out*: las redes sociales, los medios de comunicación; y para las élites «profesionales», los conocidos centros de formación o escuelas de negocios privados que han aprovechado felinamente su oportunidad. La Universidad parece haber perdido el papel estelar que los artífices de la EEES tenían previsto originariamente para ella, siendo usurpado por otras instituciones privadas y no tan privadas<sup>10</sup>, en un terreno aún más abonado de docencia online y medios tecnológicos a distancia. Esto significaría reconocer –muy a nuestro pesar– que el nuevo rol de la Universidad en la actualidad quedaría limitado a mero expendedor de Títulos europeos que dirigidos al mundo del trabajo la reconvertiría en una rancia agencia de colocación de mano de obra maleable, en atención a las exigencias del mercado.

---

<sup>8</sup> En este sentido, el arquetipo educativo sería el *Bildung*, que incluye no solo la necesaria formación profesional especializada sino el crecimiento personal del individuo a través, incluso, de la propia ciencia. El individuo no se halla aislado, al margen del mundo, sino que se encuentra en contacto permanente con un entorno que puede verse fortalecido por el propio crecimiento personal del individuo en formación. Al respecto de esa idea alemana de *Bildung* en torno a los planteamientos educativos, véase ABELLÁN, J. «La idea de la universidad de Wilhem Von Humboldt», en De Oncina Coves, F. (Ed.), *Filosofía para la Universidad, Filosofía contra la Universidad (de Kant a Nietzsche)*, Dykinson, 2008, pp. 273-296.

<sup>9</sup> Ver DERRIDA, J., *La Universidad sin condición*, trad. Cristina de Peretti y Paco Vidarte, MínimaTrotta, Madrid, 2002.

<sup>10</sup> Me refiero, a modo de ejemplo, a la formación obligatoria que se viene impartiendo –alguno siguiendo un formato de máster habilitador– para la abogacía, por parte de los Colegios de abogados; o la impartida por la Escuela Judicial, previa a la especialización de la judicatura, entre otros.

Es cierto que el contexto global parece inclinarse por nuevas tendencias metodológicas y formativas y reclama de la Universidad<sup>11</sup> una renovación, una apuesta por los cambios laborales, sociales y tecnológicos propios de la nueva sociedad del conocimiento. Sin embargo, este renovarse, no se ha hecho –ni se está haciendo– desde un marco de trabajo de formación integral y de crecimiento madurativo a partir del conocimiento y el análisis, al que originariamente iba dirigido, sino desde el de la habilitación de técnicos al servicio de las demandas económicas, políticas y por ende, jurídicas de la globalización hegemónica. Esto supone la difuminación de lo que antes era el área más global de influencia de la esfera educativa-formativa, dirigida a la formación integral del sujeto, con las escuálidas exigencias meramente laborales. Ahora se educa para el mercado, o dicho de otro modo, el mercado educa a quien le interesa, y al modo y en la forma en que le interesa, ahora también virtual.

En esta línea y retomando la Declaración de la XXII Conferencia de decanas y decanos de las Facultades de Derecho en España de 2015 que solicita la intervención del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, ¿qué medidas garantizan la sólida formación jurídica, acreditan la adquisición de competencias jurídicas y armonizan el grado de Derecho con el actual sistema de acceso a la profesión de abogado y procurador?

Probablemente en esta última demanda se halle el punto de arranque de nuestra reflexión, que se desdobra, a su vez, en cuestiones múltiples; a saber:

¿De qué modelo de «abogado» se parte? ¿Cuáles son esas competencias jurídicas que requiere la profesión de «abogado y procurador»? ¿Qué se entiende por sólida formación jurídica? En definitiva, la pregunta que reatraviesa esta petición de intervención institucional tiene mucho que ver, centrándonos en el nudo de nuestra reflexión, con el sentido (o no) de la Filosofía del Derecho (y de su formación) en el contexto de una sociedad contemporánea, digital, globalizada y mercantilizada como la actual.

Así las cosas, y siguiendo el pragmatismo economicista, todo parece apuntar que la secuencia lógica para abordar la tan manida reforma universitaria debería partir de: en primer lugar, determinar qué modelo de jurista demanda el mercado en el contexto de las sociedades digitales y cuáles son las competencias que debería adquirir. En segundo lugar, qué papel le corresponde a los saberes jurídicos, y en especial a la Filosofía del Derecho –si es que tuviera alguno– en la

---

<sup>11</sup> En teoría, el Plan Bolonia exige que «Se debe dar prioridad a los valores éticos, al trabajo en equipo y a la movilidad, además de reducir las horas de clase e introducir el tiempo dedicado al trabajo personal en el cómputo de tiempos. Se pretende con ello crear una universidad de excelencia integrada en la sociedad y establecer una metodología de trabajo innovadora convirtiendo al alumnado en el centro del sistema».

conformación de este jurista-experto. En tercer lugar, la confluencia de los anteriores condicionará, por último, la consecuente apuesta por un concepto y una visión determinada del Derecho, como mera técnica de organización social.

Según ello, el mercado de esta sociedad digital decide y elige qué profesional le interesa para «solucionar» los problemas técnicos generados por un Derecho, hecho –y practicado– a la imagen y semejanza de quien ejecuta. Indiscutiblemente, –y según esto– postular un determinado tipo de jurista condiciona la presencia y el sentido de la reflexión filosófico-jurídica en la enseñanza del Derecho; y en consecuencia, la definición de Derecho que se abraza. Ello implica que la apuesta por un modelo de jurista experto informático, «ingeniero social» especializado y seleccionado por el propio mercado de trabajo, condicionará: la formación del mismo –centrado en solventar las disfunciones del sistema social imperante–; la irrelevancia de la Filosofía del Derecho por inútil; y su papel legitimador de un Derecho como mera técnica de organización social, algorítmico e indiferente al contenido de justicia que pueda o no albergar.

Sin embargo, cuando nos planteamos las razones que demandan la revisión de los planes de estudio, apelando a la necesidad de técnicos especializados ante la obsolescencia de la enseñanza tradicional, nos perdemos en disquisiciones dogmáticas y estériles –propias de la omnivisión economicista<sup>12</sup> del imperativo hegemónico globalizador– que terminan por eclipsar la que debiera ser la secuencia lógica, racional y humana de intervención. ¿Por qué no plantearse primero la idea de Derecho que se abraza; continuar con el modelo de jurista que lo haga posible; para terminar con la necesaria formación –destrezas, competencias, aptitudes– que debería impartirse a nuestro alumnado en las Facultades de Derecho?

No podemos olvidar, como señala Goldfard, que «El Derecho está concebido como una profesión porque está pensado para servir a un bien público. Entre las obligaciones que la profesión jurídica atribuye a los/as abogados/as está la de que trabajan para otorgar significado a conceptos como los de justicia, igualdad ante la ley, e igual acceso a la justicia. La integridad del sistema jurídico depende de que los abogados/as hagan esto»<sup>13</sup>.

Por lo tanto, el dilema, tal vez, se centre en si apostar por la libertad para decidir qué modelo de Derecho –en tanto que no existe una definición única y unívoca de Derecho– y de sociedad queremos; o si, por el contrario, optamos por dejarlo todo en manos del mercado

---

<sup>12</sup> En este sentido VATTIMO, G., en *De la realidad. Fines de la Filosofía*, Trad, Antoni Martínez Riu, Herder, Barcelona, 2013, se rebela contra el pensamiento único impuesto por el discurso económico imperante. En esta misma línea, remito a Pérez Luño, A.L., *op. cit.*

<sup>13</sup> GOLDFARD, P., «Back to the Future of Clinical Legal Education», *Boston College Journal of Law & Social Justice*, 2012, 32 (2), p. 302.

–y de sus nuevas herramientas algorítmicas–, único competente para marcar no solo las características de ese Derecho que le interesa, sino el perfil de jurista-agente que requiere para mantenerlo, ejecutarlo y legitimarlo.

Apostar por uno u otro condiciona, indiscutiblemente, el papel de la Filosofía del Derecho en la formación y conformación del operador del Derecho. Si quien decide es el mercado, la Filosofía del Derecho –y más la que incorpora un compromiso crítico– es, sin duda, inútil, irrelevante y tendenciosa. Si por el contrario, entendemos que debe ser la sociedad y los individuos que la componen quienes tomen las riendas de ese Derecho dirigido a la emancipación humana y reatravesado por la idea de justicia, el papel de la Filosofía del Derecho ocupará un lugar destacado e inagotable, en tanto que vivo en la búsqueda y garantía de un modelo social, jurídico, y político abierto, plural y amable para la ciudadanía. Como digo... todo es cuestión de decisión, pero sobre todo, de compromiso con la humanidad y sus derechos y libertades.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO EN LA ERA GLOBAL DIGITAL Y EL JURISTA HÍBRIDO

Justo es reconocer que el modelo de jurista que venimos potenciando desde las Facultades de Derecho en la actualidad, ni siquiera es un arquetipo bien conformado, ya sea pensando en el tradicional jurista dogmático o en el denominado jurista tecnocrático. Es una mezcla dantesca de una antigualla del siglo XIX –pues bebe de los presupuestos teóricos del pensamiento jurídico decimonónico– y de la superficialidad técnica de un jurista abocado a un mercado que le exige malearse (sin plantearse grandes dilemas) al quehacer diario. El jurista que se enseña en las Universidades, lamentablemente, es un hijo lastrado de un tiempo pasado y de otro que corre veloz y superficial tras la consecución de Títulos, másters, cursos, habilidades, competencias, destrezas... que le permitan travestirse y resistir a las demandas de un mercado exigente globalizado –precarizante– y alienador<sup>14</sup>.

Según esto, el Derecho, transmitido y fortalecido desde nuestras Facultades de Derecho– es –y continúa siendo, pese a los visos de modernidad– un dogma cuyo sentido y valor hay que comprender y, en su caso, adaptar, respetando su esencia, a las circunstancias socia-

---

<sup>14</sup> El jurista se convierte de este modo, no solo en víctima sino en agente, «al servicio de la reproducción de la sociedad industrial avanzada, con menos costos sociales, con menos riesgos, más funcional, en definitiva», *vid.* SAAVEDRA, M., y MARESCA, M., «Sobre la ciencia jurídica dominante en las Facultades de Derecho: la crisis de la reforma», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1980-81, núms. 20 y 21: La crisis de las Facultades de Derecho, p. 93. Reeditado en el número especial aniversario, ACFS: Uno de 50, Granada, 2016.

les y a su evolución histórica. Y en esta enseñanza académica del Derecho, es precisamente el Derecho lo que se pierde en aras de la ley, siendo más importante el texto que los principios y se recurre a categorías y conceptos en la medida en que permiten al jurista operar más fácilmente con el texto positivo.

La doctrina sigue siendo la vía de acceso a los textos legales, o siendo más rigurosos, es la vía de acceso a una aplicación intachable de los mismos, no siendo posible la innovación de posibles respuestas jurídicas, ni el juego de los principios y las normas, en buena medida por la sacralización de la ciencia jurídica y el desconocimiento de lo que es el Derecho como realidad ontológica. Y aquí descansa buena parte de los actuales problemas generados por las denominadas «sentencias lamentables» o pronunciamientos judiciales controvertidos, que no son más que el torpe pensar y reflexionar en torno al Derecho y su aplicación centrado en el mero texto de la ley y su sistematización conceptual, y al empeño en no revisar postulados de una ciencia jurídica que se erige como incuestionable tras tantos siglos de existencia ininterrumpida y reforzada.

Pero no es menos cierto que el Derecho, en las sociedades contemporáneas, se presenta en la actualidad con unas especiales características que merecen ser destacadas y que reclaman un nuevo profesional del Derecho y, en consecuencia, una formación específica para cubrir tales necesidades. Algunas de éstas tienen que ver con el proceso complejo de globalización de la economía y el consecuente desbordamiento de las fronteras estatales. Junto a la aparición de nuevos sujetos jurídicos a nivel internacional –grandes corporaciones, multinacionales, organizaciones no gubernamentales–, muchas de las tradicionales funciones regulativas del Estado no pueden realizarse sin la colaboración, cooperación y coordinación internacionales. Esto significa que, al mismo tiempo que se produce una globalización de la economía, se está generando una globalización de los problemas jurídicos actuales. Este fenómeno de globalización jurídica evidencia que vivimos en un mundo más integrado jurídicamente, y en el que las políticas legislativas y los conflictos jurídicos no pueden plantearse sino en términos globales, en buena medida por su incommensurabilidad.

La propia Agenda Mundial 2030 para el Desarrollo Sostenible deja clara la necesidad y el compromiso de trabajar a nivel jurídico y político conjuntamente para conseguir el mayor desafío del mundo en la actualidad, la erradicación de la pobreza, sin dejar a nadie atrás. No en vano, los Estados miembros de las Naciones Unidas comprometidos con un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, y con la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia, «estamos resueltos a poner fin a la pobreza y el hambre en todo el mundo de aquí a 2030, a combatir las desigualdades dentro de los países y entre ellos, a construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, a proteger los derechos humanos y promover la igualdad entre los género y el empo-

deramiento de las mujeres y las niñas, y a garantizar una protección duradera del planeta y sus recursos».

En paralelo, la sociedad digital está determinando una transformación de la realidad con impacto sobre todos los ámbitos: el económico, el social, el político y por ende, en el jurídico. La revolución digital obliga a hacer un replanteamiento general de los paradigmas de la ciencia jurídica, cuya lectura tiene que hacerse ahora al trasluz de esta nueva realidad. Las posibilidades para un nuevo tipo de gobernanza, el descubrimiento de nuevos roles para las reglas jurídicas, las modulaciones de la legitimidad y del principio democrático, especialmente con ocasión de injerencias por las plataformas que administran las redes sociales, el papel de la sociedad digital en la generación, transmisión e incluso la aplicación del Derecho, o el descubrimiento de modelos satisfactorios para la toma de decisiones públicas o para la potenciación de la igualdad real son algunas de las cuestiones que obligan a hacer una reconstrucción científica de los nuevos paradigmas de la ciencia jurídica ante los retos de la sociedad digital.

También es cierto que la legitimación formal del Estado liberal fue sucedida por la legitimidad material de un Estado Social que reclama la intervención para la realización de determinados intereses económicos y sociales, lo que ha producido sin duda una politización explícita de la legislación estatal. El Derecho ha perdido la aureola de la autonomía y es cada vez más visto como protector de intereses particulares, en tanto que garante material de igualdad en las condiciones de vida ciudadanas, aunque ello suponga un incremento significativo de la intervención. No en vano, tanta intervención estatal marca otra característica más del panorama jurídico en el contexto de las sociedades contemporáneas que debe tenerse en cuenta. Hablamos de una enorme profusión de disposiciones legislativas, una enorme marea legislativa que identifica un complejo proceso de juridificación creciente de la vida social e individual. Y todo ello requiere de juristas expertos instruidos en áreas no recogidas en la formación académica tradicional centrada en derredor de los grandes códigos generales del siglo XIX. Ahora hablamos de una nueva era, aquello que ya Irti calificara de edad de la descodificación<sup>15</sup>: una floración atropellada y multiforme de disposiciones legislativas –que diría Laporta<sup>16</sup>–, un sinfín de reglamentos e incontables planes de especial relevancia social, económica, cultural y política que superan vertiginosamente y con creces a las tradicionales leyes nacidas con vocación de duración y estabilidad, para sempiternizarse en el tiempo.

Pero curiosamente, un instrumento de limitación de la libertad –como es el Derecho, con poder legítimo para imponerse– que además crece de manera desorbitada exigiría «teóricamente» un jurista

---

<sup>15</sup> Vid. IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992.

<sup>16</sup> LAPORTA, F., «Notas sobre el estudio y la enseñanza del Derecho», *Sistema*, núms. 24-25, 1978, p. 111.

que reflexionara sobre el sentido del Derecho, el porqué de su intervención, la ambivalencia y dicotomía entre la garantía de la libertad y la privación de libertad, el papel que debe ocupar el Estado en la protección y salvaguarda de los derechos y libertades ciudadanas; en definitiva, responder a la pregunta de si dicha intervención –in crescendo– garantiza mayores niveles de justicia o si, por el contrario, solo contribuye a burocratizar una realidad –separada y alejada de la ciudadanía– densificando el fenómeno jurídico.

Y ello debe ser así porque tanta intervención jurídica –tanta intromisión estatal en las distintas esferas del individuo– ha generado efectos positivos<sup>17</sup>, pero también negativos<sup>18</sup>. Qué duda cabe que el Derecho ha servido y sirve para regular conflictos y posibilitar que la convivencia sea real y efectiva, acogiéndonos a una dimensión funcional del Derecho en sentido amplio; pero también es cierto que la colonización jurídica parece invadir de manera imparable campos antes regidos por la autonomía individual anulando, en consecuencia, espacios de privacidad.

La respuesta «popular» a dichas cuestiones responde a la crisis del Derecho en nuestros días, y a la crisis del tan vapuleado Estado de Bienestar. La ciudadanía ha comenzado a desconfiar del mecanismo jurídico asumiendo la máxima de que tanto Derecho –como el de nuestros días– no ha garantizado, sino todo lo contrario, mayores niveles de justicia. Hablamos de un generalizado descreimiento en el Derecho que califica al Derecho, no como un instrumento de justicia, sino como un elemento de poder de minorías financieras –oligárquicas– que lo tienen a su servicio. Y este descreimiento en el Derecho se manifiesta en un doble proceso: el desencantamiento y el desencanto del Derecho. Como en el cuento de la Cenicienta, nada es en realidad lo que parecía ser. Ni el Derecho es lo que decían que era –una realidad normativa y moral al servicio de la Justicia (desencantamiento)–; sino que además, no solo no sirve a la justicia, sino que es gravemente ineficaz para servir a la justicia (desencanto). En definitiva, la deseable y deseada realidad normativa y moral al servicio de la justicia ha perdido su halo mágico y se ha convertido en la calabaza del Poder político e ideológico. En consecuencia, el Derecho, como forma de control social ha comenzado a perder terreno a favor de otras formas de ordenación de la vida social, más sutiles y dulces, pero con fre-

---

<sup>17</sup> De cualquier manera, si el exceso del Derecho suscita cierto desasosiego, no es menos cierto que la ausencia de éste abandona al altruismo de las partes, asuntos, derechos e intereses que deberían estar protegidos por el ordenamiento jurídico. Un buen ejemplo de la importancia de esta intervención jurídica lo encontramos en la génesis del Derecho del Trabajo como protector de los intereses de la clase trabajadora frente a los excesos del empresariado; o el tratamiento de la violencia de género en el contexto de pareja, incorporado en nuestro acervo jurídico no hace demasiado tiempo.

<sup>18</sup> En esta línea se posiciona J. HABERMAS en su conocida obra *Teoría de la acción comunicativa II*, Taurus, Madrid, 1987.

cuencia más totalizadoras<sup>19</sup>, que dejan al individuo abandonado a un mayor grado de indefensión.

Tampoco podemos olvidar que, en términos generales, la gobernanza –y más en el contexto de la sociedad digital– está relacionada con la pérdida de la centralidad del Estado y con la diseminación de los poderes normativos y regulatorios que caracterizan la fenomenología político-institucional que acompaña a la globalización<sup>20</sup>.

Luego todo este panorama pone en jaque al Derecho con mayúsculas, y yo diría al propio Estado –democrático– de Derecho y debería situarnos en un estado de alerta para blindar lo que debería ser como realidad ontológica, más allá de los requerimientos de un mercado que apela a la desregulación estatal, en pro de su propia jurisdicción. No olvidemos el poder adquirido por otros canales –«informativos» o «culturales»– que amenazan a la justicia y a la libertad; y el consecuente afán de ciertas minorías oligárquicas por apoderarse de su control, en un marco de desarrollo digital. De hecho, cada vez es mayor la preocupación por la influencia negativa que las redes sociales pueden tener sobre los procesos democráticos y por la lesión que pueden generar a los derechos fundamentales. Conocemos el poder de las plataformas que gestionan las redes sociales, su influyente manipulación y generación de cambios culturales, la fabricación de *fakes news* y su incidencia en la política<sup>21</sup> y en el derecho.

Pero como diría la experticia computacional, partiendo de su creadora Ada Lovelace<sup>22</sup>, no hay nada más obediente que un algoritmo; el algoritmo no decide, computa. Siendo así, lo propio sería

<sup>19</sup> Al respecto, véase FOUCAULT, M., *Microfísica del Poder*, traducido por J. Varela y F. Álvarez-Uría, ediciones La Piqueta, Madrid, 1978, así como Vigilar y Castigar, Siglo XXI, Madrid, 1986.

<sup>20</sup> Al respecto, véase DE JULIOS CAMPUZANO, A., «El paradigma jurídico de la globalización», en BELLOSO MARTÍN, N. y DE JULIOS CAMPUZANO, A., *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 49-75.

<sup>21</sup> Al respecto, y a modo de ejemplo, recientemente, el 16 de abril de 2020, y con motivo de la avalancha de *fakes news* en torno al coronavirus, la Guardia Civil cursó instrucciones desde el Estado Mayor a todas las comandancias para confeccionar un informe monográfico sobre las actuaciones de ciberseguridad del Instituto Armado vinculadas al Covid-19. Para poder confeccionar éste, y con bastante polémica del todo conocida, se ordenó recopilar la «identificación, estudio y seguimiento en relación con la situación creada por el Covid-19 de campañas de desinformación, así como publicaciones desmintiendo bulos y *fakes news* susceptibles de generación de estrés social y desafección a instituciones del Gobierno». Posteriormente, el ministro de Interior desmintió estos términos –también esgrimidos por quien fuera Jefe del Estado Mayor de la Guardia Civil, el general José Manuel Santiago, en su comparecencia del 20 de abril de 2020– entendiéndose que este informe se centraría «en *fakes news* susceptibles de generación de estrés social y desafección a instituciones del Estado».

<sup>22</sup> La mujer que concibió el primer algoritmo, Ada Lovelace (1815-1852), primera programadora de ordenadores afirmó en el informe citado por el matemático Alan Turing, generador de las bases del sistema informático: «La Máquina Analítica no pretende crear nada. Puede realizar lo que nosotros sepamos mandarle». *Vid.*

que las instituciones y organizaciones destinadas a trabajar con algoritmos en sus procesos de producción y comercialización, lo hicieran respetando una serie de principios básicos. No en vano, en 2017, la Association for Computing Machinery (ACM) centró las claves en: configuración ética para evitar sesgos perjudiciales; la validación y testeo para evitar discriminaciones; la información pública para evitar los datos de tercera generación que ni siquiera la persona afectada conoce (derecho al olvido); la accesibilidad y posibilidad de uso del *panic button* para cesar el servicio; y por supuesto, la auditoría y rendición de cuentas de su gestión para evitar vulneraciones graves de derechos humanos (sexismo, discriminaciones, protección de menores...). En palabras de Cathy O’Neil<sup>23</sup>, «La gente suele pensar que (los algoritmos) son objetivos, verdaderos y científicos, pero es un truco de marketing. Todos tenemos prejuicios, y por eso se puede codificar el sexismo o cualquier otro tipo de fanatismo».

El tema se complica además cuando hablamos de la responsabilidad algorítmica que condiciona el contenido de la información y, en consecuencia, predispone la inclinación popular hacia la votación de determinados partidos políticos; la necesidad de formación y de códigos de conducta éticos vinculantes; la responsabilidad del programador vs. las órdenes del poder económico; o, como no, la intervención imparable de la jurismática registral, operacional y decisional con la pretensión de que la máquina resuelva por sí misma problemas jurídicos, lo que supondría el fin de la independencia judicial controlado por los poderes oligárquicos económicos e ideológicos.

Ante este panorama y pese a ser obvia la necesidad de apostar por un modelo de jurista pensante, crítico y reflexivo, que entienda y persiga al Derecho como instrumento de transformación social –que no mera técnica de organización social– y de camino refuerce el sentido y valor del vapuleado Estado de Derecho, intentando establecer mecanismos que permitan controlar el poder de los grandes agentes globales que gestionan las redes sociales y promover una relación productiva y positiva entre redes sociales, democracia y derechos, curiosamente se opta por un nuevo profesional –gestor informático– que debe adaptarse y reciclarse para responder a las demandas sociales y económicas más diferenciadas y específicas. Y esto es así, porque todas estas transformaciones sociales, políticas y económicas requieren de nuevas formas jurídicas y de nuevos profesionales que las hagan funcionar, legitimándolas. Cuanto más anticuadas se encuentren las instituciones jurídicas, más imprescindible se hará la

---

TURING, A., *¿Puede pensar una máquina?*, disponible en: <http://www.librosmaravillosos.com/puedepensarunamaquina/indez.html>

<sup>23</sup> O’NEIL, C., *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Madrid, Capitán Swing, 2017.

función técnica de mediación del jurista: una suerte de «consultor economista», «analista de política pública» y de «científico informático del Derecho», entre otras habilidades.

Se pretende, pues, que el jurista aprenda una pericia técnica profesional que no vaya más allá de la racionalidad instrumental del sistema social vigente, pues no se atenderá apenas al estudio de aquellos elementos de la Teoría social y política que constituyen los parámetros del enjuiciamiento crítico del Derecho. De este modo, la reforma de la enseñanza sigue centrada –y empeñada– en una estricta «especialización<sup>24</sup> que forme juristas competentes para la gestión de la empresa y de la administración en sus distintos sectores, que elimine materias disfuncionales del sistema, (y) que incorpore a la enseñanza del Derecho otro tipo de saberes tradicionalmente enmarcados dentro de las Ciencias económicas y sociales»<sup>25</sup> y ahora también de las Ciencias informáticas y de la computación. Está claro ante este panorama que el futuro de la Filosofía del Derecho estaba condenado al ostracismo, de la misma manera que se atisbaba un horizonte próspero para el Derecho administrativo, el Derecho Mercantil o el Derecho Comunitario Europeo que no en vano gozan de un inmejorable estado de salud.

En las actuales circunstancias parece que la crítica jurídica solo puede tener lugar como puro ejercicio de una razón instrumental dirigida a mostrar y corregir la ineficacia o disfunciones sociales del Derecho. Se trata de una «crítica» que puede interesar a un jurista nada comprometido políticamente –aun cuando su acción tenga consecuencias políticas–, centrado en el interés técnico de operatividad de la ley; pero no al profesional centrado en el interés práctico por la emancipación humana. Optar por una formación u otra repercutirá en el modelo de jurista que se elija, y en consecuencia en el concepto de Derecho que se abrace, retroalimentándolo y retroalimentándose.

En palabras metafóricas kantianas: «Una vez que la Naturaleza, bajo esa dura cáscara ha desarrollado la semilla que cuida con extrema ternura, es decir, la inclinación y vocación al libre pensar; este hecho repercute gradualmente sobre el sentir del pueblo (con lo cual éste se va haciendo cada vez más capaz de la libertad de actuar) y, finalmente, hasta llegar a invadir a los principios del gobierno que encuentra ya posible tratar al hombre, que es algo más que una máquina, conforme a su dignidad»<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Este mal endémico de especialización técnica no solo afectará a la enseñanza universitaria reglada, sino que se extenderá a los másters o cursos especializados impartidos por profesionales –de mayor o menor prestigio– que crecen de manera desorbitada –y degenerada– en nuestro panorama formativo.

<sup>25</sup> Vid. SAAVEDRA, M., y MARESCA, M., *op. cit.*, p. 93.

<sup>26</sup> Vid. KANT, I. (1784), «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?», en AA.VV., *¿Qué es la Ilustración?*, Tecnos, Madrid, 1993, 3.<sup>a</sup> edición, p. 25.

### III. NUEVOS RETOS EPISTEMOLÓGICOS PARA UN NUEVO HACER JURÍDICO

Pero en la implantación del modelo de EEES no ha sido éste el único descalabro a tener en cuenta. Junto a él, debe destacarse la carencia de presupuestos públicos que acompañan al espíritu de la Declaración y, la omisión de algo que es de capital importancia, aunque haya pasado de puntillas en el análisis del fracaso de su implementación. La implantación del proceso de Bolonia olvidó la necesidad de incluir contenidos europeos o de articular enseñanzas que contribuyeran a socializar a la ciudadanía europea, mirando a la necesidad de alimentar valores e intereses comunes para toda Europa. Y precisamente este importante olvido tiene que ver con la necesidad urgente de activar la enseñanza desde el pensamiento crítico –iusfeminista– que acompaña a la Filosofía del Derecho e incorporar una nueva visión del Derecho para transformarlo.

No en vano, Europa hizo suyo uno de los compromisos internacionales asumidos en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, que sin duda supone un antes y un después en la manera de entender el fenómeno jurídico, así como en el planeamiento de políticas institucionales que permitan la consecución de la igualdad efectiva ciudadana. En la misma se invitó a todos los gobiernos y a los demás agentes a integrar la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) –como corriente principal– en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos y analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones. Este compromiso forma parte de la ardua evolución por la que se ha ido pasando en el reconocimiento de derechos de las mujeres, como ciudadanas con mayúsculas, y no como mero addenda a un sistema jurídico pensado desde el origen en su exclusión. Este reconocimiento supone admitir que la plantilla de lo humano quedaba limitada a las reivindicaciones, demandas e intereses de los iguales, versus las reivindicaciones de las otras, ausentes de los estándares sobre los que se construyen los derechos, y no gestionables «incorporando» a éstas en el modelo liberal de derechos. De este modo, el principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, principio jurídico universal, ha pasado a integrarse como objetivo en todas las políticas y acciones de la Unión Europea y sus Estados miembros, desde que entrara en vigor el Tratado de Ámsterdam.

Este objetivo se hace especialmente relevante en el contexto de la sociedad global digital en la que nos encontramos inmersos y donde las mujeres no se encuentran bien posicionadas. Los sesgos de género<sup>27</sup> en los algoritmos, previo incluso a la recolección de datos, deja

---

<sup>27</sup> Para más información al respecto, véase MAFFIA, D., «Sesgos de género en la Inteligencia Artificial», en MAFFIA, D., *et al.*, *Intervenciones feministas para la Igualdad y la Justicia*, Editorial Jusbares, 2020, pp. 319-336.

fuera a muchas mujeres y a una parte importante de la población menos rica. Tal y como asevera el viejo adagio en informática *garbage in, garbage out* (si metes datos basura, obtienes basura), «si no metes a las mujeres en los datos, no hay mujeres en el análisis, no existen»<sup>28</sup>. Esta ginopia de la inteligencia artificial perjudica claramente a las mujeres, en tanto que ciudadanas, pues ni se parte de ellas ni se piensa en ellas, tanto en el diseño, como en las consecuencias y costos que implicará la falta de mujeres científicas, la carencia de un pensamiento intersectorial detrás de los algoritmos, y el no cuestionamiento de éstos –por entenderlos neutros– sempiternizando, a través de la sociedad digital, los valores y exclusiones patriarcales. Por eso, tal y como se expresa Andrew Selbst, «Corregir la discriminación en los sistemas algorítmicos no es algo que se pueda resolver fácilmente. Es un proceso continuo, al igual que la discriminación en cualquier otro aspecto de la sociedad»<sup>29</sup>.

Con este principio de *gender mainstreaming* arriba referido, se pretende evitar, pues, que una medida jurídica y/o política –aun formalmente igualitaria– pudiera, a la hora de aplicarla, cercenar o minimizar los derechos de las mujeres, como ciudadanas, en el marco de un Derecho pensado tradicionalmente desde su exclusión. En este sentido, además «la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó una Comunicación<sup>30</sup> sobre transversalidad *mainstreaming* –introduciéndola en el Tratado de Ámsterdam (1997)– como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género –de manera principal– en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una Guía<sup>31</sup> para la Evaluación del Impacto en Función del Género diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias»<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Al respecto recomiendo la lectura de DÍAZ MARTÍNEZ, C., y DÍAZ GARCÍA, P., «Hombre es a mujer como inteligencia es a lucirse. Los big data y la desigualdad de género», en MAFFIA, D., *et al.* (comp.), *op. cit.*, pp. 297-318.

<sup>29</sup> Vid. SELBST, A., et al., «Fairness and Abstraction in Sociotechnical System», en *AT 19: Abstract de la Conferencia sobre Justicia, Responsabilidad y Transparencia*, Nueva York, 2019. Disponible en <https://dl.acm.org/citation.cfm?id=3287598>

<sup>30</sup> Comunicación «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996.

<sup>31</sup> Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género, de la Comisión Europea, 1998.

<sup>32</sup> Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, del 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno. La información entre guiones e incorporación de notas informativo-jurídicas son mías.

Este compromiso con la igualdad efectiva intergéneros, por lo tanto, ha pasado a formar parte de una de las prioridades de la agenda política europea, integrándose en su acervo comunitario que reatraviesa desde el Tratado de Ámsterdam (art. 3.2)<sup>33</sup>, hasta el Tratado de Lisboa (art. 8)<sup>34</sup>, sin olvidarnos de Directivas de significativo interés<sup>35</sup> al respecto, que obligan a los Estados parte a trasponer lo suscrito en tanto que objetivo prioritario de la Unión Europea. El objetivo de promocionar la igualdad entre hombres y mujeres y de perseguir la discriminación se eleva, pues, a prioridad global hasta el punto de condicionar el conjunto de Políticas Comunitarias, con lo que el fin de la igualdad no se alcanzará a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones y confirma el mayor rango de protección europeo por razón de género frente a otros cortes sistémicos<sup>36</sup>. Y, no puede ser de otro modo siendo coherentes con el Tratado de la Unión (Lisboa, 2009) y con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea –que hace suya en su artículo 6.1– que establece (artículo 23 de la Carta) que «la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución» y que «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

En paralelo, y reforzando el avance de este nuevo enfoque jurídico, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada por la Asamblea General de la ONU, marca 17 objetivos claros, interrelacionados, que exigen partir de la Igualdad de Género como eje vertebrador y fundamental para conseguir el desafío temporal-internacional pactado: la erradicación de la pobreza. Pero, como bien indica el propio Secretario General de la ONU, «mientras las mujeres no gocen de empoderamiento económico y social en el mundo laboral, en el hogar y la comunidad, el crecimiento no será inclusivo y no lograremos erradicar

---

<sup>33</sup> Artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam: «En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

<sup>34</sup> Artículo 8 del Tratado de Lisboa: «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

<sup>35</sup> La Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), en su artículo 29 afirma: «Transversalidad de las perspectiva de género: Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como las políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva». DOUE-L-2006, 81416.

<sup>36</sup> En este sentido, repárese en el artículo 157 del TFUE *versus* el artículo 19 del mismo Tratado.

la pobreza»<sup>37</sup>. En consecuencia, el principio del *gender mainstreaming*, principio vinculante abrazado por todos los países que hicieron suyos los acuerdos alcanzados en la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres en Beijing, reatraviesa (y ha de reatravesar) cada uno de estos objetivos a los que deben dirigirse todas las medidas legislativas y de acción política adoptadas por éstos en un futuro inmediato. Y la fundamentación última de esta responsabilidad deriva de considerar la Igualdad como «un derecho humano compuesto por distintos elementos: la igualdad como igualdad sustantiva o de resultados, la igualdad como discriminación y la igualdad como responsabilidad estatal»<sup>38</sup>, superando su mera visión como principio sistémico.

El legislativo español, en esta línea de trabajo impulsada por las demandas internacionales y europeas, ha apostado recientemente por un nuevo Derecho antilibertador que debe incorporar –como no puede ser de otro modo– la perspectiva de género, de manera transversal y principal. Pero esto supone una nueva forma de hacer Derecho y de pensar el Derecho; y desde luego, no se intuye, sino que requiere de la obligada formación en género que debe venir –como no puede ser de otro modo– de manos de la Teoría Crítica –iusfeminista– del derecho que fue quien la gestó. Y es que este nuevo hacer jurídico –el nuevo Derecho antidiscriminación y antilibertador– exige romper con una estructura de trabajo primitiva y desfasada de funcionamiento del fenómeno jurídico, aún incorporada dogmáticamente por las Facultades de Derecho. Se exige revisar, tras haber sido reconceptualizados, los criterios básicos de igualdad que maneja, tradicionalmente acuñados desde Aristóteles en el pensamiento occidental; y de discriminación –centrada en un contexto individual, que no estructural y grupal–, y eso incorpora un plus de dificultad especialmente relevante.

Y esto es así porque este esquema de trabajo partirá de un modelo de ciudadanía abierto, inclusivo y plural (reatravesado por los distintos cortes sistémicos), y por el consiguiente –y valiente– reconocimiento explícito de que el marco jurídico y social existente, se ha dejado fuera a más de la mitad de la ciudadanía, que no colectivo. No se puede seguir poniendo parches a una estructura gravemente defectuosa, pensada y sustentada sobre los intereses, demandas y reivindicaciones de una parte de la ciudadanía, proyectando, parte de su sombra, al resto excluido. Y ante esta situación de exclusión estructural, el Derecho no puede responder con «betadine» jurídico que en ningún caso serviría para erradicar el cáncer estructural de partida, sino con medidas deconstructivas que vengan a explotar la estructura históricamente solidificada y legitimada por él mismo.

---

<sup>37</sup> Ver Prólogo de António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, en el Informe sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2018. Accesible en [www.unwomen.org](http://www.unwomen.org)

<sup>38</sup> Vid. FACIO, A., 2014, *La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad*, Colección Reflexiones contemporáneas, México, 2014, p. 19.

Sin duda se trata de una ardua y vasta tarea que acabamos de acometer desde el Derecho<sup>39</sup> y desde el pensamiento crítico del Derecho<sup>40</sup> y que centrado en la transversalidad de género como corriente principal (*gender mainstreaming*), parte de dos axiomas fundamentales: el primero descansa en el reconocimiento de la masculinidad del ordenamiento jurídico que obliga, en consecuencia, a su revisión crítica<sup>41</sup>; y el segundo, en la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria, basados en el sexo, a los fines de la igualdad de género, lo que compele a una revisión global del Derecho y a la apuesta por un nuevo Derecho antisubdiscriminación. A este respecto, y en palabras de M.A. Barrère, «dos líneas estratégicas de revisión merecen particular atención. Una, que exigiría un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación (basado en la diferencia de trato) al de subordinación (basado en la diferencia de status). Otra, que exigiría una ampliación del concepto hegemónico de acción positiva que no se viera reducido a la igualdad de oportunidades»<sup>42</sup>.

Sin embargo, estas –y otras– cuestiones siguen sin abordarse de manera normalizada desde las Facultades de Derecho, ni parece preocupar su formalización –desde la calidad– en un momento de revisión del currículo formativo del alumnado, que posteriormente repercutirá en el hacer de los operadores jurídicos<sup>43</sup>. Y ello, pese a que el proceso

<sup>39</sup> RUBIO, A., «De la Igualdad Formal al Mainstreaming», en *Políticas de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres de la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administraciones Públicas y Consejería de Justicia, Sevilla, 2003, pp. 9-36.

<sup>40</sup> En este sentido, el término antisubdiscriminación ya cuenta con una importante acogida por parte de la doctrina jurídico-política, lo que avala que se renombre de este modo al nuevo modelo de Derecho antidiscriminatorio. Merecen destacarse las aportaciones de Barrère Unzueta, Gil Ruiz, Rubio Castro, Morondo, Rodríguez, La Spina o De la Cruz-Ayuso, entre otras.

<sup>41</sup> Al respecto, véase el reputado artículo de SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en Larrauri, E., (Comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994, pp. 170 ss., donde identifica las tres fases o estadios por los que ha atravesado el pensamiento feminista crítico del Derecho. El primero de ellos se sitúa en la afirmación «El Derecho es sexista»; el segundo destaca que «El Derecho es masculino» y, finalmente, un tercer estadio que argumenta que «el Derecho tiene género». En esta línea, y centrado en un contexto de Violencia de género en la relación de pareja, me permito el reenvío a algunos de mis trabajos: GIL RUIZ, J. M., «The Woman of Legal Discourse: a contribution from the Critical Legal Theory», *Quaestio iuris*, vol. 8, núm. 3, Río de Janeiro, 2015, pp. 2114-2148, DOI: 10.12957/rqi.2015.18806; «La Violencia de Género en el contexto familiar y la agresión de la Ciencia Jurídica», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. III, Beiheft Nr 108, 2007, pp. 201-212; «Derechos humanos, Violencia de Género y maltrato jurídico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXI, 2005, pp. 53-81; o «La violencia jurídica en lo privado: un análisis desde la teoría Crítica», *Directos & Deveres, Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Halagoas*, Maceió-Alagoas, núm. 2, 1998, pp. 29-66.

<sup>42</sup> Vid. BARRÈRE, M. A., *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubdiscriminatorio*, Ediciones Olejnik, 2019, p. 39.

<sup>43</sup> Tal y como se recoge en el apartado II, punto 13 de la Recomendación General de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, de 23 de julio de 2015, «(...) la falta de acceso a un asesoramiento letrado de calidad, competente en cuestio-

de implantación de Bolonia insistía en la importancia de incluir contenidos y enseñanzas que contribuyeran a socializar a la ciudadanía europea, mirando a la necesidad de alimentar valores e intereses comunes para toda Europea, con el objetivo último de mejorar la calidad de vida y reducir la desigualdad. Por el contrario, el desconocimiento de este nuevo hacer jurídico y de la necesaria formación en género que debieran incorporar nuestros agentes jurídicos, está suponiendo la disolución del sentido y fuerza del principio del *gender mainstreaming* como dinamizador de un nuevo marco jurídico y político, con consecuencias «difuminadoras» y, a su vez, legitimadoras del *statu quo* que debiera erradicarse.

Y esto es así, porque la consagración expresa de este principio supone la asunción lógica de todas sus consecuencias: la universalidad de la igualdad y la integración de la dimensión de género. En cuanto a la primera, hablamos no solo de una universalidad subjetiva que afecta a todos los Poderes Públicos, sino objetiva, dirigida a todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico. Hablamos también de que este compromiso en otro hacer jurídico y político –que supone la integración de la dimensión de género– reatraviesa tanto al Poder Legislativo, como al ejecutivo y judicial, y les obliga a aceptar de manera férrea nuevos parámetros que cambiarán desde la técnica legislativa<sup>44</sup>, requiriendo Informes de Impacto de Género *ex ante* debidamente contrastados, hasta su efectiva fiscalización judicial, en caso de no incorporarlos con las garantías que requiere el mismo.

Hablamos también de la necesidad de integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas –tal y como reza el artículo 4 de la LOIMH– en tanto que principio informador–ahora «explícitamente» recogido<sup>45</sup>– en el ordenamiento jurídico, potenciando

---

nes de género, incluida la asistencia jurídica, así como las deficiencias que se suelen observar en la calidad de los sistemas de justicia (por ejemplo, decisiones o sentencias que no tienen en cuenta el género debido a una falta de entrenamiento, demoras y la longitud excesiva de los procedimientos, la corrupción, etc.), son todos factores que impiden a la mujer el acceso a la justicia. Por lo tanto, una justicia de calidad requeriría –apartado II, punto 14.d– «(...) que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres»

<sup>44</sup> Para una información más completa, remito a mi libro GIL RUIZ, J. M., *Las nuevas Técnicas Legislativas en España. Los Informes de Evaluación de Impacto de Género.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

<sup>45</sup> En este sentido, debemos recordar que ya la Constitución de 1978 consagraba la igualdad entre mujeres y hombres como un principio universal. La L.O.3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres «recordará», haciéndolo explícito en su artículo 4, que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y que, por ende, ha de observarse en la interpretación y aplicación de las normas. En esta línea, véase MONTALBÁN HUERTAS, I., «Interpretación y aplicación del principio de no discriminación entre mujeres y hombres. Incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *Diario La Ley*, año XXVIII, núm. 6781, 18 de septiembre de 2007.

la naturaleza compleja de la igualdad jurídica (art. 1.4 del Código Civil), en tanto que derecho, principio y valor. Y la consecuencia directa de este artículo 4 de la Ley de Igualdad sobre la tarea de interpretación y aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa, sin duda descansa en la asunción de la transversalidad como finalidad buscada, no solo por una, sino por todas las normas del ordenamiento jurídico que, deben ser aplicadas, sin distinción alguna, con perspectiva de género.

Pero poder ejecutar todas estas tareas con el rigor y compromiso que requiere el principio vinculante del *gender mainstreaming*, y más aún en este marco imparable de desarrollo digital, exige de la necesaria formación en género de todos los operadores –jurídicos y no jurídicos– que deben llevarla a cabo y cuya formación debe venir –porque le incumbe– de manos de la Filosofía Jurídica y Política desde el marco teórico de referencia, el iusfeminismo.

#### IV. LA FORMACIÓN EN GÉNERO: UNA TAREA INELUDIBLE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

A poco que nos adentremos en los requerimientos de este nuevo hacer jurídico y político, descubriremos la necesaria intervención de la Filosofía jurídica por cuanto, las tradicionales funciones asignadas a ésta tienen que ver con el concepto de Derecho, su conocimiento y su valoración. Es indiscutible que la Filosofía del Derecho ha trabajado fundamentalmente la idea de justicia y ha centrado buena parte de sus esfuerzos a reflexionar sobre el Derecho Justo –al no ser posible una Ciencia de la Justicia– pero, esta tarea –titánica y necesaria– no ha sido la única afrontada por la disciplina. La Filosofía del Derecho «es también y en general, una axiología jurídica, una teoría de los valores conectados con el mundo del Derecho. Es también ontología jurídica en tanto que trata de dar un concepto del Derecho que trascienda la inmediatez de los Ordenamientos jurídicos vigentes, esto es, pretende comprender la especificidad de lo jurídico. Y es finalmente metodología jurídica, esto es, reflexión crítica sobre los presupuestos y los objetivos de la Ciencia del Derecho en general o de las Ciencias jurídicas particulares, así como la interpretación y aplicación del Derecho»<sup>46</sup>.

Por lo tanto, la necesidad de apostar en la construcción de este nuevo Derecho nos obliga a partir, curiosamente, de lo que siempre debió ser el punto de arranque de esta reflexión: qué entendemos por Derecho. Y esta pregunta ontológica, propia de la Filosofía del Derecho, retomando el contexto de trabajo obligado marcado por el objeti-

---

<sup>46</sup> Vid. LÓPEZ CALERA, N. M., *Filosofía del Derecho* (I), Editorial Comares, Granada, 1992, pp. 35-36.

vo prioritario global europeo, «es un desafío que va más allá de contar con buenas leyes o con buenas resoluciones judiciales para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultado de dicho respeto a la diversidad»<sup>47</sup>.

Si la función ontológica por excelencia de la Filosofía del Derecho siempre estará viva, por cuanto la persecución de los objetivos del Derecho estarán permanentemente inacabados, la función axiológica y metodológica son demandados con mayor insistencia en nuestros días, al requerir que los responsables de la consecución de este nuevo hacer jurídico –desde el legislativo, ejecutivo y judicial– incorporen las consignas críticas y metodológicas, desde el conocimiento, auspiciadas por la Teoría crítica (iusfeminista) del derecho.

Esto significa incorporar la categoría de género y el marco teórico iusfeminista en el Derecho y «hacer un análisis desde la perspectiva de un ser subordinado, o sea, desde la perspectiva de un ser que ocupa un lugar de menor poder y de menor privilegio que un hombre/varón de su misma clase, raza, etnia, opción sexual, edad, capacidad, creencia, etc., y también, en muchos aspectos, de menor poder que todos los hombres/varones de todas las clases, razas, etnias, etc., sin dejar de lado el análisis de la situación del sexo dominante y las relaciones entre ambos sexos»<sup>48</sup>, superando el paradigma que toma como genérico, como plantilla de lo humano, como modelo de racionalidad –típico–, lo masculino, y el resto, como excepción –lo atípico–.

Y es que las concepciones hegemónicas tradicionales sobre el Derecho –dogmáticas, centradas en la racionalidad lingüística y conceptual del Derecho<sup>49</sup>– se han mostrado insensibles y ciegas a las discriminaciones o relaciones de género; y sus interpretaciones descontextualizadas o literales que «emana(n) de una metodología predominantemente idealista-esencialista, y que se transmite a través de escritos (manuales, tratados), de sus cultivadores»<sup>50</sup>, promueven un

<sup>47</sup> Vid. FACIO, A., y FRIES, L. (Eds.), *Género y Derecho*, LOPM Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 22.

<sup>48</sup> Vid. FACIO, A., *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1992, p. 42.

<sup>49</sup> Al respecto, véase RUIZ RESA, J. D., «El peculiar estatuto de la dogmática jurídica», en Ruiz Resa, J. D. (ed.), *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del Derecho*, Dykinson, 2014.

<sup>50</sup> Un buen ejemplo de lo aquí denunciado lo encontramos en el Prólogo elaborado por el penalista Enrique Gimbernat Ordeig a la X edición del Código Penal de 1995, que junto a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, editado por la editorial Tecnos, «emite una serie de juicios de valor en relación a la violencia de género que va más allá del derecho a la libertad de expresión, pues vulneran el principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres y suponen un grave atentado contra la dignidad humana». Estas palabras entrecomilladas pertenecen a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer quien emitió una carta

activismo jurídico agazapado y legitimado en un elitismo académico, que choca frontalmente con los ideales de una justicia constitucional y democrática»<sup>51</sup>. Sin duda, todo este marco dogmático-elitista de interpretación ha venido alimentado por esta formación arcaica que venimos denunciando y que exigía, retomando al Laporta de 1971<sup>52</sup>, que el estudiante de Derecho se aprendiera de memoria el jardín francés, en vez de enseñarle a ser un buen jardinero.

Por lo tanto, se necesita un cambio en dos direcciones: en la concepción del Derecho que se transmite en las Universidades, pero también en la metodología jurídica, que permita replantear el estatuto de la ciencia jurídica y la recuperación de la dimensión práctica de lo jurídico. No podemos interpretar las normas jurídicas y los conceptos recogidos en ellas desconectados de la realidad en la que nacen y deben aplicarse; y tampoco podemos legitimar –por omisión– los efectos negativos que ciertas interpretaciones pueden producir, diluyendo el sentido vinculante y transformador de un principio consensuado y ratificado por buena parte de los países del mundo.

Ello significa romper con la idea de que la Filosofía del Derecho se encuentra al margen, ausente, casi levitando, en torno a lo que es el Derecho, pues necesariamente parte del dato que aporta la Ciencia jurídica y la Sociología jurídica; pero también implica aceptar que hay propuestas normativas no empíricamente falsables, y que por lo tanto

---

de denuncia y preocupación por la gravedad y daño de dicho comentario, solicitando su revisión. No obstante la misma, éste sigue reeditándose sin haber sido suprimido por la editorial. Permítanme aluda textualmente a la carta para ilustrar el arriba referido activismo jurídico agazapado y elitista-académico: «La alarma social ante las referidas valoraciones es justificada pues nos encontramos ante un manual de uso académico y, por ende, orientado a un público joven más fácilmente influenciado y porque estas opiniones claramente sexistas y vejatorias para las mujeres se incorporan en el prólogo del libro y están invitando, desde él, a realizar una lectura sesgada de las modificaciones incorporadas.

(... En él se) nos invita a considerar el ejercicio de la violencia contra las mujeres como actos leves y cotidianos que han de ser asumidos con naturalidad: la mayoría de las amenazas y coacciones leves ejercidas por un hombre sobre una mujer dentro de una relación de pareja nada tienen que ver con un « instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres », sino que obedecen a motivos tan pedestres sobre a qué colegio debe llevarse a los hijos o a cómo reaccionar frente a las eventuales malas notas escolares, a cuestiones de economía doméstica –« querida: tenemos dificultades para pagar la hipoteca, y, como no reduzcas gastos, te vas a enterar de lo que vale un peine...»–.

Más adelante se lamenta de que la conducta de dar un único empujón a la pareja se haya transformado de falta en un delito de lesiones. En general, argumenta sus apreciaciones considerando los postulados del feminismo como radicales, que entran en el ámbito del Derecho penal como un elefante en una cacharrería, para acabar identificando el feminismo con el nacional-catolicismo ».

<sup>51</sup> Vid. RUBIO, A., «Haciendo real el principio de igualdad. Interpretación con perspectiva de género», en [https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2018/06/22/CF16048/5\\_PDF/CF1604801.pdf](https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2018/06/22/CF16048/5_PDF/CF1604801.pdf).

<sup>52</sup> Cfr. LAPORTA, F., «Notas sobre el estudio y la enseñanza del Derecho», *Sistema*, núms. 24-25, 1978, p. 111.

requieren de una indagación racional y filosófica. Ninguno de estos conocimientos, pues, están reñidos, sino muy al contrario, se necesitan y se reclaman desde una relación absolutamente simbiótica. La Filosofía del Derecho debe apoyarse en la Ciencia jurídica, en la medida en que ésta aporta a la Filosofía el testimonio vivo de lo que es la experiencia jurídica. Igualmente debe apoyarse en los resultados de la Sociología jurídica para una adecuada comprensión filosófica del Derecho. En sentido inverso, la Filosofía del Derecho ayuda al jurista a tomar conciencia del significado y sentido del Derecho para la persona y para la sociedad, y de su repercusión como agente activo de esta maquinaria; así como contribuye a fundamentar y dar un sentido dinámico y rico a la empírica Sociología del Derecho.

Y probablemente, recuperar estos objetivos ineludibles de la Filosofía del Derecho sea la clave para restaurar la posición que la disciplina nunca debió perder en el proceso formativo del estudiante y del operador del Derecho, y no permitir –al tiempo– el intrusismo de otras que ahora se erigen como sabedoras de los ámbitos epistemológicos tradicionales –y curiosamente en algunos momentos despreciados– de la misma. No es el momento, por cuestiones de brevedad, de detenerme en ello, pero prueba de que se requiere la intervención urgente de la Filosofía del Derecho<sup>53</sup> en este nuevo marco de trabajo, descansa en la necesidad de revisar categorías científico-jurídicas que, sin duda, chirrían<sup>54</sup>, a poco que se las someta a un mero proceso de verificación y/o falsación de las mismas –como es el caso de la alevosía en casos de violencia de género; o la reformulación de algunas de las exigencias típicas para estos supuestos, como es el criterio de la habitualidad<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Dentro de estas voces destacadas dentro de la Academia debe señalarse, entre otros, el pensamiento consolidado iusfeminista de filósofas del derecho como Ana Rubio, Maggy Barrère, Encarna Bodelón, Cristina Sánchez, Elena Beltrán, Silvina Álvarez o Juana María Gil. Al respecto, véase GIL RUIZ, J. M., «La Filosofía del Derecho: entre un nuevo Derecho amenazado y una Ciencia jurídica desfasada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, CGPJ, Madrid, 2014, pp. 241-270.

<sup>54</sup> Un buen ejemplo podemos encontrarlo en el debate reciente en torno a la sentencia de la Manada, finalmente calificada de violación múltiple (delito continuado de agresión sexual), que no abuso sexual, durante las Fiestas de San Fermín, según sentencia del TS de 21 de junio de 2019.

<sup>55</sup> Urge la respuesta de la Filosofía del Derecho a las propuestas preocupantes planteadas por la doctrina científica. En este sentido Dolz Lago entiende que el artículo 153 del Código Penal español «supone una violación patente del principio *non bis in idem*, al admitir que se tenga en cuenta en la valoración de la habitualidad hechos ya enjuiciados, incluso, tal vez, con sentencia absolutoria, hechos ya prescritos, o meras sospechas». DOLZ LAGO, M. J., «Violencia doméstica habitual: mitos y realidades», *LL*, 2000-3, pp. 1785. Al respecto, Marín de Espinosa Ceballos propone modificar el artículo 153 y explicitar que no se tendrá en cuenta los actos violentos que ya hubieren sido objeto de condena anteriormente para apreciar la habitualidad. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., HAMDORF, K., «El elemento de habitualidad en el delito de malos tratos del Código Penal sueco», *CPC*, núm. 71, 2000, p. 430. En torno a mi posición al respecto, véase GIL RUIZ, J. M., «The Woman of Legal Discours; a contribution», cit.

Ídem con respecto a la deconstrucción de categorías e instituciones – como la «discriminación» y la familia– supuestamente neutros pero androcéntricos, ocultadores de las relaciones de poder.

De nada me sirve un esfuerzo legislativo al respecto –mejorable pero válido–, si los operadores del derecho, los y las juristas que han de actuar, ya sea desde el ejercicio letrado, fiscalía, y/o judicatura, carecen del conocimiento y del compromiso<sup>56</sup> que implica el nuevo derecho antidiscriminatorio y que debe venir de la mano de la Teoría Crítica –iusfeminista– del Derecho desde la que se gesta y adscrita a la Filosofía del Derecho<sup>57</sup>. Tampoco ayuda la enseñanza dogmática de categorías propias del siglo XIX, y retroalimentadas por una ciencia jurídica intocable y rancia que sigue transmitiéndose desde las Facultades de Derecho generación tras generación, en detrimento de una Filosofía del Derecho amenazada con extinguirse en los programas curriculares formativos en Derecho.

Lamentablemente, todo este nuevo quehacer jurídico que exige revisión, reconceptualización, demolición de categorías desfasadas y aplicación de un nuevo pensar jurídico, con miradas permanentes a la norma y al hecho concreto, bajo el paraguas del *gender mainstreaming* como garantía de igualdad ciudadana, sin exclusiones, compele más que nunca a la Filosofía del Derecho y a la Universidad. Sin embargo, dicha laguna sigue sin cubrirse por las Universidades adecuadamente<sup>58</sup> –y de forma normalizada– pese al espíritu del Decreto de Bolonia y las demandas recogidas en leyes orgánicas que sí lo exigen y que reconocen que «las universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género». De manera más particular, y por cercanía, el artículo 20.2 de la Ley para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía<sup>59</sup>, modificado por ley 9/2018, de 8

<sup>56</sup> En palabras de Ricardo Guastini, «Ningún texto normativo puede ser aplicado sin haber sido previamente interpretado (...) La interpretación no es una actividad simplemente cognoscitiva ni de aplicación automática sino que, antes bien, es una actividad altamente discrecional. (...) Más aún: la discrecionalidad judicial dependerá de la cultura (de las orientaciones metodológicas preponderantes) del estamento judicial. Es precisamente ahí donde los jueces han asimilado el principio de fidelidad a la ley y ahí donde más proclives se muestran a seguir orientaciones políticas personales, con independencia de la política del derecho perseguido por el legislador». Vid. GUASTINI, R., «Legitimación y Jurisdicción en la Teoría del derecho», *La crisis del Derecho y sus alternativas*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 315.

<sup>57</sup> Al respecto, véase GIL RUIZ, J. M., «Introducción de la perspectiva de género en las titulaciones jurídicas: hacia una formación reglada», *Revista de Educación y Derecho*, Education and Law Review, 2014, 10.

<sup>58</sup> Mi posición al respecto ya la expresé en mi artículo «Formación en Derecho Antidiscriminatorio: carencias e incumplimientos institucionales», *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho*, núm. 26, 2015, pp. 49-77.

<sup>59</sup> Este artículo 21, apartado 2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, sufrió modificación por el artículo único 16 y 17 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, incidiendo en la especial formación en el área de Ciencias Sociales y Jurídicas. BOE-A-2018-15239

de octubre, –e insistiendo en la especial formación en Ciencias Sociales y Jurídicas–, concluye que «El sistema universitario andaluz adoptará las medidas necesarias para que se incluyan enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres en los planes de estudios universitarios que proceda. De manera especial, en enseñanzas universitarias oficiales de grado, máster y doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas».

Con respecto al marco extrauniversitario, la formación requerida se cubre de manera sectorial y endogámica bien sea por instituciones privadas –nacidas a tal efecto y nutridas económicamente por usuarios y administraciones públicas– o por funcionarios de la administración<sup>60</sup> que conforman el perfil ejecutor de quien debe finalmente implementar las medidas habilitadas al efecto.

Recientemente, en mayo de 2020, y en la línea defendida en este texto, el Ministerio de Universidades ha presentado una propuesta de Real Decreto por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas Oficiales en el Sistema Universitario Español. Según reza el

---

<sup>60</sup> En esta línea, y centrada en la necesaria formación en género que debieran incorporar los miembros de la Carrera Judicial, la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres introdujo modificaciones en la LOPJ y en el Estatuto del Ministerio básico del Ministerio Fiscal, con el objetivo de que las pruebas selectivas contemplaran el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres (artículo 310 LOPJ). En lo que a la Carrera Judicial se refería, los Planes de Formación Continua completarían dicha formación en género con cursos anuales impartidos desde la Escuela Judicial sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género (artículo 433 bis.5 LOPJ). Abundando en esta línea, y con motivo de la constatada necesidad de cubrir esa laguna formativa, la LOPJ ha sido nuevamente modificada por LO 5/2018, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género y obligará a los jueces a acreditar su formación en perspectiva de género para obtener cualquier especialización. Esta formación obligatoria también será exigida al cuerpo de fiscales que quieran ingresar en la carrera judicial por la vía de especialización. No obstante, dicha formación se imparte por los propios miembros de la carrera judicial, siendo valorada por miembros de organizaciones especializadas en violencia de género como endogámica y sectorial, «ya que el diseño de la formación se ha hecho sin contar con la participación de entidades, organismos o expertos en este tipo de violencias que no pertenezcan a la carrera judicial». En palabras de Yolanda Besteiro, Presidenta de la Federación de Mujeres Progresistas en Diario Público, el 30 de julio de 2019, «Nos tememos que será una formación muy endogámica y jurídica, cuando lo importante es que fuera una formación más amplia en perspectiva de género e igualdad que aportara un conocimiento en profundidad sobre las víctimas y los maltratadores, cómo operan, cómo actúan, cómo funciona el ciclo de la violencia machista. No era esto lo que se pretendía cuando varias de nosotras pasamos en calidad de expertas por la subcomisión del Parlamento para el Pacto de Estado y dimos nuestra opinión. No se trataba de una formación en la ley, sino en perspectiva de género de forma mucho más amplia, precisamente para que pudieran tener elementos para evaluar el riesgo y proteger adecuadamente a las víctimas». Véase también el Informe SOMBRA al GREVIO-Convenio de Estambul, enviado el 10 de junio de 2019 al Comité CEDAW, firmado por más de 200 ONGs. Puede consultarse en <https://cedawsombraesp.wordpress.com/2019/05/15/informe-sombra-sobre-la-aplicacion-en-espana-2015-2018-de-la-cedaw/>

artículo 3.4 del mismo: «Entre los principios generales que deberán inspirar el diseño de los nuevos títulos, los planes de estudios deberán tener en cuenta los Objetivos de Desarrollo Sostenible y, en particular, que cualquier actividad debe realizarse:

a) Desde el respeto a los derechos fundamentales y de igualdad entre hombres y mujeres, debiendo incluirse, en los planes de estudios, enseñanzas relacionadas con dichos derechos, conforme a las competencias inherentes al título.

b) Desde el respeto y promoción de los Derechos Humanos y los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, debiendo incluirse, en los planes de estudios en que proceda, enseñanzas relacionadas con dichos derechos y principios.

c) De acuerdo con los valores propios de una cultura de paz y de valores democráticos, y debiendo incluirse, en los planes de estudios en que proceda, enseñanzas relacionadas con dichos valores».

Paradójicamente, y pese a su relevancia, como en alguna ocasión he tenido la oportunidad de referir y denunciar, la Filosofía del Derecho se debate en nuestras universidades entre la desaparición –por inútil y ampulosa– o su fagocitación –por intrusismo y dejadez– en el marco de la implantación formal de los programas de estudios jurídicos reglados, incluidos la formación continua y especializada de operadores jurídicos.

Sea como fuere, hay preguntas acerca del Derecho que la Ciencia Jurídica no podrá responder pese a la intromisión –incluso epistemológica y académica– de otras áreas de conocimiento en las funciones de la Filosofía del Derecho. Algunas merecen mencionarse: «la manera en la que intersectan el Derecho y las estructuras sociales de subordinación, la manera en la que estas cuestiones se manifiestan en la vida de la gente, los problemas jurídicos que generan, y el impacto que el Derecho y la profesión jurídica puede tener a la hora de reforzar o remediar estas cuestiones»<sup>61</sup>.

Y es que el jurista con mayúsculas debe entender que su acción y su posición como operador crítico del Derecho<sup>62</sup> puede cumplir una función insustituible al desvelar las relaciones de poder, apostar por la igualdad en detrimento de la discriminación, no plegarse ante el Derecho que es –si es que éste sirve para someter a los individuos– y en consecuencia, instituir sujetos de Derecho versus seres lampantes de caridad jurídica.

<sup>61</sup> Vid. GOLDFARD, P., *op. cit.*, p. 305.

<sup>62</sup> Cfr. CARDINAUX N., y PALOMBO, M. A., «El pensamiento crítico: llaves, rutas y señuelos», *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 10, 2007, p. 133.

Indiscutiblemente, si se parte de que el Derecho es simple y llanamente una mera técnica de organización social y que la función del jurista es la de mero ejecutor de la misma, no tiene sentido –sino todo lo contrario– plantearse conocimiento de filosofía jurídica. Si por el contrario, se abrazara una concepción del Derecho vinculada necesariamente a valores de justicia, libertad e igualdad, –mirando a los ojos de las ciudadanías– la necesidad de alentar un pensamiento crítico-alternativo resulta ineludible para toda propuesta que se precie de revisión reglada de planes de estudios jurídicos, pero también de formación continua.

De una parte, y como sentencia Tamar Pitch, «La lucha contra la injusticia y por el cambio implica necesariamente y al mismo tiempo tanto a las condiciones sociales y económicas, como al universo de pensamiento que las hace posibles, comprensibles, legítimas»<sup>63</sup>. En sentido contrario, –o quizás no tanto– y como ya preconizara Alan Turing, «Me parece que la pregunta original, «¿Pueden pensar las máquinas?», no merece discusión por carecer de sentido. No obstante, creo que, a finales del siglo, el sentido de las palabras y la opinión profesional habrán cambiado tanto que podrá hablarse de máquinas pensantes sin levantar controversias»<sup>64</sup>. En definitiva, Derecho y formación se dan la mano: capacidad crítica o legitimación, éste es el dilema.

---

<sup>63</sup> Vid. PITCH, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 21.

<sup>64</sup> Vid. TURING, A., *op. cit.*, p. 6.

El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo  
de Derechos Humanos:  
algo más que un «giro procedimental»<sup>1</sup>

*Abortion on the Jurisprudence of European Court  
of Human Rights:  
something more than a «procedural turn»*

Por JUANA MARÍA GONZÁLEZ MORENO<sup>2</sup>  
Universidad de Málaga

**RESUMEN**

*En circunstancias excepcionales (como la pandemia generada por el COVID-19) es evidente el interés de los Estados en la vida natural, en su preservación y en su control (que aceptamos e incluso reclamamos). Sin embargo, este interés también existe –aunque no se ponga de manifiesto expresamente– en tiempos de normalidad, particularmente en las políticas y las leyes sobre el aborto (voluntario) así como en la evaluación*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación SEJ-587, «Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional», financiado por la Consejería de Economía y Conocimiento de la Junta de Andalucía. Un esbozo de las ideas aquí defendidas fue objeto de discusión en el ciclo *Gender Workshops Series*, Centro de Estudios Socias (CES), celebrado en la Universidad de Coímbra el 26 de enero de 2017.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho por la Universitat Autònoma de Barcelona, acreditada como Profesor/a Contratado/a Doctor/a y como Profesor/a de Universidad Privada por la ANECA. Integrante del Grupo de Investigación SEJ-587 de la Universidad de Málaga. E-mail: jmgmfiloder1@uma.es Dirección postal: Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, Departamento de Derecho Financiero y Filosofía del Derecho, Bulevar Louis Pasteur, 26. C. P. 29701 Campus de Teatinos, Málaga.

*de las mismas a nivel europeo. En concreto, en la evaluación que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, centrada en supervisar si los Estados cumplen (o no) con sus obligaciones (positivas) de garantizar el acceso al aborto legal, que es lo que se da en llamar el «giro procedimental» de su jurisprudencia en materia de aborto, un giro que, como explicamos en este trabajo, tiene otra cara que es su cara biopolítica.*

Palabras clave: Aborto. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida privada. Mujeres. Biopolítica.

### ABSTRACT

*The interest shown by the States concerning natural life, as well as its preservation and control (that we accept and demand) when there are unusual circumstances (as the pandemic generated by the COVID-19) is clear. However, this interest also stands in ordinary days, particularly in abortion's politics and laws just as in the evaluation of the ones at European level. Specifically, the evaluation realized by the European Court of Human Rights, focused on to supervise if the States fulfill or not their positive obligations to warrant the access to legal abortion, that is called the jurisprudence' «procedural turn» in matters of abortion, a turn that, as we explain in this paper, has another facet, which is its Bio-political perspective.*

Keywords: Abortion. European Court of Human Rights. Right to privacy. Women. Biopolitics.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL «GIRO PROCEDIMENTAL» DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA. – 3. UN GIRO NO TAN «PROCEDIMENTAL». – 4. LA OTRA CARA DEL «GIRO PROCEDIMENTAL»: EL «GIRO BIOPOLÍTICO». – 5. CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. «PROCEDURAL TURN» OF RIGHT OF PRIVACY. – 3. A TURN NOT TOO MUCH PROCEDURAL. – 4. ANOTHER FRONT OF THE «PROCEDURAL TURN»: THE «BIOPOLITIC TURN». – 5. CONCLUSION.

## 1. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema del aborto (voluntario) en medio de la emergencia sanitaria generada por la expansión del COVID-19 que nos sacu-

de estos días puede parecer un desatino<sup>3</sup>. Sin embargo, la ocasión puede ser propicia para recordar que el interés de los Estados por la vida humana<sup>4</sup> –interés que, paradójicamente, no suscitan otros bienes y valores como el medio ambiente, por ejemplo, del que también depende nuestra vida– es un interés por su preservación, por su reproducción y, sobre todo, por su control. Un control que podemos llegar a aceptar *avec plaisir*<sup>5</sup> pero que puede no traducirse en una mayor protección<sup>6</sup>.

Ese interés por la vida humana natural es el que está en el trasfondo de las políticas y las leyes sobre la reproducción. De hecho, ese interés se ha traducido históricamente en Occidente en un afán por controlar las capacidades reproductivas de las mujeres, a quienes se ha conminado a tener hijos/as o a no tenerlos/as según los intereses estatales del momento<sup>7</sup>. Y esto es así aún hoy, aunque las formas (de poder, en definitiva) que se adoptan para ello sean más sutiles, no

---

<sup>3</sup> Si exceptuamos a aquellos/as cuyo interés por este tema más bien parece renovado en medio de esta emergencia (*vid.* REQUENA AGUILAR, A., «Las fuerzas conservadoras aprovechan la crisis del coronavirus para intentar restringir el derecho al aborto», *eldiario.es* (27 de marzo de 2020). Otra cuestión es qué se entiende por «derecho al aborto», cuestión que no está tan clara en nuestros días, como explicamos en este trabajo.

<sup>4</sup> Este interés se amplifica desde la Modernidad, como explicó Hannah Arendt (ARENDR, H., *La condición humana*, Barcelona, Colección Surcos 15, Ed. Paidós, 2011, 1.ª ed. 2005, pp. 331-337) e incluso constituye el fundamento del Estado moderno según una de las teorías políticas más influyentes, la hobbesiana (*vid.* HOBES, T., «Leviatán», *Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales*, 28, Madrid: Editora Nacional, D. L. 1983).

<sup>5</sup> Valga como ejemplo (cruel) el confinamiento a que nos hemos visto sometidos/as millones de personas en todo el mundo como consecuencia de la crisis del coronavirus, primero en China y después en otros países hasta llegar a España, donde en el momento en que escribo estas líneas está vigente el estado de alarma (decretado en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, *BOE* de 14 de marzo de 2020). Sobre los controles en que se ha traducido esta crisis es interesante la reflexión (algo condescendiente) de ZIZEK, S., «Surveiller et punir? Oh oui, s'il vous plaît!», *Le Nouvel Observateur*, 18 de marzo de 2020.

<sup>6</sup> La declaración del estado de alarma en España tiene como fin explícito proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, *cit.*, Introducción, tercer párrafo). Pero *antes* de dicha declaración pudieron adoptarse medidas preventivas, y *después* de la misma están tardando en aplicarse medidas de eficacia demostrada en países como Corea del Sur (como las pruebas sistemáticas de detección del virus en toda la población).

<sup>7</sup> *Vid.* entre otros/as muchos/as autores/as: CASTÁN, N., «La criminal», en G. Duby, M. Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres. 3. Del renacimiento a la Edad moderna*. Madrid, Taurus, 2000, 1.ª ed. 1990, pp. 510-524; BOCK, G. (2000), «Políticas sexuales nacionalsocialistas e historia de las mujeres», en G. Duby; M. Perrot (dirs.), *Historia de las mujeres. 5. El siglo xx*. Madrid, Taurus, 2000, 1.ª ed. 1990, pp. 193-226; NASH, M., «Control social y trayectoria histórica de la mujer en España», en R. Bergalli; E. Marí (Coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, Barcelona, Colección Sociedad-Estado, Ed. PPU, 1989, pp. 151-173.

necesariamente la represión<sup>8</sup>. Como ha enfatizado Byung-Chul Han, en la senda de los trabajos de Foucault sobre el *biopoder*<sup>9</sup> y la biopolítica, *la permisividad, la amabilidad* es la forma que el poder adquiere cada vez más en la actualidad. Para este autor, «El poder inteligente, amable [...]. Seduce en lugar de prohibir. No se enfrenta al sujeto, le da facilidades»<sup>10</sup>. Y como también afirmaba Deleuze, las nuevas formas de control –que, según él, se ejercen fluidamente en espacios abiertos, en forma desterritorializada, mediante los psicofármacos, el consumo televisivo, el marketing, entre otros medios– suponen en principio nuevas libertades pero participan igualmente de mecanismos de control<sup>11</sup>. Por eso él las identificaba, metafóricamente, con la imagen de la serpiente (frente al topo, que vendría a ser el animal que simboliza los centros de encierro).

Nuevas formas de control, éstas, que se extienden a la reproducción de la vida humana natural<sup>12</sup>, al aborto y a sus regulaciones<sup>13</sup>. Así, los planteamientos parecen haber cambiado. Frente a la postura histórica, de prohibición absoluta y represión del aborto, de la que se han hecho eco las leyes, la doctrina y la jurisprudencia durante tiempo inmemorial, la tendencia experimentada en los países europeos desde los años 70 (del siglo pasado) ha sido flexibilizar el régimen del aborto, como reconoce el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>14</sup>. No obstante, si hacemos caso a lo que expresa

<sup>8</sup> GONZÁLEZ MORENO, J. M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, Trabe, Oviedo, 2017, pp. 10, 11.

<sup>9</sup> Para más detalle, puede releerse: FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber*. México: Siglo XXI editores, 1987, 1.ª ed. 1977, pp. 163-194; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Biblioteca Nueva, Siglo XXI editores, 2012, 1.ª ed. 1976, pp. 32, 35, 95, 157-164; FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica: Curso del Collège de France (1978-1979)*. Madrid: Akal, 2009, pp. 25, 31, 32).

<sup>10</sup> HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas del poder*, Barcelona, Herder Editorial, 2014, p. 29.

<sup>11</sup> Vid. DELEUZE, G., «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *Polis. Revista Latinoamericana*, núm. 13, 2006, epígrafe Historia, segundo párrafo, *in fine*.

<sup>12</sup> Sobre el rol de la biopolítica en el control de la proliferación y de la multiplicación de la vida, puede leerse: MILLS, C., «Biopolitics and Human Reproduction», en Prozorov, S. and Rentea, S. (eds.), *The Routledge Handbook of Biopolitics*. Abingdon Oxon UK: Routledge, 2017, pp. 281-294; CHETOUANI, L., «Procréation ou contraception? De la bioéthique à la biopolitique», *Mots*, núm. 44, septiembre 1995, Discours sur la bioéthique, pp. 73-98. DEUTSCHER, P., «The Inversión of Exceptionality: Foucault, Agamben and «Reproductive Rights», *South Atlantic Quarterly*, 107 (I), 2008, pp. 55-70. ANGELOFF, T., «Corps sous emprises. Biopolitique et sexualité au Nord et au Sud», *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, núm. 34, 31-38.

<sup>13</sup> De manera específica, se refieren al aspecto biopolítico del aborto y de las leyes sobre el aborto: MEMMI, D., «Archaïsme et modernité de la biopolitique contemporaine: l'interruption médicale de la grossesse», *Raisons politiques*, 2003/1, 9, pp. 125-139; MARGUET, L., «Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'oeil?», *La Revue des droits de l'homme*, núm. 5, 2014, pp. 1-49.

<sup>14</sup> Lo señala expresamente el Tribunal Europeo: «existe un consenso entre una mayoría sustancial de los Estados contratantes del Consejo de Europa hacia la permi-

Éric Fassin, pese a la flexibilización de los planteamientos, la cuestión del aborto se presenta como una cuestión de control, en específico de control médico de los abortos legales<sup>15</sup>. De ahí que incluso en países en los que el aborto está despenalizado en determinados supuestos, el acceso al mismo en la práctica sea restringido o nulo, que es lo que motiva finalmente la interposición de demandas sobre aborto ante el Tribunal Europeo<sup>16</sup>.

Una pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿en qué medida la jurisprudencia del TEDH, quien ha tenido que valorar esos sistemas más flexibles, *positivos* en relación al aborto, no es un vehículo de estas formas de (bio) poder, de control? El Tribunal Europeo ha venido reconociendo que en los casos en que no se respetan –o se obstaculizan– las decisiones de no procrear (de hombres y de mujeres), se vulnera su derecho a la vida privada, derecho reconocido y protegido en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales (en forma abreviada, Convenio de Roma), en el que se han incardinado las cuestiones

---

sión del aborto y que la mayoría de las Partes Contratantes han resuelto en su legislación los derechos contrapuestos del feto y la madre a favor de un mayor acceso al aborto» (*vid.* su sentencia en el caso *P. y S. c. Polonia* (57375/08), de 30 de octubre de 2012, párrafo 97, siguiendo lo dicho en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda* (25579/05), de 16 de diciembre de 2010, párrafos 235 y 237, y también su sentencia en el caso *R. R. c. Polonia* (27617/04), de 26 de mayo de 2011, párrafo 186). Y también: «el aborto a petición es accesible (respetando ciertos criterios, fundamentalmente un plazo máximo a contar desde el comienzo del embarazo) en una treintena de países miembros. Es posible abortar por motivos de salud en una cuarentena de países y por motivos de bienestar en casi treinta y cinco países. Tres Estados miembros (Andorra, Malta y San Marino) prohíben el aborto totalmente. Ciertos Estados (Mónaco, Montenegro, Portugal y España) han ampliado en estos últimos años los casos en los cuales puede obtenerse el aborto» (sentencia del TEDH en el caso *A, B y C. c. Irlanda*, párrafo 112). En relación a Irlanda, en concreto, hay que decir que desde 2013 se han sucedido las reformas legislativas e incluso de su Constitución para flexibilizar el régimen del aborto, en buena medida debido a la condena del TEDH (casos *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda* (14234/88) (14235/88), de 29 de octubre de 1992, y *A, B y C c. Irlanda*), y del Comité de Derechos Humanos (Dictamen aprobado a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2324/2013, adoptado el 31 de marzo de 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013, caso *Mellet c. Irlanda*).

<sup>15</sup> Como expresa Éric Fassin, el reconocimiento del derecho a la vida privada en el ámbito reproductivo –que tuvo lugar por primera vez en la jurisprudencia norteamericana– constituye, en realidad, una puesta de las mujeres en manos de los médicos/as. Todo circula desde entonces en torno al aborto legal, el aborto terapéutico, donde los Estados se resisten a dejar el control o lo dejan en manos de los/as médicos/as (*vid.* FASSIN, É., «L'avortement sous expertise (entre la France et les États-Unis)», *Vacarme* 2001/2, núm. 15, pp. 38-41, p. 39). En forma parecida ya se había expresado Sally Sheldon (SHELDON, S., *Beyond control: medical power and abortion law*, London: Pluto Press, 1997).

<sup>16</sup> Así claramente en el caso de Polonia, demandada ante el TEDH, entre otros motivos, por no haber establecido procesos transparentes y claros para determinar si se reúnen o no las condiciones en que la ley permite acceder a un aborto legal (*vid.* las sentencias del TEDH en los casos *Tysiac c. Polonia* (5410/03), de 20 de marzo de 2007; *R. R. c. Polonia*, y *P. y S. c. Polonia*).

reproductivas. Pero, ¿significa esto adoptar una posición pro derechos de las mujeres?

Para responder a estos interrogantes nos concentramos en el análisis de la jurisprudencia del TEDH en torno al derecho a la vida privada, en sí misma considerada, que es la que el TEDH adopta como pauta<sup>17</sup> en su labor de supervisión de los compromisos adquiridos por los Estados al ratificar el Convenio de Roma, y prestamos atención tanto a lo que manifiesta en forma expresa como a lo que no dice, a sus silencios<sup>18</sup>. Los resultados del análisis los exponemos en tres apartados. En el primero explicamos brevemente el «giro procedimental» del derecho a la vida privada, en el segundo cuestionamos que el «giro procedimental» sea realmente tan procedimental como se le presenta, y finalmente, visualizamos el «giro biopolítico» que sustenta a ese «giro procedimental» como la otra cara de la moneda.

## 2. EL «GIRO PROCEDIMENTAL» DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Como es sabido, en el marco del Consejo de Europa, la Comisión Europea de Derechos Humanos (ya extinta) primero, y luego el TEDH, han utilizado el derecho a la vida privada y familiar, reconocido y protegido en artículo 8 del Convenio de Roma, para resolver las demandas planteadas en relación con las cuestiones reproductivas. La existencia de un referente jurisprudencial de otro contexto, en concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la cual llegó a establecerse que el derecho a la vida privada protegía la decisión de la mujer en el caso de querer poner término a su embarazo (caso *Roe vs. Wade*, de 1973) allanó ese camino. Y a ello hay que añadir la indefinición de los términos «vida privada» y «respeto» contenidos en el artículo mencionado,

---

<sup>17</sup> Por más que, como reconoce uno de sus jueces, exista una influencia no explícita a la hora de elaborar los conceptos jurídicos por parte del TEDH (*vid.* COSTA, J. P., «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», *Revue trimestrel des droits de l'homme*, núm. 57/2004, pp. 101-110, p. 110).

<sup>18</sup> La jurisprudencia, en cuanto lenguaje jurídico que es, también cuando guarda silencio realiza una función normativa, prescriptiva, constituyente. Un silencio que ha sido denominado «silencio performativo» por algunas autoras (*vid.* CATTO, M.-X., GATE, J., GIRARD, Ch., HENNETTE-VAUCHEZ, S., «Questions d'épistémologie: les études du genre en terrain juridique», en REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, p. 22). Para disgusto de quienes opinan que de lo que el TEDH no dice no cabe extraer un estatuto jurídico (por ejemplo, RODRÍGUEZ, Á., «La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 75-102, p. 95).

indefinición que ha propiciado que el TEDH haya tenido que concretar el significado de dichos términos caso por caso, teniendo en cuenta la evolución social, jurídica y tecnológica de los distintos países miembros del Consejo de Europa.

En esa labor de concreción, el TEDH ha enfatizado, ante todo, el componente de libertad que tiene la «vida privada». De las dos acepciones de «vida privada» que la doctrina norteamericana ha debatido a propósito de la sentencia del caso *Roe vs. Wade*, esto es, la acepción de la «vida privada» como esfera de lo íntimo, y la acepción de la «vida privada» como libertad, como libre desarrollo de la personalidad<sup>19</sup>, el TEDH se ha inclinado más bien del lado de esta última<sup>20</sup>, lo que ha posibilitado también la extensión del derecho a la vida privada a situaciones muy diversas. Así, para el Tribunal Europeo, la noción de «vida privada» es una noción amplia que abarca, entre otros elementos, el derecho a la autonomía personal y el derecho al desarrollo personal, y también el derecho al respeto de las decisiones de procrear o de no procrear, fundamentalmente en el sentido genético del término<sup>21</sup>.

Y a esta labor de concreción y al mismo tiempo de redimensionamiento desde el punto de vista sustantivo del derecho a la vida privada, hay que añadir el redimensionamiento que ha realizado de este derecho desde el punto de vista procesal al entender que el mismo no es solo un derecho negativo o de defensa que tiene como fin proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en la vida privada y familiar, sino un derecho que, además, tiene una vertiente positiva, en el sentido de que comporta obligaciones positivas —obligaciones de hacer— que el Estado debe cumplir para asegurar un respeto

---

<sup>19</sup> Así, mientras para Catherine MacKinnon en la sentencia de ese caso el derecho a la vida privada en materia de procreación es entendido como intimidad, con lo que se preserva un ámbito en el que el Estado no interviene, se excluyen las prestaciones para el aborto del ámbito de los servicios públicos, y, en definitiva, se reafirma y refuerza la división público/privado (MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid: Ediciones Cátedra, Valencia, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1995, 1.ª ed. 1989, p. 241), para Ronald Dworkin el sentido dado a dicho derecho sería el de soberanía en la toma de decisiones (DWORKIN, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ed. Ariel, S. A., 1994, p. 74).

<sup>20</sup> El TEDH entiende la noción «vida privada» en el artículo 8 del Convenio de Roma como una noción más amplia que la noción de intimidad (*privacy*); y que engloba una esfera en la que toda persona puede construir libremente su personalidad y disfrutar en sus relaciones con otras personas y con el mundo exterior (ROAGNA, I., *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, Série des précés droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 12).

<sup>21</sup> Puede leerse en este sentido el párrafo 212 de la sentencia del TEDH en el caso *A, B y C c. Irlanda*, donde reitera lo dicho en su sentencia en el caso *Evans c. Reino Unido* (6339/05), de 7 de marzo de 2006, confirmada por la Gran Sala el 10 de abril de 2007 (párrafo 71).

efectivo del derecho a la vida privada o familiar<sup>22</sup>. El Tribunal Europeo, en su afán por proteger los derechos concretos y efectivos que contiene el Convenio de Roma<sup>23</sup>, realiza una interpretación (creativa) del término «respeto» contenido en el artículo 8 del Convenio de Roma<sup>24</sup>, para enfatizar esas obligaciones de acción que están a cargo no solo de los Estados, sino incluso de los particulares<sup>25</sup>.

Un énfasis que ha alcanzado a la aplicación del derecho a la vida privada a las cuestiones reproductivas, y particularmente al tema del aborto. Así, en las demandas planteadas ante el Tribunal Europeo, para decidir si los Estados han vulnerado el derecho a la vida privada se ha concentrado en verificar si los Estados han cumplido las obligaciones positivas que se derivan, según este Tribunal, del artículo 8, como son las obligaciones consistentes en implementar normas claras y garantías procesales en los supuestos despenalizados de aborto<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> ROAGNA, I., *La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 68; AKANDJI-KOMBE, J. F., *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Une guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, núm. 7, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2006, p. 38. Asimismo, refiriéndose a las varias vertientes (derecho de defensa, derecho de tipo positivo, de prestación, y una dimensión institucional) que el derecho a la vida privada tiene en la jurisprudencia del TEDH puede verse RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Constitucional, Colección Tesis Doctorales, núm. 376/92, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 110-113.

<sup>23</sup> Como recuerda en su sentencia en el caso *Tysiac c. Polonia*, párrafo 113, que hay que tener en cuenta que la finalidad del Convenio de Roma es garantizar derechos no teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos, como ya había dicho en su sentencia en el caso *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979, párrafo 24.

<sup>24</sup> Sobre el rol creativo que el TEDH está desempeñando en el desarrollo de los derechos contenidos en el Convenio de Roma (en tanto «instrumento vivo») en su afán por hacer efectivos los mismos, vid. MOWBRAY, A., «The Creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 5, Issue 1, 2005, pp. 57-79.

<sup>25</sup> Estas obligaciones son una construcción jurisprudencial. El Tribunal Europeo reafirma así, dice Teresa Freixes, conjuntamente con la estructura jurídica de los derechos del Convenio Europeo como derechos subjetivos, el carácter objetivo de los derechos reconocidos en el Convenio (FREIXES, T., «Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 11-12, 1995, pp. 97-115).

<sup>26</sup> De hecho, es el propio Tribunal Europeo el que deslinda este aspecto en que va a concentrar su análisis, y así lo suele señalar expresamente. Puede leerse, por ejemplo, el párrafo 108 de su sentencia en el caso *Tysiac c. Polonia*, con el siguiente tenor: «La Cour relève enfin que, selon la requérante, le refus d'autoriser à avorter a aussi entraîné une ingérence à son égard dans les droits garantis par l'article 8. Toutefois, la Cour estime que, vu les circonstances de la cause et notamment la nature du grief soulevé, il est préférable d'examiner l'affaire sous l'angle des seules obligations positives de l'État susmentionnées».

Esto es lo que se conoce como el «giro procedimental» de la jurisprudencia del TEDH en materia de aborto<sup>27</sup>.

En resumen, puede decirse que el desarrollo jurisprudencial del derecho a la vida privada parece orientado a garantizar ante todo la libertad. El redimensionamiento desde el punto de vista sustantivo de ese derecho enfatiza el elemento «libertad» que lleva inherente la «vida privada» y la focalización del TEDH en las obligaciones positivas de los Estados es indicativa de una vocación por que ese derecho sea real, «no ilusorio». El «giro procedimental» se presenta así, como una garantía de efectividad. Y todo este desarrollo jurisprudencial sería extrapolable en relación a las decisiones de no procrear, cuyo abordaje se hace desde el derecho a la vida privada. Pero, ¿realmente esto es así?

### 3. UN GIRO NO TAN «PROCEDIMENTAL»

Para decidir si los Estados han vulnerado el derecho a la vida privada, el TEDH se concentra, como hemos dicho, en verificar si los Estados han cumplido las obligaciones positivas que se derivan de dicho derecho a la luz del artículo 8 del Convenio de Roma en su vertiente procesal. Al adoptar esta óptica procedimental, como han afirmado algunas autoras, el TEDH escinde «los derechos procesales al aborto» (las obligaciones positivas que tienen que cumplir los Estados para hacer efectivo ese derecho) y el derecho sustantivo al aborto, el cual no se entiende integrado en el derecho a la vida privada<sup>28</sup>, y asimismo, deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en la cuestión del aborto<sup>29</sup>. Y, de hecho, es el propio TEDH el que realiza, de entrada, la escisión mencionada al preferir abordar los casos desde la óptica únicamente de las obligaciones positivas del Estado, y el que admite expresamente el margen de apreciación de los Estados, no ya de manera general a la hora de establecer el régimen de aborto que estimen conveniente, sino de manera concreta a la hora de cumplir con las obligaciones positivas pues estas obligaciones están sujetas a un princi-

---

<sup>27</sup> Vid. ERDMAN, J. N., «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *Reproductive Health Matters*, 22 (44), 2014, pp. 22-30; ERDMAN, J. N., «El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El giro procedimental», en COOK, R. & Erdman, J. (eds.) (2016). *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*. México, Fondo de Cultura Económica, pp. 159-186, disponible en: <http://ebookcentral.proquest.com> (última consulta 10-10-2019).

<sup>28</sup> Se refiere a esta escisión ERDMAN, J. N., «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *op. cit.*; *idem*, «El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El giro procedimental», *op. cit.*.

<sup>29</sup> Vid. siguiendo a Díaz Crego, CARMONA CUENCA, E., «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 311-334, p. 331.

pio que es el de «justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto»<sup>30</sup>.

Ahora bien, el proceder del TEDH, así como la crítica que le hace la doctrina, pueden dar la impresión, primero, de que en la jurisprudencia del TEDH lo procedimental (esos «derechos procesales al aborto») es fácilmente distinguible de lo sustancial (el «derecho al aborto»), cuando no lo es, y segundo, de que la escisión de lo procedimental y lo sustantivo, e incluso lo procedimental en sí mismo considerado (el «giro procedimental») son cuestiones asépticas, neutrales, exentas de valoraciones.

Nada más alejado de la realidad o, mejor dicho, de la neutralidad. La remisión de la cuestión del aborto, en general, al margen de apreciación de los Estados (en definitiva, a la «dosis de poder discrecional de los Estados», que es en lo que consiste el margen de apreciación<sup>31</sup>) cuando, según esta doctrina, que el propio Tribunal Europeo ha creado<sup>32</sup>, en caso de consenso europeo al respecto (sobre que el aborto debe ser permitido por motivos de salud y bienestar), no cabría tal remisión, es criticable. La alteración de la propia doctrina del margen de apreciación<sup>33</sup> –incomprensible para la mayoría de los/as autores/as<sup>34</sup>– puede interpretarse ciertamente, como un «lavado de manos» del TEDH, el cual deja intactas las convicciones morales o el orden de valores (en relación a la vida humana, la vida en formación, la autonomía...) que puedan tener los Estados nacionales a la hora de regular el aborto. Pero un «lavado de manos» que, a nuestro juicio, resulta revelador de una opción valorativa cuando los Estados en cuestión son Estados con regí-

<sup>30</sup> Puede leerse el párrafo 111 de la sentencia del TEDH en el caso *Tysiack c. Polonia*.

<sup>31</sup> Como manifiesta uno de sus jueces (*vid.* COSTA, J. P., «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», *op. cit.*, p. 104).

<sup>32</sup> Según esta doctrina, en el caso de cuestiones polémicas –con implicaciones éticas o morales– está permitida cierta dosis de discrecionalidad estatal, de manera que, a la inversa, hay que interpretar que, ante la existencia de un consenso europeo sobre un determinado tema, dicho margen es más restringido.

<sup>33</sup> Así, en el caso *A, B y C c. Irlanda*, expresa que «Dicho esto, [lo dicho en el párrafo 235 es que en una mayoría sustancial de Estados miembros del Consejo de Europa se observa una tendencia en favor de la autorización del aborto por motivos más amplios que los previstos en el derecho irlandés, donde solo estaba autorizado el aborto en caso de riesgo para la vida de la futura madre] el Tribunal estima que el consenso observado no reduce de manera decisiva el amplio margen de apreciación del Estado» (párrafo 236 de la sentencia).

<sup>34</sup> Es la crítica que hace la mayoría de los/as autores/as. *Vid.* AILINCAI, M., «Quand l'existence d'un consensus européen ne suffit pas pour restreindre la marge d'appréciation d'un État au sujet de l'avortement», CESICE, Centre d'Études sur la Sécurité Internationale, 20 décembre 2010, <http://e.univ-grenoble-alpes.fr> (última consulta: 29/2/2020); sobre el mismo punto, la incapacidad del consenso europeo existente para reducir el margen de apreciación estatal, *vid.* MENA PARRAS, F. J., «La sentencia A, B y C contra Irlanda y la cuestión del aborto: ¿Un «punto de inflexión» en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consenso y margen de apreciación nacional?», *Anuario de Derechos Humanos*, 2012, pp. 115-124, en concreto, pp. 119-123.

menes restrictivos en relación al aborto. No hacer nada, o no decir nada, también es decidir, es hacer. Y, en todo caso, convierte la remisión al margen de apreciación en una expresión retórica que no tiene nada que ver con los fines que, en teoría, se le suponen (fundamentalmente conseguir un equilibrio entre la soberanía de los Estados parte y la necesidad de asegurar una protección de los derechos humanos reconocidos en el Convenio de Roma<sup>35</sup>).

La quiebra de la neutralidad valorativa se evidencia también de manera concreta cuando el TEDH tiene que determinar la coherencia y la efectividad del marco jurídico nacional en orden a garantizar el derecho a la vida privada (en materia reproductiva)<sup>36</sup>. En este punto, el TEDH lo que ha tratado de determinar ha sido si los límites establecidos por los Estados al derecho a la vida privada caen o no dentro del margen de apreciación de los Estados y si éstos han valorado de manera equilibrada los intereses privados y públicos concurrentes o los diferentes derechos protegidos por el Convenio de Roma<sup>37</sup>. Tareas en las que el Tribunal Europeo introduce una serie de consideraciones sustantivas, materiales o valorativas.

Así, el TEDH atribuye determinadas significaciones a la «vida privada» como son las de integridad física y moral<sup>38</sup>, y la de salud reproductiva<sup>39</sup>, y vincula la vida privada de la mujer –o mejor dicho, considera que de ella forma parte– la vida o salud del feto<sup>40</sup>, prestando en este sentido una atención hacia la vida en formación que contrasta con

<sup>35</sup> O, como precisa Ángel Rodríguez, la finalidad de establecer un ponderado punto medio entre el respeto por la diversidad y la soberanía nacional de cada Estado miembro, y estándares homogeneizadores de protección de los derechos que favorezcan la integración (RODRÍGUEZ, Á., «La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación», *op. cit.*, pp. 91, 92).

<sup>36</sup> Como él mismo dice, una vez decidido por el legislador nacional permitir el aborto, debe procurar que no se limiten las posibilidades reales de obtenerlo (argumento que repite en sus sentencias en los casos *R. R. v. Polonia; A, B y C c. Irlanda; Tysiac c. Polonia; P y S c. Polonia*).

<sup>37</sup> Pues si un Estado decide permitir el aborto, su «margen de apreciación no está ilimitado» con respecto a cómo se equilibran los derechos en conflicto (sentencia del TEDH en el caso *A, B, C c. Irlanda*, párrafos 237, 238).

<sup>38</sup> Así lo dice expresamente en la sentencia del caso *Tysiac c. Polonia*, en su párrafo 107.

<sup>39</sup> *Vid.* su sentencia del caso *V. C. c. Eslovaquia* (18968/07), 8 de noviembre de 2011, párrafos 145 y 154.

<sup>40</sup> Como se dice en el caso *Tysiac c. Polonia* (párrafo 105 de la sentencia, retomando el parecer ya manifestado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe *Brüggemann et Scheuten c. República Federal alemana* (6959/75), de 12 de julio de 1977); en el caso *Vo c. Francia* (53924/00), de 8 de julio de 2004; en el caso *A, B y C c. Irlanda* (*vid.* el párrafo 213 de su sentencia), y en el caso *R. R. c. Polonia* (en la sentencia de este caso, el Tribunal Europeo precisamente recuerda tanto la jurisprudencia de la ya extinta Comisión (Informe *Brüggemann et Scheuten*), como fallos anteriores suyos (en concreto, en los casos *Boso c. Italia* (50490/99), Decisión de 5 de septiembre de 2002, *Vo c. Francia*, de 2004, *Tysiac c. Polonia*, de 2007, y *A, B y C c. Irlanda*, de 2010).

la no resolución explícita en su jurisprudencia de la cuestión del estatuto jurídico de la vida en formación<sup>41</sup>. Una atención que creemos que es la que realmente le lleva a alterar su doctrina del margen de apreciación (al menos en el caso que suscita esa alteración), y a hacer una utilización voluntarista de dicho margen<sup>42</sup>.

Asimismo, el TEDH vincula el derecho a la vida privada con otros bienes, valores y derechos. Así a la hora de evaluar el balance entre los intereses de la vida en formación y los intereses de las mujeres (realizado por las instancias nacionales demandadas) –balance que el Tribunal Europeo no cuestiona pero que supone conferir el mismo valor a lo puesto en cada uno de sus extremos (pasando por alto la entidad de los derechos reproductivos de las mujeres) y adoptar un planteamiento conflictual<sup>43</sup> también criticable porque presupone que solo puede saldarse con el sacrificio de una de las partes– ha estimado que dicho balance procura un justo equilibrio en el caso de las legislaciones nacionales que contemplan el aborto terapéutico<sup>44</sup>y, en cambio, no lo procura cuando los Estados han afectado o puesto en riesgo la vida, la integridad o la salud de las mujeres al restringir *de facto* el acceso a la práctica del aborto en supuestos en que éste estaba legalmente admitido.

En esos casos de restricción *de facto* del acceso al aborto (legal), el TEDH vincula el derecho a la vida privada a la vida, la integridad, y la salud, en el sentido de que es la afectación a estos derechos la que determina que se aprecie una vulneración del derecho a la vida privada<sup>45</sup>. Más aún: el TEDH manifiesta expresamente que las obli-

---

<sup>41</sup> Más bien en la jurisprudencia del TEDH el estatuto jurídico de la vida en formación es una cuestión compleja (vid. GONZÁLEZ MORENO, J. M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, op. cit., pp. 124-127).

<sup>42</sup> Concretamente, en su sentencia en el caso *A, B y C c. Irlanda*, el TEDH, en el sentido de que pasa de mencionar el consenso europeo sobre permitir el aborto de modo cada vez más amplio –consenso que admite en una serie de sentencias– a valorar la inexistencia de consenso europeo sobre el estatuto jurídico del embrión y del feto, y a sustentar sobre la misma el margen de apreciación –amplio– del Estado irlandés para prohibir el aborto por razones de salud o bienestar de la mujer y, en consecuencia, estimar que en el caso de A y de B, no se vulneró el derecho a la vida privada.

<sup>43</sup> Vid. por ejemplo, el párrafo 97 de la sentencia del caso *P. y S. c. Polonia* donde se habla de los *derechos contrapuestos* de la vida en formación y de las mujeres.

<sup>44</sup> Como ocurre en el caso *Boso c. Italia*, suscitado por la demanda de un varón que quería impedir que la mujer abortara, y en que el Tribunal Europeo estima que la ley aplicable, que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre, proporcionaba un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y la necesidad de asegurar la protección del feto (vid. el Fundamento de Derecho núm. 1, penúltimo párrafo de la Decisión del TEDH en este caso).

<sup>45</sup> Pueden citarse en este sentido sus sentencias en el caso *Tysiak c. Polonia*, en que el TEDH estimó que se vulneró el derecho a la vida privada de la mujer porque la salud de la mujer embarazada, la Sra. Tysiak se vio afectada efectivamente por la negativa a interrumpir el embarazo en un supuesto en que el aborto era legal, pues la Sra. Tysiak perdió la visión tras el parto, como se temía; en el

gaciones que tienen los Estados que cumplir para garantizar el derecho a la vida privada son obligaciones positivas de proteger la vida y la salud, procurando los medios para que realmente el aborto sea accesible en los supuestos en que está despenalizado legalmente<sup>46</sup> o, en sentido inverso, que de la obligación positiva que tienen los Estados de proteger la integridad física y moral se deriva la aplicación de un procedimiento (o medida) efectivo y accesible para proteger el derecho al respeto de la vida privada<sup>47</sup>.

Por último, en el balance entre los intereses del feto y los intereses de las mujeres en que se resumen los casos de aborto, el TEDH ha considerado que los Estados habían restringido de manera desproporcionada las libertades de información y de expresión al obstaculizar el acceso a la información sobre servicios de aborto<sup>48</sup>. Pero en las sentencias sobre estos casos el Tribunal Europeo también hace consideraciones sobre la salud de las mujeres, que la violación del artículo 10 del Convenio de Roma (en que están reconocidas aquellas libertades) había creado una situación de riesgo para la salud de las mujeres que carecían de medios de información alternativos y veraces sobre la práctica de un aborto.

En definitiva, una serie de consideraciones de orden material o valorativo acerca de los intereses del feto (su derecho a la vida o el valor «vida») y los intereses de las mujeres (los derechos a la vida, a la integridad física o psicológica o a la salud, de las mujeres, o los valores vida, integridad física y salud o el derecho a la información) son las que constituyen el prisma<sup>49</sup> desde el que se valoran las legislaciones nacionales y la actuación de los Estados

---

caso *A., B. y C. c. Irlanda*, donde considera que del derecho a la vida privada (de la tercera demandante) forma parte la posibilidad de establecer si el embarazo hace correr a la embarazada un riesgo para su vida, algo que no pudo hacer y, en consecuencia, no pudo establecer si tenía el acceso al aborto reconocido en la Constitución de Irlanda en el supuesto de riesgo severo para la vida de la madre de continuar con el embarazo; y en el caso *P. y S. c. Polonia*, donde es el daño causado a la demandante (en concreto, la angustia, ansiedad y sufrimiento que supusieron para ella los esfuerzos para obtener el acceso al aborto, pues no se le proporcionó información veraz sobre las condiciones para la disponibilidad de un aborto legal y los procedimientos a seguir), el motivo fundamental que lleva al Tribunal Europeo a concluir que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizar el derecho efectivo a la vida privada.

<sup>46</sup> Así en los casos *Tysiak c. Polonia*, *A, B y C. c. Irlanda*, *R. R. c. Polonia*, afirma esto expresamente.

<sup>47</sup> Como hace en los casos *R. R. c. Polonia* (vid. el párrafo 185 de la sentencia) y *P. y S. c. Polonia* (vid. el párrafo 97 de la sentencia).

<sup>48</sup> Concretamente, en los casos *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda* (vid. el párrafo 71 de la sentencia) y en el caso *Women on Waves et autres c. Portugal* (31276/05), 3 de febrero de 2009 (vid. los párrafos 43-44 de la sentencia).

<sup>49</sup> Son algo más que elementos o ingredientes de la vida privada, como se ha llegado a decir en algún caso, por ejemplo, en relación con la integridad física y moral de la persona (vid. el caso *X e Y c. Países Bajos*, (8978/1980), de 26 de marzo de 1985, párrafo 11, y también por parte de algunos/as autores/as.

en los supuestos despenalizados de aborto. Lo sustantivo no es escindible de lo procedimental e impregna en específico la valoración del cumplimiento de las obligaciones positivas por parte de los Estados.

#### 4. LA OTRA CARA DEL «GIRO PROCEDIMENTAL»: «EL GIRO BIOPOLÍTICO»

En la jurisprudencia del TEDH<sup>50</sup>, como ha podido apreciarse en el epígrafe anterior, el derecho a la vida privada (en materia reproductiva) no tiene existencia autónoma como tal, depende de una serie de consideraciones acerca de la vida, la integridad y la salud de las mujeres, que son tenidas en cuenta tanto a nivel conceptual como sobre todo procedimental al enfatizar las obligaciones positivas que tienen los Estados de procurar el acceso al aborto legal, obligaciones cuyo cumplimiento evalúa el TEDH desde el prisma de la vida, la integridad y la salud.

Prácticamente, el Tribunal Europeo ha reconceptualizado el derecho a la vida privada (en materia reproductiva) como derecho al acceso a la salud sexual y reproductiva, derecho del que forman parte el derecho a la información sobre servicios de aborto y el derecho de acceso al aborto legal, haciéndose eco así del marco conceptual adoptado en textos no vinculantes aprobados en el marco del Consejo de Europa<sup>51</sup>, en las conferencias mundiales sobre derechos de las mujeres y, sobre todo, por parte los organismos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos, que hablan en términos de «derecho a la salud sexual y reproductiva», «derecho de acceso a la información en materia de aborto», de «derecho de acceso al aborto legal», y establecen una relación entre la criminaliza-

<sup>50</sup> Y también en los estudios que el propio Tribunal Europeo realiza sobre su jurisprudencia, en los que incluye el abordaje del aborto en los temas de salud (*vid.* European Court of Human Rights, Thematic Report, Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights, Council of Europe, 2015, p. 10, Informe en que comenta los casos *A, B y C c. Irlanda, Tysiac c. Polonia*, y *P y S c. Polonia*); incardina los derechos reproductivos en el artículo 8, y contempla como una vertiente de este derecho, dentro del concepto de «vida privada», la integridad física, psicológica y moral, ámbito en que incluye en forma expresa esos derechos (puede verse: Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit au respect de la vie privée et familiale*, Conseil de l'Europe, 30 avril 2019, pp. 22-24).

<sup>51</sup> *Vid.* a nivel europeo la Resolución 1607 (2008) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre acceso a un aborto sin riesgo y legal, donde su punto 6 refiere que «la Asamblea afirma el derecho de todo ser humano, incluidas las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo», y su punto 7.2, donde se invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal (...).».

ción del aborto y la realización de abortos inseguros que ponen en peligro la salud y la vida de las mujeres<sup>52</sup>.

Esta vía, que es la goza de mayor consenso –y precisamente por ello, se recurre a ella– es también la utilizada en la mayoría de la doctrina cuando aboga expresamente por la legalización o despenalización del aborto para preservar la salud sexual y reproductiva de las mujeres<sup>53</sup> o como una forma de reducir las elevadas cifras de aborto<sup>54</sup>, llegando por estas vías argumentativas, paradójicamente, al mismo lugar al que se orientan las posiciones que están contra el aborto porque daña la salud de la mujer<sup>55</sup>, en consecuencia, defienden su criminalización<sup>56</sup>.

Todos los caminos parecen conducir a Roma. Y Roma es el énfasis en la vida y la salud. Sin embargo, el énfasis en estos bienes y

---

<sup>52</sup> Puede releerse, entre otros textos, la Recomendación General núm. 24, Mujer y Salud, del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, ONU Doc. A/54/38/Rev.1 (1999), o su más reciente Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, CEDAW/C/GC/35, de 26 de julio de 2017, letra c), apartado i), p. 13; así como el Dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso *Mellet c. Irlanda, cit.*, en el que estima que la prohibición y penalización del aborto por sí misma es discriminatoria y somete a las mujeres a un trato cruel, inhumano y degradante.

<sup>53</sup> Es la línea argumentativa utilizada, sobre todo, en América Latina ante las elevadas cifras de mortalidad materna que aún existen vinculadas a la criminalización del aborto [vid. COOK, R., «Derechos humanos, mortalidad materna y salud reproductiva», *Documento especial, Profamilia*, junio 1993, pp. 43-68; ERDMAN, J. N., COOK, R. J., «Opinión de las expertas profesoras J. N., ERDMAN y R. J., COOK ante el Tribunal Constitucional de Chile en relación con el Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, respecto de normas del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín núm. 9895-11, ROL núm. 3729-17-CPT (9 de agosto de 2017)]. Pero también en Europa. Es de destacar la iniciativa de organizar un Tribunal sobre el Derecho al Aborto para dar a conocer las consecuencias negativas de la criminalización del aborto en Polonia [vid. GIRARD, F., NOWICKA, W., «Clear and Compelling Evidence: The Polish Tribunal on Abortion Rights», *Reproductive Health Matters*, núm. 10 (19), 2002, pp. 22-30] iniciativa de 2001 y pese a la cual las políticas estatales en relación al aborto han seguido en la misma línea (restrictiva del aborto).

<sup>54</sup> Es el motivo que aducen algunos/as autores/as para abogar por reformas legislativas flexibilizadoras del régimen del aborto. Pero habría que ver en qué medida la insistencia en la frecuencia «elevada» de la IVE no es sino hacerle el juego a una determinada forma de control (vid. BAJOS, N; FERRAND, M., «De l'interdiction au contrôle: les enjeux contemporains de la légalisation de l'avortement», *Revue Française des Affaires Sociales*, 2011/1, pp. 42-60, p. 57).

<sup>55</sup> A título de ejemplo de esta posición vid. GONZÁLEZ MARSAL, C., «Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud? ¿cuestión de derechos?», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 10, 2009, pp. 285-329.

<sup>56</sup> Como señala Sánchez Expósito, quien considera que el análisis de salud sexual y reproductiva que late tras las líneas argumentativas para legitimar o no la interrupción voluntaria de la gestación, está realizado desde una óptica moral que condiciona la jurisprudencia de los diferentes países (SÁNCHEZ EXPÓSITO, N., «El debate del aborto y sus implicaciones en las legislaciones mundiales», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, núm. 5, 2020, pp. 109-126).

valores, del que se hacen eco las propias leyes sobre el aborto, la doctrina y la jurisprudencia del TEDH –también en sus desarrollos en torno a otros derechos como el derecho a la vida<sup>57</sup>–, es un énfasis biopolítico: es una evidencia de la importancia que la vida y la salud han adquirido en nuestros días, una importancia puesta de manifiesto por la doctrina<sup>58</sup>, por la jurisprudencia del TEDH<sup>59</sup>, y lamentablemente, por los hechos. Pero dicho énfasis no está exento de contradicciones.

Conlleva una mayor atención hacia los procesos para asegurar la preservación y crecimiento de la vida humana y la salud, pero también un desconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres. Como ha precisado Reva Siegel, «Fundar el derecho de acceso al aborto sobre la base del derecho a la vida y a la salud aparta la atención de los argumentos de dignidad relacionados con la autonomía de la mujer en cuestiones de sexo, maternidad y participación política»<sup>60</sup>. Y esto es lo que ocurre en la jurisprudencia del TEDH, que no puede decirse que reconozca que el control estatal de las decisiones reproductivas de la mujer viola su autonomía, aun si no perjudica su salud. Si hay una cosa que tiene clara el TEDH es que el derecho de aborto no cabe en el derecho a la vida privada<sup>61</sup>, por más remisiones que haga al margen de apreciación<sup>62</sup>. Y, por otra

<sup>57</sup> Vid. REY MARTÍNEZ, F., «La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión», *Estudios Constitucionales*, Año 7, núm. 1, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 331-360.

<sup>58</sup> Hasta el punto de que la vida humana es el valor en torno al que se articula el pensamiento de los derechos humanos, que es lo que Didier Fassin denomina *biogitimidad* (FASSIN, D., «El irresistible ascenso del derecho a la vida. Razón humanitaria y justicia social», *Revista de Antropología Social*, 19, 2010, pp. 191-204, p. 201).

<sup>59</sup> Pues junto a la amplificación del alcance del derecho a la vida, está la calificación de la vida como un valor preeminente (caso *Velikova c. Bulgaria*, 2000, párrafo 68, y un valor fundamental de las sociedades democráticas (*Ekinçi c. Turquía*, 2002, párrafo 70) e incluso la calificación del derecho a la vida como el «valor supremo en la escala de derechos del hombre en el plano internacional» (sentencia del caso *Streletz, Kessler et Krenz c. Alemania*, de 2001, párrafo 72).

<sup>60</sup> Esta autora hace un planteamiento del aborto desde la dignidad, entendida ésta como autonomía. Una vía que, sin embargo, ella reconoce que sería infructuosa porque también existe un uso de la dignidad entendida como vida, como valor, por parte de las posturas antiaborto (SIEGEL, R. B., «La dignidad y el debate del aborto», *op. cit.*, p. 29).

<sup>61</sup> Vid. sus sentencias en los casos *Tysiac c. Polonia* (así en su párrafo 104, en el que el Tribunal afirma que no le incumbe en el caso analizar si el Convenio de Roma garantiza un derecho al aborto), *A, B y C c. Irlanda* (párrafo 214) y *P. y S. c. Polonia* (párrafo 96).

<sup>62</sup> Como es el temor de Sanz Caballero, quien señala que «el tribunal va aceptando, aun sin pronunciamientos rotundos de su parte y solo mediante la aplicación de la teoría del margen de apreciación, la liberalización del aborto pese al conflicto religioso y moral que ello acarrea» (SANZ CABALLERO, S., «El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, pp. 157-181, p. 166).

parte, su reinterpretación del derecho a la vida privada (en materia reproductiva) como derecho a la salud sexual y reproductiva tampoco lo permite<sup>63</sup>, por lo que no están justificados los temores al respecto de algunos/as autores/as<sup>64</sup>.

Ello no quita que dicha reinterpretación pueda ser incongruente –al menos en apariencia– con el contenido que el propio Tribunal Europeo expresamente reconoce a la «vida privada», fundamentalmente el elemento «libertad». Una incongruencia a la que podría haber contribuido, creemos, la visión– no exclusiva del TEDH –del derecho a la vida privada como derecho que engloba la integridad física y moral<sup>65</sup> (en un sentido más bien propietario, como libre disposición del cuerpo que sería criticable<sup>66</sup>), y sobre todo, el influjo de los desarrollos internacionales sobre los derechos reproductivos, en los que éstos se plantean como derechos de acceso a la salud sexual y reproductiva, desarrollos que el TEDH ha querido integrar a toda costa en su interpretación y aplicación del derecho a la vida privada.

Otra cuestión es qué entiende realmente el TEDH por libertad, por autonomía. En este sentido, la inclusión de la vida o salud del feto en la «vida privada» de la mujer, que es una pauta que, como dijimos en el

---

<sup>63</sup> El TEDH, en su interpretación y aplicación del derecho a la vida privada, en materia reproductiva no consagra «un derecho al aborto» *stricto sensu*, ni tampoco puede interpretarse que cuando el Tribunal Europeo aboga por que los Estados que contemplen el acceso al aborto hagan efectivo este acceso, está reconociendo el derecho al aborto que establecen los Estados, como han interpretado algunos/as autores/as. Tanto los Estados como el TEDH ante lo que están –y de lo que están tratando– es de sistemas de despenalización parcial del aborto, y sobre el reconocimiento y protección (o no) de un derecho de acceso a la salud sexual y reproductiva o de un derecho de acceso al aborto legal. Por otra parte, el derecho al aborto tampoco está consagrado ni en el Derecho Europeo ni en el Derecho Internacional (*vid.* ampliamente en GONZÁLEZ MORENO, J. M., *op. cit.*, pp. 41-132).

<sup>64</sup> Es lo que teme Rey, que la *vis expansiva* del derecho a la vida privada podría redundar en que el TEDH acabe diciendo que el aborto es un derecho que se ubica en la penumbra del respeto a la vida privada (REY MARTÍNEZ, F., «¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario a la sentencia «A, B y C vs. Irlanda», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre del 2011, pp. 293-302, p. 294); o lo que teme Larralde, que la jurisprudencia del TEDH que intenta establecer un equilibrio entre los diferentes intereses en presencia acabe cediendo ante la tendencia fuerte existente en los Estados en favor de un amplio derecho al aborto como derecho de las mujeres [LARRALDE, J.-M., «Le droit à l'IVG en droit européen», <http://www.labase-lextenso.fr> (última consulta 22 de marzo de 2020)], cuando, como hemos dicho más arriba, tampoco tal tendencia existe.

<sup>65</sup> Visión que el TEDH puntualiza en sus sentencias, «que la vida privada abarca la integridad física y moral de la persona y que el Estado tiene igualmente la obligación positiva de reconocer a sus ciudadanos el derecho al respeto efectivo de esta integridad» (sentencia del TEDH en el caso *Tysiac c. Polonia*, párrafo 107 donde a su vez recuerda otra serie de sentencias en las que el Tribunal ha expresado esto).

<sup>66</sup> Fundamentalmente porque supone predicar la libertad respecto al cuerpo como si éste fuera algo escindible y, por tanto, algo de lo que se puede disponer, cuando más bien «no tenemos cuerpo, somos cuerpo», como ha expresado Fernando Savater (SAVATER, F., *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Ariel, 2008, 1.ª edición de 1999, pp. 86, 87).

epígrafe anterior, se desprende de la jurisprudencia del TEDH, supondría, a nuestro juicio, entender la maternidad de un modo relacional más que adoptar un concepto relacional de autonomía. Pues tomar en serio la autonomía (reproductiva) de las mujeres conllevaría tener en cuenta las circunstancias personales sociales, estructurales, que condiciona nuestra libertad<sup>67</sup>, que determinan nuestra especificidad (que no se reduce a lo biológico) en el ámbito de la reproducción, circunstancias a las que el TEDH no presta atención<sup>68</sup>.

Asimismo, hay que precisar que el abordaje del aborto –y también de otras problemáticas– desde la perspectiva de la vida y de la salud, no significa necesariamente una mayor protección de la vida, la integridad y la salud de las mujeres. Trabajar no en contra del Estado sino «a través de los Estados» (como es la expresión que utiliza Erdman para referirse a la labor de supervisión que realiza el TEDH sobre las obligaciones positivas que tienen que cumplir los Estados para garantizar ese derecho a la salud sexual y reproductiva o derecho de acceso al aborto legal<sup>69</sup>) puede ser un camino infructuoso.

Además de la tendencia de los Estados a reaccionar tardíamente frente a los riesgos y daños a la vida o a la salud, incluidas la vida o a la salud de las mujeres –como sería lo ocurrido en Irlanda, que no ha flexibilizado su sistema de aborto hasta fecha reciente<sup>70</sup>–, es difícil determinar cuándo surgen las obligaciones positivas. La naturaleza especialmente difusa que tienen estas obligaciones: tienen carácter abierto («hacer todo lo posible») y, en consecuencia, no está claro su comienzo ni su final<sup>71</sup>, hace que sea difícil determinar cuándo son

---

<sup>67</sup> Sobre el alcance de la autonomía relacional, *vid.*, por todos/as: NEDELSKY, J., *Law's Relations. A relational theory of self, autonomy, and law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; MACKENZIE, C., STOLJAR, eds., *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 21-22; MEYER, D., *Self, society, and Personal Choice*, Nueva York, Columbia University Press, 1989); ÁLVAREZ MEDINA, S., «La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia», *RJUAM*, núm. 35, 2017-I, pp. 145-170; GONZÁLEZ MORENO, J. M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, *op. cit.*, pp. 23-39.

<sup>68</sup> Así, en el caso *Boso c. Italia*, el TEDH, aunque parece reconocer la especificidad que reviste la reproducción para las mujeres, no se plantea las determinaciones personales y estructurales de nuestra autonomía.

<sup>69</sup> *Vid.* ERDMAN, J. N., «Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights», *op. cit.*, p. 22.

<sup>70</sup> En cierta medida debido a la sentencia del TEDH en el caso *A, B, C c. Irlanda*, de 2010, según el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Esta sentencia es la que habría determinado la promulgación de la Ley de Protección de la Vida durante el Embarazo de 2013, que fue la que permitió el acceso al aborto en los casos en que existe un riesgo real y considerable para la vida de la embarazada (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6.º y 7.º combinados de Irlanda*, CEDAW/c/IRL/CO/6-7, 15 de febrero de 2017, Apartado Salud, párrafo 42).

<sup>71</sup> Concretamente, Mazuelos refiere que las obligaciones de comportamiento pueden ser vagas o con gran flexibilidad, y su cumplimiento depende en buena medida de la buena fe (*vid.* MAZUELOS BELLIDO, Á., «Soft law: ¿mucho ruido y pocas

incumplidas. Como indica la doctrina, determinar cuándo son incumplidas dichas obligaciones es una cuestión que depende de las circunstancias<sup>72</sup>, y estas circunstancias están sujetas a un amplio margen de apreciación del Estado. Por ello, la imprecisión e indeterminación propician una expansión de la discrecionalidad (¿arbitrariedad?) estatal, y también del propio TEDH, que es el que decide finalmente si los Estados cumplen o no con las mismas<sup>73</sup>.

En general, la órbita de la salud en la que se inscribe al aborto propicia –al mismo tiempo que evidencia– los fines biopolíticos de los propios Estados –manifiestos ya en las leyes nacionales sobre el aborto– y que el TEDH no cuestiona. El concepto (muy amplio) de «salud» que da la Organización Mundial de la Salud en su propia Constitución o el de «salud reproductiva» que contienen los textos internacionales y que repiten los organismos internacionales de derechos humanos implican (exigen) un hacer de los Estados que no tiene límite. ¿Hasta dónde deben llegar los Estados? (La imprecisión no favorece el cumplimiento, aparte de que fijar obligaciones a los Estados más allá de lo que pueden, es una forma de conseguir que nunca lleguen a cumplirlas). La propia expansión de las obligaciones positivas, de las obligaciones de hacer –para hacer reales los derechos– en sí misma vendría a ser una muestra de la biopolítica, de la positividad como nota que caracteriza al poder en nuestro tiempo, como ha expresado Han, de un *poder hacer* que no tiene límite<sup>74</sup> o, si seguimos a Deleuze, una evidencia de las sociedades de control, en las que, como él dice, «nunca se termina nada»<sup>75</sup>.

Y, en todo caso, la positividad, en el sentido de flexibilización de las regulaciones y de excitación de las obligaciones de hacer de los Estados, lo que no garantiza es la autonomía reproductiva. En este sentido, las obligaciones positivas son más bien el nuevo «caballo de Troya». La reconfiguración del derecho a la vida privada como derecho de acceso al aborto legal y ahora el «giro procesal» del derecho a la vida

---

nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, 40 páginas, p. 35). Sobre lo incierto del derecho de acceso a los servicios hospitalarios, también se manifiesta MARGUET, L., «Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'oeil?», *op. cit.*, pp. 22-28.

<sup>72</sup> KILKELLY, Ú., *Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>73</sup> Por ejemplo, en *Tysiak c. Polonia*, las obligaciones (incumplidas) por parte del Estado son las de contar con procedimientos que permitan tomar decisiones en tiempo y hora, a fin de prevenir o limitar el perjuicio que podría derivarse para la salud de la mujer de un aborto tardío (párrafo 118 de su sentencia) y con procedimientos de apelación o de control de las decisiones médicas de rechazo de peticiones de aborto formuladas por las mujeres. Pero estas obligaciones dependen de las circunstancias de cada caso.

<sup>74</sup> HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>75</sup> DELEUZE, G., «Post-scriptum sobre las sociedades de control», *op. cit.*, epígrafe Lógica, párrafo tercero.

privada lo que hacen es diluir, hacer imperceptible el componente de libertad que lleva implícito el derecho a la vida privada –componente que, paradójicamente, la jurisprudencia del TEDH exalta–. Y así se garantiza, desde ese parapeto, la desactivación –hoy generalizada– de la reivindicación del «derecho al aborto»<sup>76</sup>.

Puede darse por instalado el pragmatismo: lo que importa es que las mujeres tengan acceso al aborto legal. Pero este acceso sigue estando mediatizado. Las legislaciones nacionales que el TEDH evalúa establecen sistemas en relación al aborto en los que la autonomía (reproductiva) de las mujeres es supeditada al criterio médico. Es el personal médico el que define –así sea por remisión o presión del derecho<sup>77</sup>– los supuestos despenalizados de aborto y, al mismo tiempo, lo difuso de estos supuestos consagra aún más su poder de definición (o discreción), de lo que constituyen una muestra las interpretaciones restrictivas o extensivas, según el caso (y según los países) que los/as médicos/as han hecho y siguen haciendo del aborto terapéutico<sup>78</sup>.

Como explican Memmi y Taïeb, estamos ante una forma de biopolítica delegada<sup>79</sup> que prevén hoy muchas legislaciones para proceder al aborto y que se traduce en la intervención de terceros en forma de informes médicos, consejerías, permiso de los padres, marido o pareja. Una intervención que reviste la apariencia de facilitar, garantizar la autonomía (reproductiva) de las mujeres. Y decimos en apariencia porque a lo

---

<sup>76</sup> «Habría que preguntarse hoy [dice Marguet en relación a Francia, pero lo mismo podríamos preguntarnos en relación a España], si la utilización de los términos «derecho al aborto» en los discursos militantes, políticos y doctrinales reflejan en sustancia el derecho positivo» (MARGUET, L., «Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompe-l'oeil?», *op. cit.*, p. 4). En todo caso, para algunos/as autores/as parece claro que es del reconocimiento de las mujeres como seres autónomos de donde se extrae el derecho al aborto (*vid.* GARCÍA PASCUAL, C., «Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto», *Derechos y Libertades*, núm. 16, Época II, enero 2007, pp. 181-209, p. 209).

<sup>77</sup> Como precisa Foucault en relación con la locura (aunque lo que dice sería válido de manera general), el personal médico es el que puede introducir a alguien en el mundo de la locura [es el que evalúa, podemos resumir aquí], pero el internamiento no se ordena por una decisión médica sino judicial. Y la presión de los conceptos del derecho conduce a afinar el análisis de la alienación por parte de dicho personal (*vid.* FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*, I, Fondo de Cultura Económica, 2015, ProQuest Ebook Central (sin paginación).

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, mientras en España se ha tendido a hacer interpretaciones extensivas del aborto terapéutico, en Irlanda la tendencia es la contraria. En concreto, pese a haberse flexibilizado el sistema de aborto, solo un médico de cada diez lo practica, más que por motivos de conciencia para evitar ser el objetivo de los antiaborto y por el temor a perder su clientela. Puede leerse: «Irlande: un an après sa légalisation l'IVG reste très difficile d'accès», *France Inter*, 29 de diciembre de 2019.

<sup>79</sup> Es como lo designan MEMMI, D.; TAÏEB, E., «Les recompositions du «faire mourir»: vers une biopolitique d'institution», *Sociétés contemporaines*, 2009/3, núm. 75, pp. 5-15, p. 7. También puede verse: MEMMI, D., *Du gouvernement des corps par la parole. Spirale*, 2006/1, núm. 37, pp. 51-55.

sumo<sup>80</sup> lo que se pretende es que las mujeres presten un consentimiento libre e informado a la práctica del aborto, que es a lo que se ha reducido la autonomía, en general, y la autonomía reproductiva.

Un reduccionismo éste (el de la autonomía a mera prestación de consentimiento) que no tiene en cuenta los determinantes (personales y sociales) que existen a la hora de prestar su consentimiento *libre e informado*, y que más bien supone presumir que las mujeres usan de su autonomía al expresar su consentimiento y con ello, remitir a ellas la responsabilidad de sus propias acciones. Algo que puede interpretarse igualmente como otra forma de biopolítica delegada (o de «liberalismo angélico», como ha dicho algún autor<sup>81</sup>, en términos aún más expresivos). Es decir, como un control (estatal) que actúa de manera delegada, no por la fuerza sino por medio de la palabra, y en este caso, no a través de los/as médicos/as sino de los propios individuos<sup>82</sup>.

Y en la jurisprudencia del TEDH lo que encontramos es un reflejo de todas estas formas de biopolítica delegada<sup>83</sup>, formas que, no obstante, mantiene inmunes<sup>84</sup>. Así, por ejemplo, cuando señala la importancia de contar con mecanismos de control de las decisiones de los/as médicos/as cuando constatan que las condiciones para rea-

---

<sup>80</sup> Decimos a lo sumo porque en algunas legislaciones estas intervenciones son configuradas como auténticos controles previos al ejercicio de la autonomía reproductiva. Así en España en el caso de las intervenciones de los padres en relación a las mujeres menores de edad, tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo, mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>81</sup> Interesa, como explica Klappenbach, que los individuos se sometan libremente y, además, que sean ellos los que carguen con sus culpas (KLAPPENBACH, A., «El liberalismo angélico», *Claves de razón práctica*, núm. 135, 2003, p. 80).

<sup>82</sup> MEMMI, D.; TAÏEB, E., «Les recompositions du “faire mourir” : vers une biopolitique d’institution», *op. cit.*, pp. 5-15, en concreto, pp. 13, 14.

<sup>83</sup> El caso *Tysiac* constituye un ejemplo de cómo las mujeres pueden quedar indefensas ante las exigencias de concordancia entre informes médicos que piden las legislaciones para acceder al aborto legal. En la sentencia de este caso, el TEDH estima que el Estado polaco no cumplió sus obligaciones positivas por no contener la ley polaca los mecanismos eficaces para ello. Por ejemplo, al no prever las situaciones en las que no había coincidencia plena entre la opinión de la mujer embarazada y la de los médicos o entre las opiniones de los médicos (en el caso, sobre si la continuación del embarazo constituía una amenaza para su salud, para su vista, en específico), ni un procedimiento para oponerse a la decisión final. *Vid.* los párrafos 107, 119 de la sentencia.

<sup>84</sup> En algún caso, el TEDH reconoce que los médicos no proporcionaron un adecuado y objetivo consejo médico que tuviera en cuenta las opiniones y deseos de las demandantes, como ocurrió en el caso *P. y S. c. Polonia* (*vid.* el párrafo 108 de la sentencia del TEDH en este caso). En otros casos, en cambio, se limita a plasmar la desvaloración de las opiniones y deseos de las mujeres por parte del personal médico, el cual incluso deja de lado el juicio de las mujeres que optan por la no procreación (como ocurre en el caso *P. y S. c. Polonia*, como lo reconoce el propio Tribunal Europeo, y también en el caso *Tysiac c. Polonia*) y a las que, en consecuencia, se (re)presenta como pacientes, como menores de edad o infradotadas.

lizar un aborto no se reúnen y rechazan las peticiones de aborto<sup>85</sup>, pero no pone en cuestión el poder médico instaurado por las legislaciones nacionales.

## 5. CONCLUSIÓN

No es cierto, a nuestro juicio, que la jurisprudencia del TEDH esté desliziándose por una pendiente resbaladiza hacia la liberalización del aborto, como se insinúa, sobre todo, desde posturas en favor de la vida en formación. (Está desliziándose por una pendiente, sí, pero, como hemos visto en este trabajo, no es ésta). Es cierto que su posición en torno al aborto (voluntario) es ambigua –o difusa–, y que no condena los sistemas de despenalización adoptados en la mayoría de los países europeos (al menos no porque se trate de sistemas que desprotejan la vida en formación). Pero ello no significa que el TEDH no valore la vida en formación ni la vida humana, en general. Más bien al contrario.

Concretamente, el TEDH, al resolver las demandas sobre aborto, se ha focalizado en supervisar si los Estados han cumplido o no con las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida privada (reconocido y protegido en el artículo 8 del Convenio de Roma). Es lo que se da en llamar el «giro procedimental» de su jurisprudencia sobre el aborto. Pero ese «giro procedimental» no es un giro avalorativo. El TEDH no prescinde de hacer consideraciones de orden material, sustantivo y, sobre todo, valora el cumplimiento o no de las obligaciones positivas que tienen los Estados desde el prisma de la afectación o puesta en riesgo de la vida y la salud de las mujeres. Esto es: teniendo en cuenta si se ha afectado o puesto en riesgo la vida, la integridad física y moral o la salud de las mujeres (no su autonomía reproductiva) por no haber procurado los Estados el acceso al aborto en los casos en que éste está despenalizado en sus legislaciones.

En realidad, el «giro procedimental» es también «un giro biopolítico». En la jurisprudencia del TEDH es evidente su interés por la vida, la integridad y la salud, un interés también presente en los sistemas más flexibles, *positivos*, en relación al aborto adoptados por los Estados (interés que no siempre se traduce en una mayor protección de esos bienes y valores); en ella se constata el margen de discrecionalidad que tiene el TEDH a la hora de valorar el cumplimiento (o no) de las obligaciones positivas por parte de los Estados, discrecionalidad que el carácter difuso, positivo (y, en definitiva, biopolítico) de esas obligaciones precisamente propicia; y, sobre todo, en la jurisprudencia del TEDH no se ponen en cuestión –más bien se recrean– las formas aparentemente

---

<sup>85</sup> Así en su sentencia en el caso *Tysiac c. Polonia* en Polonia, párrafo 123, donde se remite a los párrafos 86 y 87.

garantizadoras de la autonomía que se contemplan en esos sistemas más flexibles, *positivos* en relación al aborto, como son las intervenciones de terceros (médicos/as, consejerías, permisos de los padres...) e igualmente la remisión, en último extremo, con el mecanismo del consentimiento libre e informado, de la responsabilidad de las acciones (de aborto) a las propias mujeres. Unas formas aparentemente garantizadoras de la autonomía que vendrían a ser, todas ellas, formas de biopolítica delegada, esto es, formas de preservar la vida humana pero también de controlarla ...a través de otras fuerzas.

Visibilizar todos estos aspectos que están presentes en la evaluación que hace el Tribunal Europeo de las políticas y leyes –aparentemente más flexibles, *positivas*– sobre el aborto (voluntario) adoptadas por los Estados, creemos que puede servir para que, en los órdenes jurídicos internos, tengamos presente la necesidad de acotar los contornos del control médico de los abortos legales, y de reconocer y garantizar realmente la autonomía reproductiva de las mujeres. Un reconocimiento y protección que no debe depender de la puesta en riesgo o no de la vida, la integridad física y moral o la salud, y que tampoco debe reducirse a recabar el consentimiento libre e informado de las mujeres a los actos de aborto, particularmente cuando el conocimiento de los determinantes de la autonomía (reproductiva) –o del consentimiento, que es con lo que se la ha equiparado– no es posible, y en ocasiones ni siquiera interesa, y lo único que se quiere es hacer responsables a las mujeres de «sus decisiones».

# De la autonomía personal a la sexual: una necesaria ruptura de abstracciones

## *From personal to sexual autonomy: a necessary rupture of abstractions*

Por PATRICIA GONZÁLEZ PRADO  
Universidad Autónoma de Barcelona

### RESUMEN

*En el presente artículo recolecto perspectivas críticas a la noción clásica de autonomía personal –en cuyo centro se sitúa, según la modernidad, una idea reduccionista de individuo– a fin de abrir el concepto hasta comprender a diversos grupos sociales que han resultado sistemáticamente excluidos del acceso a la misma. Surge entonces la pregunta sobre qué es y cómo se expresa la autonomía para quienes han sido subalternizadas/os por categorías como el sexo-género-sexualidad. Para enfrentar esta cuestión indago en las preocupaciones de diversas/os autoras/es que desde el siglo XVIII a la actualidad han analizado el matrimonio, las formas de entender el amor, la maternidad, la sexualidad, la noción de consentimiento y la operatividad de mecanismos aniquiladores de la autonomía como la violencia de género o patriarcal. Todo ello demanda, en línea a las contribuciones de los feminismos decoloniales, indígenas, comunitarios y post-modernos, ensanchar la forma de entender la autonomía, situarla en conexión con la vida cotidiana y reconocer su imbricación con los procesos sociales.*

Palabras clave: Autonomía. Sexualidad. Aborto. Feminismos. Violencia de género.

## ABSTRACT

*In this article, I gather critical perspectives on the classical notion of personal autonomy—the centre of which, according to modernity, is held by a reductionist idea of individual—aiming to open the concept in order to include social groups systematically excluded from accessing to it. A question then arises as to what is the meaning of autonomy and how is it expressed to whom have been pushed to subalternity by categories such as sex-gender-sexuality. In order to look for answers to this matter I inquire into the concerns of various authors who from the eighteenth century to the present have analysed marriage, different paths of understanding love, as well as maternity, sexuality, the notion of consent and the operating capacity of the annihilating mechanisms of autonomy such as patriarchal or gender violence. This line of investigation demands, aligned with contributions from decolonial, indigenous, community and postmodern feminisms, to widen the way of understanding autonomy, connecting it with everyday life and acknowledge its imbrication with social processes.*

Keywords: *Autonomy, Sexuality. Abortion. Feminism. Gender violence.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA DENUNCIA FEMINISTA DE LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA. – 3. ¿ES LA AUTONOMÍA SEXUAL VERTEBRADORA DE LA AUTONOMÍA PARA LAS MUJERES? – 4. LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA PATRIARCAL. 4.1 *Mundo privado y ámbito doméstico: la primera pérdida de autonomía.* 4.2 *Mundo público y violencia expresiva en los cuerpos-territorios feminizados.* 4.3 *Violación, consentimiento y autonomía.* – 5. EL DERECHO AL ABORTO COMO TEST LÍMITE DE LA AUTONOMÍA SEXUAL DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE GESTAR. – 6. ENSANCHAR EL CONCEPTO, RESITUARLO EN LA VIDA COTIDIANA COMO PARTE DE UN PROYECTO SOCIAL. 6.1 *Autonomía en el cuerpo-territorio.* 6.2 *Críticas a la autonomía sobre el cuerpo como expresión de propiedad.* 6.3 *La crítica radical al argumento de la intimidad.* – 7. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. THE FEMINIST DENUNCIATION OF THE LIMITS OF AUTONOMY. – 3. IS SEXUAL AUTONOMY THE BACKBONE OF AUTONOMY FOR WOMEN? – 4. THE FIGHT AGAINST PATRIARCHAL VIOLENCE. 4.1 *Private and domestic sphere: the first loss of autonomy.* 4.2 *Public sphere and expressive violence in the feminized bodies-territories.* 4.3 *Violation, consent and autonomy.* – 5. THE RIGHT TO ABORTION AS A LIMIT TEST OF THE SEXUAL AUTONOMY OF PEOPLE WITH THE ABILITY TO GESTATE. – 6. BROADENING THE CONCEPT, RESITUATING IT IN EVERYDAY LIFE AS PART OF A SOCIAL PROJECT. 6.1 *Autonomy in the body-territory.* 6.2 *Criticisms of autonomy over the body as an expression of property.* 6.3 *The radical criticism of the privacy.* – 7. CONCLUSIONS.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El concepto de autonomía personal o de la voluntad, que llega hasta nuestros días como la capacidad para actuar según las propias convicciones, es de tradición kantiana, producto de la Ilustración y heredero de la ilusión racionalista. Se ha construido sobre la premisa de un sujeto pretendidamente neutral al que diversas perspectivas críticas, feministas, de clase y antirracistas, han desnudado y denunciado como un sujeto dominante, privilegiado, hegemónico: un sujeto hombre, blanco, propietario, joven, occidental, heterosexual, sano.

Encarnar la autonomía requiere por ello visibilizar y atender a los procesos de producción de desigualdades sociales y al androcentrismo presente en las concepciones jurídico-filosóficas que llegan hasta nuestros días. La autonomía como *capacidad/posibilidad* ha sido pensada en la modernidad en clave masculina: Kant (1724-1804), Rousseau (1712-1778), Rawls (1921-2002), Dworkin (1931-2013) por nombrar solo algunos de los más claros referentes de la noción. Sin embargo, en los márgenes, en los intersticios de esos debates, mujeres, feministas, de pertenencias dispares han reflexionado, revelado los límites y ensanchado esta idea.

En el presente texto retomo contribuciones que asumen posiciones diversas y hasta antagónicas. Catharine Mackinnon, Judith Butler y Martha Nussbaum son ejemplo de ello. La selección siempre es un recorte de un universo mucho más amplio, los criterios para realizarla surgen de una serie de intersecciones, por una parte he pensado desde los feminismos latinoamericanos, decoloniales, comunitarios y al hacerlo he acudido no solo a las autoras que los representan sino a las tradiciones que de una manera u otra los han marcado, por la vocación internacionalista de los feminismos y por la vigencia de relaciones transnacionales y también coloniales. Por otro lado, la selección orbita alrededor de la noción de autonomía. Quedan deudas con las aportaciones de autoras valiosísimas, como Silvia Federici, Sayak Valencia, Karina Ochoa, entre otras, que habrán de ser incorporadas en futuras investigaciones.

## 2. LA DENUNCIA FEMINISTA DE LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA

Mary Wollstonecraft (1759-1797), con *Vindicación de los derechos de las mujeres* (1792), y Olimpe de Gouges (1748-1793), con

---

<sup>1</sup> A lo largo de todo el trabajo utilizo el lenguaje de una forma no sexista, que evite la utilización del masculino como genérico de humanidad. Para ello las estrategias son diversas: desde el desdoblamiento de los sustantivos hasta el uso prioritario de nombres colectivos que hacen referencia tanto a hombres como mujeres y personas trans, y el uso del femenino plural como genérico cuando hace referencia a las personas.

*Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana* (1791), comenzaron a poner luz en lo opaco de la Ilustración, una concepción del sujeto de derecho que, a la vez que anunciaba que *todos los hombres nacían libres e iguales en dignidad y derechos*, daba cuenta de que hombre no era sinónimo de humanidad, sino de individuo genéricamente posicionado, que excluía a las mujeres, si bien no solo a ellas-nosotras, semántica y sustancialmente.

Wollstonecraft apuntó contra la educación en la sumisión que encorsetaba a las mujeres, por provocar su debilitamiento físico y moral, y formuló una lúcida crítica al *Emilio* de Rousseau<sup>2</sup>. De ella se desprende que los controles impuestos a la autonomía de las mujeres, redundaban/dan en privilegios masculinos. Esta autora reclamó, para el género olvidado por las revoluciones liberales, el *Sapere Aude* kantiano, el derecho de valerse del propio entendimiento, y señaló que no se trataba solamente de una cuestión de valor y decisión, sino que existía un sistema de dominación establecido por los hombres que las pretendía en una eterna minoría de edad. Por ello el camino emancipatorio requería para Wollstonecraft la ruptura con un modelo de feminidad que producía seres tutelables.

La filósofa Michela Marzano destaca que, si bien Kant afirmó que la libertad era la propiedad específica de cada ser humano, la dignidad fue concebida como la capacidad –de toda persona–, de determinar su conducta a través de la razón. Así definió por primera vez la autonomía como la propiedad que tiene la voluntad de ser ley para sí misma, un principio supremo de la moralidad, la condición de posibilidad de un imperativo categórico. Pero, como apunta esta autora italiana, para realmente fundar una acción sobre ese imperativo, es necesario partir del presupuesto de que el agente moral tiene capacidad de actuar independientemente de sus intereses particulares y empíricos<sup>3</sup>.

La propuesta kantiana del siglo XVIII impregna hasta nuestros días teorías como la del velo de la ignorancia rawlsiana, en la que la razón, sus lógicas y lo razonable son consideradas cuestiones universalizables. Así, el sujeto no contradictorio, coherente de la Ilustración se asienta sobre una serie de ficciones que se reeditan: Kant supuso que cuando se actuaba moralmente, debía actuarse, no conforme a los propios deseos sino, en función de lo que se representaba como *aquello que debía ser hecho*. La *libertad trascendental* se alcanzaría a partir del «hecho de la razón» que es la conciencia de la ley fundamental de la moralidad<sup>4</sup>. Se produce así la *naturalización* de la moral

<sup>2</sup> ROUSSEAU justificó las desigualdades sexo-genéricas en materia de educación, como mecanismo de control y gobierno sobre las mujeres, para el establecimiento de un orden político que aspiraba a constituirse sobre la base de ideales de igualdad, a la vez que se pensaba dominado por hombres.

<sup>3</sup> MARZANO, M., *Consiento, luego existo. Ética de la autonomía*, España colección siglo XXI, ética actual, Proteus, 2009, p. 59, 208 pp.

<sup>4</sup> *Ibidem* 60.

a partir de su universalización y el fundamento kantiano es precisamente la autonomía de la voluntad.

Desde mi punto de vista es una ficción pensar que la autonomía se afirma como parte de un proceso puramente racional y que tal proceso puede estar desvinculado de los propios intereses, deseos, necesidades, condicionantes sociales. Lo parcializado de esta teoría es precisamente su pretensión de mantenerse incorpórea, asexuada, sin procedencias lingüísticas, raciales, de clase. Por ello pensar la autonomía de/para las mujeres, tiene que ver con el desarrollo marginal de perspectivas críticas a la poderosa idea de un sujeto de derecho, descontextualizado, racional y no contradictorio.

En ese camino de indagar el alcance de la autonomía de las mujeres, enfoco a la autonomía sexual, o sea a las normas que social y jurídicamente perfilan los límites de *las decisiones posibles* para las vidas de este heterogéneo colectivo, a través de regulaciones sobre sexo-género-sexualidad. Entre esas reglas sexuales las ordenaciones sobre aborto exponen de una manera hiperbólica las posiciones sociales de las mujeres y personas con capacidad de gestar en cada contexto que se considere. En diferente medida también lo hacen las disposiciones sobre la maternidad, la prostitución, el amor, el matrimonio, la educación, la violencia patriarcal. Entonces no resulta posible hablar de «abstracción del concepto de autonomía», hay marcas históricas vinculadas al hecho de estar adscritas a unos cuerpos sobre los que se construyen desigualdades.

### 3. ¿ES LA AUTONOMÍA SEXUAL VERTEBRADORA DE LA AUTONOMÍA PARA LAS MUJERES?

Una primera cuestión a reflexionar apunta a cómo nuestras sociedades distribuyen poder, un punto de partida que el Derecho como disciplina debiera tener en cuenta, para no tratar como iguales a quienes están desigualmente situados/as. Las mujeres, pero no solo las mujeres sino también las personas LGTBI+<sup>5</sup>, han sido y son subalternizadas por el sexo, el género y la sexualidad, es por ello que el grado de autonomía sexual del que gocen, el que sea jurídicamente reconocido y garantizado funciona como *test límite* para identificar las condiciones de ciudadanía a las que tendrán acceso. Ello explica que los feminismos anarquistas, comunistas, radicales, hasta los decoloniales, comunitarios, indígenas y posmodernos hayan puesto interés en des-

---

<sup>5</sup> La sigla es internacionalmente conocida para referir al colectivo de personas lesbianas, gays, trans, travestis, transexuales, transgénero, bisexuales, intersex. Hace referencia a categorías que refieren al sexo, al género y a la sexualidad, en búsqueda de no cerrar las posibilidades de categorías como queers o asexuales a la sigla clásica se ha agregado el signo +, también se propone desde estos colectivos la referencia a diversidades sexuales, corporales y de género.

menuzar analíticamente las instituciones y mecanismos que operan produciendo desigualdades.

Emma Goldman (1869-1940), una importante referencia del movimiento anarquista, abogó por la *libre maternidad* que requería como mínimo acceso a la anticoncepción, la necesidad de diferenciar matrimonio y amor y la afirmación del trabajo como espacio de creatividad, desarrollo y posibilidad de liberarse de la situación parasitaria y dependiente dada por el matrimonio burgués<sup>6</sup>. Goldman comprendió que en *el control de natalidad* no solo estaba en juego la vida de las mujeres, sino los sistemas de producción, la economía, la organización del trabajo, la estructura familiar y la estatal. En esa línea denunció que la falta de control de la reproducción contribuía a *sostener la domesticidad de la clase obrera*. Sexualidad y reproducción dejaban de ser una cuestión del ámbito privado para aparecer resituadas en el centro del ámbito público, la política y las relaciones de clase.

Alexandra Kollontai (1872-1952) en su corto tiempo de ministra de la revolución bolchevique (1917-1918) promovió la creación de una central para la protección a la maternidad y la niñez, en orden a socializar lo que hoy conocemos como *tareas de cuidado*, a la vez que impulsó la ley que eximió de castigo al aborto. Son estas cuestiones de primer orden para valorar la consistencia del reconocimiento a la autonomía de las mujeres. Impulsó el divorcio y reconoció que la incorporación de las mujeres a las fábricas suponía una *doble jornada* de trabajo<sup>7</sup>. Más tarde los feminismos anticapitalistas retomaron estas reflexiones y teorizaron de qué forma la explotación recae doblemente en las mujeres, a la plusvalía que producen en tanto obreras, se suma el gratuito trabajo reproductivo de la fuerza de trabajo, que permanece invisible bajo el manto de los *cuidados familiares*. Kollontai promovió la asunción por el Estado de las tareas de sostenimiento de la vida: restaurantes públicos, cocinas y lavanderías centrales, casas para lactantes, guarderías, colonias y hogares para niños/as, sanatorios para las personas enfermas, comedores, libros de estudio y ropas de abrigo gratuitas para el alumnado; y casas de maternidad para las mujeres solteras.

Sus propuestas cuestionaron el supuesto *origen natural* de la maternidad, la crianza, el amamantamiento, las responsabilidades de

---

<sup>6</sup> En su texto *Los aspectos sociales del control de natalidad*, da cuenta de la importancia que le atribuía al *Movimiento de Control de Natalidad* dentro de la lucha anarquista: «... Un movimiento que busca liberar a la mujer del terrible yugo y esclavitud del embarazo forzoso, que reclama el derecho de cada niño a un buen nacimiento, que ayudará al obrero a liberarse de su eterna dependencia, y que introducirá en el mundo un nuevo tipo de maternidad. Considero este movimiento tan importante y vital como para desafiar cualquier ley de los códigos legales...», GOLDMAN, E., «Los aspectos sociales del control de natalidad», en *La palabra como arma*, Anarres, Utopía libertaria, Buenos Aires, Argentina, 1906/2010, pp. 137-144, 240 pp.

<sup>7</sup> «... El capitalismo ha cargado sobre los hombros de la mujer trabajadora un peso que la aplasta, la ha convertido en obrera sin aliviarla de sus cuidados de ama de casa y madre...», KOLLONTAI, A., *Autobiografía de una mujer emancipada*, Barcelona, Editorial Fontamara, 1926/1976, p. 64, 288 pp.

cuidado atribuidas a las mujeres, la familia nuclear y el matrimonio. Sin embargo, a medida que avanzó con aquellas medidas fue encontrando *diferencias de principio* con la política que efectivamente se consolidó en Rusia.

En esa línea la filósofa argentina Alejandra Ciriza denuncia que el modelo de familia nuclear y la forma de concebir el amor que el mismo promueve, han situado como trabajo socialmente irrelevante el reproductivo, lo han reducido y encerrado en el espacio privado y lo han dejado a cargo de las mujeres, valiéndose de argumentos biologicistas. De esta manera concluye que no se trata solo de explotación, sino también de dominación sexual<sup>8</sup>.

Las formas de pensar el matrimonio y el amor están íntimamente relacionadas con las de concebir la autonomía sexual, las libertades y los diversos procesos de emancipación de las mujeres. La institución matrimonial mantiene vigencia y el amor ha sido –hegemónicamente en la modernidad– asociado a su ámbito. La anarquista Emma Goldman criticó el matrimonio por considerarlo un *obstáculo para el desarrollo del amor* y las experiencias de libertad de las mujeres. Consideraba que no había posibilidad de que un contrato económico entre personas situadas desigualmente, pudiera potenciar el crecimiento y la felicidad de las que estaban en el lugar de subordinación de la relación, las mujeres.

Alexandra Kollontai criticó el *matrimonio burgués o por conveniencias económicas*, producto de una moral particular, a la que denunció como obstáculo para la emancipación de las mujeres. Una de las críticas que hizo al *amor burgués* –diferenciándolo del *amorcamaradería*–, fue su *construcción desde el individualismo, la concurrencia desenfrenada y la emulación*, no dejando lugar para la amistad considerada como factor social. Señaló que los intereses de la clase burguesa, crearon un nuevo ideal moral en las relaciones sexuales que, a diferencia de lo que había primado en la sociedad feudal, necesitaban traer al amor la fusión de lo físico con lo espiritual, entre el amor y el matrimonio no podía establecerse ninguna diferencia. Las razones de clase para ello eran claras, así se formaba la familia burguesa que no se basaba en la posesión de riquezas patrimoniales, sino en la acumulación de capital.

En *La juventud y la moral sexual* expresó que, dado que la norma del amor era el matrimonio, el amor fuera de este era considerado inmoral por consideraciones de orden económico: la necesidad de impedir que el capital acumulado se dispersase con los y las hijas nacidas fuera de una unión matrimonial. Consideró que el amor estaba aprisionado por la moral burguesa, por ello ese sentimiento huía cons-

---

<sup>8</sup> CIRIZA, A., «En qué sentido se dice ciudadanía de mujeres? Sobre las paradojas de la abstracción del cuerpo real y el derecho a decidir», en *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*, Hoyos Vásquez, Guillermo (comp.), CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Argentina, 2007, pp. 293-319, 513 pp.

tantemente de los límites matrimoniales que le habían sido impuestos y tomaba la forma de unión libre o adulterio que esa moral condenaba, pero que, en realidad, no hacía más que cultivar. Advirtió que se había construido socialmente esta forma de amar con fundamento en un principio de propiedad y también la trampa de considerar lo normal –que *el amor da derecho a poseer enteramente y sin compartir con nadie el corazón del ser amado*–, como natural. Esta forma de entender el amor suponía límites difícilmente franqueables a la autonomía de las mujeres, quienes *renunciaban criminalmente a su Yo*<sup>9</sup>.

Considero valiosas las contribuciones de Kollontai no solo en su contexto de producción específico, sino también por su vigencia contemporánea, en tanto mantiene abiertos los interrogantes sobre cómo impactan las concepciones del amor en los usos del tiempo y en las opciones vitales de las mujeres, cómo repercute estructuralmente en el poder que acumulamos, en cómo lo ejercemos, en los límites a nuestro desarrollo personal, en las transformaciones que pensamos pero no podemos hacer posible, en la conservación de privilegios y poder por los hombres.

El matrimonio de manera dominante ha sido y es una de las instituciones de encierro de las mujeres, en particular en relación con las decisiones sexuales y reproductivas, en tanto organiza el control marital y social sobre la sexualidad de aquellas/nosotras. Por otra parte, más allá del efecto simbólico y visibilizador de las leyes de matrimonio homosexual, miro con preocupación la satisfacción, ante el efecto asimilacionista y normalizador de esta institución, que buena parte de los colectivos LGTBI+ reciben con agrado. ¿Se trata de un acto jurídico por el que hay que pasar para ser visibles, socialmente aceptables y jurídicamente reconocidas? ¿Se transforma el matrimonio en una institución puente para el acceso a derechos humanos, como el derecho a la maternidad en una pareja de lesbianas? ¿Las parejas homosexuales se casan solo por el poder simbólico de la ley? ¿Cómo opera el amor romántico al atravesar el ritual matrimonial? Entiendo imprescindible mantener estos interrogantes abiertos.

#### 4. LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA PATRIARCAL

Hay acuerdo en el marco internacional de los derechos humanos en afirmar que la violencia contra las mujeres limita su autonomía. Sin embargo, esta violencia es abordada desde el Derecho y las ciencias sociales demasiado a menudo como una cuestión marginal, asociada a «usos, costumbres y tradiciones», que el «progreso» –en términos de desarrollo–, superará casi como una consecuencia natural-residual. También se la pretende reducir a un conflicto inter-

---

<sup>9</sup> KOLLONTAI, A., *op. cit.* pp. 141-149.

subjetivo, privado, produciendo la incompreensión de la violencia de género al revelar el desconocimiento de sus causas estructurales. Probablemente ello tenga que ver lo que Rita Segato ha llamado las *Estructuras elementales de la violencia* y el papel que los Estados juegan en relación con esas estructuras:

El fenómeno de la violencia emana de la relación de dos ejes interconectados: uno horizontal de términos vinculados por relaciones de alianza o competición y otro vertical caracterizado por vínculos de entrega o expropiación, estos dos ciclos se articulan formando un sistema único (...) el ciclo cuya dinámica violenta se desarrolla sobre el eje horizontal se organiza ideológicamente en torno de una concepción de contrato entre iguales y el ciclo que gira sobre el eje vertical corresponde al mundo premoderno de estamentos y castas<sup>10</sup>.

#### 4.1 Mundo privado y ámbito doméstico: la primera pérdida de autonomía

El género da cuenta, –tanto como la raza, la nacionalidad, la sexualidad– de inconsistencias en el orden del contrato, en tanto categoría de jerarquización social. Carole Pateman advirtió *el contrato sexual* (1988) como un orden *preexistente* al contrato social, que ha hecho de este último una ficción para las mujeres, dando cuenta de la desigualdad con la que entramos a la modernidad.

Por su parte Segato apunta que, en relación con la violencia, la capacidad de expropiar autonomía, de ejercer poder sobre otras, es la condición que deben acreditar los hombres para ingresar al mundo de la masculinidad, para ser considerados *pares, ciudadanos*. Los procesos de alterización, que un orden patriarcal establece sobre las mujeres, se extienden luego sobre *otros* sujetos (niñas, niños y jóvenes, personas racializadas, LGTBI+, indígenas), a quienes se feminiza situándolos como *territorios de ejercicio* de poder patriarcal. La masculinidad es un estatus que se gana y requiere de confirmaciones permanentes de potencia sexual, económica, bélica, social, política<sup>11</sup>.

A primera vista podríamos pensar que se trata de *abolir* los órdenes jerárquicos precontractuales de estatus y que *la autonomía* estará garantizada por el orden contractual, pero un orden se entrevera con el otro y da cuenta de la necesidad de construir perspectivas críticas a los sistemas de democracias representativas y a los actuales de producción-acumulación. Los órdenes de estatus y contrato están marcados

---

<sup>10</sup> SEGATO, R., *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Prometeo, Buenos Aires, 2010, 258 pp.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

por la inestabilidad, los subalternos oscilan todo el tiempo entre el acatamiento de su marca y los reclamos de ciudadanía, amenazando con entrar al orden de pares. La inestabilidad surge precisamente de la falta de determinismos, como el biológico, y exige por lo tanto del ejercicio de la dominación con recurso a la violencia<sup>12</sup>. Ese sujeto masculino que afirma y defiende un estatus de poder, reclamando a las mujeres sumisión, no solo opera en el orden de las relaciones de pareja, las interpersonales o las laborales, sino y principalmente, en la distribución del poder social.

En cuanto a la violencia contra las mujeres que se expresa en el ámbito doméstico, el Derecho oculta una y otra vez que no estamos ante un «problema de algunas familias disfuncionales», sino que la violencia patriarcal es inherente a la estructura familiar. La institución familiar nuclear, moderna, se ha construido y se experimenta de manera hegemónica, como un espacio de *heteronomía* de las mujeres, de sometimiento a mandatos masculinos, en particular, pero no exclusivamente, en relación con la sexualidad. Por ello una de las propuestas de Segato apunta a una reforma de los *afectos* promoviendo una ética feminista para toda la sociedad.

Y es que como apunta la autora, el abuso no es necesariamente ajeno a los discursos normativos del mundo familiar. Ello pone en evidencia que los procesos de recuperación en situaciones de violencia de género y la consecución de mayores grados de autonomía no dependen exclusivamente del trabajo subjetivo de cada mujer concreta, o del institucional *sobre-con* ella, sino de las posibilidades socio-jurídico-políticas de quebrar las lógicas de minorización y desvaloración por razón de género. Por ello considero que el resquebrajamiento del orden y autoridad familiares es necesario para que las mujeres podamos pensarnos autónomas y realizar experiencias de autonomía. Dicho agrietamiento puede producirse a partir del fortalecimiento de otros espacios y estructuras afectivo-económicas-jurídicas-sociales de base comunitaria, que promuevan la necesidad de alcanzar acuerdos para construir la vida cotidiana, y el reconocimiento de la igualdad de poder/valor entre las voces que participan de esos acuerdos, por definición temporales e inestables. El encierro de las mujeres en el espacio doméstico, que continúa siendo uno de los mayores riesgos para su/nuestras vidas y salud integralmente consideradas, es una cuestión que han de resolver tanto las políticas públicas como los proyectos políticos comunitarios.

El espacio doméstico no siempre estuvo encerrado, no en todas las comunidades es de reclusión, tal idea es otro producto del entronque de patriarcado-capitalismo-colonialismo.

Los vínculos exclusivos entre las mujeres, que orientaban a la reciprocidad y a la colaboración solidaria tanto ritual como en las

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 252.

faenas productivas y reproductivas, se ven dilacerados en el proceso del encapsulamiento de la domesticidad como «vida privada». Esto significa, para el espacio doméstico y quienes lo habitan, nada más y nada menos que un desmoronamiento de su valor y munición política, es decir, de su capacidad de participación en las decisiones que afectan a toda la colectividad. Las consecuencias de esta ruptura de los vínculos entre las mujeres y del fin de las alianzas políticas que ellos permiten y propician para el frente femenino fueron literalmente fatales para su seguridad, pues se hicieron progresivamente más vulnerables a la violencia masculina<sup>13</sup>.

## 4.2 Mundo público y violencia expresiva en los cuerpos-territorios feminizados

Por otra parte, hay formas de violencia contra las mujeres que se expresan fuera de los ámbitos domésticos o familiares. Cuando Rita Segato analiza los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, describe un escenario latinoamericano que se extiende fuera de las fronteras de esa ciudad y del continente. Así es posible reconocer en diversos contextos globales las disputas por la tierra, la expansión del modelo de agro-negocios, la maquila, las guerras territoriales ligadas al narcotráfico y la difusión de códigos carcelarios a barrios enteros. *En y por* ese contexto las desapariciones de mujeres y los crímenes por encargo, redefinen un proceso de explotación en el que es posible cada vez más advertir *una doble realidad* que convive<sup>14</sup>.

La autora desarrolla las nociones de *Segundo Estado* y *Segunda Realidad* para explicar los feminicidios en Juárez, México. Así entiende que la *Segunda Realidad* estaría conformada a partir de una serie considerable de negocios ilícitos que producen sumas masivas de capital no declarado (narcotráfico, tráfico de armas, de personas, de órganos, minerales estratégicos, trata, casas de juego, pago de protección mafiosa, evasión de impuestos, coimas y tráfico de influencias), capital que, según justifica en su trabajo, duplicaría la *primera economía* que circula a cielo abierto.

Esta estructura produce una violencia que no es dispersa ni anómala, sino sistemática y que llega a atrapar a la propia democracia representativa. *La dictadura perfecta* y *La ley de Herodes*, dos películas del director y guionista mexicano Luis Estrada, materializan un Estado que es a la vez tirano y títere de esa *Segunda Realidad*.

---

<sup>13</sup> SEGATO, R., «Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulario estratégico descolonial», en *Feminismos y Poscolonialidad: Descolonizando el feminismo desde y en América Latina*, Bidaseca Karina y Vázquez Laba Vanesa (Comps.), Ediciones Godot, Colección Crítica, Buenos Aires, 2011 pp. 17-48, 296 pp.

<sup>14</sup> SEGATO, R., *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2013, 88 pp.

Segato teje hilos entre las disputas territoriales de diferentes grupos de poder por la explotación de los ilícitos señalados y la *ejemplaridad cruel* que expresan sobre las mujeres asesinadas. Esta modalidad de feminicidios da cuenta de ataques —a las mujeres—, que son expresiones públicas de poder de hombres sobre un determinado territorio y recursos en disputa. No es posible considerarlos *casos aislados*, de ello se desprende una aguda crítica a la propia democracia liberal representativa<sup>15</sup>.

Su argumento sobre la *indefensión del campo estatal con relación a la Segunda Realidad* en el caso mexicano, resulta en una propuesta articulada alrededor de un *Estado que promueva la reconstrucción de tejidos comunitarios*. Pero ¿cómo puede el Estado promover esa reconstrucción, si es precisamente desde las políticas públicas y sus consecuencias desde donde se han resquebrajado tejidos locales y comunitarios? A pesar de estos interrogantes que su propuesta no resuelve, me interesa esta autora porque reactualiza los debates sobre los límites de los Estados y su incapacidad y falta de decisión política para garantizar integralmente los derechos humanos de las mujeres. Segato afirma que, en situaciones de desgarramiento y desarticulación, tampoco puede justificarse la desaparición del Estado, pero sí promoverse un ejercicio, una práctica teórico-política: pensar *afuera* del mismo.

Si las formas de apropiación y destrucción de mujeres *expresan* otras formas de apropiación y destrucción territoriales, de desarticulación de tejidos comunitarios, los feminismos decoloniales acercan herramientas al ámbito jurídico y exigen profundas reflexiones críticas sobre el horizonte de débiles derechos individuales en los que se consumen los ya escasos esfuerzos jurisdiccionales. La autonomía de las mujeres está en articulación permanente con las posibilidades de autonomía de las comunidades en las cuales se/nos desarrollamos.

Por ello pensar la autonomía asociada a la *privacy*, modalidad tan extendida entre teóricas anglosajonas, configura un marco que no resulta emancipador para quienes se encuentran en situaciones de subalternidad, por la interacción de marcas como el sexo-género, la sexualidad, el color de la piel, el lugar de procedencia, la lengua que hablan/no hablan, la clase social. La intimidad/privacidad como fundamento, sirve cen-

---

<sup>15</sup> «... Intento la formulación de un modelo que trascienda los casos particulares, con todo su dolor. Y esa formulación teórica no es otra cosa que un discurso sobre la estructura misma de la democracia representativa de masas. No se trata, para mí, de hacer una crítica constructiva a su mal funcionamiento, sino una crítica destructiva a sus bases estructurales, que no pueden defenderse ni de su propia sombra paraestatal ni del capital en su doble flujo: en los circuitos de la Primera Realidad y de la Segunda Realidad, ambos interconectados (...) La democracia hace aguas, está expuesta al nuevo golpe en curso que no le llegará desde arriba a manos de militares uniformados (...) sino desde abajo, desde el control que las mafias obtienen por su capacidad de financiamiento de la propia política. Sin su contribución ningún candidato se encuentra hoy en condiciones de elegirse, pues ese influjo es necesario para la compra de voluntades políticas así como para la destrucción de coaliciones y alianzas del campo antagonista...», SEGATO, R., *op. cit.*, p. 69.

tralmente a quienes están en posesión, por su *situación*, de condiciones materiales y simbólicas de tomar decisiones libres, requiriendo del Estado simplemente la *no intervención* en sus «vidas privadas», o sea que cumpla solo con la primera fase de protección en materia de derechos humanos: el *respeto* en tanto *inhibición*, conducta omisiva. Estas propuestas son perfectamente compatibles con políticas neoliberales y sus propuestas de *achicamiento* del Estado.

Los feminismos radicales estadounidenses también han desarrollado críticas al ámbito estatal como productor de violencia patriarcal y por ello obstáculo para la autonomía de las mujeres. En este sentido Catharine MacKinnon ubica sus preocupaciones en la forma en que el Estado expresa el punto de vista masculinista:

¿Es el Estado en cierta medida autónomo de los intereses de los hombres o es expresión integrante de aquellos? (...) ¿Está el Estado construido sobre la subordinación de las mujeres? Si es así, ¿cómo llega a ser el poder masculino poder estatal? ¿Puede hacerse que tal Estado atienda a los intereses de aquellos cuya impotencia ha creado su poder? ¿Supondría alguna diferencia una relación distinta entre el Estado y la sociedad como la que puede existir en el socialismo? A falta de respuestas el feminismo ha quedado atrapado entre dar más poder al Estado en cada intento de reclamarlo para las mujeres y dejar el poder ilimitado en la sociedad a los hombres (...) El Estado es masculino en el sentido feminista: la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres<sup>16</sup>.

Pronostica el fracaso de políticas públicas reformistas que asumen como punto de partida *la objetividad* y que regulan la violación, la prostitución, la pornografía y el aborto desde los intereses de los hombres como colectivo<sup>17</sup>. Reflexiona sobre la idea de *consentimiento*, clave para hablar de autonomía sexual. Señala como punto de partida algo que podría parecer una obviedad, pero que el derecho, dando cuenta de su carácter androcéntrico, a diario desconoce: Si hombres y mujeres estamos desigualmente situados en cuanto al género, nuestras posibilidades de consentir y de negociar la sexualidad no son igualitarias, por ello cuando el consentimiento tramita de modo puramente formal estamos ante la reproducción de la desigualdad con apariencia de autonomía.

---

<sup>16</sup> MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Universidad de Valencia, España, 1989, 456 pp.

<sup>17</sup> «... El monopolio estilo Weber sobre los medios de coacción legítima, que se considera distingue al Estado como entidad, describe de hecho el poder de los hombres sobre las mujeres en el hogar, en la cama, en el trabajo, en la calle, en toda la vida social. Los hombres son soberanos en la sociedad de la forma en que Austin describe la ley como soberana: una persona o un grupo cuyas órdenes son habitualmente obedecidas y que no suele obedecer a nadie. Los hombres son el grupo que ha tenido autoridad para hacer las leyes, encarnando la «regla de reconocimiento» de Hart...», MACKINNON C., *op. cit.* p. 302.

### 4.3 Violación, consentimiento y autonomía

Una primera aproximación al análisis de la violación me llevó a considerar que lo que prioritariamente estaba en juego, y era objeto de castigo, era la autonomía sexual de las mujeres, sea por bloquearla antes que pudiera accederse a ella, en los casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, o por aplicarse *correctivamente* por los «adalides de la moral» –patriarcal-colonial– contra las *malas mujeres*. Las investigaciones de Rita Segato permiten complejizar estas ideas, sus desarrollos sobre la *violación cruenta*<sup>18</sup> promueven reflexiones sobre *la estructura de género y el mandato de violación*.

La violencia sexual opera como regulación/control y sanción simbólica a la autonomía sexual del colectivo mujeres. Este dispositivo cuya amenaza nos es instalada desde niñas, habilita el ofrecimiento/imposición de «protección»: las mujeres aprendemos que necesitamos de hombres para que nos defiendan de otros hombres. El peligro no es a sufrir «cualquier daño», sino EL daño, una especie de muerte moral-sexual. Esta amenaza es parte del constructo *mujer* y de la feminidad, la latencia del castigo *por estar sin la compañía adecuada*, en el *lugar equivocado*, a la *hora equivocada*, en el estado prohibido, por *provocar*. Cada una de estas explicaciones la invisibiliza como una forma de violencia, principalmente cuando de nuestras parejas, amigos, jefes, «buenos chicos», se trata.

La violación se hiperboliza cuando el perpetrador es un desconocido, y más aún si es migrante, joven, en condición irregular, de sectores populares, tanto como se silencia cuando el agresor es del entorno familiar, laboral, blanco, de clase media, profesional, con prestigio. Pero ¿cómo opera en los hombres la violación?, en los «hombres bien hombres», en los que no se feminiza para violar, sino los que violan. Segato apunta a la existencia de un *mandato de género*, perspectiva que escapa tanto a las visiones patologizantes de los agresores sexuales como a las deterministas de la dominación masculina. La violación opera estructuralmente restaurando una y otra vez un poder jerárquico, en cada una de estas *restauraciones* se aniquilan las posibilidades de las mujeres de decidir sobre su sexualidad, no solo en el momento de la agresión, sino en tanto re-afirmaciones de una jerarquía sexo-genérica que asfixia esa autonomía.

Uno de los problemas entonces tiene que ver con la invisibilización de la forma y los objetivos del *eje horizontal de la violencia*, que relaciona al violador con sus pares, *sus semejantes y socios en la*

---

<sup>18</sup> Con esta terminología refiere los ataques sexuales cometidos mayormente por desconocidos, en la calle, mediando violencia física o amenazas. Este tipo de agresiones sexuales son las menos habituales en relación con las que tienen lugar en ámbitos de intimidad o domésticos, pero sin embargo son los casos más denunciados.

fraternidad representada por los hombres<sup>19</sup>. En la violación cruenta la autora identifica el *surgimiento de una estructura sin sujeto* que produce los siguientes mandatos: 1) *El castigo o venganza contra una mujer genérica que salió de su lugar, esto es de su posición subordinada*. Se hace referencia al ejercicio de una autonomía que las mujeres no podrían/debieran tener, el violador se sitúa como *moralizador*. 2) *La demostración de fuerza y virilidad ante una comunidad de pares*. Si bien esta es una característica de las violaciones cometidas por grupos lo que explica que sean habitualmente los hechos más crueles, también se comprueba en delitos que ocurren en solitario, pero en los cuales se comprueba una intención de hacerlo *con, para o ante* una comunidad de interlocutores<sup>20</sup>. A violar se aprende como parte de un largo proceso de construcción de masculinidad dominante. Parece imprescindible entonces orientar las políticas públicas y las acciones reparadoras desde lo jurídico, a suspender, neutralizar, eliminar el valor y el poder que otorga el reconocimiento de esa *comunidad de interlocutores*.

Considero que la idea del *mandato de violar*, construido histórica y socialmente para la masculinidad, es una de las claves para comprender, prevenir y erradicar esta forma de violencia patriarcal. Hemos de preguntarnos por qué violan los hombres, cómo, dónde, con quiénes aprenden a violar, superar el análisis intersubjetivo de la violencia sexual, y profundizar en el ámbito jurídico los análisis sobre la operatividad de los mandatos de género.

Desde el feminismo radical estadounidense Catharine MacKinnon reflexiona alrededor de la forma de entender jurídica y socialmente el consentimiento sexual, considera que la sexualidad «normal» naturaliza la violencia contra las mujeres, o más bien, la violencia se disfraza de sexualidad para reproducir la dominación, bajo una apariencia de elección-consentimiento. Ello la lleva a sostener que las relaciones sexuales probablemente estén para las mujeres más cerca de la violación que de la sexualidad elegida<sup>21</sup>.

La homogeneización del colectivo *mujeres* es una de las críticas que más fácilmente se han realizado a MacKinnon. Aun así y compartiéndolas considero valiosos sus planteos críticos al *consentimiento*, en tanto se supone jurídica y socialmente que este es la forma de control de las mujeres sobre las prácticas sexuales, *distinta, aunque igual*

<sup>19</sup> SEGATO, R., *Las estructuras elementales de la violencia*, cit. p. 14.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>21</sup> «... Tal vez el mal de la violación haya sido tan difícil de definir porque el punto de partida incuestionable ha sido que la violación se define como algo distinto del coito, mientras que para las mujeres es difícil distinguir ambos en las condiciones del dominio masculino (...) el ataque sexual aceptado es el coito, independientemente de la fuerza a que se haya recurrido (...) no son solo los hombres condenados por violación los que creen que, lo único que hicieron diferente de lo que los hombres hacen continuamente, fue dejarse atrapar...», MACKINNON C., *op. cit.*, p. 311.

a la costumbre de la iniciativa masculina. La autora esclarece el lugar de *pasividad* que el derecho reserva a las mujeres y la posible brecha entre el consentimiento y un acto de autonomía. Consentir parece ser la respuesta posible ante un limitado número de alternativas que el poder masculino establece.

Esa estructura subyacente de sumisión y disparidad continúa siendo invisible para la legislación y los tribunales. Los ataques sexuales, difundidos como de *manadas*, dan cuenta de que la base argumentativa de las resoluciones judiciales no es otra que un *continuum* de estereotipos de género. Los tribunales insisten en que las mujeres que sufren los ataques han de probarlos y que su propio testimonio no es suficiente, que lo «importante» es lo que «objetivamente» puedan comprobar, o sea lo que desde el punto de vista masculino no entre dentro de lo que consideran «sexualidad normal»<sup>22</sup>. La violación se define y sentencia desde la perspectiva masculina. Mackinnon observa así que el mayor número de mujeres que ha sufrido agresiones sexuales perciben que la forma en que se ha regulado y juzgado la violación es virtualmente inaplicable a ellas<sup>23</sup>.

Desde otro contexto y líneas de pensamiento, la filósofa italiana Michela Marzano analiza el consentimiento en relación con el estatuto del cuerpo, la sexualidad y la ética médica. Coincide con MacKinnon al subrayar la distancia entre *consentimiento* y *autonomía* de la siguiente manera:

Existe una diferencia fundamental entre la noción jurídica del consentimiento y el principio ético de autonomía personal: si decir «sí» o «no» a alguna cosa nos permite protegernos de los demás y manifestar nuestro punto de vista acerca de ciertas conductas o de cierto acto, ese «sí» y ese «no», no son una manifestación de autonomía a menos que expresen nuestra visión del mundo, nuestros proyectos de vida, nuestros *deseos de segundo orden*<sup>24</sup>. Para justificar

<sup>22</sup> Así destaca MACKINNON que «... en los casos de violación marital, los tribunales buscan atrocidades aún mayores que las habituales que anulen su suposición de que, si hubo sexo, la mujer lo quiso...» (MACKINNON, C., *op. cit.*, p. 313).

<sup>23</sup> «... Las mujeres distinguen entre violación y experiencias de violación sexual, llegando a la conclusión de que «en realidad» no han sido violadas si alguna vez han visto al hombre o han salido, dormido o estado casadas con él, si iban vestidas de cierto modo o si no pueden demostrar que fueron víctimas, si son prostitutas, si lo soportaron o trataron de terminar pronto, si durante años las follaron por la fuerza. La norma social implícita es: si la mujer no puede demostrarlo ante los tribunales no fue violación...» MACKINNON, C., *op. cit.*, p. 321.

<sup>24</sup> La autora realiza una clasificación entre *deseos primarios* y *secundarios*, en virtud de la reflexividad que caracterizaría a cada uno. Así señala «... Los deseos primarios son la expresión de los afectos inmediatos, anhelos súbitos, pulsiones parciales, mientras que los deseos secundarios representan una “reflexividad” acerca de los deseos primarios y designan el campo existencial del sujeto humano, un campo donde cada individuo deviene sujeto de su vida, intentando más o menos conscientemente seguir con un proyecto, un ideal o un objetivo. Lo que significa que, a diferencia de los deseos primarios, los deseos secundarios remiten efectivamente a las nociones de autonomía y de autodeter-

una acción, es necesario poder dar razones capaces de remitir a lo que un individuo piensa, cree y desea en relación a su existencia<sup>25</sup>.

Esta autora señala que, por múltiples motivos que van desde contradicciones subjetivas a condicionantes estructurales, numerosas decisiones, acciones y elecciones, se toman y se llevan a cabo sin una finalidad precisa, sin que entren en el interior de un proyecto determinado, o porque alguien se siente obligado a cumplir con cierto deber o a corresponder a cierta imagen. Apunta a la necesidad de escapar de respuestas demagógicas, que utilicen la *Humanidad* como una especie de marco para limitar libertades, tanto como de discursos formalistas que avancen sobre la idea que la libertad puede existir en abstracto. El reconocimiento de las contradicciones, fragilidad y finitud del sujeto cuestiona el valor del consentimiento dado en términos jurídicos<sup>26</sup>. Los ámbitos que esta filósofa toma para su análisis son los de la bioética y la sexualidad. Reconoce la autonomía como la capacidad de las personas para autodeterminarse y se pregunta entonces cuál es esa capacidad, si es simplemente libertad para hacer y realizar todo lo que se quiera o si, por el contrario, se trata de una libertad de actuación basada en un proyecto racional, frente a lo que afirma:

Si concebir la autonomía personal como una manifestación de la racionalidad lleva a olvidar que el ser humano no es solamente un simple agente racional y que está siempre atrapado en el interior de unas condiciones particulares que condicionan de una forma u otra sus elecciones, concebirla como la expresión de una libertad total que empuja a cada cual a hacer y realizar todo lo que quiere, significa vaciarla de contenido y quitarle toda fuerza justificativa<sup>27</sup>.

Entre lo que considero *las claves* de su estudio retomo particularmente el dar un lugar central a la noción de *deseo* y su *construcción consciente*, en tanto, a diferencia de las necesidades, respondería a ciertas pretensiones y permitirían al/la sujeto/a dar direcciones a su vida. La autora reconoce la importancia de las decisiones subjetivas,

---

minación y pueden ser tomados en cuenta cuando se intenta justificar una acción o una conducta desde un punto de vista moral en tanto “razones justificativas”...», MARZANO, M., *op. cit.*, p. 44.

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 201.

<sup>26</sup> MARZANO va directamente al corazón de la cuestión cuando señala: «... Más allá de las cuestiones de justicia social, uno se da cuenta rápidamente que es sobre todo el concepto del consentimiento –tal y como está empleado en la ética de lo justo– lo que es problemático desde un punto de vista moral. Los partidarios de la ética mínima estiman que el valor del consentimiento es tan evidente que no precisa de ninguna argumentación específica, que dejar a cada cual decir “sí” o “no” a alguna cosa es un “derecho”, y que toda tentativa de replanteamiento de una decisión vuelve a limitar de forma injustificada la libertad individual (...) ¿En nombre de qué decir “sí” y “no” justificaría por ejemplo una conducta como la de la esclavitud voluntaria?...», *ibidem* p. 36.

<sup>27</sup> *Ibidem* p. 202.

como expresiones del *yo*, pero ese reconocimiento no opera en su análisis como legitimador suficiente de tales conductas. En Marzano resuena paternalismo, tutela e infantilización, así se pregunta qué podemos hacer ante la palabra *yo*, y apunta:

Escucharla, sin duda, tomarla siempre en cuenta y respetarla. Es ahí donde decimos que «yo» expresa su deseo y su autonomía. Al mismo tiempo no debemos olvidarnos de relanzarla sin tregua. Ya que «yo» dice también aquello en lo que no cree, para provocar, chocar o escuchar una objeción; otras veces «yo» no llega ni a pronunciarse, ahogando sus palabras antes de pronunciarlas, a la espera de alguien, otro, que las diga en su lugar<sup>28</sup>.

El consentimiento no es para Marzano un principio que permita comprender si un acto es legítimo o no, le reconoce valor e importancia como manifestación de punto de vista subjetivo pero entiende que no opera como *principio justificatorio* de un acto. Sus planteos defienden una ética sobre *la vida buena* para acordar valor al consentimiento, distanciándose de la ética *mínima*. En esa línea sostiene que justificar una actividad sexual por el mero consentimiento significaría convertir en formal y vacía de contenido la libertad individual<sup>29</sup>. Sin embargo, requerir un esfuerzo argumentativo como justificación/legitimación de una conducta, más que referir efectivamente a una ética de la vida buena corre el riesgo de devenir en una tarea meramente retórica.

Comparto la crítica al ideal liberal que afirma que los poderes públicos no deben intervenir en las elecciones individuales. Mantenerse al margen, negando la existencia de relaciones de poder opera la reproducción de los privilegios preexistentes. Intervenir es promover visiones particulares de *lo bueno, lo justo*. Es ahí cuando las contribuciones feministas han de conformar la perspectiva desde la cual se formulan, se garantizan e interpretan los derechos humanos, por ser precisamente el andamiaje teórico que visibiliza las desigualdades sociales y sus intersecciones. Pero cómo se precisaría entonces el concepto de vida buena. Desde mi punto de vista el parámetro es eminentemente jurídico-político y estaría determinado por el respeto y garantías a los derechos humanos reconocidos, los cuales son expresiones de luchas, de tensiones políticas por reconocimiento. La

<sup>28</sup> *Ibidem* p. 203.

<sup>29</sup> «... ¿Por qué pretender la indiferencia moral en relación a los ideales de la vida buena? Para no imponer a los demás la propia visión del bien y, por tanto, ser tolerante con su concepción de la vida ¿Es necesario abstenerse de todo juicio de valor? (...) Quizás no existe un criterio capaz de decirnos con certeza si un sistema de valores y de normas es moralmente mejor o peor que otro. Quizás las concepciones de la vida buena de unos y otros únicamente pueden ser divergentes. Lo que sin lugar a dudas es cierto, es que llevar la “neutralidad” hasta el punto de considerar como “moralmente indiferente” toda concepción de la vida, desemboca en socavar la posibilidad de una concepción ética diferente al relativismo...», MARZANO, M., *op. cit.*, p. 32.

autora subraya que la *justificación/evaluación* de una práctica solo puede hacerse poniendo el foco en las relaciones complejas que existen entre *el agente, el acto, el resultado previsto y la manera en que ese acto se llevará a cabo*<sup>30</sup>.

MacKinnon por su parte, hizo audibles a finales de los años 80 un enorme número de violaciones que no existían como tal, sino como *sexo*, como la *sexualidad a la que estaban acostumbradas* las mujeres. Ello fue posible cuestionando el carácter de las decisiones que podían efectivamente tomar las mujeres en relación con la propia sexualidad, los modos en que podía expresarse su voluntad: una limitada *capacidad de consentir*.

Muchas mujeres son violadas por hombres que saben perfectamente lo que su acto significa para la víctima, pero lo hacen a pesar de todo. Pero las mujeres también son violadas todos los días por hombres que no tienen ni idea de lo que su acto significa para la mujer. Para ellos es sexo, por tanto para la ley es sexo (...) Cuando se pierde un caso por violación porque la mujer no puede demostrar que no consintió, se considera que no ha sufrido ningún daño (...) Aplicada hermenéuticamente, la ley supone que, como el violador no se dio cuenta de que la mujer no quería, no la violó. Solo fue sexo. El sexo en sí no puede ser dañoso. Las mujeres tienen relaciones sexuales todos los días. El sexo hace mujer a la mujer. El sexo es para lo que están las mujeres (MacKinnon, C., *op. cit.*, p. 322).

Agrega, como dato a tener en cuenta, que los hombres no solo definen qué se considera violación sexual, sino que también actúan como jueces en casi todos los casos de delitos sexuales<sup>31</sup>. Por último, esta autora desvela un significado invisibilizado de la denuncia, que puede formar parte del proceso de recuperación de la agredida, incluso con independencia del castigo del agresor: el hecho de nombrar como violación, o sea referir autónomamente desde la propia experiencia, el acto considerado por el otro (hombre-pareja, hombre-juez) como *sexo-sexualidad*. Pasar de la naturalización-ficción del consentimiento en el

<sup>30</sup> «... En efecto decir que alguien consiente en hacer algo porque tiene razones que le empuja a actuar de esa manera es una cosa, afirmar que la razón por la cual alguien se comporta de cierta manera es que consiente a ello es otra distinta...», *ibidem*, pp. 49.

<sup>31</sup> «... La idea generalizada de los hombres de que las mujeres se inventan la violación después de haber consentido en la relación, tiene sentido en esta perspectiva. Para ellos, las acusaciones son falsas porque los hechos describen el sexo. Interpretar tales hechos como violación distorsiona su experiencia. Dado que rara vez consideran que su versión de lo real sea más que la realidad, solo pueden explicar la versión de la mujer como invención malintencionada. De forma similar, la ansiedad masculina porque sea tan fácil acusar de violación y tan difícil refutarla, que siguen creyendo aún frente a pruebas abrumadoras en sentido contrario, surge porque las acusaciones de violación expresan algo que al parecer los hombres no pueden controlar: lo que para la mujer significa el encuentro sexual...», MACKINNON, C., *op. cit.*, p. 324.

ámbito privado, a la denuncia de la violación en el ámbito público supone la toma de conciencia de la falta de poder para decidir el encuentro, la forma en que tramita y el tipo de prácticas.

## 5. EL DERECHO AL ABORTO COMO *TEST LÍMITE* DE LA AUTONOMÍA SEXUAL DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE GESTAR

Los cuestionamientos a la noción de *consentimiento* interrogan también los altos números de embarazos involuntarios, sea que estos terminen o no en abortos<sup>32</sup>. Ante ello me pregunto cuáles son las dificultades y desigualdades que median la negociación de la sexualidad en relación con la anticoncepción y de qué forma todo ello condiciona la autonomía sexual de las personas con capacidad de gestar.

El *cuerpo a cuerpo* con un otro jerárquicamente superior revela entonces su peso: el sometimiento a la violencia patriarcal, la falta de acuerdos previos en materia anticonceptiva que sean asumidos por ambas partes responsablemente, la promoción de prácticas falocéntricas y coitocentradas, del *coitus interruptus*, que deja a las mujeres entregadas al saber y la decisión masculina, siguen siendo un síntoma de los límites de la autonomía sexual de las mujeres. Catharine MacKinnon en los años noventa apuntaba:

El sexo no tiene mucho aspecto de libertad cuando aparece por norma menos grave para la mujer arriesgarse a una situación no deseada, a menudo dolorosa, traumática, peligrosa, a veces ilegal y posiblemente con amenaza para su vida, que protegerse de antemano. Pero la política del aborto nunca ha sido enfocada explícitamente en el contexto de cómo se quedan embarazadas las mujeres, como consecuencia de un coito en condiciones de desigualdad entre los sexos, o sea, como cuestión de sexo forzado (MacKinnon, C., *op. cit.*, p. 332).

MacKinnon incomoda. Por una parte, acierta al insistir en la desigualdad que atraviesa –de manera dominante– las relaciones sexuales, pero yerra, desde mi punto de vista, al asumir de manera totalizante y por ello reduccionista que todas las mujeres somos heterosexuales e iguales, más allá de la clase, la procedencia étnico-racial, la edad. Omite también que no todos los embarazos involuntarios son producto de la violencia, y que los mandatos sociales, familiares, mediáticos,

---

<sup>32</sup> Según el último informe del Foro de población y desarrollo del Parlamento Europeo el 43% de los embarazos en Europa no son planificados fuente: [https://elpais.com/internacional/2017/05/31/actualidad/1496242052\\_100579.html](https://elpais.com/internacional/2017/05/31/actualidad/1496242052_100579.html)

mercantiles que operan limitando el poder de negociación de las mujeres no equivalen en todos los casos a *sexo forzado*<sup>33</sup>.

Pero considero imprescindible preguntarnos por los múltiples sentidos imbricados en los números de embarazos involuntarios, sea que los mismos devengan en abortos o en partos. La posibilidad de portar un embarazo es una clara marca de la diferencia sexual, lo que resulta violatorio de los derechos humanos es que dicha marca pueda dar lugar a la imposición –penal, social, familiar– de una maternidad, un proyecto de vida, una lesión a la salud integral de las personas con capacidad de gestar. Cuando el acceso a los abortos legales no se respeta y garantiza desde el Estado, cuando se invisibiliza el riesgo que supone para la vida o salud de las gestantes la continuación de un embarazo involuntario, los impedimentos devienen en violencia institucional sexual(izada).

Butler insiste en que lo que se encuentra en permanente redefinición es «lo humano», y ello aporta, desde mi punto de vista, a *pensar-practicar* un derecho crítico con el establecimiento de jerarquías de *humanidad*. Hay una especie de traslación de los debates que muchas veces se presentan en torno a la *ciudadanía* y que Butler plantea en el plano de la *humanidad*: no es el acceso a determinados derechos lo que está en juego, sino la forma en que una vida *habitable* depende de dichos derechos:

Cuando luchamos por nuestros derechos (sexuales) no estamos sencillamente luchando por derechos sujetos a mi persona, sino que estamos luchando *para ser concebidas como personas*. Y hay una gran diferencia entre lo primero y lo último. Si estamos luchando por derechos que están sujetos o deberían estar sujetos a mi persona, entonces asumimos que la idea de persona ya está constituida. Pero si luchamos no solo para ser concebidos como personas, sino para crear una transformación social del significado mismo de persona, entonces la afirmación de los derechos se convierte en una manera de intervenir en el proceso político y social por el cual se articula lo humano. Los derechos humanos internacionales están siempre en el proceso de someter lo humano a redefinición y renegociación<sup>34</sup>.

En línea con ello afirmo que, en materia de autonomía sexual de las mujeres y personas con capacidad de gestar, en particular en relación con el acceso al aborto, lo que está en juego es el reconocimiento como *humanas*, y es precisamente ello lo que se niega cuando se penaliza o

---

<sup>33</sup> «... Para Mackinnon no existe ninguna constitución del género externa a la sexualidad, el género es producto, efecto de una forma de sexualidad subordinante y explotadora (...) tener género significa haber entrado en una relación heterosexual de subordinación, ya no hay personas con género que estén libres de tales relaciones y no hay relaciones heterosexuales que no sean de subordinación, no hay relaciones no heterosexuales y tampoco hay acoso entre personas del mismo sexo...», BUTLER, J., *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 85, 392 pp.

<sup>34</sup> BUTLER, J., *op. cit.*, p. 56.

impide el acceso el aborto: su/nuestra humanidad. Mantener abierto «lo humano», desde las propuestas de Butler, es una de las condiciones para hacer habitable la vida, un reaseguro ante la violencia que producen las normas de género y sus exclusiones. Es un hecho que la definición de «humanidad» permanece en disputa. Los reclamos de sectores *antiderechos*<sup>35</sup> en orden de impedir el derecho a decidir en relación con el aborto es ejemplo de ello. Es así que proclaman que una concepción, un embarazo, un cigoto o un embrión revisten el carácter de ser humano-persona, el mismo estatus de humanidad que un/a sujeto. Como una cuestión de fe, consideran que *vida* es igual a *ser humano* y que por ello debe prohibirse el derecho a abortar. El referido *acto de fe justificatorio* no llega a explicar por qué razones las mujeres y personas con capacidad de gestar debiéramos sacrificar la propia *humanidad*, arriesgar la vida y salud por un proyecto que no se ha elegido<sup>36</sup>.

Aparece así la relación entre *vida-viabilidad-autonomía* vinculada a las reclamaciones por el acceso al aborto libre y gratuito. Coincido con Butler en que toda forma de autonomía requiere un sostén social (y político-jurídico), por ello se reclama reconocimiento del derecho al aborto.

Por otra parte, insiste en que los usos del lenguaje están en disputa permanente, y denuncia lo que considero una falacia totalitaria de los grupos *antiderechos*: pretender que sabemos lo que significa la palabra *vida*, como si fuera autoevidente. No podemos afirmar que un embrión o feto sea un *ser humano*, pero sí estamos ante una decisión de un proceso que transcurre en los cuerpos de las personas con capacidad de gestar y que compromete la «propia habitabilidad», la vida de quien lo porta, este dato es clave para sus posibilidades de decidir con exclusividad y también para la negativa de ese poder de decisión por parte de los inseminadores.

## 6. ENSANCHAR EL CONCEPTO, RESITUARLO EN LA VIDA COTIDIANA

Pensar la *autonomía de las mujeres* en continentes como el latinoamericano, pero no exclusivamente en este, requiere considerar como parte de la *situación*, una *herencia* y *herida colonial* que ha impregnado el derecho y sus instituciones. Desde los feminismos decolonia-

---

<sup>35</sup> Me refiero al fenómeno de organizaciones, mayoritariamente católicas y evangélicas, que se autodenominan *provida* y articulan el activismo contrario a los derechos de las mujeres y personas LGTB+, en particular a la autonomía sexual.

<sup>36</sup> Al respecto Butler apunta: «... La cuestión no es extender enfáticamente el «derecho de la vida» a toda persona que quiera reclamarla para los embriones sin voz, sino comprender que la «viabilidad» de la vida de una mujer depende del ejercicio de la autonomía corporal y de las condiciones sociales que posibilitan dicha autonomía BUTLER, J., *op. cit.*, p. 56.

les se elaboran perspectivas críticas que contribuyen a pensar una *autonomía encarnada* que, como propone Rivera Cusicanqui, sea capaz de desbordar los límites de una noción construida en términos individualistas como complemento de la expansión capitalista, para pensar la autonomía en relación a formas de individuación plenas que a la vez permitan forjar comunidades creativas enriquecidas por la pluralidad y la diferencia<sup>37</sup>.

El concepto de *cuerpo-territorio*, elaborado desde los feminismos comunitarios, una de cuyas referencias es Lorena Cabnal, da cuenta de la vinculación entre autonomía comunitaria y la de sus integrantes. Es una noción que denuncia la expropiación patriarcal-colonial sufrida y organiza formas de resistencia.

## 6.1 Autonomía en el cuerpo-territorio

«... Denunciamos que nuestro territorio cuerpo se ve amenazado cuando somos acosadas sexualmente desde nuestros hogares y comunidades. Cuando nuestros cuerpos son utilizados en espacios de competencia, publicidad, trabajos forzados, trata de personas, prostitución (...) Cuando a las mujeres indígenas de la montaña, desde niñas se nos asigna el rol de maternidad y reproductoras de la cultura con todos sus fundamentalismos étnicos (...) Por lo cual nos declaramos: En resistencia y lucha permanente contra todos los efectos de violencia ancestral patriarcal originaria y occidental, que se quieran manifestar en contra de nuestro primer territorio cuerpo y contra nuestro territorio tierra. En lucha y acción permanente contra todas aquellas manifestaciones del Modelo neoliberal que atente contra nuestro territorio tierra... (2011) 38.

Al reflexionar en torno a las luchas por la autonomía de las mujeres que se impulsan desde los feminismos decoloniales, comunitarios e indígenas identifiqué por lo menos cuatro dimensiones que se articulan, así aparece, por una parte, el cuestionamiento a la autonomía concebida exclusivamente como una dimensión individual y la asunción de la complejidad de la noción al entrelazarla con la autonomía de las diversas comunidades a las que pertenecemos las mujeres<sup>39</sup>. La antro-

<sup>37</sup> RIVERA CUSICANQUI, S., Entrevista publicada en *Revista Pirka*, Vol. I, 2013.

<sup>38</sup> El 25 de noviembre de 2011, las *mujeres xincas feministas comunitarias de Jalapán*, Guatemala, suscribieron esta *Declaración Política*.

<sup>39</sup> Utilizaré la palabra *comunidad/es*, como propone Julieta Paredes, desbordando la referencia a comunidades indígenas y ampliando el término hasta comprender las comunidades urbanas, religiosas, deportivas, culturales, políticas, de lucha, territoriales, educativas, de tiempo libre, de amistad, barriales, generacionales, sexuales, agrícolas, entre otras. La propuesta política de los feminismos comunitarios apunta a articularlas en la búsqueda de una alternativa a la sociedad individualista. PAREDES, J., *Hilando fino desde el feminismo comunitario*, La Paz, Bolivia: Deutscher Entwicklungsdienst, 2010.

póloga mexicana Mercedes Olivera apunta que, en el pensamiento indígena, que algunas personas llaman pensamiento circular y ella prefiere llamar pensamiento colectivo, el «Yo» para las mujeres implica un camino muy distante:

Hay que cruzar por la comunidad, por la familia, por los hijos, por el marido, hasta llegar a su identidad femenina. Esto realmente nos ha llevado a la construcción de un feminismo muy diferente. Se puede empezar el trabajo por los derechos sexuales, los derechos reproductivos, al aborto, el derecho a la opción sexual, pero nosotras tenemos un trabajo totalmente al revés: partimos de la violencia sistémica, de la violencia económica y poco a poco nos vamos acercando a la individualidad<sup>40</sup>.

La concepción del sujeto liberal, construido como autocontenido e individual, y la propuesta de independencia del sujeto «mujer» como ideal de realización personal al margen del colectivo, no resulta emancipador, posible ni deseable para la universalidad de mujeres. No solo para el caso de las mujeres indígenas latinoamericanas, sino también respecto de mujeres cuyas vidas e identidades se construyen estrechamente vinculadas a comunidades como las campesinas, las barriales, a su *pueblo* como es el caso de muchas mujeres gitanas. Por ello retomo también la síntesis que proponen los *feminismos comunitarios* que, sin renunciar a los derechos humanos individuales, exigen el reconocimiento de derechos a las comunidades, que no son meras sumas de subjetividades:

La autonomía será el principio que garantizará a cada persona, igualdad en dignidad y derechos y que probará la coherencia ética de una comunidad que no oprime a sus integrantes obligándoles a ser idénticos o a llevar a cabo usos y costumbres patriarcales, transgresores y de coerción (...) la autonomía como principio antipatriarcal está enmarcada en el contexto de la antijerarquía, tanto en el sentido concreto como en el sentido simbólico, no significa desligarse de los otros y otras, no quiere decir desinteresarse por la comunidad, pero sí constituye un proceso continuo de coherencia consigo misma. Autonomía implica un ser y existir desde el propio mundo íntimo y personal en la comunidad con el mundo público –con el mundo comunitario–. Implica hacerse cargo de la propia manera de ver, oír, sentir, para aportarla a la comunidad, porque la comunidad no tiene jamás acceso a esa mirada, a esa escucha o a ese sentimiento único (...) Así ser autónoma, autónomo es un beneficio para sí misma –para sí mismo– por la coherencia, dignidad y libertad que le significa a la persona. También es un beneficio del que la comunidad no puede prescindir, ya que se nutre de esa autonomía para mirar el mundo por los ojos de cada integrante<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> OLIVERA, M., entrevista publicada por Cimac noticias, 2013.

<sup>41</sup> Presentado en la *Conferencia de los pueblos sobre Cambio Climático*, 2010.

La segunda dimensión denuncia las relaciones de poder patriarcales hacia adentro de las propias comunidades de pertenencia, por ejemplo, la instrumentalización de *los usos y costumbres* para justificar discriminación, sometimiento y violencia contra las mujeres<sup>42</sup>. En esta dimensión sitió la propuesta de Julieta Paredes de hacer, hacia dentro de las propias comunidades, *la denuncia feminista del género* que persigue acabar con la socialización de las mujeres en el género femenino y la de los hombres en el masculino, y desmitificar el *chacha warmi*, la *complementariedad* hombre-mujer que naturaliza la discriminación sexogenérica<sup>43</sup>.

En esa línea mujeres xincas y aymaras reclaman *una buena vida de las mujeres*, historizan los *usos y costumbres* y desvelan así las relaciones de poder que estos esconden. Puede comprenderse la importancia de esta tarea si se tiene en cuenta que los mitos fundacionales actúan como columna vertebradora de las reglamentaciones sociales, de los ordenamientos jurídico-político y que, cuando está en juego la autonomía sexual de las mujeres, suelen presentarse como algo fijo, repetitivo y disciplinante, en lugar de comprenderlos como un acontecer colectivo en permanente redefinición.

La tercera dimensión enfoca la necesidad de construir la autonomía de las mujeres *también por fuera* del Estado y denuncia los límites de aquel. En este sentido es interesante la experiencia de las zapatistas quienes se dieron, desde el momento del alzamiento, una *Ley Revolucionaria de Mujeres* que consta de diez puntos en donde se expresan las demandas de las mujeres en relación con el Estado, sus organizaciones y comunidades. Su aparición en el año 1993 se ha denominado la *revolución interna de las mujeres dentro del zapatismo*, en tanto es un instrumento para visibilizar críticamente las relaciones tradicionales de dominación de los hombres sobre las mujeres. Esta ley supuso el reconocimiento del derecho *a decidir cuántos hijos*

---

<sup>42</sup> En este sentido las dirigentes zapatistas han dicho que se reservan el derecho a transformar las tradiciones que las oprimen como mujeres, en tanto están luchando por la liberación.

<sup>43</sup> Paredes resignifica la *complementariedad-dualidad* en la lectura de *par político*: «... la comunidad está constituida por mujeres y hombres como dos mitades imprescindibles, complementarias, no jerárquicas, recíprocas y autónomas una de la otra...» PAREDES, J., *op. cit.*, p. 9, no se trata de *parejas*, menos aún *heterosexuales*, sino pares de representación política. Sylvia Marcos retoma el concepto de *dualidad* y lo reivindica diferenciándolo del de *complementariedad*: «... En el mundo indígena, donde no existen categorías mutuamente excluyentes se es ambas cosas a la vez (...) la complementariedad es un término que introdujeron los conquistadores para explicar lo que ellos no podían entender (...) Es un complemento de superior a inferior, de activo a pasivo, de racional a emocional. En el mundo indígena la complementariedad no se jerarquiza (...) y no solo es entre varón y mujer, es entre el ser humano y la naturaleza, es un ir y venir de todo con todo, una interpretación del ser con el universo. MARCOS, S., *Mujeres, indígenas, rebeldes, zapatistas*, San Cristóbal de las Casas, Chiapas, México, Ediciones Eón CIDECI/UNITIERRA, 2011, p. 102.

*tener y cuidar*, autonomía en relación con la maternidad y posibilidad de discutir sobre el derecho al aborto.

Esta experiencia pone en tensión a la legislación estatal, el *Código para el Estado de Chiapas*, que penaliza el aborto salvo en tres estrictas causales: *violación*, dentro de los noventa días desde la concepción, *peligro de muerte*, o que pueda determinarse que el producto sufre *alteraciones genéticas o congénitas que den por necesario el nacimiento con trastornos físicos o mentales graves*.

Por su parte las feministas comunitarias xincas y aymaras invocan la noción de *cuerpo-territorio* en relación con la autonomía en materia de aborto. Así, por ejemplo, en el documento del 25 de noviembre de 2011 –*Violentan nuestros derechos cuando deciden sobre nuestros cuerpos de mujeres, por nuestra sexualidad y por nuestra tierra*– se pronunciaron condenando a la vez la *depredación de la Pachamama y la maternidad obligatoria de las mujeres*:

Una cosa es que la Pachamama nos sostenga y nos contenga, que esté dispuesta o tenga la potencialidad para nuestra alimentación, creaciones y recreación, y otra que sea «derecho» y propiedad del ser humano explotarla, comprarla, venderla, enajenarla o depredarla. Lo mismo con las mujeres, una cosa es que tengamos la capacidad de parir y otra que sea obligación o prohibición. Si una comunidad manipula el cuerpo y la maternidad de las mujeres le está arrebatando el derecho a la autodeterminación. La prohibición de interrumpir los embarazos no deseados o amenazantes para la vida y la integridad física y psicológica de una mujer es violencia concreta y simbólica contra todas las mujeres. El control sobre el proceso de gestación-embarazo de parte de los estados, gobiernos y otras instituciones, es un privilegio patriarcal que se sostiene sobre el género y la violencia contra las mujeres y que reclamamos que la comunidad no repita<sup>44</sup>.

Finalmente, la cuarta dimensión denuncia la herencia-herida colonial que atraviesa aún hoy las posibilidades de autonomía de las mujeres. Así, por ejemplo, los feminismos comunitarios en Bolivia y Guatemala parten del reconocimiento de patriarcados ancestrales y sitúan en el período colonial, la profundización de dichos sistemas de opresión, Cabnal y Paredes han definido este proceso como el *entroyo patriarcal*.

La desarticulación del tejido comunitario, rural y urbano, está auspiciada para Segato por un *frente de poder colonial-estatal-empresarial-mediático-cristiano* que golpea con particular crueldad a las mujeres. Ese *frente* opera con la expansión de la esfera pública, el lenguaje de derechos y políticas ciudadanas introducidas por organis-

---

<sup>44</sup> Declaración Política de las Mujeres Xincas Feministas Comunitarias de Xalapa, 2011, en GARGALLO, F., *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*, Editorial Corte y Confección, Ciudad de México, 2014, p. 228, 271 pp.

mos estatales y organizaciones no gubernamentales. Ello da cuenta del carácter poliédrico de los Estados y su incidencia en la producción-reproducción de la violencia contra las mujeres, a la vez que sanciona leyes para su prevención y protección<sup>45</sup>:

Aunque pueda parecer que estas facetas de la contemporaneidad se encuentran en tensión, es decir, aunque pueda pensarse que el pacto estatal-empresarial que abre las puertas a la agresión del mercado global es contradictorio con la expansión de los derechos y servicios ciudadanos, ellos no constituyen términos antagonistas, y sí facetas de un proceso coetáneo y complementario: la colonización económica y la colonización por el discurso de los derechos y de la esfera pública (...) el Estado ciudadano va a remolque del Estado empresarial y ambos amparados por la representación mediática, una mano intenta, con torpeza, ir remediando los males que la otra mano va sembrando... el lenguaje de los derechos ya se encuentra dentro del lenguaje de la modernidad, del desarrollo, el progreso entendido unilateralmente como capacidad de acumulación<sup>46</sup>.

Sin embargo, no derivo, ni entiendo que pueda desprenderse de este análisis, una invitación al *achicamiento del Estado*, tal como impulsan las políticas neoliberales de ajuste estructural, por el contrario, extraigo del mismo un llamado a repensar los mecanismos comunitarios necesarios para entender y organizar la sociedad, y vivir la vida<sup>47</sup>. Segato no plantea una ruptura con el Estado, no traba una dicotomía entre un «afuera o adentro» sino que insiste en la «y», la alternativa. Por ello critica como estrategia política emancipadora de las mujeres el hecho de poner todas las fuerzas –«los dos pies»– en el ámbito estatal<sup>48</sup>.

De aquí tomo algunas claves que considero fundamentales para pensar la autonomía de las mujeres en conexión con la autonomía de las comunidades y la forma de articular las relaciones con los Estados: *re-conocer* y *comprender* los límites del Estado, los intereses que expresa de manera dominante, no conlleva inmediatamente a renunciar

---

<sup>45</sup> «...En la ambivalencia inevitable del Estado, determinada por la naturaleza francamente incompatible de su pretensión democrática con su adhesión al proyecto del capital, radica la clave del fracaso de sus políticas reparadoras...», SEGATO, R., «Patriarcado, desposesión, colonialidad y el avance del frente estatal-colonial en el mundo-aldea», en *Revista de pensamiento crítico Otros Logos*. Universidad Nacional del Comahue, Argentina núm. 4, 2013, p. 24, pp. 10-39.

<sup>46</sup> SEGATO, R., *op. cit.* p. 16.

<sup>47</sup> PAREDES, J., *op. cit.* p. 31.

<sup>48</sup> «... Reaprender a pensar por fuera de la Res-Pública, libertarnos del secuestro de toda política en la esfera pública estatal. Los movimientos se han dejado capturar por esa esfera pública y emplean toda su energía e inteligencia en ese campo, por eso creo que su fe en el Estado es pía, su ingenuidad es total. Es importante advertir que las luchas y la recomposición política deben correr dentro y también fuera del campo estatal (SEGATO, R., *op. cit.*, p. 70).

a las demandas, exigencias, garantías a los derechos humanos, sino a ponderar la importancia de la recomposición política comunitaria, *por fuera* de ese Estado, como tensión imprescindible.

## 6.2 Críticas a la autonomía como expresión de propiedad y a la *privacy*

... Si cuestionamos el «deseo de poseer» como una propiedad natural de los individuos, entonces podemos, tal y como hace McPherson, comenzar a preguntar por la cuestión histórica de cómo el deseo de poseer propiedad sobre bases individualistas fue, a lo largo del tiempo, producido como una característica natural, si no esencial, de la persona humana, y para qué propósitos...

Judith Butler<sup>49</sup>.

Autoras contemporáneas a las que se ha vinculado al feminismo postmoderno como Judith Butler y Athena Athanasiou cuestionan posicionamientos jurídico-políticos liberales y neoliberales que invocan el *derecho de propiedad sobre el cuerpo* como sustento de la autonomía sobre este. Considero que esta crítica es clave al reflexionar en torno a la autonomía sexual, en tanto anclarla en la posesión revela *la falta de autonomía de la autonomía*, que expresaría un derecho de propiedad super potente, articulador incluso de los derechos humanos, con su lógica privatista<sup>50</sup>.

Las autoras dan en la tecla cuando vienen a señalar los vínculos entre derecho de propiedad, noción de individuo posesivo y formas de explotación y esclavitud que derivan de la organización capitalista. Defender el derecho a tomar decisiones sobre nuestros cuerpos a través del derecho de propiedad, articulador de un sistema de explotación como el capitalismo, el cual se ha ensañado históricamente con la explotación de los cuerpos de las mujeres, parece no solo una contradicción difícilmente salvable, sino una herramienta débil y tramposa de nuestra autonomía sexual.

Por su parte MacKinnon ha criticado el argumento de la intimidad como fundamento justificatorio de la autonomía sexual. El reconocimiento de los derechos en general y de la intimidad en particu-

<sup>49</sup> BUTLER, J., y ATHANASIOU, A., *Dispossession: The Performative in the Political*, Polity Press, Cambridge, 2013, p. 8, pp. 1-9.

<sup>50</sup> «... ¿Qué hacemos con la idea de que tenemos una propiedad en nuestros cuerpos? ¿Son las personas formas de propiedad? ¿Y seríamos capaces de entender esta formulación legal si no fuese por las condiciones históricas de la esclavitud y por aquellas formas de individualismo posesivo propias del capitalismo? (...) Esto me lleva a preguntarme si podemos encontrar vías éticas y políticas de oposición a la desposesión forzada y coercitiva que no dependan de la valorización del individualismo posesivo...». BUTLER, J., y ATHANASIOU, A., *op. cit.*, p. 6.

lar no impacta de la misma manera en quienes se encuentran desigualmente situados<sup>51</sup>.

Otra crítica que MacKinnon realiza a la *intimidad* es la forma en que esta silencia, opaca y encierra distintas formas de violencia que sufren las mujeres<sup>52</sup>, por ello propone que el Estado intervenga rectificando la esfera privada, lo que supone admitir que esta impide la libertad sexual y reproductiva, en tanto estructura la supremacía masculina.

Desde un punto de vista diferente, que bebe de la filosofía aristotélica y del liberalismo, Martha Nussbaum defiende la autonomía sexual a partir de la idea de *dignidad humana individual*. Así insiste en que la Constitución protege las decisiones personales relativas al matrimonio, la reproducción y la contracepción porque comprenden las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida, lo que las hace opciones centrales para la dignidad personal y la autonomía. Pero ¿qué es lo que esta autora entiende por dignidad humana? Una de las primeras características que brinda, al retomar el fallo canadiense en materia de aborto conocido como *Morgentaler*, es la de situar la dignidad cercana a la *intimidad*, la *privacy* del derecho anglosajón, al señalar que el derecho de tomar decisiones personales sin interferencia del Estado es una de las raíces de la dignidad humana<sup>53</sup>. Entiendo que las garantías a la *intimidad* resultan imprescindibles en materia de autonomía sexual, pero son *per se* insuficientes en tanto pueden opacar las desigualdades sociales, materiales, simbólicas, subjetivas que atraviesan a las y los sujetos. Esto es lo que desconoce la lógica seguida por la Corte Constitucional Federal Alemana, la Canadiense e incluso la Estadounidense, cuando invocan la *intimidad* para decir que, en tanto el embarazo como el aborto son *cuestiones privadas*, el Estado no tiene responsabilidades ni obligaciones que cumplir, salvo las de no intervenir.

Considero necesario traspasar la barrera *público-privado* para reconocer que embarazo y aborto, como experiencias que operan como test-límite de autonomía sexual, son experiencias subjetivas y políticas en las que el eje jurídico articulador es el público reconoci-

---

<sup>51</sup> «...En este sentido para las mujeres no existe lo privado, ni normativa ni empíricamente. El feminismo se enfrenta al hecho de que las mujeres no tienen *intimidad* que perder ni que garantizar. Las mujeres no son inviolables... Enfrentarse al hecho de que las mujeres no tienen *intimidad* es enfrentarse a la degradación íntima de las mujeres como orden público. La opción doctrinal de la *intimidad* en el contexto del aborto, por tanto, reafirma y refuerza lo que la crítica feminista de la sexualidad ataca: la división público/privado. MACKINNON, C., *op. cit.*, p. 341.

<sup>52</sup> «... La ley de la *intimidad* da por supuesto que las mujeres son iguales a los hombres. A través de esta perspectiva, el concepto legal de *intimidad* puede escudar y ha escudado el lugar de los malos tratos, de la violación marital, y el trabajo doméstico explotado de la mujer. Ha preservado las instituciones centrales a través de las cuales las mujeres están privadas de identidad, autonomía, control y definición propia...», *ibidem* p. 343.

<sup>53</sup> NUSSBAUM, M. y DIXON, R., «Abortion, Dignity and Capabilities Approach», en *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, United States, 2011, núm. 345, 21 pp.

miento de su/nuestra autonomía. Esto requiere no solo de *no interferencia*, sino de garantías efectivas de acceso material al aborto libre y gratuito en centros públicos.

Nussbaum no reduce *dignidad humana a intimidad*, sino que la extiende hasta señalarla comprometida por la salud de las mujeres, esta asociación sería, desde su punto de vista *más fuerte* que la que sostiene que la autonomía o la libertad individual comprometen la dignidad de las mujeres<sup>54</sup>. Así considera que la idea de la *dignidad* provee *el piso y el cielo* del aborto en tanto también se aplica al tratamiento de la vida fetal que posee un tipo de dignidad humana no autónoma, sino dependiente y potencial, por lo que no se puede comparar con la dignidad presente en los seres humanos. El límite de Nussbaum es, en definitiva, el que adoptó el pronunciamiento de la Corte de los Estados Unidos en el caso conocido como *Roe c. Wade* (1973): la viabilidad de vida extrauterina independiente del feto. En esa línea reconoce que antes de la viabilidad, la existencia del feto es por completo contingente y depende del soporte que reciba de la gestante por lo que no puede decirse que el feto tenga «derecho a la vida», a menos que desde una perspectiva normativa determinada la mujer esté obligada a darle soporte, y agrega que en una sociedad liberal que valora la autonomía individual pueden darse algunas circunstancias en las que sea legítimo imponer ese deber.

Considero regresivo su planteo porque minimiza la autonomía sexual en relación con el aborto. La autora desarrolla, como si fuera novedoso a la teoría filosófico-política feminista, algo que está acreditado sobradamente: que un embarazo involuntario puede amenazar la salud física y psicológica de quien lo porta, tanto como compromete su autonomía, y esta es un valor jurídico en sí mismo, no solo un determinante de salud. Algo que parece flotar en la argumentación de Nussbaum es que la ciudadanía de las personas con capacidad de gestar estaría tan degradada que la autonomía sería insuficiente para justificar la decisión de abortar.

Nuestras sociedades y sistemas jurídicos no quieren oír ni reconocer que las personas gestantes abortamos porque lo decidimos, porque somos las sujetas activas de nuestra vida y proyectos y es de justicia que así sea reconocido. Prefieren invisibilizar el peso de la autonomía en el reconocimiento de nuestra humanidad y afirmar que *se permite abortar por razones de salud*, ello pareciera reducir el *shock* de reconocer-nos como seres plenamente libres de decidir en torno a la sexualidad, reproducción, maternidad.

## 6. CONCLUSIONES

*El principio de autonomía de la voluntad/autonomía personal*, cuyo análisis crítico atraviesa el presente trabajo, tiene reconoci-

---

<sup>54</sup> *Ibidem*.

miento constitucional en los artículos 1.º, 10.º y 17.º de la Constitución Española. Las críticas feministas a los límites de esa noción de autonomía acreditan que fue construida sobre la pretensión racionalista de un sujeto jurídico «universal» que consolidó en la modernidad la dominación masculina. Despatriarcalizar el derecho requiere ensanchar y situar la *autonomía personal* respecto de cuerpos interseccionados. La estrechez de la noción requiere una *encarnación* del concepto, hablar de autonomía para las mujeres y personas LGTBI+ es, de una manera medular, referir las implicaciones de la autonomía sexual, por ello el tratamiento dado jurídicamente al aborto revela las condiciones de ciudadanía reconocidas a las personas con capacidad de gestar.

El derecho es un terreno de disputas atravesado de desigualdades materiales y simbólicas. Un ámbito en el cual las mujeres, como colectivo, estamos situadas en la subalternidad, precisamente porque se trata de una disciplina que legitima los sistemas de dominación vigentes. Entonces es cuando el reconocimiento de la autonomía sexual aparece como una espiral despatriarcalizadora de lo jurídico, una espiral que habilita el movimiento en infinitas direcciones, filosa para rasgar y descoser la naturalización de la apropiación de nuestros cuerpos y nuestras vidas.

# La inalienabilidad de los derechos como incompetencia del titular

## *The inalienability of rights as holder's disability*

Por NOELIA MARTÍNEZ DOALLO  
Universidade da Coruña

### RESUMEN

*Concebir los derechos como una protección no-paternalista de los intereses de sus titulares supone aceptar que su aspecto más relevante consiste en la provisión de una competencia para renunciar o consentir su inobservancia por terceros, lo cual no tiene por qué coincidir con la mejor estimación de sus intereses, aun cuando estos últimos juegan un papel importante en la justificación de las posiciones jurídicas implicadas.*

*A partir de la tesis de la correlatividad, los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld y una tesis de la combinación que armoniza los elementos de la voluntad e interés en la explicación de los derechos, en el presente artículo se tratará de mostrar por qué afirmar el carácter inalienable de los derechos contradice la función que estos desempeñan en los ordenamientos jurídicos modernos.*

*Palabras clave: Correlatividad. Derecho subjetivo. Hohfeld. Inalienabilidad. Incompetencia.*

### ABSTRACT

*The understanding of rights as non-paternalistic protections of its holder's concerns entails that the most important aspect of them is the provision of a power either to waive or to consent their encroachment by others, which does*

not necessarily coincide with the best appraisal of his/her interests, even when they play an important role in the justification of the subjective legal positions.

From the correlativity thesis, the fundamental legal conceptions devised by W. N. Hohfeld and a combination thesis that merges the elements of will and interest in the explanation of rights, I will try to show why to stand up for the inalienable character of rights contradicts the function they perform in modern legal systems.

Keywords: *Correlativity. Disability. Hohfeld. Inalienability. Subjective right.*

**SUMARIO:** 1. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y SU INTERPRETACIÓN. 1.1 *La interpretación de los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld.* 1.2 *La estructura conceptual de los derechos subjetivos.* – 2. EL PRESUNTO CARÁCTER INALIENABLE DE LOS DERECHOS. 2.1 *La inalienabilidad de los derechos en sentido estricto.* 2.2 *Formas de alienación de los derechos.* – 3. LA INALIENABILIDAD DE LOS DERECHOS COMO INCOMPETENCIA DEL TITULAR. 3.1 *Alcance conceptual de la alienación de los derechos.* 3.2 *Una defensa de la alienabilidad prima facie de los derechos.*

**SUMMARY:** 1. THE CONCEPT OF SUBJECTIVE RIGHT AND ITS INTERPRETATION. 1.1 *The Interpretation of the Hohfeldian Fundamental Legal Conceptions.* 1.2 *The Conceptual Structure of Subjective Rights.* – 2. THE SUPPOSED INALIENABLE CHARACTER OF RIGHTS. 2.1 *The Inalienability of Rights in a Strict Sense.* 2.2 *Ways of Rights' Alienation.* – 3. INALIENABILITY OF RIGHTS AS HOLDER'S DISABILITY. 3.1 *Conceptual Scope of Rights' Alienation.* 3.2 *A Defense of Prima Facie Alienability of Rights.*

## 1. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO Y SU INTERPRETACIÓN

### 1.1 **La interpretación de los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld**

En su artículo de 1913 Wesley Newcomb Hohfeld clasificó todas las relaciones jurídicas subjetivas posibles en las dos tablas de «opuestos» (*opposites*) y «correlativos» (*correlatives*) que a continuación se reproducen<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> HOHFELD, W. N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, traducción de Genaro R. Carrió, Fontamara, México [1913], 1997, p. 47.

Tabla. Pares conceptuales de opuestos y correlativos hohfeldianos

Jural <i>opposites</i> – Opuestos jurídicos	<i>Right (claim)</i> – Derecho (pretensión)	<i>Privilege</i> – Privilegio libertad	<i>Power</i> – Poder competencia potestad	<i>Immunity</i> – Inmunidad
	<i>No-right</i> – No-derecho	<i>Duty</i> – Deber	<i>Disability</i> – Incompetencia incapacidad	<i>Liability</i> – Sujeción
Jural <i>correlatives</i> – Correlativos jurídicos	<i>Right (claim)</i> – Derecho (pretensión)	<i>Privilege</i> – Privilegio libertad	<i>Power</i> – Poder competencia potestad	<i>Immunity</i> – Inmunidad
	<i>Duty</i> – Deber	<i>No-right</i> – No-derecho	<i>Liability</i> – Sujeción	<i>Disability</i> – Incompetencia incapacidad

Los ocho conceptos obtenidos fueron considerados por el profesor de Yale como el «mínimo común denominador» del lenguaje jurídico. Su esquema supone una propuesta conceptual simplificada de todas las relaciones jurídicas subjetivas integradas por dos posiciones jurídicas básicas, en donde el concepto de «posición jurídica» se refiere a una situación normativa concreta de un sujeto respecto de otro<sup>2</sup>.

El estudio del esquema de Hohfeld requiere de su interpretación, ya que su planteamiento carece de nutridas explicaciones que permitan conocer de manera directa el sentido exacto de los términos empleados, si bien la doctrina se ha ocupado de esclarecer el alcance en el que Hohfeld consideró que un individuo puede ostentar una posición jurídica subjetiva, lo cual no ha dejado de generar dudas y desacuerdos acerca de los conceptos hohfeldianos y su operatividad<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> PEÑA FREIRE, A., «Concepto y estructuras de las potestades jurídicas», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21, 2010, p. 63.

<sup>3</sup> Entre los comentaristas y críticos a la propuesta de Hohfeld, cabe señalar los trabajos de múltiples autores pertenecientes a diversas culturas jurídicas, extremo que avala la gran influencia y repercusión que han tenido los conceptos jurídicos fundamentales hohfeldianos. Sin ánimo exhaustivo, cabe citar a autores como: CORBIN, A., «Legal Analysis and Terminology», *Yale Journal*, 29, 1919, pp. 163-173. KOCUREK, A., «The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concepts», *Illinois Law Review*, 15, 1920, pp. 24-39. RADIN, M., «A Restatement of Hohfeld», *Harvard Law Review*, 51(7), 1938, pp. 1141-1164. STONE, J., *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Maitland Publications, Sydney [1964], 1968. ANDERSON, A. R. y WEINBERGER, O., «The logic of Hohfeldian Propositions», *Logique et Analyse*, 12, 1970, pp. 231-242. HISLOP, D. J., «The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concep-

Para realizar dicha interpretación se requiere la consideración de dos distinciones elementales<sup>4</sup>, a saber: entre tipos de normas y entre clases de acciones humanas<sup>5</sup>. Respecto de los tipos de normas, se han de diferenciar las normas regulativas, prescriptivas o de conducta de las normas de competencia o sobre la producción jurídica. Por lo que se refiere a las normas de conducta, estas poseen carácter deóntico en tanto que se orientan al establecimiento de condiciones sobre el comportamiento de sus destinatarios, prescribiendo lo que estos deben (normas obligatorias), no deben (prohibiciones o normas negativas) o pueden hacer (normas permisivas). Por lo tanto, se tratan de prescripciones o regulaciones, es decir, son normas dictadas por una autoridad normativa y dirigidas a otro u otros sujetos normativos, de quienes se pretende que adopten una cierta conducta<sup>6</sup>.

No obstante, los ordenamientos jurídicos no solo están constituidos por prescripciones amparadas por la amenaza de sanciones, sino que también contienen «reglas sobre reglas» que indican cómo proceder para producir cambios normativos; en otras palabras, instrucciones para alcanzar determinados resultados jurídicos<sup>7</sup>, cuya función consiste en otorgar facilidades para realizar ciertos actos o definir las condiciones y límites bajo los que tales actos o decisiones serán válidos, pero sin llegar a exigir una conducta concreta<sup>8</sup>. Así pues, estas normas de competencia señalan que la obtención de determinados cambios jurídicos está condicionada por la realización de unos hechos o actos específicos<sup>9</sup>. A esta definición de las normas de competencia subyace la idea de que la noción de «producción» de las normas incluye su «modificación» y «derogación», y que la validez jurídica de una norma depende de la observancia de lo establecido en aquellas normas

---

tions», *ARSP*, LXXVII/3, 1991, pp. 53-89. NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis de los derechos*, traducción de Raúl M. Mejía, Fontamara, México [1996], 2001. OÑATE LABORDE, A., *Los Conceptos Jurídicos Fundamentales de W. N. Hohfeld*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977. AZZONI, G. M., «Interpretazioni di Hohfeld», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 24(2), 1994, pp. 443-487. Cfr. CRUZ PARCERO, J. A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, Fontamara, México, 1999, pp. 79-148.

<sup>4</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires [1961], 1995, *vid.* capítulos III y V. ROSS, A., *Lógica de las normas*, traducción de S. P. Hierro, Comares, Granada [1969], 2000, pp. 18-72. ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Definiciones y normas», en ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Análisis lógico del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid [1983], 1991, pp. 439-463.

<sup>5</sup> ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», *Revus*, 35, 2018, p. 9. *Vid.* también en ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», *Revista de Ciencias Sociales*, 65, 2014, p. 16.

<sup>6</sup> WRIGHT, G. H. v., *Norma y Acción*, traducción de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid [1963], 1970, pp. 26-27 y 87 ss. Cfr. PEÑA FREIRE, A., *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>7</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *cit.*, p. 52.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>9</sup> PEÑA FREIRE, A., *op. cit.*, p. 73.

de competencia que otorgan las correspondientes potestades para su producción. Además, estas normas contienen tanto las competencias para producir normas («normas que confieren competencias»); como las que condicionan el ejercicio de tales competencias («metanormas de competencia»)<sup>10</sup>. Por consiguiente, el elemento diferenciador entre normas de conducta y normas de competencia reside en la consecuencia derivada de su inobservancia, pues mientras que el incumplimiento de las primeras lleva aparejada la imposición de una sanción, la transgresión de lo estipulado en las segundas conduce a la nulidad o invalidez jurídica del acto en cuestión<sup>11</sup>.

En cuanto a la distinción referida a los tipos de acciones humanas, estas se dividen en acciones puramente físicas y acciones normativas. El criterio para distinguir ambos tipos de conductas pasa por determinar si su realización y las consecuencias que de su realización se siguen han sido o no definidas o constituidas por normas de competencia. Así pues, mientras que las acciones físicas o materiales pueden ser realizadas y descritas sin referencia a norma alguna, aunque podrían ser reguladas por normas de conducta adquiriendo con ello significado jurídico; las acciones normativas, por el contrario, han de ser necesariamente definidas o constituidas en virtud de normas de competencia<sup>12</sup>.

El examen de estas distinciones permite clasificar las relaciones jurídicas de la propuesta de Hohfeld en «relaciones de primer orden» (derecho/deber), con carácter deóntico, compuestas por normas de conducta y cuya función consiste en disuadir la realización de ciertas conductas consideradas reprochables; y «relaciones de segundo orden» (potestad/sujeción), en las que se insertan reglas secundarias referidas a normas de competencia o sobre la producción jurídica, dirigidas al establecimiento del procedimiento a seguir para la realización de determinados actos jurídicos y que, a su vez, otorgan facilidades a sus titulares para alcanzar algunas de sus aspiraciones.

Además, en cada uno de los dos grupos de relaciones solo hay un concepto que pueda ser explicado sin referencia a otro: en las relaciones de primer orden es el concepto de deber<sup>13</sup>, mientras que en las

---

<sup>10</sup> ARRIAGADA, M. B., «Las cortes constitucionales frente a los “derechos civiles y políticos”. Una mirada desde la teoría analítica del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 2015, pp. 112-113. ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 119-120. GUASTINI, R., «Cinco observaciones sobre validez y derogación», *Discusiones*, 2, 2001, p. 60. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª edición, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, México [1960], 1986, pp. 201-208.

<sup>11</sup> Entre los autores que han empleado estas distinciones, cabe mencionar de nuevo a H. L. A. HART (*vid. El concepto de derecho*, cit., *idem*); A. ROSS (*vid. Lógica de las normas*, cit., p. 123), y Alchourrón, C. y Bulygin, E. (*vid. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 461).

<sup>12</sup> ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, indefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», cit., p. 10.

<sup>13</sup> Otros autores señalan el concepto de «derecho» en vez del de «deber» como concepto primitivo del esquema hohfeldiano, pues argumentan que el concepto de

relaciones de segundo orden es el de potestad, que pueden ser explicados con referencia a la acción de un sujeto situado en la respectiva posición jurídica. De este modo, un deber constituye la exigencia impuesta por una norma de conducta referida a la realización u omisión de una acción puramente física o normativa, mientras que una potestad es la posibilidad legal, conferida por una norma de competencia, de realizar u omitir una acción normativa. Aceptar lo anterior permite afirmar que las relaciones jurídicas «derecho/deber» y «potestad/sujeción» son básicas o elementales, pues cualquier relación fundamentada en normas jurídicas puede reducirse a alguna de ellas o a alguna de sus posibles combinaciones<sup>14</sup>.

Es relativamente frecuente que los derechos subjetivos sean concebidos como posiciones «activas»; mientras que los deberes, en contraste, son habitualmente configurados como posiciones «pasivas»<sup>15</sup>. Sin embargo, una clasificación como la descrita evidencia un uso impreciso y vacilante de los pares de calificativos «activo/pasivo» y «positivo/negativo», pudiéndose objetar que estas parejas indican realidades diversas. Así pues, mientras que los adjetivos «activo» y «pasivo» aluden a la realización de la conducta descrita por la norma, el par «positivo» y «negativo» se refiere a la posición beneficiaria de tal conducta. Por consiguiente, el concepto de derecho en sentido subjetivo, delimitado a través del «deber», ha de concebirse como «pasivo» y consistente en el beneficio obtenido de la realización de una determinada conducta por el deudor, ya consista en el respeto de una determinada situación (omisión) o a la realización o entrega de algo (acción)<sup>16</sup>, afirmación que se justifica por la constatación de que quien ha de realizar la conducta descrita en la norma es el sujeto obligado, quedando el titular del derecho a la espera de que el primero cumpla tal conducta. Por otra parte, el objeto del derecho tiende a proporcionar una ventaja a su titular, es decir, el derecho se configura como una «posición positiva» de este, mientras que el deudor se situará en una posición onerosa o «negativa», en el sentido de que debe realizar la conducta debida. En virtud de lo anterior, la posición deudora constituye una modalidad activa, en tanto que indica una obligación de hacer u omitir; al tiempo que negativa, pues supone una carga para el deudor. En

---

libertad se obtiene a través de la negación de un derecho. Cfr. VEGA, J., «El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld», en González Lagier, D. (Coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 127-128.

<sup>14</sup> ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», cit., pp. 40-41.

<sup>15</sup> Por ejemplo, PEÑA FREIRE escribe textualmente que «“A” es el sujeto activo del derecho y “B”, en tanto que titular del deber correlativo, es el sujeto pasivo del derecho», *vid.* PEÑA FREIRE, A., *op. cit.*, p. 64.

<sup>16</sup> CRUZ PARCERO, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 24. *Vid.* también en ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», cit., p. 14.

contrapartida, el titular del derecho ostenta una posición pasiva, a la espera del cumplimiento del deudor; y positiva, pues ostenta la posición acreedora<sup>17</sup>. Suscribir lo anterior apuntala aquella tesis que afirma que las relaciones jurídicas subjetivas de primer orden pueden ser definidas a partir del concepto de deber, pues en definitiva este delimita la pretensión de la contraparte en la relación, o lo que es lo mismo, el contenido del derecho subjetivo correlativo.

Probablemente esta confusión proviene de la constatación de que los derechos subjetivos son invariablemente garantizados en los ordenamientos jurídicos a través de la concesión de acciones judiciales a sus titulares. Sin embargo, en atención al esquema hohfeldiano, estas acciones han de concebirse como potestades que habilitan a los titulares o a sus representantes, según los casos, a reivindicar ante la autoridad competente sus «posiciones positivas» jurídicamente fundamentadas en una norma de conducta que establece una conducta debida<sup>18</sup>. Estas potestades, necesariamente aparejadas a los derechos subjetivos, establecen relaciones que han de ser objeto de una consideración separada en el análisis conceptual hohfeldiano, aun cuando están evidentemente conectadas mediante una relación de instrumentalidad respecto del derecho subjetivo del que traen causa<sup>19</sup>. La diferencia fundamental consiste en que es una norma de competencia la que habilita al titular del derecho para el ejercicio de dicha potestad. De este modo, resultaría verosímil que un mismo enunciado normativo combine proposiciones relativas a ambos tipos de normas, de conducta y de competencia. Con todo, este no es el panorama habitual, sino que normalmente unas y otras aparecen ubicadas en secciones distintas del ordenamiento jurídico. En contraste con lo que ocurre en las relaciones de primer orden, en las relaciones regidas por potestades, la «posición activa» corresponderá al titular de dicha potestad, quien coincidirá con el titular del derecho, mientras que el acreedor ostentará una «posición pasiva», al quedar sujeto al cambio jurídico provocado por la contraparte. De nuevo, esta confusión podría precisamente

---

<sup>17</sup> ARRIAGADA, M. B., «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad. Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión», cit., *idem*.

<sup>18</sup> Este fenómeno ha sido denominado por la doctrina como «derechos subjetivos complejos». Vid. KELSEN H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª ed., cit., pp. 146-149 y 152. HART, H. L. A., «Legal Rights», en HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York, 1982, pp. 183-184 y 188. Cfr. ARRIAGADA, M. B., «Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo», *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 11, 2016, p. 159.

<sup>19</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado M. B. Arriagada: «[a]lgo distinto a tener un derecho subjetivo hohfeldiano (o un derecho reflejo kelseniano) es que al titular de un derecho de este tipo se le confiera, además, el poder de poner en movimiento, mediante una acción, el procedimiento destinado a reconocer el incumplimiento de la obligación por el deudor, y por tanto, el poder de participar en la producción de la norma jurídica individual de la sentencia judicial en la que se estatuye una sanción concreta por dicho incumplimiento». Vid. ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», cit., p. 30.

derivar de no diferenciar correctamente el objeto del derecho de los instrumentos jurídicos en manos del titular para la protección o garantía de su posición jurídica subjetiva.

Estas acotaciones se consideran aquí no solo útiles, sino sobre todo necesarias para la comprensión precisa los conceptos jurídicos fundamentales empleados por Hohfeld, pues permiten interpretar la propuesta del profesor norteamericano sin deformar el significado que parece haber otorgado a las posiciones jurídicas subjetivas básicas descritas en su esquema, pues de otro modo las categorías conceptuales presentadas podrían albergar cualquier posición subjetiva, extremo que ha favorecido la crítica y el desmerecimiento de su valiosa propuesta conceptual.

En atención a estas y otras consideraciones estimadas complementarias, en lo que sigue se tratará de explicar la inalienabilidad de los derechos a la luz de los conceptos operados por Hohfeld, con el objetivo de demostrar que afirmar dicho carácter contradice la función que los derechos desempeñan en los ordenamientos jurídicos modernos.

## 1.2 La estructura conceptual de los derechos subjetivos

A pesar de los numerosos esfuerzos doctrinales, el término «derecho» en sentido subjetivo continúa siendo empleado con excesiva vaguedad no solo en el discurso político, sino también en el lenguaje jurídico. Habitualmente, dicho término es indistintamente empleado con el significado de privilegio, potestad o inmunidad. En un intento por superar dicha situación, Hohfeld partió de la tesis de la correlatividad con el propósito de delimitar el concepto de derecho subjetivo a través de su correlativo, es decir, el «deber», ya que la violación del deber equivale a la invasión del derecho. Por lo demás, Hohfeld estimó como más oportuno el empleo del término «pretensión» (*claim*) para hacer referencia a la noción de derecho subjetivo en un sentido «limitado y propio»<sup>20</sup>. En esta línea, Robert Alexy también ha mostrado su preferencia por el concepto de «pretensión», al considerar que expresa de manera adecuada el carácter relacional de la expresión «derecho a algo», pues siempre tiene como destinatario a otro sujeto, siendo el objeto una acción o una omisión en ambos casos. Sin embargo, el profesor de Kiel ha renunciado expresamente al empleo del término pretensión en un sentido técnico debido a las dudas que presenta respecto de su actualidad, la determinación de la contraparte y la posibilidad entablar una demanda. Estas razones han llevado a Alexy a emplear la expresión «derecho a algo», si bien reconoce ambas expresiones como lingüísticamente admisibles<sup>21</sup>. No obstante, la propuesta del profesor

---

<sup>20</sup> HOHFELD, W. N., *op. cit.*, p. 50.

<sup>21</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid [1985], 2012, p. 163.

alemán es claramente más profunda que la de Hohfeld, pues el concepto de derecho o pretensión articulado por este último no parece integrar ciertos elementos que habitualmente acompañan a la idea de la tenencia de un derecho subjetivo, como ocurre con la potestad para demandar ante el órgano competente el incumplimiento de la norma de conducta de la que trae causa la pretensión.

Una estructura más completa de los derechos como pretensiones ha sido propuesta por Alan Gewirth, quien los describió a través de la siguiente fórmula: «A tiene un derecho a X frente a B en virtud de Y». De esta estructura se derivan los 5 elementos principales que configuran a los derechos, a saber: (a) el acreedor o titular del derecho; (b) la naturaleza del derecho, es decir, lo que significa para su titular ostentarlo; (c) el objeto del derecho; (d) el deudor o titular de la obligación, y, por último, (e) el fundamento que justifica la existencia del derecho mismo<sup>22</sup>.

Considerando esta estructura, un posible argumento conceptual acerca de la naturaleza de los derechos afirma que lo verdaderamente característico y genuino de dichas posiciones jurídicas subjetivas es la posibilidad de su titular de disponer del objeto del derecho, afirmación que evidentemente excede el concepto hohfeldiano de derecho como pretensión en los términos en los que ha sido interpretado. Este argumento entiende la alienabilidad como parte del concepto mismo de derechos en sentido subjetivo, pues estima que lo valioso de estos es que puedan ser invocados, no invocados o renunciados por sus titulares<sup>23</sup>. En este sentido, los derechos son concebidos como protecciones no-paternalistas de los intereses de sus titulares, siendo su aspecto más relevante que el titular pueda renunciar o consentir su inobservancia por terceros, y ello en virtud de razones que no necesariamente tienen por qué coincidir con la mejor estimación de sus intereses<sup>24</sup>. Una aproximación como la descrita concuerda con la «tesis de la voluntad» o de la «elección» (*will/choice theory of rights*)<sup>25</sup>. Con todo, suscribir lo anterior no necesariamente ha de implicar la renun-

<sup>22</sup> GEWIRTH, A., «Why Rights Are Indispensable», *Mind. New Series*, 95/379, 1986, pp. 329-344, p. 329.

<sup>23</sup> BUCHANAN, A., «What's So Special About Rights?», *Social Philosophy and Policy*, 1, vol. 2, 1984, p. 79.

<sup>24</sup> Cfr. BROCK D., *Life and Death*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 105.

<sup>25</sup> Entre los autores que han suscrito la tesis de la voluntad, destacan nombres tan célebres como Kant, Savigny, Windscheid, Wellman y Steiner, entre otros. Cfr. WENAR, L., «Rights», en Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2015 Edition. Disponible online: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/rights/> (última visita 28 de marzo de 2020).

Por lo que respecta a la tradición anglosajona, sobresalen los planteamientos de H. L. A Hart, quien concibió los derechos como «elecciones protegidas» (*protected choices*), vid. HART, H. L. A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, cit., pp. 174-193. En esta misma línea se ha posicionado RAINBOLT, G. W., *The concept of rights*, Springer, Dordrecht, 2006, p. 99.

cia a incluir la noción de interés en la estructura explicativa de los derechos, si bien referida al objeto del derecho y no a su naturaleza, lo cual permitiría enunciar una suerte de tesis combinada que incluya también algunos de los argumentos presentes en la «tesis del interés» o del «beneficio»<sup>26</sup> acerca de la explicación de los derechos (*interest/benefit theory of rights*). En un sentido similar parece haberse posicionado el propio Gewirth, aunque su vinculación de los elementos de la voluntad y el interés no coincide con la anteriormente descrita, sino que definió la naturaleza de los derechos en atención al objeto del derecho y el deudor<sup>27</sup>.

Aceptar la tesis de la combinación supone afirmar que en los enunciados acerca de derechos han de integrarse los dos tipos en los que las normas han sido clasificadas, a saber: una norma de conducta que establece un comportamiento debido por el deudor junto con una norma de competencia que establece un poder, competencia o facultad del titular del derecho y que le habilita para reclamar el comportamiento descrito en la norma de conducta. Si se reformula lo anterior empleando los términos enunciados por Kelsen, entonces el sujeto acreedor ostenta un «derecho reflejo» correlativo al deber establecido por la referida norma de conducta<sup>28</sup>, al tiempo que ostenta un «derecho en sentido técnico», en tanto que una norma de competencia le otorgue la facultad de reclamar el cumplimiento de su derecho reflejo ante la autoridad competente, lo cual se ha de producir necesariamente, dado que en caso contrario afirmar la posición jurídica subjetiva carecería de sentido.

Una propuesta conceptual como la descrita integra los denominados «derechos de segunda clase» junto con los de «primera clase»<sup>29</sup>, es decir, aúna las posiciones jurídicas subjetivas que permiten a su titular crear, extinguir o transmitir aquellas otras posiciones que el orden jurídico pone a su disposición, encaminadas a la aplicación de los medios que este le confiere, y aquellas posiciones jurídicas subjetivas sobre las que versa el eventual acto de disposición, respectivamente. Lo que parece evidente es que, tal y como han sido descritos, tanto los derechos de primera clase como los de segunda se han de concebir como normas de competencia o sobre la producción jurídica, lo que concuer-

<sup>26</sup> En cuanto a los representantes de la tesis del interés, se ha de citar al ilustre jurista alemán R. v. Ihering, para quien el factor fin constituía la característica definitoria del concepto de derecho subjetivo, entendido como un interés jurídicamente protegido. Vid. IHERING, R. v., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada [1838], 1998, p. 821. Otros exponentes bien conocidos de esta concepción han sido Bentham, Austin, Lyons, MacCormick, Raz y Kramer. Cfr. WENAR, L., *op. cit.*, *idem*.

<sup>27</sup> GEWIRTH, A., «Why Rights Are Indispensable», *cit.*, p. 336.

<sup>28</sup> ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», *cit.*, p. 28.

<sup>29</sup> Kelsen empleó esta clasificación de los derechos en la articulación de su crítica a la tesis de la voluntad de Windscheid, *vid.* KELSEN, H., *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de Wenceslao Roces, Porrúa, México [1911], 1987, pp. 501 y 516.

da ampliamente con la comprensión kelseniana de los derechos en sentido subjetivo como instrumentos de participación de los individuos en el orden jurídico<sup>30</sup>. En virtud de lo anterior, podría parecer que las normas de conducta que establecen los denominados derechos reflejos presentan un exiguuo impacto en la descripción de la posición del titular del derecho en sentido técnico, pero en realidad cumplen la importante función de delimitar el contenido del deber correlativo, que tal y como se ha adelantado se vincula al elemento del interés o beneficio del acreedor. Ello permite integrar la tesis de la combinación a partir de un planteamiento de inspiración kelseniana, al menos desde una perspectiva terminológica y al margen las evidentes discrepancias que el propio Kelsen habría alegado al respecto de la inclusión de elementos que consideraba ajenos a la ciencia jurídica, planteamiento estimado aquí excesivamente parcial y reduccionista, dado el origen indudablemente sociocultural del Derecho<sup>31</sup>.

## 2. EL PRESUNTO CARÁCTER INALIENABLE DE LOS DERECHOS

### 2.1 La inalienabilidad de los derechos en sentido estricto

Defender la inalienabilidad de algunos derechos, a saber: los denominados «derechos fundamentales», entendidos como el resultado de la positivización de los derechos humanos a través del ordenamiento constitucional<sup>32</sup> y especie del género «derecho subjetivo»<sup>33</sup>, equivale a negar la posibilidad de su enajenación por el simple consentimiento de su titular<sup>34</sup>, que carece de la suficiente fuerza normativa para producir cambios tanto en su propia posición jurídica como en la de los

---

<sup>30</sup> KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México [1925], 1983, pp. 98-99 y 105. KELSEN, H., *Teoría General de las Normas*, Traducción de Hugo Carlos Deloy y Jacobs, Trillas, México [1979], 1994, p. 143.

<sup>31</sup> Con todo, esta misma crítica podría ser efectuada en los mismos términos al propio Hohfeld, quien acusó a los tribunales de su tiempo de incurrir en una «infortunada e inveterada tendencia a confundir y mezclar los elementos jurídicos y los no jurídicos en un problema dado», *vid. HOHFELD, W. N., op. cit.*, p. 31.

<sup>32</sup> En este sentido, el concepto de derechos humanos y derechos fundamentales se configuran como dos caras de una misma moneda en la descripción de una sola y misma realidad, aunque con una doble naturaleza: ideal y real. Así, el concepto de derechos fundamentales hace referencia a la dimensión real, esto es, a la presencia de las posiciones jurídicas individuales a través de ellos protegidas en un ordenamiento jurídico determinado; mientras que los derechos humanos aluden a una dimensión ideal, en tanto que representan su naturaleza moral y se encuentran directamente relacionados con la fundamentación de las posiciones jurídicas obtenidas.

<sup>33</sup> HIERRO, L., «¿Qué derechos tenemos?», *Doxa*, 23, 2000, pp. 354-356.

<sup>34</sup> MCCONNELL, T., *Inalienable Rights: the limits of consent in medicine and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. ix.

sujetos sobre los que recae el deber correlativo a su derecho. Desde esta perspectiva, la cuestión referida a la inalienabilidad de estos derechos se circunscribe a la pregunta acerca de su disponibilidad por el titular<sup>35</sup>. Esclarecer el concepto de inalienabilidad exige la ineludible tarea de diferenciarlo de las otras características tradicionalmente atribuidas a los derechos humanos, a saber, la universalidad y, especialmente, el carácter absoluto<sup>36</sup>.

El carácter general de la universalidad de los derechos humanos aparece principalmente referido a la titularidad de los mismos y vinculado a los principios de dignidad e igualdad humana. Defender la universalidad de estos derechos implica afirmar que su titularidad corresponde sin excepción a todo ser humano, en tanto que poseedor de un «estatus moral pleno» (*full moral status*)<sup>37</sup>. Esta concepción conecta de manera directa tales derechos con los conceptos de ser humano y persona, configurándose la cualidad de ser un «ser humano» como una condición necesaria y suficiente<sup>38</sup> para ser titular de dichos derechos<sup>39</sup>. Sin embargo, afirmar la titularidad de los derechos por todos los seres humanos, al menos *a priori*, no indica nada acerca de la eventual justificabilidad de las restricciones a la disponibilidad de su objeto mediante las formas estándar de alienación de los derechos que serán analizadas más adelante. Por consiguiente, cabe concluir que la universalidad de los derechos humanos y su presunta inalienabilidad constituyen cuestiones esencialmente distintas.

Por otra parte, aceptar que la inobservancia de determinados deberes correlativos a derechos nunca está justificada equivale a sostener el carácter absoluto de estos últimos. Por consiguiente, la norma en la que se establezca un derecho absoluto nunca presentará excepcio-

<sup>35</sup> En este punto Francisco Laporta introduce la idea de la «irrenunciabilidad moral» de los derechos, *vid.* LAPORTA, F., «Sobre el concepto de los derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, p. 43.

<sup>36</sup> LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 42.

<sup>37</sup> Jeremy Waldron emplea dicha expresión para afirmar que solo el lenguaje de los derechos es capaz de expresar el «estatus moral pleno» del titular-demandante. WALDRON, J., «The Role of Rights in Practical Reasoning: “Rights” versus “Needs”», *The Journal of Ethics*, 4(1/2): «Rights, Equality, and Liberty», Universidad Torcuato Di Tella, Law and Philosophy Lectures 1995-1997 (Jan.-Mar., 2000), p. 131.

<sup>38</sup> No obstante, como ha señalado Alf Ross, la proposición referida a que tan solo los seres humanos pueden ser sujetos de derechos resulta inconveniente, pues si se acepta la existencia de situaciones jurídicas en las que resulta posible sustituir sujetos no-humanos en virtud de la posición de un interés cuyo contenido está definido por obligaciones de otros, entonces no existirá ninguna razón para negar que la titularidad de un derecho pueda ser ocupada por un individuo no-humano (piénsese, por ejemplo, en la prohibición de maltratar a los animales domésticos o en la legislación en materia de bienestar animal). Otra cuestión será la titularidad de potestades referidas al ejercicio de acciones procesales y al control judicial de tales posiciones, dadas las características propias del orden jurídico como creación genuinamente humana. *Vid.* ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, traducción de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires [1946], 1961, p. 215.

<sup>39</sup> LAPORTA, F., *op. cit.*, pp. 32 ss.

nes<sup>40</sup>. La tesis más extendida en favor del carácter absoluto de los derechos humanos afirma que solo un estricto subconjunto de estos es absoluto<sup>41</sup>. En contraposición, sostener la existencia de derechos no-absolutos, exige determinar qué inobservancias están justificadas<sup>42</sup>. Con todo, es posible observar un amplio acuerdo, tanto doctrinal como jurisprudencial, al respecto de la negación del carácter absoluto de los derechos, pues estos aparecen frecuentemente limitados no solo en atención a la necesidad de ponderar la realización de distintos derechos, sino que tales limitaciones también provienen de la voluntad del constituyente de preservar ciertos bienes o intereses considerados valiosos, pero que no necesariamente tienen por qué coincidir con el contenido de otros derechos<sup>43</sup>.

Una adecuada distinción entre el carácter absoluto y el rasgo de la inalienabilidad puede servir tanto para afirmar la presencia de esta última como para descartarla. Si se considera que carácter absoluto e inalienabilidad son lo mismo, entonces probar la inexistencia de uno implicaría asimismo afirmar la inexistencia del otro y viceversa. En tal sentido, suscribir la tesis mayoritaria acerca de la negación del carácter absoluto supondría la consecuente negación de la inalienabilidad, es decir, se estaría afirmando la alienabilidad. Por el contrario, si se afirma que dichos rasgos responden a realidades distintas, entonces se ha de buscar aquello que los diferencia. Así pues, mientras que la inalienabilidad se restringe a la imposibilidad de disposición del derecho por parte de su titular, el carácter absoluto se circunscribe a la imposibilidad de que terceros, especialmente los poderes del Estado, dispongan del derecho de alguien, es decir, lo anulen.

Aceptar lo anterior implica afirmar que la diferencia entre ambos rasgos reside en quién tiene prohibida la conducta dispositiva, esto es, el propio titular en el caso de la inalienabilidad o cualquier tercero en el supuesto del carácter absoluto. Con todo, considerando la tesis de la correlatividad, en ambos casos el resultado parece ser el mismo, pues tanto negar el carácter absoluto como negar la inalienabilidad equivale a afirmar la incolumidad del deber correlativo. Si, por el contrario, se niegan ambos rasgos, entonces se habilita una posibilidad referida a la producción de un cambio en las posiciones jurídicas de los sujetos implicados, quedando en suspenso el deber correlativo y, por consiguiente, no pudiendo ser exigido ni por el extitular del derecho ni por algún tercero.

---

<sup>40</sup> Cfr. THOMSON J. J., *Rights, Restitution and Risks*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 53. GEWIRTH, A., *Human Rights*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, p. 219.

<sup>41</sup> Por ejemplo, el derecho a no ser torturado. Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2.<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press, Clarendon [1980] 2011, p. 467.

<sup>42</sup> McCONNELL, T., *op. cit.*, p. 6.

<sup>43</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 85.

Desde una perspectiva positivista, se podría alegar que en última instancia la imposibilidad de disponer del derecho por el propio titular y/o inobservar el deber correlativo por los terceros ha de proceder invariablemente de una norma jurídica que establezca una prohibición en tal sentido. En caso de no existir una prescripción como la descrita, dicha posibilidad quedará a disposición de los sujetos involucrados, pues de la ausencia de tipificación de una conducta como jurídicamente debida es lógico derivar su irrelevancia jurídica, mientras que la presencia de un derecho subjetivo desprovisto tales limitaciones permite suponer que los actos dispositivos están implícitamente permitidos en virtud de su titularidad<sup>44</sup>.

En general, y a salvo de la existencia de una excepción legal, los destinatarios de los deberes correlativos a derechos subjetivos de la contraparte han de observar las conductas descritas en la norma. La presencia de excepciones que en determinadas circunstancias permiten la inobservancia de conductas *a priori* debidas, como podría ser el caso de la legítima defensa en el Derecho penal, ejemplifica la debilidad del argumento en favor del carácter absoluto de ciertos derechos. En todo caso, la existencia de estas excepciones al cumplimiento de los deberes cuestiona el carácter absoluto de los derechos correlativos, incluidas aquellas posiciones jurídicas consideradas fundamentales, como así sucede en el caso de la colisión de derechos fundamentales.

La prohibición que impide a su titular disponer de su propia posición jurídica ha de venir invariablemente impuesta por una norma imperativa en tal sentido, estableciéndose con ello límites al ejercicio de los derechos. A este planteamiento subyace la idea de que los derechos subjetivos son posiciones derivadas de una serie de normas de conducta y competencia que establecen deberes correlativos a derechos y facultades correlativas a sujeciones de la contraparte, respectivamente. De este modo, los derechos subjetivos, entendidos como pretensiones de su titular, constituyen ámbitos que permanecen bajo su control, en virtud de lo dispuesto a través de normas jurídicas esencialmente dispositivas, pues en otro caso se estaría afirmando la presencia de normas imperativas del tipo básico deóntico del mandato o la prohibición que, por lo demás, no necesariamente han de ser correlativas a una posición jurídica subjetiva de la contraparte en la relación.

En virtud de lo anterior, la distinción entre inalienabilidad y carácter absoluto se difumina considerablemente, pues en ambos casos la prohibición de la conducta dispositiva ha de venir impuesta por una norma imperativa y la consecuencia es la misma: la incolumidad del deber correlativo. Por lo tanto, lo único que los diferencia es el sujeto sobre quien recae dicha prohibición: el titular del derecho en el caso de la inalienabilidad y los terceros en el caso del carácter absoluto. Sin embargo, prescindir de esta última diferencia permitiría reconducir la

---

<sup>44</sup> ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.ª ed. act., Ariel, Barcelona, 2004, pp. 128-131.

presunta inalienabilidad de los derechos humanos a la negación de su carácter absoluto, pues si se entiende que la facultad de disposición integra invariablemente el contenido de los derechos junto con la constatación de que el ejercicio de estos nunca es ilimitado, entonces se obtendrá que negar la posibilidad de enajenar un derecho equivale a negar el carácter absoluto de su ejercicio.

## 2.2 Formas de alienación de los derechos

Como ya se ha anticipado, existen diversas formas estándar en las que un derecho puede ser alienado. Joel Feinberg distinguió dos formas en las que los derechos pueden enajenarse: desistir un derecho que se sigue poseyendo (*waiver*), o renunciar totalmente al mismo (*relinquish*)<sup>45</sup>. En el caso del desistimiento, tan solo se aliena el ejercicio del derecho y no su titularidad<sup>46</sup>, la cual persiste. De este modo, el desistimiento se trataría de una alienación transitoria del derecho, siendo su ejercicio recuperable mediante la revocación del consentimiento. Por el contrario, la renuncia implica la pérdida total del derecho, al desistirse de la titularidad misma de manera permanente e irrevocable<sup>47</sup>. A este planteamiento subyace la distinción entre bien jurídico y derecho al bien jurídico, pues para Feinberg los derechos podían desistirse, pero no renunciarse, afirmación que descansa en el convencimiento de que lo único alienable es el bien jurídico y no el derecho a tal bien jurídico; o lo que es lo mismo, el profesor de Arizona justificaba la alienación del ejercicio del derecho, pero no así de su titularidad.

Sin embargo, esta distinción se basa en una premisa discutible que relaciona los conceptos de alienabilidad y revocabilidad, haciendo depender el primero del segundo, a lo cual se puede objetar que la revocabilidad de un acto de alienación solo indica sus consecuencias, pero no muestra nada acerca de su resultado, ni mucho menos explica el significado que la alienabilidad de los derechos alberga. Además, dicho planteamiento no permite establecer un modelo extensible a todos los derechos, al no proporcionar un criterio universalizable, pues la revocabilidad o irrevocabilidad del acto de alienación depende fundamentalmente del objeto del derecho en cuestión.

Un ejemplo permite ilustrar esta objeción. Aplicando la distinción expuesta al derecho fundamental a la vida o alguna de sus manifestaciones, la alienación del ejercicio del derecho resulta irrevocable, en tanto que la vida que ha sido perdida es definitivamente irrecuperable.

---

<sup>45</sup> FEINBERG, J., *Right, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton: NJ, 1980, pp. 242-246.

<sup>46</sup> A favor de la tesis de la libertad respecto del ejercicio del derecho y no en cuanto a su titularidad, *vid.* VAN DER VEER, D., «Are Human Rights Alienable?», *Philosophical Studies*, 37, 1980, pp. 165 ss. LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 44.

<sup>47</sup> FEINBERG, J., *op. cit.*, p. 246.

No obstante, podría acusarse a este planteamiento de confundir el bien y el objeto del derecho, de modo que lo que realmente estaría sucediendo en el ejemplo propuesto es que al perderse el objeto del derecho (la vida), su ejercicio deviene en irrealizable, pero ello no ha de ser óbice para cuestionar la titularidad del derecho que permanece vinculada al bien (el valor de la vida humana), entendido como una entidad eterna e inalienable. Sin embargo, podría replicarse que alegar lo anterior supone el abandono del plano consecuencialista de partida subyacente a la distinción entre titularidad y ejercicio como argumento a favor de la inalienabilidad referida a la titularidad de los derechos y en virtud de su irrecuperabilidad. En tanto que lo que se discute aquí es el empleo consecuencialista de la dicotomía entre titularidad y ejercicio, y las consecuencias se producen en el plano del ser, el recurso a la distinción entre objeto y bien resulta inadecuada, pues el bien pertenece al plano del deber ser y es por medio de un objeto considerado como «algo bueno» que se conecta al ser de las cosas. Por lo demás, la idea del bien subyacente no tiene por qué comunicar su eventual inalienabilidad al objeto del que se predica «lo bueno», sino que su función es de fundamentación, pues una vez trasladado al plano de lo fáctico a través del objeto podrá colisionar con otro bien. Ciertamente, bien y objeto no son lo mismo: el bien aparece referido a un deber ser, mientras que el objeto se refiere al ser de algo. Un objeto puede ser o no ser un bien, pero afirmar que un bien tenga existencia al margen de todo objeto constituye una afirmación incierta y demasiado compleja como para ser abordada en estas líneas, pero que en todo caso carece de relevancia en el plano en el que se produce la discusión.

Con todo, no se pretende aquí desmerecer la utilidad de una explicación acerca del fundamento de los derechos en atención a una idea del bien subyacente, sino que tan solo se procura mostrar como la discriminación operada presenta una realización imperfecta en el plano fáctico, en donde las categorías obtenidas en el plano puramente teórico no son tan consistentes. Consecuentemente, la discriminación entre ejercicio y titularidad de los derechos carece de operatividad en aquellos supuestos problemáticos en los que desistimiento y renuncia coinciden desde un punto de vista fáctico, siendo impracticable una revocación del desistimiento del derecho a la vida.

Adicionalmente, otro argumento en contra del planteamiento de Feinberg podría invocar la caducidad de la revocabilidad, pues sucede que, llegado un momento concreto, la alienación del ejercicio de un derecho *a priori* revocable puede devenir irrevocable, como sucede en el supuesto del consentimiento informado del paciente, una vez realizada la intervención médica inicialmente consentida, no pudiéndose revocar el consentimiento otorgado después de la completa realización de dicha intervención, por motivos evidentes.

Ciertamente, la abstención o ejercicio de un derecho, en donde este ni se afirma ni se reclama, no tiene por qué constituir un supuesto de alienación, dado que ello no autoriza la transgresión y el derecho es

retenido por su titular<sup>48</sup>. Por lo tanto, cabe concluir que abstención e inalienabilidad son compatibles, en tanto que nociones diversas y no vinculadas. No obstante, afirmar la existencia de «derechos inalienables obligatorios» supondría la concurrencia de ambos conceptos, a saber: no-abstención e inalienabilidad, pues un derecho simplemente inalienable podría no ser ejercitado a pesar de no poder ser renunciado ni transmitido. Estos presuntos «derechos obligatorios» (*mandatory rights*)<sup>49</sup> no podrían ser desistidos, renunciados ni transferidos, no pudiendo su titular abstenerse siquiera de su ejercicio. Por ende, afirmar la existencia de derechos obligatorios equivale a afirmar la existencia de «obligaciones para con nosotros mismos» (*duties to ourselves*)<sup>50</sup>, siendo tales derechos más que inalienables.

Otro modo de alienar un derecho consiste en transmitirlo. Ello supondrá un cambio normativo bilateral, es decir, el titular del derecho autoriza a un individuo a realizar actos a los que no estaba autorizado con anterioridad, lo cual es común tanto a la renuncia como al desistimiento, al tiempo que se autoimpone nuevas obligaciones. La transferencia de un derecho no necesariamente ha de ser irrevocable ni permanente<sup>51</sup>. Además, en algunos casos resulta posible desistir y renunciar un derecho, pero no así transmitirlo, pudiéndose invocar nuevamente en este punto el supuesto del derecho a la vida, cuya transmisión resulta materialmente imposible.

Por último, un sector doctrinal se ha empeñado en considerar la «confiscación» (*forfeiture*) como un modo de alienación de los derechos<sup>52</sup>. En este sentido, la realización de un acto típico por parte del titular cuya consecuencia jurídica supone la afectación de su derecho ha sido interpretada como una especie de «renuncia mediata», cuando se haya llevado a cabo con la intención de alienar el derecho en cuestión. Se trataría de aprovechar la consecuencia jurídica de una norma con la intención de alienar un derecho.

Sin embargo, no parece posible considerar la confiscación de un derecho como una forma de alienación, en tanto que la afectación del derecho no es resultado de un acto del titular, sino que se trata de una consecuencia jurídica derivada de una conducta tipificada. Sostener lo

---

<sup>48</sup> McCONNELL, T., *op. cit.*, *idem*.

<sup>49</sup> Feinberg incluyó entre estos derechos el derecho a la educación y el derecho a ser vacunado frente a ciertas enfermedades, pues afirmaba que estos derechos involucran «libertades parciales» (*half-liberties*) respecto de sus objetos, ya que el titular ostenta un derecho y no una mera libertad, respecto al objeto de estos derechos, *vid.* FEINBERG, J., *op. cit.* p. 157.

<sup>50</sup> En contra del concepto de «deberes para con nosotros mismos» se ha posicionado Marcus, *vid.* SINGER, M., *Generalization in Ethics*, Atheneum, New York [1961], 1971, p. 315. A favor de este concepto, *vid.* HILL, T., *Autonomy and Self-respect*, Cambridge University Press, New York, 1991, capítulo 10.

<sup>51</sup> A efectos ilustrativos, McConnell propone considerar un contrato de arrendamiento de duración anual, *vid.* McCONNELL, T., *op. cit.*, p. 11.

<sup>52</sup> MEYERS, D. T., *Inalienable Rights: A Defense*, Columbia University Press, New York, 1985, pp. 2 y 9.

anterior requiere distinguir de manera adecuada los supuestos de alienación de aquellos otros de confiscación. Así pues, en primer lugar, la justificabilidad de la inobservancia de los deberes correlativos al derecho es diferente en cada caso, pues mientras que en el supuesto de la alienación ha de ser el consentimiento del titular lo que justifique la inobservancia del derecho, en el caso de la confiscación es la transgresión de una norma de conducta por el titular del derecho lo que desencadena la consecuencia jurídica prevista para el caso de su inobservancia y que afecta a dicha titularidad. En segundo lugar, aunque en relación con lo anterior, el origen de la voluntad que compromete al derecho es diferente en cada caso: en el supuesto de la alienación es la declaración intencionada y voluntaria del titular, mientras que en el supuesto de la confiscación se requiere que la conducta haya sido previamente tipificada por el legislador de forma que la consecuencia jurídica de la norma implique la afectación del derecho en cuestión<sup>53</sup>. En virtud lo anterior, parece posible afirmar que en el caso de la confiscación se estaría más bien cuestionando el carácter absoluto del derecho, el cual se pliega ante la consecuencia jurídica prevista por una norma, lo cual, en última instancia, depende de la voluntad del legislador, es decir, de una voluntad externa y diferenciada respecto de la del titular del derecho.

Asimismo, se podría alegar que el consentimiento no es suficiente ni necesario para alienar un derecho<sup>54</sup>. No es suficiente porque la aceptación de la inalienabilidad como rasgo de todos los derechos fundamentales impediría la disposición por parte de su titular. Tampoco sería necesario porque tanto la confiscación como la anulación del deber correlativo por una consideración moral más fuerte constituyen «vulneraciones justificadas» de estos derechos<sup>55</sup>. No obstante, sostener lo anterior supondría reconducir la cuestión al carácter absoluto, dado que tanto la confiscación como la anulación por motivos morales más fuertes constituyen ejemplos de negación del carácter absoluto y no de alienación. Sin embargo, aun en el supuesto de aceptar la inalienabilidad como característica inexcusable de ciertos derechos, ello no implica que el otorgamiento de consentimiento por parte del titular sea irrelevante a los efectos de indemnizar la lesión provocada por del acto de transgresión<sup>56</sup>, bajo el postulado de que a quien consiente no se le puede provocar daño alguno o *volenti non fit injuria*, brocardo que resume el principio de respeto de lo estipulado por la libre voluntad de las partes implicadas en la relación jurídica subjetiva, aun cuando ello pueda ser percibido por los demás como inaceptable o injusto.

Con todo, lo anterior no es compatible con la defensa del carácter inalienable de ciertos derechos, pues defender que el consentimiento

---

<sup>53</sup> McCONNELL, T., *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 44.

produce efectos sobre la posición jurídica del titular del derecho enajenado, quien no podrá reclamar la vulneración del mismo en virtud de su acto de disposición, equivale a afirmar su carácter alienable, ya que cuando la conducta que vulnera el contenido del derecho esté prohibida por una norma imperativa, pero el eventual derecho en sentido técnico haya decaído en virtud del consentimiento de su titular, entonces aquella prohibición no provendrá del presunto carácter inalienable del derecho, sino de la negación de su carácter absoluto, pues la producción de los efectos derivados del libre ejercicio de los mismos colisionará con una prohibición impuesta por el ordenamiento jurídico objetivo a través de una norma imperativa que recae sobre los titulares de la conducta debida, pero que en realidad tan solo afecta de manera indirecta al titular del derecho, quien no podrá reclamar la vulneración de su posición jurídica en tanto que otorgó un consentimiento libre y voluntario favorable a su transgresión.

### 3. LA INALIENABILIDAD DE LOS DERECHOS COMO INCOMPETENCIA DEL TITULAR

#### 3.1 Alcance conceptual de la alienación de los derechos

Analizar las implicaciones derivadas de la eventual alienación de los derechos permite entender el grueso del dilema acerca de la afirmación de su inalienabilidad y observar la cuestión en su conjunto. En este sentido, si el otorgamiento del consentimiento legitima un acto que en caso contrario supondría la «vulneración de un derecho»<sup>57</sup>, entonces el deber correlativo quedará en suspenso, lo cual se traduce en el otorgamiento de un «derecho especial para actuar»<sup>58</sup> en un sentido que sería «injusto» y «prohibido»<sup>59</sup> de no existir la aquiescencia del titular.

Si recurrimos de nuevo a la terminología acuñada por Hohfeld, la alienación de un derecho supondría el establecimiento de un «privilegio» para el extitular del deber, que quedaría en suspenso en virtud de un acto de disposición válido del anterior titular del derecho, quien pasa a ocupar una posición jurídica de «no-derecho», que también trae causa en su acto de disposición.

Hohfeld configuró el concepto de «potestad» como una posición jurídica correlativa a una «sujeción» y opuesta a una «incompeten-

---

<sup>57</sup> LOMASKY, L. E., *Persons, Rights and the Moral Community*, University Press, New York/Oxford, 1987, p. 211.

<sup>58</sup> SIMMONS, A. J., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 76.

<sup>59</sup> FLETCHER, G., *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 109.

cia». En este sentido, el concepto de potestad se presenta como sinónimo de competencia jurídica, y oponible a los de «incompetencia» o «incapacidad»<sup>60</sup>. El propio Hohfeld advirtió la ambigüedad generada por el empleo de la categoría de «derecho» para hacer referencia a una posición de poder o capacidad, pues tales conceptos denotan un grupo específico de hechos operativos y no una relación jurídica como tal. Por consiguiente, solo resultaría posible hablar de «poder en sentido técnico»<sup>61</sup> cuando el cambio en una relación jurídica se manifiesta en virtud de una decisión voluntaria.

No obstante, en la práctica el concepto de poder coexiste con otras relaciones. En este sentido, en la relación «poder/privilegio», el titular del poder no lleva a cabo ninguna conducta ilícita ni por ejercitar el poder, ni por no hacerlo, como ocurriría en el caso de la comprensión de la alienación de los derechos como una competencia de su titular. En contraste con lo anterior, en la relación «poder/deber», se comete un acto ilícito al no ejercitar el poder que altera la situación de un tercero, de manera que la abstención está prohibida y, en lo que respecta al vínculo entre los conceptos de poder y deber de no ejercitarlo, el poder aparece supeditado al deber de no ejercitarse. Cabe puntualizar al respecto que, a pesar de que Hohfeld no hizo referencia a la noción de poder como ejercicio ilícito, sí consideró la posibilidad de que el ejercicio de un poder estuviera prohibido<sup>62</sup>.

Por lo que respecta al concepto de «sujeción», Hohfeld lo concibió como correlativo a una «potestad» y contrario a una «inmunidad», en el sentido de exención<sup>63</sup>. Habitualmente, el concepto de «sujeción» es entendido como sometido a la creación de un deber, pero en la propuesta de Hohfeld tiene un significado matizado en tanto que concepto opuesto al de inmunidad, de modo que aparece vinculado al padecimiento del cambio jurídico derivado de su correlativo, es decir, una potestad de la contraparte. Así pues, resulta posible entender el concepto de sujeción como el sometimiento a un cambio jurídico, mientras que el concepto de inmunidad se configura como la posibilidad de resistencia frente al mismo, en tanto que esfera del individuo libre de injerencia.

Con todo, la posición de sujeción no tiene por qué ser siempre onerosa, sino que el cambio jurídico fruto del ejercicio del poder o competencia puede beneficiar al individuo situado en la posición de sujeción. En este sentido, Cruz Parceró ha reprochado a la tesis de Hohfeld el hecho de haber obviado que las modificaciones jurídicas derivadas del desempeño de una potestad pueden ser tanto favorables como des-

---

<sup>60</sup> HOHFELD, W. N., *op. cit.*, p. 67.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>62</sup> Un ejemplo de la prohibición del ejercicio de un poder sería el caso de un «contrato de no-venta». Cfr. CRUZ PARCERO, J. A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, cit., p. 129.

<sup>63</sup> HOHFELD, W. N., *op. cit.*, pp. 78-80.

favorables al individuo colocado en la posición de sujeción<sup>64</sup>, aunque reconoce que estas observaciones podrían incorporarse fácilmente al esquema hohfeldiano.

Conceptualizar la alienación de un derecho como un poder o competencia de su titular excede en cierta medida la propuesta de Hohfeld, pues encierra una concepción acerca de los derechos subjetivos como complejos o compuestos de potestades de los titulares, lo cual constituye una reformulación de la tesis presentada por el profesor de Yale. Con todo, tomar los conceptos hohfeldianos para reconstruir las posiciones jurídicas subjetivas en consideración de todas sus implicaciones posibles, incluidos los tradicionales caracteres de los derechos humanos, resulta útil y aporta nuevos usos a planteamientos preexistentes, si bien es cierto que requiere dotarlos de cierta flexibilidad<sup>65</sup>. En este sentido, parece posible alegar que la titularidad de un derecho sitúa al sujeto en una posición jurídica que le permite exigir el deber al deudor, de manera que el primero ostenta una «potestad» correlativa a una «sujeción» del segundo, en tanto que, cuando el deudor no cumpla su deber, el titular podrá ejercitar su pretensión a través de la acción judicial, es decir, ostenta un derecho subjetivo en sentido técnico kelseniano, que el ordenamiento jurídico habilita para el caso de incumplimiento de lo establecido en aquella norma de conducta que establece el deber correlativo al derecho reflejo. De este modo, el titular podrá realizar un cambio en la posición jurídica del deudor, quien pasará a ser un «deudor-demandado», así como en su propia posición jurídica, convirtiéndose con ello el titular en un «acreedor-demandante».

---

<sup>64</sup> CRUZ PARCERO, J. A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, cit., p. 140.

<sup>65</sup> En contra de esta flexibilización, que requiere la consideración de elementos calificados como «extrajurídicos», ya se habían postulado autores como Kelsen, quien había criticado duramente a los mayores exponentes europeos de las tesis de la voluntad y del interés: Windscheid y Ihering, respectivamente, precisamente por el motivo expuesto (vid. KELSEN, H., *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado*, cit., *idem*); y el propio Hohfeld (vid. HOHFELD, W. N., *op. cit.*, p. 31). Más recientemente, en esta misma línea también se ha posicionado Arriagada (vid. ARRIAGADA, M. B., «El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo», cit., pp. 41-42).

A *contrario*, quien escribe no considera impropio ni equivocado integrar elementos de esta índole, pues estos se hallan presentes en todos los contextos en los que surgen y se aplican los diversos tipos de normas que integran los ordenamientos jurídicos. Además, estimar su consideración en la definición y delimitación de las posiciones jurídicas subjetivas previsiblemente permitirá alcanzar una explicación más completa de las realidades jurídicas descritas. Es más, obviar tales elementos se presenta como indeseable, en tanto que ello podría conllevar el riesgo de caer en un positivismo ideológico demasiado rígido e irreflexivo, incapaz de adaptarse a los cambios de la sociedad en la que ha de operar y a la que se debe el Derecho eficaz. Con todo, con esta afirmación no se pretende promover la inobservancia de aquella exigencia metodológica relativa a la delimitación lo más precisa posible de la naturaleza de cada uno de los elementos considerados, ya sean estos estrictamente jurídicos o de otra índole, así como la función que estos cumplen en el seno del ordenamiento jurídico y en el Derecho entendido como una ciencia social, pues pretender su configuración como una «ciencia exacta» implica necesariamente desnaturalizarlo.

Además, y en virtud del interés legítimo que el titular ostenta respecto del objeto del derecho que justifica la existencia del deber correlativo, se podría alegar que este posee una «potestad» hohfeldiana entendida como una facultad de disposición respecto del objeto del derecho, de modo que mediante un acto de voluntad del propio titular se produce un cambio normativo bilateral, a saber: el titular deja de estar en posesión del derecho, no pudiendo por tanto reivindicar la conducta debida al deudor, quien se ve liberado del deber correlativo, que queda asimismo en suspenso. Por consiguiente, el titular de un derecho subjetivo tiene una «competencia» o «potestad» para demandar el cumplimiento del deber correlativo, junto a otra concerniente a la disposición de su posición jurídica subjetiva, a salvo de la presencia de una limitación legal en tal sentido, generalmente justificada por la promoción del ejercicio de los derechos de los demás o del bien común.

Los defensores de la inalienabilidad con toda seguridad negarán la existencia de una potestad del titular para disponer del derecho, aunque resulta dudoso que también nieguen la presencia de un derecho en sentido técnico kelseniano, pues la posición jurídica subjetiva quedaría vacía<sup>66</sup>. Tal y como ya se ha adelantado, la explicación de un derecho en sentido técnico como el descrito por Kelsen supone la presencia de la norma de competencia que convive de manera simbiótica con la norma de conducta que establece el derecho reflejo, lo cual hemos traducido en términos hohfeldianos a la presencia de una competencia o potestad paralela y conectada a la pretensión. Si lo anterior es correcto, entonces el titular siempre podrá disponer de su derecho en tanto que su inobservancia no sea perseguible de oficio por los poderes estatales, pues al no ejercitar la acción judicial, no recaerá la consecuencia jurídica prevista para el supuesto de incumplimiento de la conducta equivalente a la inobservancia de la norma, lo cual podría ser considerado como una forma, más o menos indirecta, de alienación.

A simple vista, podría parecer que este planteamiento se contradice con la objeción realizada a quienes sostienen la confiscación como una forma de alienación, pues si aprovechar la consecuencia jurídica de una norma como excusa para la disposición de un derecho no puede ser considerada como un supuesto de alienación, tampoco la ausencia de ejercicio de una potestad (la acción judicial) podrá serlo. Sin embargo, el panorama trazado en uno y otro caso es ampliamente diverso. La primera diferencia reside en que, mientras que el supuesto de la confiscación se trata de la aplicación de una norma imperativa, el no ejercicio

---

<sup>66</sup> A contrario, Luigi Ferrajoli ha defendido la posibilidad de afirmar la existencia de derechos subjetivos incluso cuando se encuentren desprovistos de las garantías para su aplicación coactiva, si bien reconoce que en tales supuestos el ordenamiento jurídico en cuestión presenta una «indebida laguna que ha de ser colmada por la legislación». Vid. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 26.

del derecho en sentido técnico por el titular se traduce en una abstención de su competencia para reivindicar una conducta que le es debida, es decir, renuncia a su competencia. La segunda diferencia es más relevante y proviene de que dicha renuncia emana directamente de la voluntad del titular, quien decide no reivindicar su posición jurídica en determinadas circunstancias, de manera que el dominio de la situación continúa estando en su poder, explicación que coincide con aquella concepción de los derechos como instrumentos en manos de sus titulares y orientados a hacer valer sus intereses legítimos.

Con independencia de que se suscriba o no un argumento conceptual acerca de los derechos, desde una perspectiva analítica la ruta trazada por la alienación de un derecho pasa por el concepto de «competencia» o «potestad» jurídica en términos hohfeldianos, aunque se ha de considerar de nuevo que el contenido del propio derecho también incide en la posibilidad material de alienarlo o no. Así, si se toma como ejemplo el supuesto del derecho de libre decisión acerca del sometimiento o rechazo de un tratamiento o intervención médica en el supuesto del consentimiento informado del paciente, se podrá fácilmente observar como el derecho resulta materialmente inalienable, en tanto que su contenido versa sobre la emisión de una declaración de voluntad por parte del titular, de modo que una eventual alienación del derecho supondrá por sí misma una declaración de voluntad de su titular, quien en todo caso estará decidiendo en un determinado sentido. Por consiguiente, cabe concluir que la vertiente decisoria del derecho al consentimiento informado resulta materialmente inalienable, al coincidir su alienación con el contenido del derecho.

Por último, podría pensarse en la posibilidad o imposibilidad de su recobro como una consecuencia de la alienación de los derechos. No obstante, aunque como ya se ha tenido ocasión de mostrar constituye una consideración frecuente en defensa de la inalienabilidad de la titularidad de los derechos, la posibilidad de recobrar un derecho resulta ser una cuestión eminentemente diferente a la de su alienabilidad, aun cuando alienabilidad y recobro comparten su fundamento, a saber: el consentimiento del titular, y a ambas subyace la idea de la voluntad del titular como sustento de la existencia de los derechos. Sin embargo, constatar la imposibilidad de recobro de un derecho tan solo aporta información acerca de las consecuencias previsibles de alienar un derecho, lo cual es necesariamente casuista y relativo a derechos concretos o, lo que es lo mismo, no universalizable, ya que dependerá del contenido material de los derechos concretos a considerar.

Para demostrar lo anterior, cabe retomar el supuesto del derecho al consentimiento informado del paciente. Por lo que se refiere a la alienación del derecho de libre decisión, el titular que decida delegar la toma de decisión en un tercero podrá recobrar el derecho en cualquier momento anterior a su sometimiento a la intervención o tratamiento indicado, así como en cualquier momento posterior a la provisión de la información asistencial por parte del médico, en caso de rechazo. De este modo,

resulta posible afirmar que este derecho es recobrable en cualquier momento a través de la simple declaración por parte de su titular en tal sentido. Sin embargo, una vez realizado el tratamiento o intervención el derecho deviene en última instancia irrecuperable, lo cual pone en la pista de la caducidad de dicha revocabilidad.

Este ejemplo permite concluir que hacer depender la defensa de la inalienabilidad de la imposibilidad de recobrar ciertas posiciones jurídicas subjetivas resulta insatisfactorio, pues lo realmente relevante es la aceptabilidad o no del acto de disposición en términos de justicia, cuestión que podría justificar la imposición de restricciones al ejercicio de los derechos en virtud de su carácter no absoluto y con base tanto en los derechos de los demás como en la salvaguardia de la moral vigente, el orden público y el bien común<sup>67</sup>.

### 3.2 Una defensa de la alienabilidad *prima facie* de los derechos

A la luz de los presupuestos anteriormente descritos, cabe reiterar que para poder sostener la alienabilidad de los derechos se ha de aceptar la necesaria presencia de una norma de competencia implícita que permite al titular efectuar el acto de disposición en el que consiste la alienación de su derecho. Sin embargo, la redacción habitual de los enunciados normativos que establecen derechos subjetivos no siempre incluye tales extremos, sino que de manera inconstante a veces lo hace y otras no, mediante el reconocimiento, por ejemplo, de la posibilidad de renunciar a la posición jurídica subjetiva concedida por la norma, como así ocurre en el caso del derecho a recibir la información asistencial adecuada a la intervención o tratamiento en el marco del consentimiento informado del paciente<sup>68</sup>, circunstancia que incluso ha permitido a algunos autores afirmar la existencia de un verdadero «derecho a no saber»<sup>69</sup>, lo cual muestra tanto la *vis expansiva* de las posiciones jurídicas subjetivas relativas a pretensiones, como que su función consiste en equilibrar la situación a favor de su titular, quien será competente para realizar un cambio en las posiciones jurídicas de las partes

---

<sup>67</sup> En este sentido, Dworkin ha señalado que alegar que los ciudadanos tienen un derecho frente al Estado no necesariamente implica afirmar que su suspensión nunca esté justificada, lo cual sucederá cuando ello sea necesario para la protección de los derechos de los demás, prevenir una catástrofe o, incluso, obtener un beneficio público incuestionable. DWORKIN, R. M., *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press [1977], 1978, p. 91.

<sup>68</sup> El artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que «[a]demás, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada» (*vid.* BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. BOE-A-2002-22188).

<sup>69</sup> En este sentido, Roberto Andorno ha afirmado la existencia de un auténtico «derecho a no saber», entendido como una expresión de la autonomía, *vid.* ANDORNO, R., *Principles of International Biolaw*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 128.

implicadas a través de un acto dependiente de su simple voluntad, como ocurre en el ejemplo relativo a la renuncia del derecho a la información asistencial por el paciente. Trasladando lo anterior a términos hohfeldianos, la posición del paciente, quien inicialmente ostentaba un «derecho», cambia a otra de «no-derecho», en virtud de un acto de voluntad propio equiparable a la renuncia de su posición jurídica subjetiva, lo cual desencadena la consecuencia de privilegiar la conducta inicialmente debida por el médico, que queda en suspenso en virtud de aquel acto de disposición efectuado por el propio paciente.

Por lo demás, sostener el carácter alienable de los derechos requiere abordar los dilemas generados por la distinción entre su titularidad y ejercicio alegada por algunos autores para defender la inalienabilidad de la titularidad de los derechos, al entender que a lo único que realmente se puede renunciar es a su ejercicio<sup>70</sup>, siendo por lo tanto no-ejercicio e inalienabilidad compatibles. Sin embargo, partir de un argumento conceptual acerca de los derechos como el descrito en líneas precedentes permite observar como la relevancia de dicha distinción decae considerablemente, pues si lo que realmente define a los derechos es la colocación del titular en una situación aventajada en el marco de una relación, lo cual equivale a afirmar su competencia, entonces la negación de aquella norma de competencia implícita que habilita la alienación del derecho resulta en la decadencia de la naturaleza de dichas posiciones jurídicas subjetivas y, consecuentemente, de la titularidad misma, pues tener un derecho del que no se puede disponer equivale, en definitiva, a la mera presencia de una norma imperativa que establece una conducta debida desprovista de aquella norma de competencia que habilita al titular para disponer con libertad de su pretensión. El titular, al disponer libremente de su derecho podrá alienarlo, en tanto que la inobservancia de la norma de conducta no desencadenará consecuencia jurídica alguna para la contraparte en la relación, con excepción de aquellas infracciones de la norma perseguibles de oficio.

Sustentar la vacuidad de la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos puede presentarse para muchos como una afirmación alarmante desde el punto de vista de la garantía y salvaguardia de determinadas posiciones consideradas fundamentales, siendo previsible una objeción de inframoralización. Ciertamente, podría parecer que desmentir dicha distinción conduciría a la privación de la titularidad de los derechos a grupos completos de seres humanos, como los niños o los incapaces, quienes no presentan la suficiente habilidad para hacerse cargo del ejercicio de los derechos, concebidos como herramientas al servicio de la autonomía de los seres humanos, cualidad que estos grupos todavía no poseen o han perdido temporal o definitivamente.

---

<sup>70</sup> FEINBERG, J., *op. cit.*, pp. 242-246. VAN DER VEER, D., *op. cit.*, *idem*. LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 44.

Sin embargo, una crítica como la anticipada, aunque bien intencionada, es consecuencialista y lógicamente defectuosa. En primer lugar, es consecuencialista por que no describe los derechos a partir de su naturaleza, sino desde unas consecuencias que se prevé que surgirán en caso de afirmar la superfluidad de la distinción entre titularidad y ejercicio de los derechos. En segundo lugar, y más importante, es lógicamente defectuosa, pues incurre en un argumento *non sequitur* al concluir que de la ausencia de diferenciación entre la titularidad de los derechos y su ejercicio necesariamente se deriva un privilegio referido a una conducta que de otro modo sería exigible, lo cual no tiene por qué ocurrir, pues en sede de un sistema jurídico aceptable no solo es permisible, sino incluso en ciertas ocasiones adecuado, afirmar la existencia de deberes desprovistos de derechos subjetivos correlativos. Se tratarían pues de normas de conducta articuladas mediante las modalidades deónticas básicas del mandato o la prohibición, según los casos, que a lo sumo podrían considerarse correlativas al Derecho objetivo del Estado que prohíbe ciertas actuaciones de los individuos, pero que no necesariamente pone a disposición de los particulares su reclamación, sino que persigue tales conductas de oficio a través de sus delegados o funcionarios.

Esta aproximación presenta evidentes ventajas, pues en aquellos supuestos en los que los presuntos titulares de derechos ostentan en verdad una titularidad desnuda, esto es, desprovista del ejercicio de los mismos en virtud de su incapacidad natural para ello, realmente nada garantiza que el interés delimitado por el objeto de su posición vaya a ser observado y, en caso de que no lo sea, que los sujetos delegados habilitados para reclamar su cumplimiento vayan a atender a dicho interés. Corresponderá pues, según este planteamiento, al propio Estado, a través del Derecho objetivo y sus instituciones, velar por la observancia de determinadas conductas orientadas a la salvaguardia de intereses considerados fundamentales por la comunidad político-jurídica y que se considera que individuos incapaces para reivindicarlos tendrían y actuarían en consecuencia si ello estuviese a su alcance. Por consiguiente, el estatus moral de estos individuos no se rebaja, sino que se aumenta, pues se consideran sus circunstancias reales particulares y no simplemente se equiparan a un patrón de pretendida normalidad que trata de homogeneizar situaciones evidentemente desiguales. Así pues, en suma, la necesaria observación de tales consideraciones deriva de un imperativo de justicia material conectado con el valor de la igualdad moral de todos los seres humanos, esquivándose con ello la referida objeción de inframoralización.

Una vez descartada la adecuación de la distinción entre ejercicio y titularidad de los derechos en materia de alienabilidad, suscribir un argumento conceptual acerca de los derechos se presenta como la opción más operativa, pues en otro caso la técnica jurídica más apropiada parece ser el establecimiento de un deber desprovisto de un derecho subjetivo correlativo, cuyo incumplimiento ha de ser necesariamente

perseguible de oficio. Admitir lo anterior conduce de algún modo a afirmar la prioridad de los deberes sobre los derechos, perspectiva a partir de la cual se desdibuja inevitablemente la delimitación entre el carácter absoluto y la inalienabilidad, en tanto que ambos rasgos se traducen en la imposibilidad de suprimir un deber.

Sin embargo, aceptar que los derechos son instrumentos jurídicos en manos de sus titulares implica asimismo la aceptación de una diferencia sustancial en el caso de la inalienabilidad, pues el derecho correlativo al deber que permanece quedará en suspenso, al no poder ser dispuesto por su titular. Si lo anterior es correcto, entonces en realidad el supuesto carácter inalienable de algunos derechos equivale a un deber desnudo de la contraparte, esto es, desprovisto de un derecho correlativo, pudiendo incluso ser afirmada la presencia de deberes o inmunidades sobre el propio titular. En este sentido, se ha apuntado que sostener la inalienabilidad de los derechos sugiere el reconocimiento de «inmunidades para con nosotros mismos»<sup>71</sup>. Una inmunidad supone una protección fuerte frente a algún cambio en nuestra posición jurídica, a lo cual subyace la negación de aquella norma de competencia que establece la potestad en la que consiste el derecho según el planteamiento ofrecido por el argumento conceptual. De este modo, el consentimiento del titular sería normativamente ineficaz para producir el cambio jurídico derivado de su acto de disposición, al carecer de aquella potestad o competencia hohfeldiana para disponer del objeto de su derecho.

En definitiva, afirmar la inalienabilidad de los derechos equivale a negar la operatividad de tales posiciones jurídicas subjetivas, pues se estará consiguientemente negando aquella norma de competencia que establece la potestad para ejercitar parte de su contenido, esto es, disponer de su objeto a través de una declaración de voluntad libre del titular o, incluso, no reclamarlos ante la autoridad competente cuando se haya inobservado el deber correlativo. De esta suerte, y en virtud de la flexibilización operada en líneas anteriores al respecto de los conceptos jurídicos fundamentales de Hohfeld, se obtiene que en realidad los defensores del carácter inalienable de algunos derechos están afirmando la incompetencia del titular para disponer de su interés legítimo como mejor convenga a su libre criterio. Sin embargo, esta concepción resulta inadecuada pues, en última instancia, los derechos subjetivos se han fraguado a través de la historia jurídica europea, y especialmente a partir de la Modernidad, como herramientas al servicio de la autonomía y libertad personales, en tanto que máximas de la cultura y sociedad occidentales.

No obstante, nada impide que pueda surgir un conflicto entre aquellas posiciones jurídicas que promueven el respeto hacia la autonomía individual, así como entre estas y una consideración moral lo suficien-

---

<sup>71</sup> Cfr. THOMPSON, J. J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 59. LAPORTA, F., *op. cit.*, *idem*.

temente fuerte como para hacerle frente. Ejemplo de ello sería la tan indeseable como frecuente colisión entre derechos fundamentales, o incluso la confrontación de una posición jurídica subjetiva con una consideración relativa a un elemento del bien común. En tales circunstancias, los ordenamientos jurídicos han de prever un mecanismo de solución de conflictos que, llegado el caso, posibilitará la limitación justificada de los derechos individuales, lo cual se podrá materializar a nivel normativo a través de modalidades deónticas idóneas como el mandato o la prohibición. Sin embargo, si se acepta el planteamiento propuesto, en tales situaciones la controversia ya no se produce en el plano de la inalienabilidad, sino que se desplaza al ámbito del carácter absoluto. Así pues, la negación de este último posibilita la imposición de limitaciones justificadas a la disposición de ciertos derechos bajo determinadas circunstancias.

La constitución territorial en crisis:  
cómo afrontar los conflictos de articulación  
nacional en España<sup>1</sup>

*The territorial constitution in crisis:  
how to manage national conflicts in Spain*

Por LUCÍA PAYERO LÓPEZ  
Universidad de Oviedo

**RESUMEN**

*España se enfrenta a la mayor crisis constitucional de su historia democrática, que afecta –entre otras cuestiones– a la estructuración territorial del Estado. De acuerdo con la teoría de resolución de conflictos, existen tres maneras principales de abordar este problema: la autotutela, la heterocomposición o la autocomposición. En este artículo se defenderán los métodos autocompositivos como los más adecuados para afrontar los conflictos de articulación nacional que, desde los inicios de la modernidad política, aquejan al Estado español.*

Palabras clave: *Articulación territorial del Estado. Constitución española de 1978. Constitución territorial. Nacionalismo. Resolución de conflictos.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación «El logotipo de la guerra. Normas y problemas de los conflictos armados actuales», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2017-82106-R) en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

Una versión preliminar de este artículo se presentó como comunicación a las XXVII Jornadas de la SEFJP «Debates en el modelo democrático y en el Estado de derecho», celebradas en Valladolid los días 6 y 7 de mayo de 2019.

## ABSTRACT

*Spain is suffering the major constitutional crisis since democracy was re-established in 1978. One of the aspects that this crisis presents relates to the territorial organisation of the state. Three main options are available to deal with this problem, according to the theories on conflict resolution: self-protection, hetero-composition or self-composition. This paper will argue that the latter is the best manner of tackling protracted national conflicts in Spain.*

*Keywords: Territorial organisation of the state. Spanish Constitution of 1978. Territorial constitution. Nationalism. Conflict resolution.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA AUTOTUTELA. – 2.1 *La versión legal.* 2.2 *La versión histórica.* 2.3 *La versión fáctica.* – 3. LA HETEROCOMPOSICIÓN. – 4. LA AUTOCOMPOSICIÓN. – 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACER?

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. SELF-PROTECTION. 2.1 *The legal version.* 2.2 *The historical version.* 2.3 *The factual version.* – 3. HETERO-COMPOSITION. – 4. SELF-COMPOSITION. – 5. CONCLUSION: WHAT IS TO BE DONE?

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978, en su artículo 2, proclama que en el seno del Estado solo existe una nación: la española<sup>2</sup>. Sin embargo, si se adopta una perspectiva sociológica –en lugar de jurídica–, cabría afirmar que España es una sociedad plural, esto es, una sociedad compuesta por una multiplicidad de naciones. Incluso el Tribunal Constitucional, el intérprete autorizado de la carta magna, reconoce este extremo, al decir: «el término “nación” es extraordinariamente proteico en razón de los muy distintos contextos en los que acostumbra a desenvolverse como una categoría conceptual perfectamente acabada y definida, dotada en cada uno de ellos de un significado propio e intransferible. De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa». Por consiguiente, «en cualquier otro contexto que no sea el jurídico-

---

<sup>2</sup> El comienzo del artículo 2 de la Constitución reviste el tenor siguiente: «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles (...)».

constitucional la autorrepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural [tiene] plena cabida en el Ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima»<sup>3</sup>. En el caso analizado por la sentencia –la constitucionalidad del *Estatut* catalán aprobado en 2006<sup>4</sup>–, la colectividad mencionada era Cataluña, pero suele resultar pacífico aceptar que, además de la nación española, las comunidades históricas a las que se refiere la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> de la Constitución (Euskadi y Galicia, además de Cataluña<sup>5</sup>) presentan el carácter de naciones en sentido cultural<sup>6</sup>.

Se podría asegurar entonces que, pese al carácter performativo<sup>7</sup> del derecho y el papel decisivo que desempeña en la construcción de la realidad social<sup>8</sup>, a veces dicha realidad se muestra demasiado tozuda como para dejarse modelar por la norma, incluso tras más de cuarenta años de vigencia de ésta.

En ocasiones, los Estados plurales como España se enfrentan a problemas de acomodación territorial. Existen varias maneras de afrontar estos asuntos, dependiendo de a qué principios constitucionales se otorgue prioridad. Cabría preservar por encima de todo la unidad e integridad territorial del Estado, pero también es posible conceder la primacía al principio democrático y al respeto de los derechos de las minorías. Un ejemplo paradigmático de la última

---

<sup>3</sup> STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 12.º

<sup>4</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

<sup>5</sup> Por todos, véase PÉREZ ROYO, J., «Anexo. ¿Reforma constitucional o periodo constituyente?», en A. Losada y J. Pérez Royo, *Constitución: la reforma inevitable. Monarquía, plurinacionalidad y otras batallas*, Barcelona, Roca Editorial de Libros, 2018. Hay, incluso, quien propone incluir a Navarra como sujeto titular de derechos forales –por ejemplo, HERRERO DE MIÑÓN, M., *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 1998–, y hasta a Andalucía y Aragón –entre otros, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *España, nación de naciones. El moderno federalismo*, Pamplona, Eunsa, 1993.

<sup>6</sup> Tal y como se puso de manifiesto en los debates constituyentes, y luego difundieron distintos académicos con bastante éxito (entre otros, Juan José Solozábal, Gregorio Peces-Barba o Andrés de Blas), en España se tiende a considerar que una nación cultural es aquella que no ha alcanzado la condición de Estado y, por no haberlo logrado, se halla incapacitada para hacerlo en el futuro. La nación política, en cambio, sería la que cuenta con instancia estatal que la represente. En palabras de SOLOZÁBAL, J. J., «Nación, nacionalidades y autonomías en la Constitución de 1978. Algunos problemas de la organización territorial del Estado», *Sistema*, 38-39, 1980, p. 276, «el *status* jurídico-constitucional de la nacionalidad no puede ser considerado la realización frustrada de la vocación nacional, esto es, su forma históricamente posible; ni, mucho menos, como un estadio intermedio o provisional hacia el destino estatal; sino como el marco organizacional adecuado en el que todas las posibilidades nacionales de la comunidad caben ser realizadas».

<sup>7</sup> AUSTIN, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, Barcelona, Paidós, 1982.

<sup>8</sup> SEARLE, J. R., *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Madrid, Cátedra, 1980; *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.

opción lo hallamos en Canadá, donde se celebraron dos referendos independentistas en el último tercio del siglo xx (años 1980 y 1995). Y es que, a pesar de que el derecho de autodeterminación de las provincias que componen la Federación canadiense no se encuentra regulado en la Constitución, el *Parti Québécois* convocó dos consultas para preguntar a los quebequeses si deseaban la secesión. En ambos casos, la respuesta fue negativa a la alteración del *statu quo*. Posteriormente, la Corte Suprema de Canadá emitió un célebre dictamen en el que, tras negar que Québec disfrutase de un derecho de secesión unilateral, imponía a los representantes políticos federales y provinciales la obligación de negociar de buena fe un acuerdo satisfactorio para todos en el supuesto de que una mayoría concentrada territorialmente manifestase, de manera clara e indubitada, su deseo de modificar las relaciones que su provincia venía manteniendo con el resto del Estado<sup>9</sup>.

Es importante señalar que el abordaje adecuado de los conflictos territoriales exige situarlos en el ámbito de la política, y no del derecho –opción esta última muy cara a las autoridades españolas<sup>10</sup> y a los académicos que defienden la postura por ellas adoptada<sup>11</sup>–.

<sup>9</sup> Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR (20 de agosto de 1998).

<sup>10</sup> En este sentido, por ejemplo, cabe citar las palabras de Rajoy cuando todavía no era presidente del Gobierno, pero sí líder de la oposición en el Congreso. Mientras se estaba debatiendo la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Euzkadi (el denominado Plan Ibarretxe), dijo: «lo único que hoy nos importa de este proyecto es que abandona el marco legal (...). Por eso, quienes estamos obligados a defender la ley, mientras la ley no cambie, no lo podemos admitir y a esto se reduce todo (...). Lo que está en cuestión esta tarde (...) no es si aprobamos o no determinado documento, sino si en España se cumple la ley (...). Por lo demás, no hay nada más que hablar» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 65, de 1 de febrero de 2005, p. 3096).

<sup>11</sup> Un ejemplo de un enfoque jurídico del asunto puede leerse en GARCÍA AMADO, J. A., «Independencia de Cataluña. Diez minutos hablando en serio y entre juristas», *Dura lex. Política, Derecho, sociedad y algo de otras cosas*, 25 de septiembre de 2015. Como resulta habitual en los estudios que adoptan tal perspectiva, el artículo simplifica en exceso el problema y hasta lo ridiculiza, por nimio. Pero es que, además, el recurso al análisis estrictamente jurídico sirve invariablemente para otorgar la razón al Estado, creador del derecho y, en consecuencia, beneficiado por el mismo. El derecho no deja de ser el producto de un poder determinado. El sistema legal funciona mientras se acepte con carácter general la legitimidad del poder que le dio origen; sin embargo, cuando lo que está en discusión es esa legitimidad, el plano jurídico se muestra incapaz de solucionar el problema, puesto que se trata de una cuestión política: la pugna entre dos poderes, cada uno creador de su propio orden jurídico. Así, cuando García Amado dice «jurídicamente, que dentro de un mes o de un año el Parlamento de Cataluña declare la independencia de Cataluña y que Cataluña queda constituida en Estado independiente de España y plenamente soberano, Estado del todo y como otro cualquiera, es tan irrelevante como que un amigo y yo nos digamos hoy constituidos en club de fútbol o en padre e hijo», se está refiriendo a una irrelevancia de acuerdo con el ordenamiento jurídico español. Ahora bien, en el ámbito de la política, si Cataluña declara su independencia, crea estructuras de Estado y empieza a funcionar como tal –ejerce los poderes típicos de un Estado sobre un territorio y una población–, seguramente otros Estados reconocerían esa

Lo que plantea Cataluña en estos momentos es una impugnación del ámbito territorial y personal donde se ejerce la democracia en España, es decir, Cataluña está desafiando el *demos* español, el titular de la soberanía que establece la Constitución de 1978<sup>12</sup>, y reclamando la necesidad de que se reconozca un *demos* catalán, esto es, un nuevo sujeto de soberanía. No es este un asunto que pueda resolverse apelando a las normas jurídicas vigentes en el Estado democrático, puesto que se trata de una cuestión previa a la puesta en funcionamiento de las mismas. El célebre aforismo de Jennings, «el pueblo no puede decidir hasta que alguien decide quién es el pueblo<sup>13</sup>», resultaría aquí plenamente aplicable. Y es que el principio de la mayoría no sirve para la resolución de los asuntos nacionales, puesto que lo que en estos casos se halla en disputa consiste en cuál sea la unidad política apropiada dentro de la que vayan a operar el gobierno de la mayoría y otros procedimientos democráticos<sup>14</sup>.

---

realidad y, con el tiempo, Cataluña entraría a formar parte de las Naciones Unidas, con su propio ordenamiento jurídico. Y, entonces, lo que sería absolutamente irrelevante es lo que dijera el derecho español.

En cualquier caso, y aunque la independencia no llegara a hacerse efectiva, la falta de reconocimiento de la legitimidad del derecho del Estado que se produzca en una parte de su territorio –pongamos como ejemplo Cataluña– es susceptible de crear un problema político tan grave que hiciera ingobernable el conjunto de España. Y su tratamiento no podría ser jurídico, sino político.

<sup>12</sup> El artículo 1.2 de la Constitución española reza lo siguiente: «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Ya en los debates constituyentes se puso de manifiesto el error teórico que suponía atribuir la soberanía nacional al pueblo –véase, por ejemplo, Gregorio Peces-Barba (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 64, de 11 de mayo de 1978)–, así como el anacronismo de referirse a la soberanía nacional en pleno siglo XX. Ahora bien, el objetivo de la mayoría de la Cámara no era otro que reforzar la unidad indisoluble de la nación española reconocida en el artículo 2, por lo que se pasaron por alto cuestiones como las conexiones más que evidentes entre los conceptos de soberanía nacional y sufragio censitario, así como también la amplia aceptación de que gozaba la soberanía popular por su concepción del sufragio como un derecho universal. Lo importante era que la soberanía no se dividiese entre las nacionalidades y regiones que integran España, y no tanto la precisión técnica o el debate académico riguroso –Óscar Alzaga y José P. Pérez Llorca inciden en ello (*ibidem*)–.

<sup>13</sup> JENNINGS, I., *The Approach to Self-Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1956, p. 56.

<sup>14</sup> SCHWARZMANTEL, J., «Nacionalismo y democracia», *Revista Internacional de Filosofía Política*, 3, 1994, p. 28. A este respecto, estimo sumamente pertinente la siguiente cita de DAHL, R. A., «Democracy, Majority Rule, and Gorbachev's Referendum», *Dissent*, 38 (4), 1991, p. 491: «podemos imaginar fácilmente a un lituano, por ejemplo, respondiendo a Gorbachov, “desde luego creo en el gobierno de la mayoría y estoy más que dispuesto a otorgarle mi consentimiento –pero la única mayoría que convendré en acatar es una mayoría de mi pueblo en mi país, no una mayoría del pueblo en tu imperio–”». Y es que, según ha reconocido HÉRAUD, G., «Democracia y autodeterminación», en Colectivo Herria 2000 Eliza (ed.), *Autodeterminación de los pueblos: un reto para Euskadi y Europa* (tomo I), Bilbao, Herria 2000 Eliza, 1985, p. 56, cuando el Estado no es homogéneo desde un punto de vista nacional, «la ley de la mayoría (...) sirve para estabilizar el dominio ejercido por el grupo nacional mayoritario».

Como ha puesto de manifiesto Pastor, «la legitimación de un nuevo Estado y un nuevo sistema político necesita como requisito *pre-democrático* la aceptación por el conjunto de la ciudadanía de pertenecer a un *demos* común en condiciones de igualdad, independientemente del *ethos* al que pertenezcan. Si esto no se da y la condición de formar parte del *demos* aparece asociada a (...) unas relaciones de dominación o preeminencia de una etnia o nacionalidad sobre otras, ese Estado o ese sistema político habrán nacido con un déficit de legitimidad ante una parte de la población residente dentro de sus fronteras»<sup>15</sup>.

Más aún, no existen reglas fijas que solucionen el problema del ámbito de la democracia, ni a nivel territorial ni personal, debiendo establecerse *ex novo* en cada caso concreto. La determinación de estas reglas será una cuestión de voluntad política, nada más y nada menos. Una vez que se produzca esa voluntad política, se le dará forma legal para justificarla. En palabras de Cagiao, «el Derecho viene siempre tras la política, para hacer que las decisiones tomadas por los responsables políticos tengan una apariencia de conformidad con el Derecho, para vestir pues al poder con el ropaje y la autoridad del Derecho. Entender el Derecho como algo que limita la voluntad política (lo cual hace ciertamente, pero solo en parte) es proponer un concepto ideológico del Derecho, no un concepto analítico ni una descripción fiel de lo que es»<sup>16</sup>. Por consiguiente, «allí donde hay voluntad (política), existe una vía (legal)»<sup>17</sup>.

Si se asume lo anterior, entonces el conflicto entre Cataluña y España debe situarse fuera del marco establecido por el ordenamiento jurídico español. Se trataría de un conflicto entre dos naciones, una que ha alcanzado la condición estatal y la otra que pugna por dicho reconocimiento.

Tomando como referencia la teoría general de resolución de conflictos, las disputas territoriales que tienen lugar en el seno de los Estados multinacionales, incluida la que enfrenta a España y Cataluña, pueden ser abordadas de tres maneras diferentes: mediante la autotutela, a través de mecanismos heterocompositivos o recurriendo a la autocomposición. A continuación, se examinará cada una de estas opciones para, inmediatamente después, proponer cuál sería la vía más adecuada para gestionar el conflicto territorial en España.

---

<sup>15</sup> PASTOR, J., «Pluralidad, federalismo y derecho de autodeterminación», en F. Quesada (ed.), *Pluralismo y ciudadanía*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 107-108.

<sup>16</sup> CAGIAO, J., «El federalismo ante la consulta catalana. Una lectura federal del derecho a decidir», en J. Cagiao y V. Martín (dirs.), *Federalismo, autonomía y secesión en el debate territorial español. El caso catalán*, París, Le Manuscrit, 2015, p. 123.

<sup>17</sup> NICOLAÏDIS, K., «Scotland and the EU: Comment», *Verfassungsblog*, 9 de septiembre de 2014.

## 2. LA AUTOTUTELA

La autotutela consiste en el recurso privado a la fuerza como forma de resolver un conflicto. Una de las partes impone su voluntad sobre la otra y, de ese modo, se finaliza la controversia –o se dilata su solución, puesto que, como ha sido señalado, el término del conflicto alcanzado mediante el recurso a la violencia privada es «transitorio [dado que] se hace depender de un factor variable como [es] la fuerza»<sup>18</sup>-. La doctrina entiende que es un método propio de sociedades primitivas –también de aquellas que «han sufrido un proceso de involución»<sup>19</sup> (Estados fallidos, por ejemplo)–, que se vuelve ineficaz a medida que los grupos humanos crecen y se multiplican los conflictos. En esa situación el coste social de la autotutela resulta demasiado alto, por lo que, siguiendo la teoría del contrato social, se renuncia a la autodefensa en favor de una entidad, el Estado, que pasará a ejercer el monopolio legítimo de la violencia<sup>20</sup>. Así, serán los órganos del Estado los encargados de resolver los conflictos, al menos los de mayor entidad, que surjan entre sus súbditos.

La autotutela, por consiguiente, se caracteriza por dos notas principales<sup>21</sup>: en primer lugar, por la ausencia de un tercero distinto a las partes que actúe como árbitro o juez con poder y autoridad reconocida para dirimir la controversia; en segundo lugar, por la imposición coactiva de la voluntad de una de las partes sobre la otra, lo que origina la finalización del conflicto –o, como se ha señalado antes, la posposición de su manifestación virulenta–. En el fondo, esta última característica deriva de la asunción de que la posición propia es superior a la contraria, lo que genera una relación entre desiguales. En esta situación, y siempre que la fuerza juegue a favor, la contraparte deberá cumplir unas condiciones que no ha consentido.

A pesar de la proscripción general que pesa sobre la autotutela en el seno de los Estados de derecho actuales –a salvo de manifestaciones puntuales, como puede ser la admisión de la legítima defensa–, son más frecuentes los ejemplos de utilización de este mecanismo de resolución de controversias en el ámbito de las relaciones entre Estados. En este sentido, el derecho internacional acepta el recurso a

---

<sup>18</sup> MORENO, V., «La resolución jurídica de conflictos», en H. Soletto (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017 (3.ª ed.), p. 47.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 48-49.

<sup>20</sup> Esta es la forma en la que, desde una perspectiva sociológica, define el Estado WEBER, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1984, p. 83: el Estado es «la comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (...) reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima».

<sup>21</sup> MORENO, V., *op. cit.*

determinadas herramientas de autodefensa, como las contramedidas<sup>22</sup>, y las disputas entre Estados a menudo se resuelven mediante la imposición coactiva de la voluntad del más fuerte sobre el más débil, incluso en contravención de las normas internacionales.

Aplicando esto al supuesto que nos ocupa, se pueden encontrar numerosos ejemplos de empleo de mecanismos de autodefensa en el conflicto que enfrenta a España con Cataluña. En realidad, cabría afirmar que la senda adoptada por el gobierno español para afrontar el desafío soberanista catalán desde 2012 ha sido casi exclusivamente ésta. La estrategia de autodefensa presenta tres variedades mutuamente compatibles: la versión legal, la histórica y la fáctica. A continuación, será explicada cada una de ellas.

## 2.1 La versión legal

La versión legal del recurso a la autotutela apela al derecho en vigor: cualquier reclamación territorial ha de respetar el marco constitucional existente para ser tomada en consideración. En este sentido, y como si de un texto sagrado se tratase –lo que la convierte en inmutable y moralmente superior a cualquier norma o propuesta divergente–, la Constitución de 1978 se erige en quintaesencia de la idea de democracia y en perímetro que delimita los márgenes del debate político. Por consiguiente, dado que la carta magna prohíbe la autodeterminación de las denominadas nacionalidades, no es posible discutir seriamente el asunto, se argumenta.

He aquí un ejemplo que ilustra magníficamente lo anterior. La convocatoria de referendos es una competencia estatal, según establece el artículo 149.1, 32.ª de la Constitución. Por esa razón, el *Parlament* catalán solicitó que le fuera delegada dicha competencia para poder celebrar la consulta del 9 de noviembre de 2014 (9-N). En el debate que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados para decidir el asunto –y que finalizó con el rechazo de la petición efectuada por el *Parlament*– se pudo escuchar al por aquel entonces presidente del Gobierno decir: «no es posible atender a lo que nos solicita el *Parlament* de Catalunya porque no lo permite la Constitución»<sup>23</sup>. Y continúa su alocución: «de nada sirve, frente a esa realidad insoslayable [que la

---

<sup>22</sup> Las contramedidas son una respuesta del Estado ante un ilícito internacional cometido por otro Estado con carácter previo y que provoca una lesión al primero. Se distinguen varios tipos: la ruptura de relaciones diplomáticas, las retorsiones y las represalias (ANDRÉS, P. de, *Sistema de Derecho internacional público*, Aranzadi, 2018 –5.ª ed–). El uso de contramedidas aparece expresamente admitido en el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 (artículos 49-53).

<sup>23</sup> RAJOY, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 192, de 8 de abril de 2014, p. 11.

Constitución prohíbe “obstinadamente ciertas cosas”], vestir las reclamaciones de calor popular. Algunas cosas no cambian ni con manifestaciones ni con plebiscitos. Eso no es posible, ahora no es posible. *Se redactó la Constitución de manera que no fuera posible* y esto es lo que yo deseo que entiendan, aunque no lo compartan (...). *No se trata de una cuestión de voluntad política*, ni de flexibilidad, ni de hallar un punto de encuentro, ni de que cedamos más o menos» –cursiva añadida–<sup>24</sup>.

Con frecuencia se achaca a esta postura su carácter inmovilista, crítica que sus partidarios tratan de eludir apelando a la posibilidad de activar la reforma constitucional para el caso de que se disienta de lo establecido en la Constitución actual. Teóricamente al menos, ello es posible, puesto que la democracia española no es militante y tampoco se establecen límites explícitos a su modificación. Por ello cabría defender cualquier contenido constitucional alternativo, también en lo que se refiere a la articulación territorial del Estado, siempre que se respeten «los principios democráticos y los derechos fundamentales»<sup>25</sup>. De esta manera, se insta a que los nacionalistas catalanes propongan una reforma constitucional siguiendo los cauces establecidos en el Título X de la Constitución: «hay una puerta abierta de par en par para aquellos que no estén conformes con el actual estado de cosas, iniciar los trámites para una reforma de la Constitución»<sup>26</sup>.

Sin embargo, los defensores del legalismo olvidan –u ocultan– que el procedimiento de reforma agravado contenido en el artículo 168 se aprobó con la finalidad de impedir la modificación de los contenidos constitucionales por él blindados, incluido el modelo territorial. Como bien ha señalado De Vega, más que un procedimiento de reforma, el del artículo 168 se concibió como un mecanismo para impedirla<sup>27</sup>, evitando igualmente la inconveniencia de introducir cláusulas de intangibilidad explícitas que traían a la memoria las establecidas en las Leyes Fundamentales del Reino<sup>28</sup>. Así, y como pretendían los redactores de la carta magna, el procedimiento hiperagravado jamás ha sido utilizado, y seguramente nunca lo sea<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>25</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.º

<sup>26</sup> RAJOY, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 192, p. 15. Igualmente, Díez, R., *ibidem*, p. 36.

<sup>27</sup> DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 148.

<sup>28</sup> CAPELLA, J. R., «La Constitución tácita», en J. R. Capella (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003; PÉREZ ROYO, J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

<sup>29</sup> Es interesante tener en cuenta que la imposibilidad fáctica de proceder a la reforma constitucional en materia nacional es admitida incluso por fervientes defensores de la unidad de la nación española, como RUIZ SOROA, J. M., «Romper el tabú», *El País*, 5 de junio de 2012: «hay que ser lo suficientemente adultos, en

Además, el razonamiento legalista parece asumir que una constitución se muestra neutral en asuntos nacionales, lo cual no es cierto. Particularmente si se examina la Constitución de 1978, sus artículos 1.2 y 2, ya citados, ponen de relieve el carácter profundamente nacionalista de esta norma. No en vano, la unidad indisoluble de la única nación que existe de forma oficial en el seno de las fronteras del Estado español, la Nación española –obsérvese que el texto emplea la mayúscula para referirse a ella–, actúa como verdadero fundamento de la propia carta magna, y no al revés. Como ya explicó Reventós, diputado del Grupo *Socialistes de Catalunya* durante la legislatura constituyente, hay una importante diferencia entre decir «la Constitución fundamenta» y «la Constitución se fundamenta». Mientras que la primera afirmación se refiere a que «es la Constitución la que decide democráticamente cómo va a ser la futura, la nueva unidad de España», la segunda alude a «una realidad social y política previa, algo que Cánovas no hubiera vacilado en considerar como Constitución interna de España<sup>30</sup>, y que es la base del nacionalismo místico de los iusnaturalistas»<sup>31</sup>. Esto último pondría en cuestión la identidad automática y absoluta que los partidarios del argumento legalista establecen entre Constitución y democracia, y que les sirve para rebatir a los defensores del derecho a

---

términos democráticos, para admitir una carencia en el sistema político territorial español, por la sencilla razón de que la vía que legalmente existe para la secesión (la reforma constitucional *fuerte* del artículo 168) no está al alcance de los actores políticos que la reclaman. Decir entonces que la reclamación independentista es una reivindicación legítima de nuestra democracia siempre que se haga por medios pacíficos es un *flatus vocis* en tanto el sistema condene esa reivindicación al terreno de lo jurídicamente imposible».

<sup>30</sup> Para Cánovas, la Constitución interna de España estaba constituida por la soberanía conjunta del Rey y las Cortes, dos instituciones de existencia inveterada en la historia de España: «la Constitución interna, sustancial, esencial de España, está, a no dudar, contenida y cifrada en el principio monárquico-constitucional. No bastó la decadencia de las Cortes durante tres siglos para borrar de nuestros Códigos, y mucho menos del espíritu nacional, el dogma político de que en el Rey y los Reinos residía la soberanía de la Nación; por tal manera, que solo en su conjunta potestad cabía el derecho de resolver los asuntos arduos. Ni esto desapareció de nuestros Códigos hasta el tiempo en que renacía justamente, con nuevo y desusado vigor, aquel dogma en la conciencia pública, y poquísimos años antes que, con más solemnidad que nunca, lo reconociera y proclamara la Constitución por siempre venerable de Cádiz. (...) Puédesse, pues, afirmar altamente que es ya aquel régimen anterior y superior entre nosotros a todo texto escrito; que lo propio que ha existido, existirá siempre, como natural organismo de la sociedad española, y que (...) la España posee hoy en día, aun estando muertos, como sin duda están, sus Códigos políticos, y en el solo principio de la Monarquía representativa, una verdadera Constitución íntima, fundamental, en ningún tiempo anulable por los sucesos. De esa Constitución no hay con vida sino dos instituciones: el Rey y las Cortes» (cit. en PONS, A., «Cánovas y el Derecho público», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 94, 1929, pp. 179-180).

<sup>31</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 66, de 12 de mayo de 1978, p. 2299.

decidir –un derecho que se justifica por su carácter democrático, aunque no lo ampare la legalidad vigente<sup>32</sup>–: «no hay democracia sin ley», dirá –entre otros– Rajoy<sup>33</sup>.

Pero es que ni la Constitución española encarna la idea de democracia en sentido platónico ni tampoco todos sus contenidos presentan el mismo grado de democracia. En el tema que nos ocupa, se puede asegurar que un modelo territorial centralista heredado de la dictadura e impuesto militarmente<sup>34</sup> es menos democrático que un modelo plural que permita a los ciudadanos que viven en las diferentes regiones elegir

---

<sup>32</sup> Algunos partidarios del derecho a decidir, tratando de deslindarlo del derecho de autodeterminación de los pueblos –lo cual resulta estratégicamente conveniente, aunque quizá no sea suficientemente sólido desde el punto de vista teórico–, lo fundamentan en el derecho español vigente. Para BARCELÓ, M., «Reconocimiento y construcción del derecho a decidir en el sistema constitucional español», en BARCELÓ, M., et al., *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona, Atelier, 2015, por ejemplo, la STC 42/2014, de 25 de marzo, reconocía la posibilidad de ejercer el derecho a decidir en el marco del ordenamiento jurídico español, si bien a partir de la STC 31/2015, de 25 de febrero, la doctrina del máximo tribunal habría cambiado al respecto. VILAJOSANA, J. M., «Principio democrático y justificación constitucional del derecho a decidir», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 19, 2014, por su parte, deriva el derecho a decidir de determinados principios constitucionales, como el principio democrático.

<sup>33</sup> RAJOY, M., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 192, p. 11.

<sup>34</sup> La génesis fáctica del artículo 2 es narrada por uno de sus protagonistas directos, Jordi Solé Tura, diputado del Partido Comunista de España en las Cortes constituyentes. Hay que tener en cuenta que el primer borrador del Anteproyecto de Constitución elaborado por la ponencia constitucional –filtrado a la prensa en noviembre de 1977– mantenía un cariz potencialmente federalista, al decir: «la Constitución reconoce y la Monarquía garantiza el derecho a la autonomía de las diferentes nacionalidades y regiones que integran España, la unidad del Estado y la solidaridad entre sus pueblos». No obstante, en el momento de la publicación oficial del borrador, acaecida el 5 de enero de 1978, la redacción varió ligeramente. Ahora se decía: «la Constitución se fundamenta en la unidad de España y la solidaridad entre sus pueblos y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran». Finalmente, a raíz del suceso que relata SOLÉ TURA, J., *Nacionalidades y nacionalismos en España. Autonomías, federalismo y autodeterminación*, Madrid, Alianza, 1985, el citado artículo quedó definitivamente trastocado. La intervención extraparlamentaria se hacía presente y exigía que, para la continuación de los trabajos de la ponencia, se aceptase acríticamente el texto impuesto y entregado vía mensajero al que, ese día, presidía la sesión –y que relata la anécdota–. El artículo 2.º rezaba ahora: «la Constitución se fundamenta en la unidad de España como patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la indisoluble unidad de la nación española». Como puede observarse, la letra del manuscrito sería casi miméticamente reproducida en el Anteproyecto definitivo y en la versión final del discutido artículo aprobada en ambas Cámaras. Es el propio Solé Tura quien atribuye al estamento militar la responsabilidad del suceso y COLOMER, J. M., *El arte de la manipulación política. Votaciones y teoría de juegos en la política española*, Barcelona, Anagrama, 1990, pp. 133-134, que también se hace eco de la anécdota, añade un detalle curioso: el mensajero aseguró que «el texto tenía las licencias necesarias y no se podía variar ni una coma del mismo porque respondía a un compromiso literal entre la presidencia del gobierno y los interlocutores fácticos»; entonces, Pérez Llorca (de Unión de Centro Democrático) «se cuadró y, llevándose la mano extendida a la sien, hizo el saludo militar».

si quieren formar parte del todo común o, por el contrario, prefieren modificar las relaciones que su nación mantiene con el Estado.

Por consiguiente, utilizar el marco constitucional vigente como herramienta para solucionar el conflicto territorial que enfrenta a Cataluña y al Estado español es un ejemplo de autotutela. El ordenamiento jurídico español es un producto del Estado que, en materia nacional, protege a la nación española frente a cualquier otra. Apelar a la Constitución supone recurrir a una carta que se sabe ganadora de antemano, un comodín que dota a las pretensiones del Estado de mayor fuerza que las de, en este caso, los nacionalistas catalanes.

## 2.2 La versión histórica

La versión histórica alude a fundamentos meta-positivos que, necesariamente, condicionan la legalidad presente e, incluso, futura. Resulta frecuente que el argumento legalista busque refuerzo apoyándose en el histórico. Un ejemplo palmario se puede hallar en la Constitución española, cuyo artículo 2.º dice que lo que otorga fundamento a la propia Constitución es la unidad indisoluble de la Nación española, realidad, por tanto, previa y fundante. Así, y como reconociera Lucas Verdú, se entiende que «la Nación española soberana, el pueblo español soberano, son anteriores a cualquier normación e institucionalización jurídicas»<sup>35</sup>.

El argumento histórico remite a las concepciones nacionalistas del liberalismo decimonónico, basadas en planteamientos orgánico-historicistas: España se entendía como una «comunidad forjada por la historia y la cultura»<sup>36</sup>, donde la Monarquía y la religión católica habían desempeñado siempre un papel fundamental, por lo que formaban parte inescindible del ser de la nación española. Esta tendencia historiográfica llega a nuestros días<sup>37</sup>. Como han señalado Baydal y Palo-

<sup>35</sup> LUCAS VERDÚ, P. ; «Artículo 1.º Estado social y democrático de Derecho», en Ó. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978* (tomo I), Madrid, Edersa, 1996, p. 129.

<sup>36</sup> NÚÑEZ SEIXAS, X. M., *Suspiros de España. El nacionalismo español, 1808-2018*, Barcelona, Crítica, 2018, p. 25. El historicismo del primer nacionalismo liberal español idealizó determinados acontecimientos históricos que pasaron a desempeñar un papel de auténticos mitos nacionalistas, tales como «la resistencia a las dinastías de origen foráneo de los comuneros castellanos del siglo XVI o del Justicia de Aragón, (...) la Edad Media hispana con sus libertades locales opuestas al absolutismo monárquico y las Cortes medievales, particularmente aragonesas» (pp. 25-26). El fin perseguido no era otro que fundamentar una legitimidad que permitiera oponerse al invasor francés.

<sup>37</sup> Según ha subrayado NÚÑEZ SEIXAS, X. M., *op. cit.*, p. 114, la «publicística histórica» en España se ha «caracterizado por una permanente imposibilidad para distanciarse de los paradigmas historiográficos heredados del nacionalcatolicismo y la historiografía tradicionalista del XIX».

mo, a través de la pseudo-historia españolista<sup>38</sup>, se difunden consignas que serán asumidas de manera generalizada por la ciudadanía, pasando a integrar el imaginario colectivo. En este sentido, si los españoles incorporan la «idea de que España ha sido siempre una nación castellano-céntrica con una fortísima tendencia ideológica y sentimental hacia la unidad y que cuenta con una nación milenaria y, por otro lado, los catalanes aceptan que nunca se han gobernado a sí mismos, ya que eso son invenciones modernas y delirantes de los nacionalistas radicales, se podrá mantener –o, incluso, recentralizar y reuniformizar– España, evitando de paso reivindicaciones demasiado autonomistas y/o independentistas efectuadas desde Cataluña»<sup>39</sup>.

Sobre la base del argumento histórico, se argumenta que la modificación de la Constitución territorial no es posible, pese al artículo 168 que contempla la eventualidad de una reforma total de la carta magna. Se entiende así que la unión por tantos siglos mantenida no puede disolverse bajo ningún concepto, y ello cercena de raíz la posibilidad de constitucionalizar la autodeterminación de las naciones periféricas, incluso aunque se cumpliesen los durísimos requisitos exigidos por el 168. La cobertura jurídica de este razonamiento recibe el nombre de «cláusula de intangibilidad implícita»<sup>40</sup>.

Se pueden efectuar dos objeciones principales frente al argumento histórico: una de carácter histórico y otra de tipo jurídico.

Desde una perspectiva histórica, se puede replicar que la historia, los hechos ocurridos en el pasado, son el producto de una construcción que se lleva a cabo *a posteriori* y, frecuentemente, desde el poder –al menos, en lo que se entiende como la historia oficial–. En este sentido, Núñez Seixas explica que el acontecimiento que tiende a ser considerado como «el acta de nacimiento del naciona-

---

<sup>38</sup> Estos autores denominan *pseudo-historia* a aquellos trabajos que, aunque en ocasiones sean firmados por historiadores –cosa que no siempre ocurre– se alejan del método científico y del principio de honestidad intelectual. De este modo, «dan lugar a tesis arbitrarias, erróneas y falsas basadas en especulaciones y pruebas no contrastadas y/o manipuladas, que suelen responder a un intento de legitimación de algún presupuesto ideológico (normalmente, de tipo político, nacional, religioso o de clase social)» –Baydal, V., y Palomo, C. (coords.), *Pseudohistòria contra Catalunya. De l'espanyolisme a la Nova Història*, Vic, Eumo, 2020, p. 7–.

<sup>39</sup> BAYDAL, V., y PALOMO, C., *op. cit.*, pp. 19-20.

<sup>40</sup> Las cláusulas de intangibilidad implícitas se basan en la suposición de que existe una Constitución material por encima de la Constitución formal o documento escrito y sancionado por las Cortes constituyentes. De este modo, la Constitución material se erige «en la fuente de validez de la Constitución formal. Del contenido de la “Constitución material” surgen los límites materiales que, sin necesidad de positivación, condicionan la validez de las modificaciones en la Constitución formal» (ALÁEZ, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 87). Es más, «el contenido de la parte invariable de la “Constitución material” se alza como un límite absoluto para la actividad del poder de reforma, con independencia de si ha sido, además, expresamente previsto en la norma de la que trae su causa de forma inmediata» (p. 96).

lismo español contemporáneo», la guerra contra el ejército napoleónico que tuvo lugar entre 1808 y 1813, «fue reinventado posteriormente por la historiografía liberal a lo largo del siglo XIX con el propósito de convertirlo en un mito fundacional del moderno nacionalismo español»<sup>41</sup>.

Más aún, el historicismo esencialista que destilan las visiones de España donde la unidad se remonta a los reyes católicos o, incluso, antes<sup>42</sup> y que, en consecuencia, postulan que lo que la historia ha unido no lo separen las mujeres y hombres del futuro, no puede sostenerse. Ni existe una esencia inmutable a lo largo de los siglos del ser de España ni mucho menos esa realidad ontológica puede prescribir el devenir de España *ad aeternum*, so pena de incurrir en la falacia naturalista.

Desde un punto de vista jurídico, y como ya señalara Punset, «la tesis de que la nación soberana resulta anterior a la Constitución, que la nación ejerce su soberanía a través del poder constituyente originario y que la proclamación constitucional de la soberanía nacional posee, por tanto, efectos meramente declarativos es (...) una tesis ideológica, no jurídica. Fue formulada en los inicios de la Revolución francesa como un medio imprescindible de impugnación de la soberanía regia y se reitera cada vez que se trata de reemplazar una estructura constitucional concentrada por otra de carácter policéntrico»<sup>43</sup>.

Pero no solo eso; resulta autocontradictorio fundar –y/o condicionar– la legalidad positiva en elementos históricos o culturales ajenos al sistema jurídico. Lejos de reforzar el argumento legalista, como

<sup>41</sup> NÚÑEZ SEIXAS, *op. cit.*, p. 25.

<sup>42</sup> MOA, P., *Contra la balcanización de España*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2005, p. 200, por ejemplo, considera que «España es una de las naciones más antiguas de Europa. Puede decirse que aparece como tal hace unos mil quinientos años, cuando el reino godo dejó de constituir el poder de unas bandas de guerreros migrantes para identificarse con la sociedad hispano-latina creada por Roma. Tenemos pruebas documentales claras del sentimiento patriótico existente ya por entonces».

<sup>43</sup> PUNSET, R., «En el Estado constitucional hay soberano. (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 1, 1998, p. 6.

No obstante, existen constitucionalistas que defienden el uso de la mención a la soberanía nacional en el artículo 1.2 de la Constitución de la siguiente forma: «se trataría (...) de incrementar la legitimidad popular en el ejercicio de la soberanía, utilizando una referencia más bien historicista –una más– en nuestra Constitución: el pueblo absorbe el poder que –en cualquier horizonte teórico que pudiera utilizarse– corresponde a la nación. Así no se quiere renunciar al engarce continuista que supone el que nuestras constituciones históricas hayan utilizado la expresión soberanía nacional en los períodos de autogobierno; por no hablar de las posibilidades de la fórmula constitucional de reconocer la capacidad de la nación española (...) de recabar una lealtad política absoluta frente a la competencia de otras posibles lealtades seccionales» (SOLOZÁBAL, J. J., «El problema de la soberanía en el Estado autonómico», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 1, 1998, p. 12).

pretenden sus promotores, unir razones legales e históricas debilita la posición del derecho. Esto ya lo pusiera de manifiesto durante los debates constituyentes el diputado Joan Reventós, para quien la diferencia entre que sea la unidad de la nación española la que fundamente la Constitución o que fuera la Constitución la que otorgase fundamento a una nación única, la española, sobre la que recayese la soberanía de forma exclusiva resultaba decisiva: «no es lo mismo escribir en el texto constitucional “la Constitución fundamenta” que “la Constitución se fundamenta”. Es justamente todo lo contrario. Una cosa es que la ley fundamental necesite fundamentarse, apoyarse, basarse en algo previo a ella, y otra cosa muy distinta que esa ley fundamental, como su nombre indica, sea el fundamento de todo. En el primer caso se afirma algo jurídicamente sin sentido. ¿Cómo iba la Constitución a fundamentarse en algo si es ella misma el fundamento jurídico del Estado?»<sup>44</sup>.

### 2.3 La versión fáctica

La versión fáctica prescindiría de los procedimientos legalmente establecidos para imponer un determinado modelo territorial por la vía de los hechos y combatir así la disidencia política. En principio, y teniendo en cuenta que el Estado ejerce el monopolio de la violencia física legítima, parece innecesario e, incluso, contraproducente –por la deslegitimación que ello conlleva– recurrir a vías fácticas. Sin embargo, en ocasiones se observa la utilización de este mecanismo con motivo de la aplicación de la legalidad –que siempre implica un ejercicio de fuerza–, constituyendo una extralimitación de las facultades que confiere el ordenamiento jurídico al poder público.

Como ejemplo, cabe citar la forma en la que se trató de impedir la celebración de la consulta del 1 de octubre de 2017 (1-O). Debe recordarse que lo que ocurrió en Cataluña ese día no fue un referéndum ni desde el punto de vista formal ni material. Conforme a la legalidad española, el 1-O no se convocó un referéndum porque el Congreso rechazó delegar en el *Parlament* dicha competencia. Desde el punto de vista material, la votación no contó con todas las garantías exigibles para certificar la fiabilidad del resultado<sup>45</sup> –entre otras razones, porque el Gobierno central impidió a las autoridades catalanas acceder al censo electoral–. Sin embargo, esto mismo se produjo el 9 de noviembre de 2014 (9-N). En aquel momento tampoco se celebró un referéndum en Cataluña, sino –de acuerdo con la Ley de consultas

<sup>44</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 66, p. 2299.

<sup>45</sup> Se puede tomar como canon las recomendaciones contenidas en el Código de Buenas Prácticas sobre Referendos adoptado por el Consejo para Elecciones Democráticas en su 19.ª reunión (Venecia, 16 de diciembre de 2006) y la Comisión de Venecia en su 70.ª sesión plenaria (Venecia, 16-17 de marzo de 2007).

populares no referendarias de Cataluña<sup>46</sup>– un proceso de participación ciudadana<sup>47</sup>. Ahora bien, la principal diferencia entre ambas convocatorias cívicas reside en la respuesta ofrecida por el Estado a cada una de ellas. El 1-O se utilizó una fuerza desproporcionada<sup>48</sup> para frenar la movilización popular y, como consecuencia de ello, el foco de atención se desvió de la independencia hacia la calidad democrática del ejecutivo español. A diferencia de lo sucedido en Canadá, en España la prioridad se otorgó a la unidad de la nación española, entendida como meta-derecho<sup>49</sup>, por encima de otras consideraciones –incluidos los derechos fundamentales–.

Otra muestra se halla en la manera en que se aplicó el artículo 155 en Cataluña desde el 27 de octubre de 2017 hasta el 2 de junio de 2018. Pese a que el Tribunal Constitucional ha avalado casi de manera total la actuación del gobierno central y del Senado<sup>50</sup>, lo cierto es que una exégesis tan amplia de las facultades que le corresponden a las autoridades del Estado frente a una comunidad autónoma revela una comprensión deficiente del alcance de otros principios constitucionales. Y es que el principio democrático, los derechos fundamentales y el Estado de derecho se resienten –o se estrechan sensiblemente– si se mantiene esa concepción lata de los poderes que pueden ser empleados en el marco del instituto de la coerción federal<sup>51</sup>. Además, no puede olvidarse el clima político y social que precedió inmediatamente a la activación del mecanismo contenido en el artículo 155 de la Constitución, y que evocaba un escenario bélico en el que los españoles debían *combatir* –y derrotar– al enemigo catalán. De ahí que se desplazasen a Cataluña 6000

<sup>46</sup> Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

<sup>47</sup> Para un análisis detallado del mismo, véase PAYERO, L., «The “citizen participation process”», en *Catalonia: Past, present and future*, *Liverpool Law Review*, 36 (3), 2015.

<sup>48</sup> Diferentes organizaciones denunciaron la falta de proporcionalidad de las medidas adoptadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el 1-O; entre otros, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (*Annual Report and Oral Update by the High Commissioner for Human Rights on the Activities of his Office and recent human rights developments. Statement by the UN High Commissioner for Human Rights, Zeid Ra'ad Al Hussein*, 7 de marzo de 2018), Human Rights Watch («España: La policía utilizó la fuerza de manera excesiva en Cataluña», 12 de octubre de 2017) y Amnistía Internacional («España: Uso excesivo de la fuerza por parte de policía nacional y guardia civil en Cataluña», 3 de octubre de 2017).

<sup>49</sup> BARCELÓ, M., «Crisis constitucional del Estado o cuando la “unidad de España”, como metaderecho, se impone a los derechos fundamentales de la ciudadanía», en I. Lasagabaster (coord.), *Crisis institucional y democracia (A propósito de Cataluña)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

<sup>50</sup> SSTC 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio.

<sup>51</sup> PAYERO, L., «Assessing the Spanish state’s response to Catalan independence: The application of federal coercion», en A-G. Gagnon y A. Tremblay (eds.), *Federalism and National Diversity in the 21<sup>st</sup> Century*, New York, Palgrave MacMillan, 2020.

agentes antidisturbios, de acuerdo con los datos aportados por el ministro del Interior<sup>52</sup>, y en numerosas ciudades se les fuese a despedir a los cuarteles al grito de «¡A por ellos!». Teniendo en cuenta que las vulneraciones de las obligaciones constitucionales que, de acuerdo con el gobierno central, justificaban la intervención de la *Generalitat* y la disolución del *Parlament* ya no estaban en vigor en el momento en que se activaron estas medidas extremas –puesto que su aplicación había sido suspendida, en aplicación del artículo 161.2 de la Constitución, o su inconstitucionalidad, declarada–, parece que, en realidad, el recurso al 155 en ese momento tuvo bastante de castigo ante lo que, para gran parte de la opinión pública española, constituía un golpe de estado que merecía una respuesta ejemplarizante<sup>53</sup>.

Un ejemplo adicional que puede ofrecerse de la utilización de la vía fáctica es la guerra sucia llevada a cabo contra determinados líderes independentistas catalanes desde el Ministerio del Interior –concretamente, en los años en los que estaba al frente del mismo Jorge Fernández-Díaz<sup>54</sup>–: la denominada Operación Cataluña. De acuerdo con el Dictamen de la Comisión de Investigación creada en el seno del *Parlament*, se trataría de una «maniobra planificada y ejecutada por ciertas estructuras esenciales del Estado español (...) a través de prácticas alegales e ilegales». Su objetivo consistía en tratar de «destruir el proceso independentista catalán mediante el descrédito público»<sup>55</sup>; más en concreto, se buscó relacionar a los líderes independentistas con casos de corrupción, algunos inventados mediante pruebas e informaciones falsas, y otros reales pero que se hacían públicos cuando convenía al Estado para frenar el impulso alcanzado por el soberanismo en Cataluña. Por consiguiente, estaríamos ante una utilización «planificada y estratégica» del aparato estatal con fines partidistas que buscaba defender una determinada concepción nacional<sup>56</sup> –minoritaria en Cataluña–.

---

<sup>52</sup> ZOIDO, J. I., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 210, 18 de enero de 2018.

<sup>53</sup> Es interesante tener en cuenta que la STS de 14 de octubre de 2019 (Sala de lo Penal) niega que los actos de septiembre y octubre de 2017 constituyeran un golpe de estado, al estar ausente la violencia.

<sup>54</sup> En este sentido, Francisco Marco, autor del libro *Operación Cataluña: la verdad oculta*, decía: «el mandato de Fernández Díaz ha sido más propio del más puro macartismo americano que de una democracia occidental», e incluyó acciones como las siguientes: «confidentes pagados por mentir, contratación de espías de Gobiernos extranjeros, (...) [mantenimiento] en prisión [de] confidentes para ablandarlos, prometiendo impunidad en procesos judiciales y parando investigaciones policiales en marcha para provocar denuncias» (MARCO, F., *De la Operación Cataluña al 155. La historia completa de cómo se llegó a la intervención del gobierno de Cataluña*, Madrid, Urano, 2017).

<sup>55</sup> Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre la Operació Catalunya (*BOPC* núm. 498, de 1 de septiembre de 2017), p. 1.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 7.

### 3. LA HETEROCOMPOSICIÓN

Los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos son aquellos en los que interviene un tercero imparcial al que se le reconoce la autoridad y capacidad para resolver el conflicto (tercero *supra partes*). Por consiguiente, su decisión es vinculante para las partes.

De acuerdo con la teoría del contrato social, la contrapartida a la renuncia a la autotutela –es decir, a la solución privada de las controversias– por parte de los individuos tiene su correlato en el desarrollo de mecanismos estatales para la gestión de los conflictos de forma heterónoma, principalmente la jurisdicción: «la tutela jurisdiccional nace históricamente por la asunción del monopolio de la justicia por el poder público, (...) impidiendo que las personas integradas en la organización social sobre la que se ejercía ese poder pudieran tomarse la justicia por su mano»<sup>57</sup>. Cabe también que la decisión de someterse a la autoridad decisoria de un tercero la tomen las partes voluntariamente, mediante un contrato suscrito al efecto: en este caso, estaríamos ante la institución del arbitraje. En cualquiera de los dos supuestos, la posición de las partes en conflicto coincide: se reconocen como iguales y se encuentran sometidas a la autoridad del tercero que resolverá su controversia. Esto dará lugar a que una gane y la otra pierda, en función de a quién beneficie más la decisión del tercero –también podría ocurrir que ambas perdiesen, aunque quizá una en mayor medida que la otra–.

En el asunto analizado en este artículo, el rol de tercero *supra partes* no podría desempeñarlo ninguno de los tribunales españoles, ni siquiera el Tribunal Constitucional, porque no serían imparciales<sup>58</sup>. Igualmente, resultaría complicado someter la controversia a una corte internacional, puesto que no concurrirían algunos de los requisitos de competencia casi con toda seguridad.

Parecería más sencillo utilizar un sistema de arbitraje internacional o supraestatal, es decir, que ambas partes, voluntariamente, decidiesen someter su controversia a la decisión vinculante de un tercero aceptado por ambas. Quizá ese árbitro pudiese ser alguno de los órganos de la Unión Europea o un organismo internacional (las Naciones Unidas, por ejemplo).

Sea como fuere, la heterocomposición todavía no ha sido ensayada en el conflicto que enfrenta a España y Cataluña, por lo que no me detendré más en su análisis.

---

<sup>57</sup> MORENO, V., *op. cit.*, p. 49.

<sup>58</sup> Varios autores han denunciado la falta de imparcialidad demostrada por el Tribunal Constitucional en el conflicto catalán (cfr. BENGOTXEA, J., «Seven thesis on Spanish justice to understand the prosecution of judge Garzón», *Oñati Socio-Legal Series*, 9, 2011; BUCHANAN, A., «Prólogo a la edición española», en *Secesión: causas y consecuencias del divorcio político*, Barcelona, Ariel, 2013; CAGIAO, J., *op. cit.*).

#### 4. LA AUTOCOMPOSICIÓN

Los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos constituyen una vía intermedia entre la autotutela y la heterocomposición. La autocomposición implica que son las partes en conflicto las que alcanzan una solución consensuada, sea por sí mismas o con la ayuda de un tercero. Eso sí, en caso de que intervenga un tercero, actuará *inter partes* –y no *supra partes*–, por lo que su función será la de «aproximar[las] (...) al objeto de favorecer el consenso»<sup>59</sup>, pero no imponer su voluntad de manera coactiva.

Se distinguen dos grandes mecanismos autocompositivos, en función de que intervenga o no un tercero: la negociación y la mediación<sup>60</sup>. En la negociación las partes, con intereses contrapuestos, llegan a la solución del conflicto por sí mismas –cabe que lo hagan a través de representantes e, incluso, que soliciten la opinión (no vinculante) de un experto que las asesore–, mediante el diálogo, y cediendo en algo cada una de ellas<sup>61</sup>. Las partes renuncian, así, a obtener una victoria total y, a cambio, logran un acuerdo equilibrado, justo y aceptado por ambas. Esto último merece ser remarcado: si de la negociación resultaran vencedores y vencidos, no estaríamos ante una negociación, sino más bien ante una imposición –lo que remite a la autotutela–. La mediación, por su parte, es un mecanismo de gestión de conflictos donde las partes solucionan la controversia que les enfrenta con la ayuda de un tercero imparcial, el mediador, quien les enseña pautas y vías de diálogo y escucha activa.

En el caso analizado en este trabajo, la vía autocompositiva conduce a que cuando alguna de las comunidades subestatales plantea demandas de mayor autogobierno o cuestiona el propio modelo de Estado se trate de alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas partes a través del diálo-

---

<sup>59</sup> MORENO, V., *op. cit.*, p. 51.

<sup>60</sup> Existe también un tercer procedimiento autocompositivo en el que interviene un tercero, la conciliación, pero este trabajo no entrará a analizarlo por tres razones principales. En primer lugar, porque la frontera entre mediación y conciliación no siempre está clara, existiendo ordenamientos jurídicos donde se utilizan ambos términos de manera indistinta. En segundo lugar, porque las diferencias que se suelen señalar entre ambos mecanismos autocompositivos (la capacidad del conciliador de proponer soluciones no vinculantes, la falta de profesionalización o institucionalización de la figura del conciliador –quien normalmente no se dedica a esta actividad de manera principal–, la autoridad que se atribuye al conciliador, puesto que generalmente es un juez o letrado de la Administración de Justicia, etc) no presentan relevancia para el caso estudiado aquí. En tercer lugar, porque en supuestos como el que nos ocupa, se habla a veces de mediación internacional como un posible mecanismo de resolución de la controversia, pero no de conciliación.

<sup>61</sup> SOLETO, H., «Negociación integradora», en H. Soletó (dir.), *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2017 (3.ª ed.); SAN CRISTÓBAL, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 2013.

go. Esta forma de proceder se halla en la base del federalismo<sup>62</sup>, y parte del reconocimiento del otro como un igual dotado de capacidad de negociación. Ahora bien, esto no significa que solo los Estados federales tengan a su disposición este mecanismo de resolución de conflictos: a modo ilustrativo, se puede citar el caso del Reino Unido, un Estado unitario descentralizado que atendió las demandas independentistas del nacionalismo escocés acudiendo al diálogo<sup>63</sup>.

Un ejemplo de la utilización de esta vía en España para gestionar el conflicto territorial puede hallarse en el inicio de la denominada Mesa bilateral de diálogo, negociación y acuerdo para la resolución del conflicto político entre España y Cataluña. En el momento en que se escriben estas líneas solo ha tenido lugar la primera reunión, celebrada el 26 de febrero de 2020, en la que se constituyó la mesa con los representantes de los gobiernos de Cataluña y España, y se adoptaron una serie de acuerdos organizativos: la celebración de una reunión mensual –interrumpida por la crisis de salud pública originada por la pandemia de Covid-19–, cuya sede variará alternativamente de Madrid a Barcelona, la creación de un grupo de trabajo que evite a los presidentes tener que reunirse tan a menudo –solo lo harán cuando se requiera su presencia para ratificar acuerdos políticos– y, lo que es más relevante, el compromiso de que cualquier acuerdo adoptado respetará el principio de seguridad jurídica. Resulta llamativo observar que se evita cualquier referencia a la Constitución española –habrá que ver cómo interpreta cada parte el contenido del principio de seguridad jurídica–, lo que supone una actitud inicial de apertura para posibilitar –o, al menos, no obturar desde el comienzo– los acuerdos. Como se explicó anteriormente, la referencia al marco jurídico español actualmente en vigor supondría un intento de imponer una solución por la fuerza (autotutela) que la delegación catalana se hubiese negado a aceptar casi con total seguridad.

---

<sup>62</sup> El término *federalismo* deriva del latín *foedus*, que significa *pacto*. Y es que, como bien ha señalado BEAUD, O., *Teoría de la Federación*, Madrid, Escolar y Mayo, 2009, p. 122, el origen de toda federación reside en un contrato que suscriben los distintos estados que deciden unirse libremente: «no hay auténtico federalismo a no ser que los elementos constitutivos se unan por propia iniciativa en virtud del principio de “libre voluntad” (...); a la inversa, todo federalismo impuesto por la fuerza o la coacción es inauténtico y traiciona el concepto mismo de Federación».

<sup>63</sup> Los gobiernos escocés y británico llegaron a un acuerdo (Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, de 15 de octubre de 2012) para que se celebrase un referéndum de independencia en ese territorio en septiembre de 2014. De acuerdo con el Acta escocesa, la competencia para convocar referendos independentistas es una materia reservada, pero el gobierno británico accedió a transferirla por una sola vez [Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013 (SI 2013/242)]. Justo lo que la mayoría de los diputados españoles negaron al *Parlament* catalán el 8 de abril de 2014. Ahora bien, al igual que ocurrió en Reino Unido, sería posible utilizar la vía del artículo 150.2 de la Constitución para que tuviese lugar un referéndum en Cataluña de manera legal y pactada.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACER?

Tras el análisis de las principales vías de resolución de controversias, cabría preguntarse cuál de esas tres estrategias resultaría más adecuada para enfrentarse al problema de articulación territorial que aqueja actualmente al Estado español. Conviene recordar que, si bien no se trata de un conflicto novedoso, desde la STC 31/2010 se ha agravado terriblemente al entrar en crisis la denominada constitución territorial –según ha señalado J. Pérez Royo<sup>64</sup>–. Por ello, la gestión y resolución del mismo se vuelve cada vez más acuciante.

En España, y como ya se puso de manifiesto en este artículo, se ha utilizado *ad náuseam* la estrategia de la autotutela en todas sus variantes –legal, histórica y fáctica–. Como la historia reciente ha evidenciado, se trata de una vía ineficaz, además de poco recomendable en el seno de un Estado democrático de derecho. Por cualquiera de estas razones, sería conveniente modificar la herramienta empleada para la gestión de los conflictos territoriales. Y es que, según ha subrayado Vinyamata, «los conflictos de soberanía [entre los que se halla el que enfrenta a Cataluña y España] no se pueden resolver con la fuerza de la ley o de las armas: la realidad lo ha demostrado»<sup>65</sup>.

Por lo que se refiere a la heterocomposición, hay quien ha apuntado que «de todos los medios de solución de los conflictos (...) es indudablemente el más perfecto»<sup>66</sup>. Semejante afirmación pudiera quizá ser defendida para los conflictos entre particulares en el seno de un Estado de derecho. Ahora bien, el caso que nos ocupa trasciende las relaciones intraestatales y, como ya fue señalado, ni los órganos jurisdiccionales estatales serían adecuados, por su parcialidad, ni tampoco los internacionales, por su falta de competencia y, quizás también, de neutralidad (recuérdese que el derecho internacional está creado por y para Estados, los sujetos principales de este ordenamiento jurídico, y uno de los principios básicos que patrocina es el de integridad territorial de los Estados ya constituidos). En cuanto al arbitraje internacional, pudiera ser que ambas partes lograsen ponerse de acuerdo en someter su controversia a la decisión de un tercero (por ejemplo, la Unión Europea o las Naciones Unidas), pero parece más sencillo que, de reconocer que necesitan ayuda para solucionar la controversia, decidieran recurrir a un tercero sin poder decisorio (un mediador, por ejemplo). Cuando en materia internacional un tercero *supra partes* decide, normalmente ello se debe a que las partes han

---

<sup>64</sup> PÉREZ ROYO, J., «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico», *Revista catalana de dret públic*, 43, 2011.

<sup>65</sup> VINYAMATA, E., «Conflictos de soberanía», *Journal of Conflictology*, 4 (2), 2013, p. 3.

<sup>66</sup> MORENO, V., *op. cit.*, p. 54.

sido obligadas (por el derecho internacional, por otro u otros Estados más fuertes, etc) a someterse a la autoridad de dicho tercero.

Finalmente, la autocomposición es una estrategia todavía inexplorada en España –a salvo del tímido inicio del proceso de negociación ocurrido el pasado mes de enero–. Tal y como nos enseña la teoría sobre la resolución de conflictos, si se quiere mejorar la relación entre las partes –que, incluso en el caso extremo de la secesión, seguirían compartiendo frontera– y alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas que maximice el beneficio mutuo –sin vencedores ni vencidos–, el diálogo y la negociación –por consiguiente, la autocomposición– se revelan como las opciones más recomendables.

En un Estado democrático de derecho los conflictos políticos acerca de la integración territorial debieran ser gestionados de esta forma pactada, que exige una cesión por ambas partes con respecto a sus pretensiones iniciales. La utilización de este mecanismo ha de salvar en España una serie de dificultades que lo vuelven particularmente sospechoso o, incluso, rechazable. Y es que la cultura política y constitucional en España no está acostumbrada al diálogo y a la negociación; al contrario, se tienden a interpretar ambos como signos de debilidad –parece mucho más razonable imponer a la otra parte la posición propia, comportamiento que se entiende como una muestra de fortaleza– o hasta de traición.

Este modo de proceder se observa claramente cuando la negociación o el diálogo tienen al Estado en un extremo y a una nación periférica en el otro. Por citar un ejemplo cercano en el tiempo, en las negociaciones tendentes a conseguir los apoyos suficientes para la aprobación de los presupuestos generales del Estado, Pedro Sánchez se reunió con Quim Torra en Pedralbes (20 de diciembre de 2018). Tras el encuentro, se conoció un documento que contenía una propuesta con 21 puntos para solucionar el conflicto político catalán. Resultó particularmente polémico el punto 3, que decía: «es necesaria una mediación internacional que facilite una negociación en condiciones de igualdad»<sup>67</sup>. En los días posteriores a su publicación, se pudieron leer en la prensa española críticas acerbas que subrayaban la posición inferior de España derivada de la «imposición» catalana<sup>68</sup>, así como la humillación<sup>69</sup> y traición<sup>70</sup> que ello suponía para el Estado.

<sup>67</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA; «Proposta del Govern de Catalunya a la cimera amb el Govern d'Espanya: Un pacte d'Estat per solucionar el conflicte entre Espanya i Catalunya», 2018.

<sup>68</sup> El diario *ABC*: «Elecciones, una emergencia nacional», *ABC*, 6 de febrero de 2019, decía: «dar categoría política a esta figura mediadora supone rasgar la Constitución, asumir una condición impuesta por Torra que debería ser inaceptable, y colocar a la nación española en plano de inferioridad moral a la hora de reivindicarse como soberana frente quienes pretenden fracturarla».

<sup>69</sup> CRUZ, M., y OMS, J., «Pedro Sánchez humilla al Estado al aceptar un mediador con Torra», *El Mundo*, 6 de febrero de 2019.

<sup>70</sup> El periódico *La Razón* consideraba que «la "neutralidad" de dicho mediador exige algo que ningún gobierno puede aceptar: equidistancia sobre los graves sucesos

Pero no solo ocurre en esos casos: la historia reciente proporciona algunos ejemplos de negociaciones arduas y frustradas para formar un gobierno central de coalición, donde la posibilidad de que la izquierda llegase al poder *quitaba el sueño* a ciertos políticos. Por ejemplo, cabe mencionar que Alfredo Pérez Rubalcaba acuñó el término «gobierno Frankenstein»<sup>71</sup> para boicotear la posibilidad de que se constituyese un ejecutivo de izquierdas entre el Partido Socialista Obrero Español, Unidos Podemos y otros partidos nacionalistas de la periferia en el año 2016. La fórmula resultó del gusto tanto del Partido Popular como de Ciudadanos, y varios de sus integrantes la emplearon con posterioridad<sup>72</sup>.

Es urgente que en España se supere esa aversión a la gestión auto-compositiva de los conflictos, máxime cuando se trata de conflictos de tipo político. En un Estado democrático de derecho, los conflictos políticos debieran gestionarse por vías negociadas y no a través de la imposición. Se requiere un profundo cambio en el imaginario colectivo para que se entienda de forma generalizada que la polarización de las posturas, el desgarró social y el enfrentamiento entre vecinos (o compatriotas) perjudican a todos mucho más –también a quienes imponen su voluntad– que la cesión, el acuerdo y el entendimiento mutuo. En lugar de jalearse a las fuerzas encargadas de aplicar la ley, animándoles a entrar a sangre y fuego en Cataluña con el fin de reprimir una protesta cívica, los integrantes de la nación hegemónica debieran presionar a sus representantes políticos para que abordasen este conflicto de una manera dialogada. Eso demostraría la existencia de una ciudadanía madura y democrática.

---

de octubre de 2017» (*La Razón*, «El mediador, una traición a España», *La Razón*, 5 de febrero de 2019).

<sup>71</sup> EFE, «Rubalcaba: un acuerdo con Podemos sería una “investidura frankenstein”», *El Diario*, 13 de julio de 2016.

<sup>72</sup> Entre otros, puede citarse a Mariano Rajoy (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 126, 31 de mayo de 2018), Rafael Hernando (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 127, 1 de junio de 2018), Inés Arrimadas (*ABC* 2018) o Albert Rivera (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 2, 22 de julio de 2019).

Las teorías del castigo rehabilitadoras:  
una reconsideración crítica

*Rehabilitationist Theories of Punishment:  
A Critical Reappraisal*

Por JUAN MANUEL PÉREZ BERMEJO<sup>1</sup>  
Universidad de Salamanca

**RESUMEN**

*Las teorías del castigo rehabilitadoras son aquellas que justifican el castigo si este es un medio idóneo para corregir, reeducar o reformar al delincuente. Persiguen obtener del delincuente un cambio in foro interno, un «yo» renovado o distinto al que cometió el delito. En su clasificación, estas teorías ya no pueden reducirse a las teorías prospectivas asociadas a la etiqueta «prevención especial», porque han penetrado en el área propia de las teorías retribucionistas y mixtas. Esta expansión invita a reflexionar sobre los problemas morales y normativos de los que adolecen, y sobre sus difíciles relaciones con principios morales elementales de un Estado liberal como libertad, autonomía y equidad.*

Palabras clave: *castigo, rehabilitación, prevención, arrepentimiento, autonomía.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, AEI y FEDER. Su contenido revisa y reelabora la ponencia que presenté en el XVI Seminario Internacional sobre Filosofía del Derecho y Derecho Penal, celebrado en León en julio de 2015. Agradezco a sus asistentes los comentarios y sugerencias que me formularon, y, en especial, a los profesores J. A. García Amado y M. Díaz y García-Conlledo por su invitación.

## ABSTRACT

*Rehabilitationist theories of punishment define criminal punishments as fitting means in order to correct, reeducate or reform the wrongdoer. Their goal is to obtain an internal change in the criminal, a new personality that should overcome the old one. These theories cannot be constrained anymore within the label «preventionism», because they are now visible in retributivist and mixed theories of punishment. This expansion should invite us to reconsider the moral and normative problems attached to these theories, as well as their difficult relationships with elementary moral principles in any liberal state, such as liberty, autonomy and fairness.*

Keywords: *punishment, rehabilitation, prevention, repentance, autonomy.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. TEORÍAS REHABILITADORAS PREVENCIÓNISTAS, RETRIBUCIONISTAS Y MIXTAS. 2.1 *Teorías rehabilitadoras clásicas.* 2.2 *Teorías rehabilitadoras contemporáneas.* 2.2.1 El retribucionismo penitencial. 2.2.2 Las teorías restaurativas. – 3. LA REHABILITACIÓN PENAL: PROBLEMAS PERSISTENTES. – 4. BIBLIOGRAFÍA

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. REHABILITATIONISM IN PREVENTIONIST, RETRIBUTIVIST AND MIXED THEORIES. 2.1 *Classical rehabilitationist theories.* 2.2 *Contemporary rehabilitationist theories.* 2.2.1 Penitential retributivism. 2.2.2 Restorative theories. – 3. REHABILITATION IN CRIMINAL LAW: SOME PERSISTENT PROBLEMS. – 4. BIBLIOGRAPHY.

## 1.- INTRODUCCIÓN

Existe un entendimiento ordinario de etiquetas como «rehabilitacionismo» o «finalidad rehabilitadora» del castigo que puede reconocerse como fiable y consolidado. Sin embargo, ya no resulta habitual distinguir un grupo de doctrinas o concepciones del castigo con el rótulo «teorías rehabilitadoras». Los listados clásicos de teorías del castigo no lo incluyen, y su terreno de juego parece del todo delimitado por teorías retribucionistas, prevencionistas o mixtas. Por eso resulta conveniente formular desde el principio el sentido que atribuimos a la expresión «teoría del castigo rehabilitadora», aunque su significado no resulte sorprendente. Llamaré teoría rehabilitadora a aquella que vincula o condiciona la justificación del castigo y el diseño de su forma y cuantía a la satisfacción de un compromiso de reeducación, corrección o reforma del condenado. En otras palabras, una teoría rehabilitadora

define el castigo justificado como aquel que persigue un cambio en el foro interno del castigado suficiente para asimilarlo a los demás ciudadanos y retirar los juicios de reprochabilidad o peligrosidad que pudieran pesar sobre él. Se trataría de obtener un «yo» renovado y diferenciable de aquel que cometió el delito en el pasado.

Podría observarse que lo que he llamado teorías rehabilitadoras es en realidad un trasunto de un tipo muy reconocido de teorías del castigo: las teorías de la prevención especial positiva. Sin embargo, creo que el instrumento teórico que he delimitado posee un significado más amplio y transversal. De hecho, la primera tesis que defiendo en este ensayo es que el ideal de la rehabilitación se ha expandido hasta penetrar profundamente en el territorio de las teorías del castigo mixtas o incluso retribucionistas.

Trataré de ilustrar esta idea en el siguiente epígrafe, que posee un carácter histórico y descriptivo. En él distinguiré entre teorías rehabilitadoras clásicas, que son las asociadas con la prevención especial positiva, y teorías rehabilitadoras contemporáneas, más bien ligadas a escuelas supuestamente retribucionistas o mixtas. Los dos grupos se diferencian por modular de distinta forma el cambio *in foro interno* del delincuente al que se compromete cualquier modelo rehabilitador. Las teorías clásicas aspiran en general a que el condenado experimente un cambio psicológico y volitivo; se trata de que la voluntad del individuo se convierta en una voluntad poco o nada propensa a la comisión del delito. Cuando examinamos si la pena ha sido o no exitosa en su tarea rehabilitadora, formulamos un juicio prospectivo, porque el análisis consiste esencialmente en la previsión de si el individuo reincidirá o no. Las teorías contemporáneas, sin embargo, exigen un cambio moral fundado en el arrepentimiento y la condena moral al delito cometido. Estas teorías tienen también una dimensión prospectiva, pero los exámenes sobre la rehabilitación son fundamentalmente retrospectivos: el análisis consiste en comprobar si, al enfrentar al individuo con su pasado, este se ha comportado como lo haría un agente moral característico, y ha observado reacciones de arrepentimiento y pesar.

La segunda tesis que defiendo se infiere de la primera: la expansión del rehabilitacionismo a la que acabo de referirme aviva la necesidad de reformular las críticas que merece. Trataré de satisfacer esta demanda en el tercer epígrafe. Este posee ya un carácter crítico o normativo, y presume que el rehabilitacionismo penal es moralmente rechazable y se enfrenta con algunos principios medulares del derecho penal contemporáneo. Es posible que este segundo propósito se juzgue repetitivo, porque el ideal rehabilitador, de forma variable, ya ha sido objeto de debate y controversia por la criminología y el derecho penal<sup>2</sup>. Sin embargo, creo que la complejidad y diversidad de las teorías rehabilitadoras exige una reconsideración de dichas críticas. Es posible que buena parte de ellas hayan sido ya

---

<sup>2</sup> Sirvan de ejemplo las críticas que, en los 70 y 80, los partidarios de un modelo «proporcionalista» de determinación de las penas dirigieron contra los modelos rehabilitadores o «individualizadores».

esbozadas. Pero, en primer lugar, muchas tenían un carácter meramente empírico, y no moral; y, en segundo lugar, a la vista de la expansión ya aludida, puede sospecharse que, bien no fueron formuladas con la claridad suficiente, bien han quedado algo desdibujadas con el tiempo.

Cuando menos, partidarios y detractores deberían compartir la idea de que las teorías rehabilitadoras exigen hoy una mayor reflexión a la luz de una paradoja evidente: el ideal rehabilitador ha disfrutado durante decenios de un reconocimiento masivo en la ley, la doctrina y la jurisprudencia; sin embargo, los instrumentos penitenciarios supuestamente habilitados para su logro parecen haberse mostrado pertinazmente ineficaces. En efecto, es común interpretar que el artículo 25,2 de nuestra Constitución consagra una teoría rehabilitadora como la que hemos descrito, porque los términos «reinserción o reeducación» y «rehabilitación» debieran interpretarse como sinónimos<sup>3</sup>; el artículo 83,1 apartado 9 del Código Penal de 1995 permite al juez imponer los deberes que «estime convenientes para la rehabilitación social del penado»; el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional recurren habitualmente a la reinserción y la rehabilitación para justificar figuras penales diversas, como, por ejemplo, la prescripción de los delitos<sup>4</sup>. Ahora bien, el medio de rehabilitación privilegiado para las teorías rehabilitadoras europeas –en especial para delitos graves– ha sido tradicionalmente la prisión<sup>5</sup>; y, sin embargo, es muy dudoso que la cárcel pueda ser hoy descrita en España como un centro de rehabilitación<sup>6</sup>. Esta disonancia entre los principios rehabilitadores y sus supuestos mecanismos de aplicación penitenciaria compromete a uno o incluso los dos elementos en discordia; en este artículo me detendré en los inconvenientes que pesan sobre los principios rehabilitadores.

<sup>3</sup> En realidad, esta interpretación es dudosa. J. Córdoba Roda subraya que el legislador constitucional excluyó fórmulas más claras de sancionar esta equivalencia, como «la que resultaría de afirmar que las referidas sanciones deben estar orientadas a que el sujeto se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles». Además, el texto no proclama que el fin de la sanción sea la reinserción, sino que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad *estarán orientadas hacia* la reeducación y reinserción social». CORDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución española de 1978», *Revista de Sociología*, 13 (1980), pp. 133 y 139 (cursivas mías).

<sup>4</sup> La STC 63/2005 de 14 de marzo sostiene que, después del plazo de prescripción, es imposible cumplir las finalidades de prevención especial y general, y ya no tiene sentido penar a quien ha sido «posiblemente transformado en otra persona». Repite esta idea el TS en, por ejemplo, la STS 803/2009 de 17 de julio.

<sup>5</sup> CID, J., y LARRAURI, E., «Penas alternativas y delincuencia violenta», en J. Cid y E. Larrauri (eds.), *La delincuencia violenta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 25. La escuela de Von Liszt era partidaria de eximir de pena de prisión a los delitos menos graves porque, si el tiempo de permanencia es escaso, no es posible alcanzar el fin rehabilitador del castigo, que confiaba a la cárcel. VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, Granada, Comares, pp. 88-89.

<sup>6</sup> Me limitaré a aportar este indicio: en los ingresos de larga duración, el número de internos que ya habían ingresado antes era en 2017 del 73,6%. Véase Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica: *Documentos penitenciarios*, 16, «La estancia en prisión: consecuencias y reincidencia», p. 52.

Finalmente, para evitar malentendidos, sostendré que el deber del Estado de facilitar la reinserción de los presos una vez cumplida su pena es una obviedad que ninguna teoría del castigo rechazaría: si hay un colectivo que puede describirse fácilmente como desfavorecido o propenso a caer en trampas de pobreza es el de quienes han cumplido una condena penal. Cuestión distinta es afirmar que es la pena quien debe obrar esta reinserción. En segundo lugar, que el Estado debe atacar preventivamente las causas y condiciones del delito es otra obviedad moral y política a la que ninguna teoría del castigo sensata presentaría objeciones. Sin duda, la administración judicial y penitenciaria es una informadora especialmente cualificada en torno a lo que se debe hacer al respecto. Ahora bien, cómo elevar el nivel educativo y cívico, corregir las desigualdades y combatir la marginalidad o la exclusión son tareas propias de otros departamentos e instrumentos políticos, pero no de la administración penitenciaria o del castigo penal.

## 2. TEORÍAS REHABILITADORAS PREVENCIÓNISTAS, RETRIBUCIONISTAS Y MIXTAS

De acuerdo con el plan antes trazado, me ocuparé en primer lugar de las teorías rehabilitadoras clásicas y después de las contemporáneas. Esta panorámica no podrá tener el carácter de estudio pormenorizado, sino de mera selección y síntesis de las tesis más idiosincrásicas.

### 2.1 Teorías rehabilitadoras clásicas

Para exponer las notas de este grupo de teorías, y sin tiempo para desarrollar un amplio catálogo, he tomado como hilo conductor una teoría de mediados y finales del siglo XIX: la teoría correccionalista de Karl Röder. La he elegido por la nitidez con la que expresa dichas notas y por su influencia en la doctrina española. Por esta segunda razón, completaré las referencias a Röder con alusiones a Concepción Arenal y, en menor medida, a Dorado Montero. Esta elección precisa de dos aclaraciones. En primer lugar, denominar estas teorías como clásicas y representarlas mediante autores lejanos en el tiempo no impide que, en las últimas décadas, se hayan propuesto diversas doctrinas que se ajustan a sus caracteres esenciales<sup>7</sup>. En segundo lugar, la

---

<sup>7</sup> Podría aludirse aquí a una larga lista de escuelas y desarrollos más o menos contemporáneos o actuales: a) La llamada «nueva defensa social» (ANCEL, M., *La defensa sociale nouvelle*, París, Cujas, 1954) podría encajar en esta muestra. b) *La therapeutic jurisprudence* o teoría terapéutica del derecho (WEXLER, D., *Rehabilitating Lawyers: Principles of Therapeutic Jurisprudence for Criminal Law Practice*, Durham, Carolina Academic Press, 2008). c) Las llamadas teorías de la educación moral o *moral education theories of punishment*. d) Otras huellas se manifiestan hoy

alusión a los tres autores mencionados no es inconsciente de las diferencias de relieve que los separan. Por insinuar alguna, Röder sustenta su obra sobre la filosofía idealista derivada de Krause, lo que explica su descripción del delito como un «desorden» que perturba la «armonía del organismo» del individuo y, con ello, de todo el Estado<sup>8</sup>. Concepción Arenal es sin duda una autora correccionalista fuertemente inspirada por el krausismo; pero, mientras algunos intérpretes ponen el acento en sus influencias clásicas y platónicas<sup>9</sup>, otros subrayan su cientifismo<sup>10</sup>. Por último, Dorado Montero, algo posterior en el tiempo, recibió una influencia muy acusada de la escuela positiva italiana, pero extrañamente combinada con un fuerte débito por el krausismo.

Como mencioné antes, con la etiqueta «teorías rehabilitadoras clásicas» me refiero a la mayor parte de las doctrinas o concepciones normalmente identificadas como teorías de la prevención especial positiva. Es característico de estas teorías justificar el castigo desde un imperativo de curación o de cambio *in foro interno* en el delincuente. Este cambio se interpreta en un sentido psicológico y prospectivo: se trata de que la voluntad del individuo se convierta en una voluntad poco o nada propensa a la comisión de un nuevo delito. Presumiblemente, la mejor forma de obtener este cambio en la voluntad y las inclinaciones del delincuente es mediante su arrepentimiento y su conversión moral; el individuo proclama así el rechazo de su vida pasada, y se muestra impulsado a obrar de otro modo y redirigir su voluntad. Sin embargo, el rehabilitacionismo clásico no identifica la rehabilitación con el arrepentimiento o la conversión moral. En el caso de Karl Röder, porque estos últimos son insuficientes. Es posible que el arrepentimiento, por enfáticamente que se manifieste, no haya penetrado suficientemente en la esfera motivacional del individuo, y el peligro de reincidencia permanezca<sup>11</sup>. También es posible que el delincuente esté lejos de ser un individuo inmoral o corrompido, e incluso pueda ser descrito como una persona de principios; sin embar-

---

en la práctica jurisprudencial (sobre todo en Estados Unidos) no de forma genérica, sino aplicada a algunos delitos, fundamentalmente la violencia doméstica y de género y el tráfico o consumo de drogas. Aludo a tribunales especializados en algún delito en particular y autorizados a seleccionar a algunos delincuentes para enrostrarlos en un programa rehabilitador. De los supuestos c) y d) me ocuparé después.

<sup>8</sup> RÖDER, K., *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, Wiesbaden, Julius Wiener Verlagshandlung, 1867, p. 97.

<sup>9</sup> MORENO CASTILLO, A., *De Platón a Concepción Arenal*, Vigo, Editorial Académica del Hispanismo, 2018, p. 209.

<sup>10</sup> Arenal «echa suficiente agua al vino del correccionalismo para no desvariar por el camino de la utopía». ANTÓN ONECA, J., «La teoría de la pena en los correccionistas españoles», *Estudios jurídico-sociales: homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Vol. II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 1020.

<sup>11</sup> Las medidas penitenciarias deben prolongarse «mientras haya grandes probabilidades de reincidencia, para lo cual las primeras señales de arrepentimiento no pueden ser en absoluto suficientes». RÖDER, K., *Die herrschenden Grundlehren...*, cit., p. 75.

go, cabe que actúe con ligereza o debilidad, o «por interpretaciones erróneas de sus derechos... como ocurre en los delincuentes políticos». Y, en estos casos, el delincuente debe ser igualmente sometido a medidas de corrección<sup>12</sup>. En C. Arenal, la rehabilitación tampoco equivale al arrepentimiento o la conversión moral, aunque por distintas razones: porque generalizar esta meta le parece demasiado ambicioso, y en derecho podemos conformarnos con una obediencia al derecho más bien externa<sup>13</sup>. Podemos considerar rehabilitado a un delincuente que, aunque no arrepentido o moralmente transformado, garantice su no reincidencia porque lo hayamos apartado definitivamente de las circunstancias que lo impulsaban a delinquir, o por un mero aborrecimiento del delito, tal vez ligado a un planteamiento egoísta y a un deseo de eludir problemas con la justicia. En suma, la rehabilitación es prospectiva y volitiva; es prospectiva porque equivale a una previsión de no reincidencia, y es volitiva porque aspira a forjar una voluntad inclinada a obedecer el derecho y renuente a cometer nuevos delitos.

A esta presentación del rehabilitacionismo clásico pueden añadirse las siguientes notas.

En primer lugar, los autores de la escuela correccionalista se hallaban influidos por el cientifismo propio de la época. Esta influencia se percibe en las continuas analogías entre pena y medicina o administración de la pena y tratamiento médico. También se constata en la demanda de que el éxito de la terapia sea verificado y experimentado empíricamente como condición necesaria para su conclusión; para Röder, la pena finaliza únicamente cuando el delincuente es puesto a prueba en la vida social y exhibe su resistencia al delito<sup>14</sup>. Ahora bien, este rasgo es más interesante porque permite explicar la relativización del concepto de culpabilidad por el delito. Como es sabido, las ideas de culpabilidad, reprochabilidad o responsabilidad quedan desdibujadas si se adopta una presunción determinista de la conducta. Si el delito se describe como la consecuencia ineluctable de una serie de concausas (la pobreza, el analfabetismo, la marginalidad social o algún desorden

<sup>12</sup> RÖDER, K., *ibidem*, p. 126

<sup>13</sup> Arenal traza una distinción interesante entre los conceptos de corrección y enmienda. La enmienda implica «honradez moral», «arrepentimiento» y «cambio de pensamiento»; la corrección es, simplemente, evitar el mal. El derecho se conforma con la mera corrección. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895, p. 209. «Para educar al hombre, para corregirlo... se le supone más propenso que realmente está a dejarse guiar por la razón. Hay que confiar menos en ella que en el impulso espontáneo. Que huya del mal más por el disgusto que le supone que por el prejuicio que le causa». *El derecho de gracia ante la justicia*, Madrid, La España Moderna, 1900, p. 216

<sup>14</sup> «El efecto de la pena, como el de una medicina, solo puede conocerse de forma segura mediante ensayo y experimento». *Die Herrschenden Gundlehren...*, cit., p. 106. «La única garantía firme y válida de curación... ha de buscarse en la libertad condicional en medio de la sociedad y su tráfico». *Ibidem*, p. 116. Que la libertad condicional se llame en inglés *probation* se explica desde este planteamiento.

fisiológico), nuestros juicios de reprochabilidad o culpabilidad se asentarán sobre una presunción falsa de libertad y autonomía, y resultarán infundados. La mentalidad científica, traducida en la comprensión de que los sucesos y las acciones humanas son efecto necesario de una serie de causas, impone una actitud de indulgencia que se expresa en una célebre frase atribuida a Tolstoi: «comprenderlo todo es perdonarlo todo»<sup>15</sup>. La escuela positivista italiana tendía a subrayar la idea de que eran muchos los criminales determinados a la comisión de delitos<sup>16</sup>. Pese a la influencia de la escuela italiana en algunos de sus miembros, como Dorado Montero<sup>17</sup>, se puede afirmar que la escuela correccional no profesa una metafísica determinista, y confía en la perfectibilidad humana o la posibilidad de que el individuo pueda mejorar moralmente pese a las limitaciones del medio físico y social<sup>18</sup>. Sin embargo, estos autores también declaran que, en muchos casos, y de forma variable, el delincuente se halla fuertemente influido por el medio social, así como por debilidades o malformaciones de su voluntad. Si no de determinaciones, sí es posible hablar en muchos casos de fuertes estímulos y condicionantes<sup>19</sup>. Esta premisa ayuda a comprender que el concepto de culpa, entendido como reprochabilidad por la acción antijurídica, carezca de un carácter fundamental a la hora de explicar el sentido y la cuantía de la pena. Para C. Arenal, tiempo (de pena) y culpa son dos

<sup>15</sup> Más claramente, el «fatalismo» llevaba a Diderot a sentenciar: «las recompensas no son más que ilusiones de las gentes bienintencionadas, mientras que los castigos no expresan más que el miedo de los mezquinos». DIDEROT, D., *Jacques el fatalista*, Madrid, Santillana, 2008, p. 229.

<sup>16</sup> El determinismo de la primera escuela positivista italiana era de carácter fisiológico. En la obra de LOMBROSO, C. (*L'uomo delinquente*, Torino, Fratelli Bocca, 1884) presentan una gran importancia Darwin y su concepto de «atavismo». La segunda escuela italiana, influida por el marxismo, comprendía el delito como un fenómeno biosociológico, de modo que, además de las determinaciones fisiológicas, habrían de considerarse las de tipo social y económico. FERRI, E., *Sociología criminal*, Madrid, Centro Editorial Góngora, s/a, vol. I, p. 145. Para este autor, la creencia en el libre albedrío es «una ilusión de la observación psicológica subjetiva». *Ibidem*, II, p. 3.

<sup>17</sup> Dorado «acepta del positivismo la idea de que la libertad es una pura ilusión». Los actos humanos no son libres, sino que fluyen «de los componentes químicos del ser». Sin embargo, «coincide Dorado con el correccionalismo en todo lo demás». RAMOS PASCUA, J. A., «El positivismo jurídico en España: Don Pedro Dorado Montero», *AFD*, XII, 1995, p. 530.

<sup>18</sup> «El hombre es algo más que una máquina movida por resortes materiales». RÖDER, K., *Zur Rechtsbegründung des Besserungstrafe*, Heidelberg, 1846; cito por «Fundamento jurídico de la pena correccional», *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, trad. Vicente Romero, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1874, p. 157.

<sup>19</sup> Röder, K. (*ibidem*, p. 164) subraya el condicionamiento social, y la necesidad de que el tratamiento penal separe al preso de su medio social y familiar. C. Arenal suele ser reacia a hablar de causas determinantes, pero admite causas «predisponentes», y que, posiblemente, en circunstancias más favorables, el delincuente no hubiese delinquido. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, I, p. 123. Tampoco faltan en su obra opiniones más cercanas al determinismo estricto: «¿Qué significan las vicisitudes del pueblo que habita en los mismos lugares... sino que la moral y la inteligencia del hombre están sujetas a fatalidades físicas?». *Ibidem*, cap. 3 («Influencias que recibe el hombre independiente de su voluntad»).

conceptos demasiado disímiles para vincular uno y otro<sup>20</sup>. Para Röder, no se responde tanto por la acción cometida en el pasado como por la posesión de una voluntad propensa a desobedecer el derecho; por eso, cuando esta voluntad es enmendada, cualquier culpa del pasado debe interpretarse como extinguida<sup>21</sup>.

La segunda nota es relativa a la justificación del *ius puniendi* o del derecho a castigar del Estado. Para estos autores, dicha justificación se halla en la prevención: el Estado está sin duda legitimado para proteger sus valores básicos; si ello es cierto, estará también legitimado para servirse del instrumento que se juzga más eficaz en el logro de este propósito, que es la reforma y la corrección de quienes hubieran mostrado inclinación a delinquir<sup>22</sup>. Ahora bien, si el Estado debe reformar y corregir a los delincuentes, el derecho penal y penitenciario defenderá una serie de políticas que podrán calificarse de paternalistas: aunque los delincuentes hayan optado voluntariamente por una vida orientada al crimen y al delito, el Estado podrá impedirles dicha elección, y tratarles como a menores incapaces de elegir bien, y a los que se ha de enseñar a hacerlo correctamente. Ninguno de estos autores oculta esta consecuencia. Röder, por ejemplo, afirma que los delincuentes sometidos por el Estado, aunque naturalmente adultos, pierden para el derecho su condición de mayores de edad<sup>23</sup>; por eso la terapia en la que, como veremos, consiste el castigo puede y debe ser impuesta por el Estado, a diferencia de la terapia voluntaria de los pacientes de hospital<sup>24</sup>. Este paternalismo parecerá más justificado cuanto más nos acerquemos a tesis deterministas, o aceptemos el condicionamiento del delincuente por el medio. Sin embargo, aunque se nos demostrara que el delincuente no se vio condicionado por su medio y eligió libremente delinquir, aun así, el Estado estaría legitimado para imponer de modo paternalista estas medidas de corrección y reeducación. Como explica Concepción Arenal, el deber del médico es siempre curar la enfermedad, y que el enfermo se haya expuesto

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, cap. VIII («De la duración de las penas»).

<sup>21</sup> RÖDER, K., *Zur Rechtsbegründung*, cit., p. 176.

<sup>22</sup> C. Arenal asume conscientemente una ética teleológica: «Lo justo es útil, y la utilidad fuera de la justicia es engañosa». ARENAL, C., *Cartas a los delincuentes*, Librería de Victoriano Suárez, 1894, p. 173.

<sup>23</sup> RÖDER, K., *Die herrschenden Grundlehren...*, cit., p. 99. El reo ha de ser penado «lo mismo que el niño a quien, en caso de necesidad, se obliga a ir a la escuela». *Ibidem*, p. 122. Identifica delincuente y «ser moralmente inferior» en *Die Verbesserung des Gefängniswesens mittels der Einzelhaft*, Prag, 1857; cito por «Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento», *Estudios sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, cit., p. 192. «En último término, es verdaderamente necia esta objeción [de paternalismo]: que solo el mismo criminal, el más falto de instrucción, puede determinar lo que es necesario para su enmienda». *Zur Rechtsbegründung...*, cit., p. 180.

<sup>24</sup> El derecho de tutela del Estado le permite inculcar a los adultos una «post-educación»: *ibidem*, pp. 160-161.

temerariamente a esta resulta irrelevante<sup>25</sup>. En general, ninguno de estos autores cree que este paternalismo penitenciario ofenda los principios de libertad y autonomía; suspender la libertad del individuo con el fin de enseñarle a que sea capaz de usarla parece ajustarse a la conocida fórmula rusioniana «quien desobedezca la voluntad general... será obligado a ser libre»<sup>26</sup>.

En tercer lugar, el proceso de corrección en el que consiste el castigo aspira a un cambio o incluso una transformación de la estructura psicológica del individuo. Se trata de redirigir sus inclinaciones psicológicas, sus estímulos y motivaciones, de forma que su propensión a realizar acciones reprochables se desvíe de forma socialmente conveniente. Röder llega incluso a hablar de un cambio en la naturaleza misma del individuo, y ello porque es preciso lograr que el derecho y el respeto hacia la ley se conviertan en su segunda naturaleza<sup>27</sup>. Dado que hablamos de una corrección de una parte de la naturaleza del delincuente, esta ha de ser interpretada como una acción terapéutica o curativa. Este carácter terapéutico entraña una consecuencia crucial para la filosofía del castigo: si la pena es un tratamiento curativo, este no puede ser considerado un mal, ni siquiera un castigo, sino una acción benigna. Si por castigo interpretamos sanciones negativas o medidas desagradables o perjudiciales para el individuo, en ese caso estas teorías pueden ser calificadas de abolicionistas o, en todo caso, partidarias de un derecho penal no represivo, y ello porque, desde su punto de vista, las consecuencias jurídicas que el derecho penal prevé han de ser reputadas como beneficiosas o curativas para el delincuente<sup>28</sup>.

En cuarto lugar, la naturaleza, intensidad o duración de las sanciones no puede estar sujeta a instrucciones generales y precisas previstas en la ley. En su lugar, y con distintos matices, estos autores tienden a un cierto particularismo. La razón se halla en la nota anterior: el derecho penal no administra castigos en sentido estricto, sino más bien terapias o tratamientos, y, por tanto, su duración e intensidad dependerán de cada paciente y su evolución. Así, en lo que se refiere a su duración, las sanciones son finalistas, aspiran a la sanación del reo y, lógicamente, solo debieran concluir tras su curación. Por supuesto, no es posible predeter-

---

<sup>25</sup> *Estudios penitenciarios*, I, cit., p. 261.

<sup>26</sup> ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social*, París, Gallimard, 1964, p. 186.

<sup>27</sup> *Die herrschenden Grundlegen*, cit., pp. 120-121.

<sup>28</sup> Röder admite que, en un principio, la terapia puede resultar negativa o desagradable para el reo; de hecho, puede ser tan amarga y desagradable como al principio es para un niño la medicina que se le administra. Sin embargo, el paso del tiempo y la mejoría experimentada le harán concluir que, frente a lo que pensaba, el tratamiento es beneficioso. RÖDER, K., *ibidem*, p. 117, nota a pie. En cuanto a su abolicionismo, Röder elogia una obra del penalista holandés Moddermann de título expresivo: *La pena no es ningún mal* (Amsterdam, 1864). Dorado apostaba por la supresión de la palabra «pena», insatisfactoria incluso añadiéndole el predicado «correccional»; en su lugar, eran preferibles otras expresiones como «medidas adecuadas al fin educativo». DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1907, pp. 476-477.

minar el tiempo exacto de duración de la pena en la ley: esta podrá incluir una franja u horquilla espaciosa, pero que podrá ser enmendada en cada caso particular. Sin embargo, tampoco la sentencia del juez podrá precisar definitivamente el monto de la sanción. Cada individuo, como cada paciente, delimita un caso y un contexto particular que no puede ser subsumido dentro de previsiones inamovibles. El juez, como el médico, empezará el tratamiento mediante un plan provisional, pero siempre contará con la libertad de ir modulando o modificando el mismo en función de los resultados<sup>29</sup>. En lo que se refiere a la modalidad del castigo, estos autores juzgan necesario separar a los individuos del medio social e incluso geográfico que, como explicamos en la primera tesis, contribuyó a la comisión del delito. Por eso, suelen mostrarse hostiles a la cárcel o la prisión, descrita por Röder como una escuela del crimen en la que solo se aprenden vicios y delitos. Fiel a esta idea, este autor prescribe un régimen de aislamiento, rotulado a veces como «modelo celular de internamiento», en el cual el interno se abstendría de todo contacto con otros delincuentes y solo se relacionaría con sus terapeutas y aquellas visitas que no le resultarían dañosas<sup>30</sup>.

Obviamente, podrá aducirse que no todos los delincuentes pueden ser objeto de mejora o, por seguir la lógica de estos autores, que habrá un buen número de delincuentes incurables cuya malformación psicológica esté demasiado arraigada y no pueda ser corregida. Autores como Röder o C. Arenal, ajenos a un determinismo fisiológico estricto, son optimistas en torno a la posibilidad de que, si no una curación completa, siempre pueda obtenerse una mejoría en el delincuente, por pequeña que sea. La imposibilidad de obtener el todo, es decir, curaciones completas, no debe hacernos renunciar a obtener una parte, es decir, una mejoría o un alivio en la situación del delincuente<sup>31</sup>. Otros menos optimistas, como Dorado Montero, admiten la posibilidad de que, en algunos casos, la corrección sea imposible, lo que les conduce a sostener la necesidad de internamientos permanentes<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> DORADO MONTERO, P., *ibidem*, pp. 482. RÖDER, K., *ibidem*, pp. 128-131. C. Arenal es también partidaria de la individualización, sobre todo atendiendo a la etiología del delito y al curso del tratamiento. *Estudios penitenciarios*, capítulos VIII y IX.

<sup>30</sup> RÖDER, K., *Die Verbesserung...*, cit., pp. 183-250. Un precursor de esta idea es HOWARD, J., *The State of the Prisons in England and Wales*, Cambridge, Cambridge University Press (en adelante UP), 2014 (reproduce la versión de 1789), Section III.

<sup>31</sup> RÖDER, K., «Suponer en el hombre absoluta incorrección, negarle la capacidad de perfeccionarse, es dar un impío mentís a la obra del Creador». *Zur Rechtsbegründung...*, cit., p. 177. Para C. Arenal, todo delincuente «por regla general es susceptible de corrección, y aun de enmienda». ARENAL, C., *Cartas a los delincuentes*, cit., pp. 289-290.; *Estudios penitenciarios*, I, cit., p. 241. Solía repetir que no hay «incoregibles», sino «no corregidos».

<sup>32</sup> DORADO MONTERO, P., *El derecho protector de los criminales*, cit., p. 480.

## 2.2 Teorías rehabilitadoras contemporáneas

Las teorías que llamo contemporáneas no se distinguen tanto por que hayan sido propuestas recientemente, sino por apartarse de las clásicas en algunos aspectos relevantes. Así, en primer lugar, estas teorías aspiran a obtener un cambio moral en el individuo. Este cambio significa que el delincuente reconoce que ha causado un mal, y expresa las reacciones que presumimos características de un agente moral cuando reconoce que ha obrado mal: arrepentimiento, solicitud de perdón y aceptación de medidas reparadoras o restauradoras. En segundo lugar, estas teorías no responden a una interpretación puramente prevencionista o prospectiva; de hecho, se trata más bien de teorías mixtas e incluso de teorías retribucionistas: la actitud que se examina es la que se proyecta sobre el pasado, en concreto los sentimientos morales que experimenta el delincuente al enfrentarse con su acción culpable.

Describiré en primer lugar las teorías retribucionistas que mejor responden a estas coordenadas, a las que me referiré como «retribucionismo penitencial». Después, aludiré sucintamente a las teorías mixtas más representativas, y que responden a la etiqueta «justicia restaurativa».

### 2.2.1 EL RETRIBUCIONISMO PENITENCIAL

El retribucionismo se presenta como una forma austera de responder a la pregunta «¿por qué castigar?»; en lugar de condicionar la respuesta al cumplimiento de una o varias finalidades, su respuesta es que, simplemente, tenemos el deber moral de castigar a quien infringe los valores morales más importantes. Se supone que aspiramos a relacionarnos con los demás de una forma moral, y, en ese caso, el castigo es un elemento intrínseco de las relaciones que podemos llamar morales. Ocurre en cualquier práctica moral que, si alguien nos ofende gravemente, debe estar dispuesto a afrontar que le expresemos nuestra censura o reproche, y que este se plasme en una serie de medidas más o menos lesivas: la interrupción de relaciones, la no cooperación, etc. Sin embargo, cuando hablamos de castigos penales, este planteamiento tropieza con un grave problema: el castigo es, sin duda, un mal que puede llegar a ser especialmente aflictivo y doloroso, y consistir en la supresión o el menoscabo de derechos fundamentales del individuo. ¿Por qué debemos expresar nuestra censura o nuestro reproche mediante la comisión de un mal tan intenso? ¿No podríamos expresar nuestra censura de otro modo o, simplemente, limitarnos a enunciarla?<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Como se pregunta SCANLON, T., ¿por qué no probamos a expresar nuestra censura con un ramo de flores o, tal vez, de malas hierbas? «The Significance of Choice», en S. McMurrin (ed.), *Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1988, p. 214.

El retribucionismo penitencial asume plenamente la idea de que la aplicación del castigo es una práctica moral entre individuos libres y responsables. Por ello, sus exigencias han de equivaler a las que sostenemos con quienes participan en cualquiera de nuestras prácticas morales, públicas o privadas, pero vulneran sus reglas o sus valores, como puede ser, por ejemplo, el caso de un hijo o un amigo cuando su conducta nos decepciona y nos parece reprochable. Y, ¿qué es lo que les exigimos en estos casos? ¿Qué actitud les demandamos por parecernos la moralmente correcta? Según estos autores, lo que reclamamos de quienes atacan los valores de nuestras prácticas es un conjunto de tres reacciones inseparables y que podemos llamar «actitudes penitenciales»: 1) Arrepentimiento. 2) Solicitud de perdón. 3) Aceptación de una serie de acciones reparadoras y restauradoras encaminadas a demostrar la sinceridad de su actitud y su voluntad de recuperar su condición de partícipe fiable de la práctica. Si esta es la reacción moral correcta, la que la moral demanda de quienes nos decepcionan y vulneran nuestros valores compartidos, esta ha de ser también la reacción que debemos exigir de nuestros delincuentes, y por eso tenemos razones para exigir y esperar de ellos su disposición a aceptar una serie de medidas reparadoras o restauradoras a las que podemos llamar castigos<sup>34</sup>.

En suma, la práctica de imponer un castigo ha de adecuarse a lo que prevemos que es un desarrollo moralmente correcto de la misma; y, en un desarrollo moralmente correcto, aspiramos a obtener arrepentimiento, perdón y alguna medida reparadora. Renunciar a la satisfacción de esta actitud penitencial no es moralmente voluntario para el derecho: supondría de algún modo consentir en el delito y, con ello, consumir una degradación moral. Al mismo tiempo, supondría desconsiderar moralmente al delincuente, que tiene derecho a la expectativa de ser tratado moralmente.

Este planteamiento podría merecer una primera réplica: puede que el delincuente rechace desde el principio arrepentirse o pedir disculpas. No solo eso: también podría negarse a participar en actividades o arreglos institucionales que pudieran propiciar esta actitud penitencial o su examen de conciencia: entrevistas con las víctimas, con psicólogos o educadores sociales, etc. Más gravemente aún, podemos incluso tropezarnos con delincuentes irredentos o endurecidos de los que podemos sostener una previsión cercana a la certeza de que no van a arrepentirse o disculparse nunca. ¿Qué sentido tiene vincular el castigo con las actitudes penitenciales en todos estos casos?

La primera respuesta de estos autores es que el delincuente tiene derecho a rechazar arrepentirse o participar en mecanismos alternativos

---

<sup>34</sup> «Sugiero que entendamos y justifiquemos el castigo penal como una especie de penitencia secular». «En ofensas serias, pedir disculpas exige algo más que una mera expresión verbal. Este es el tercer aspecto de la penitencia y del castigo penitencial: [la pena] constituye un tipo de disculpa poderoso y reforzado». DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford UP, 2001, pp. 106 y 109.

al proceso penal ordinario destinados a propiciar su arrepentimiento. Forzarlo a arrepentirse sería un exceso paternalista que violaría su libertad; además, el individuo podría verse tentado a mentir, a declarar un arrepentimiento que en realidad no siente<sup>35</sup>. Nos hallamos en un marco retribucionista que contempla la práctica humana como una práctica libre en la que el individuo asume responsablemente las consecuencias de sus acciones, y el Estado no puede aspirar a redirigir sus inclinaciones o forzar sus mecanismos psicológicos<sup>36</sup>. Por eso, el delincuente no está obligado a arrepentirse o decir que se arrepiente.

Pero, en ese caso, ¿dónde está la virtualidad de estos ingredientes penitenciales, sin los cuales, para estos autores, el castigo no está justificado? Se halla en la idea de que el Estado está obligado a intentar obtener del delincuente estas actitudes de arrepentimiento y de disculpa, porque son parte de una práctica moral correctamente desarrollada; el desarrollo del proceso y la presentación de los hechos probados son el instrumento fundamental con el que tratará de lograr este propósito. El Estado puede fracasar en su intento; muchas veces, será inevitable, puesto que la emisión sincera del arrepentimiento y la disculpa depende de una serie de estados y actitudes internas del delincuente que el Estado no puede manipular ni forzar. Sin embargo, el Estado habrá satisfecho sus deberes morales si le ha brindado al delincuente la oportunidad de expresar su arrepentimiento y su disculpa. De ese modo, el proceso penal y la administración del castigo son una especie de representación ritualizada de un proceso de generación de arrepentimiento y de petición de perdón que transcurre debidamente. Se trata de ritos, y en los ritos no se genera realmente el resultado, sino que este se representa o se evoca<sup>37</sup>. Los castigos se imponen «como si» el delincuente hubiese mostrado efectivamente

---

<sup>35</sup> «Un delincuente no debería estar bajo la presión psicológica de entrar en razón y ofrecer una disculpa en la que no cree... Un estado decente no debería poner a sus ciudadanos en situación de apartarse de sus creencias fundamentales por miedo a las consecuencias». BENNETT, C., «Replies to my Commentators», *Teorema*, vol. 31, 2012, p. 163.

<sup>36</sup> Como expresa Duff, «reformat» al delincuente «no es «re-formarlo», remodelarlo como un objeto al que diseñamos conforme a nuestros deseos». DUFF, A., *Punishment...*, cit., p. 108.

<sup>37</sup> El procedimiento de imposición de castigos es, para Bennett, C., un procedimiento «artificial y simbólico» que denomina *the apology ritual* o «ritual de arrepentimiento y disculpa»: «Los rituales son a menudo criticados por vacíos y formales, y ello porque no necesitan exigir actitudes «internas». Sin embargo, este vicio es en nuestro contexto su mayor virtud». *The Apology Ritual*, Cambridge, Cambridge UP, 2008, p. 154; 172 ss. También A. Duff define la aplicación del castigo como un «ritual de disculpa» en el que, si el delincuente cumple con su castigo, la comunidad puede presumir que ha obtenido de este las disculpas que solicitaba, y ello aun cuando, de hecho, el delincuente no haya dado muestras de arrepentimiento. El delincuente «no está forzado a arrepentirse o pedir perdón sinceramente, a querer decir lo que dice [...]. Lo que se le exige es formar parte de un ritual público... en el cual la petición o no de disculpas es una formalidad que deja abierta la cuestión de su sinceridad». DUFF, A., *ibidem*, p. 110.

arrepentimiento y petición de disculpas, y expresan realmente las medidas reparadoras que los delincuentes deberían aceptar, aunque de hecho no lo hagan.

Pese a su carácter ritual, las actitudes de arrepentimiento y disculpa no se reducen a un ideal de cuya materialización efectiva podamos olvidarnos. En realidad, incluso en las versiones que más insisten en el carácter ritual, simbólico o hipotético de la emisión de disculpas, también se insta a que el derecho, si el delincuente se muestra favorable a ello, permita introducirlo en un mecanismo procesal alternativo y más sencillo en el que pueda expresar su disculpa ante la víctima<sup>38</sup>. Y, en cualquier caso, la justificación del castigo propuesta se sigue cimentando sobre una idea de arrepentimiento que se interpreta como un estado de «auto-escisión» del individuo donde el nuevo «yo» arrepentido se enfrenta al que cometió el delito<sup>39</sup>. Pero, si estas aclaraciones no son del todo convincentes, creo que donde la huella rehabilitadora se expresa más claramente es en la versión penitencial más conocida: la teoría de Antony Duff.

En nuestro esquema definidor de lo que llamamos «actitud penitencial», el castigo se representaba como una consecuencia del arrepentimiento y de la solicitud de perdón: si el arrepentimiento es sincero, se estará dispuesto a dar algo a quien se haya ofendido. Duff acepta esta idea. Pero, desde su punto de vista, el castigo no solo funciona como consecuencia, sino también como causa contribuyente o facilitadora del arrepentimiento; de hecho, el castigo o la imposición de medidas aflictivas es el instrumento más apto del que puede servirse el Estado para inducir en el ofensor las actitudes de arrepentimiento deseadas<sup>40</sup>. De ese modo, el retribucionismo de Duff no es puro o nítido, sino que está teñido de instrumentalismo o consecuencialismo. El propio Duff confiesa que su teoría posee también un ingrediente prospectivo que «mira al futuro», y ello porque, como veremos en seguida, nunca es ajena al arrepentimiento efectivo del delincuente, y estima que la pena debe estar diseñada para obtener este propósito.<sup>41</sup>

La segunda diferencia de la teoría de Duff con la de los autores cercanos a sus posiciones es la siguiente: para filósofos como Bennett, Feinberg y otros, el castigo es una «expresión» de la condena del Estado<sup>42</sup>; para Duff, es una «comunicación» del Estado hacia el delincuente. Una «expresión» es un acto unilateral: si expreso que voy a castigar a un delincuente, me resultan indiferentes los estados internos reales de este, ya sean sus pensamientos o sus emociones. Para Duff, sin embargo, el castigo es una «comunicación», y eso significa que hablamos de

<sup>38</sup> BENNETT, C., «Reply to my Commentators», cit., p. 160.

<sup>39</sup> BENNETT, C., *ibidem*, p. 91.

<sup>40</sup> DUFF, A., *Punishment...*; cit., p. 108.

<sup>41</sup> DUFF, A., *ibidem*, p. 108.

<sup>42</sup> FEINBERG, J., «The Expressive Function of Punishment», *Doing and Deserving*, Princeton, 1970.

una relación bilateral, no unilateral, en la cual los estados internos del delincuente no nos son indiferentes; al contrario, si me comunico con alguien es porque estoy interesado en modificar sus estados internos: que obtenga nueva información y modifique sus creencias, o que cambie sus juicios o sus reacciones morales. Tanto el proceso penal como el castigo son para Duff un mensaje que tiene por misión conducir el estado interno del delincuente a un estado de contrición o de arrepentimiento, y debe estar diseñado para despertar en él esos sentimientos morales precisos<sup>43</sup>. Es posible que fracasemos en nuestro intento, y no obtengamos el arrepentimiento perseguido; en ese caso, infligimos un castigo porque es nuestro deber moral hacerlo así, porque nuestras prácticas morales nos los demandan. Sin embargo, no por ello debemos olvidar que el castigo es un concepto ligado o vinculado lógicamente al objetivo de que el delincuente se arrepienta.

Ahora bien, si el castigo está al servicio del arrepentimiento, aunque este luego se frustre: ¿qué sentido tiene castigar a los que de hecho se han arrepentido desde el principio? Duff, obligado por su tesis, debería concluir que deberíamos reducir muy significativamente su condena. Y, en efecto, Duff reconoce que, seguramente, este delincuente merece una rebaja en su sanción. Sin embargo, pese a su arrepentimiento, también cree que merece soportar un castigo que puede ser muy duradero. La explicación consiste en una interpretación aflictiva del arrepentimiento: es posible que el delincuente se halle arrepentido, pero, especialmente en los delitos graves, es preciso que el arrepentimiento «penetre en él más profundamente», y por eso, aunque arrepentido, debe continuar castigado para que medite y sienta dolor por sus acciones<sup>44</sup>.

Por último, si el castigo debe ser instrumento de arrepentimiento, habrá de estar ligado al dolor y las consecuencias perjudiciales que haya producido el delito, lo que obliga a ser sensibles al tipo de delito cometido y sus circunstancias. El arrepentimiento exige así flexibilidad y variedad en los castigos. La obra de Duff es por ello sumamente crítica con el modelo actual de penas, que suele agotar la caja de herramientas punitivas en la cárcel y la multa. En su lugar, propone una gama variada e imaginativa de penas comunitarias según cada delito y la intensidad de este<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> DUFF, A., «Penal Coercion and the Apology Ritual», *Teorema*, 31 (2012), p. 115.

<sup>44</sup> «El arrepentimiento es necesariamente doloroso, porque debe dolerme reconocer (a otros y a mí mismo) el daño que he hecho». DUFF, A., *ibidem*, p. 107.

<sup>45</sup> DUFF, A., «Alternative to Punishment or Alternative Punishments?», W. Cragg (ed.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, Steiner, 1992, pp. 43-68. Ello no supone renunciar a la prisión, aunque entiende que su uso debería reducirse de forma contundente (p. 60).

### 2.2.2 LA JUSTICIA RESTAURATIVA<sup>46</sup>

Siguiendo la pista de la etiqueta, la función del castigo es restaurar o restablecer las cosas a la situación predelictual. Por supuesto, ya no será posible eliminar los daños causados por el delito, pero sí restablecer las relaciones sociales dañadas, de modo que por restauración podemos entender «reconciliación».

Estas teorías comparten buena parte de la fraseología penitencial que encontramos en las tesis anteriores. Como vimos, para el retribucionismo penitencial el castigo se justifica porque forma parte de la reacción moral correcta al delito, que consiste en el arrepentimiento y en una actitud penitencial o contrita inclinada a solicitar el perdón de la víctima y de la comunidad y dispuesta a adoptar medidas reparadoras. Las teorías restaurativas también persiguen obtener del delincuente un estado penitencial, pero con una importante diferencia: en las teorías anteriores, la comunicación al delincuente de que debe arrepentirse o la expresión de que debe pedir disculpas eran un ritual que se desarrollaba con independencia de su éxito efectivo; en las teorías restauradoras, sin embargo, el Estado debe fomentar estas actitudes en todos los delinquentes de una forma activa, con la mayor eficacia posible y hasta el último día de la condena penal.

El deber del Estado de fomentar estas actitudes conduce a una serie de implicaciones institucionales que solo puedo insinuar. En primer lugar, para que cobre una mejor conciencia de los males que ha ocasionado, el delincuente queda involucrado en un escenario de diálogo que se aparta del proceso penal ritualizado y formalista que hoy conocemos, y encaja en escenarios argumentativos más propios de los arreglos procesales informales, como la mediación o el arbitraje<sup>47</sup>. En segundo lugar, y aunque se sigue admitiendo que los delitos ofenden a la comunidad entera, enfrentar al individuo con el mal que ha cometido obliga a otorgar un papel protagonista a las víctimas, reivindicadas por estas teorías como piezas básicas en la aplicación del castigo<sup>48</sup>: en este punto, las teorías restaurativas comparten un cierto lazo de unión con las teorías neoliberales, porque en ellas se tiende a una comprensión

---

<sup>46</sup> En lo que se me alcanza, esta es la traducción al castellano más habitual de la etiqueta anglosajona *restorative theories*.

<sup>47</sup> Algunos autores hallan aquí una diferencia esencial entre el proceso europeo y el americano; el europeo busca toda la verdad del caso, pero el americano concluye en cuanto el acusado formula una declaración de disculpa (*plea*). MCEWANN, J., *The Adversarial and Inquisitorial Models of Criminal Trial*, DUFF, A., et al., *The Trial on Trial*, Vol. 1, Oxford, Hart Publishing, 2004.

<sup>48</sup> Por su explicitud, sirva como ejemplo DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia restaurativa como derecho de las víctimas», *Revista jurídica de Castilla y León*, Vol. 41, 2017, pp. 130-153. Un libro clásico sobre justicia restaurativa empieza así su definición: «La justicia restaurativa equivale a aquellas medidas diseñadas para dar a las víctimas del delito la oportunidad de expresarle al delincuente el impacto del daño causado a él y sus familias». MIERS, D., et al., *An Explanatory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, London, Home Office, 2001, p. 8.

del derecho penal que, si no estrictamente privada, tampoco puede ser definida como enteramente pública<sup>49</sup>. De hecho, la conclusión ideal de este escenario de diálogo sería que delincuente y víctima llegaran a un acuerdo sobre las medidas restauradoras que sería razonable exigir del primero y que, caso de alcanzarse, deberían constituir la base del castigo<sup>50</sup>. Por último, la actitud penitencial debe ser fomentada no solo en el delincuente, sino en todos los ciudadanos. Así, el Estado está legitimado para servirse de sus aparatos educativos y culturales con el fin de inculcar desde la infancia las reacciones morales que deberían seguir a la contravención de los valores colectivos.

De este boceto se puede concluir que estas teorías incorporan una mezcla de elementos retribucionistas y prevencionistas. Los elementos retribucionistas han sido el punto de partida de nuestro esbozo; estos autores no niegan que el castigo está justificado porque forma parte de la reacción moral correcta ante la infracción de un valor de la práctica. Sin embargo, de modo más nítido que en Duff, subrayan que el castigo está también pragmáticamente orientado hacia el futuro: no se reduce a infligir en el delincuente el dolor que provoca la culpa, sino que aspira mayormente a la reconciliación, de la que forman parte tanto un cambio beneficioso en el foro interno del delincuente como la satisfacción de la víctima. Mientras el criminal no se arrepiente, el castigo es el principal instrumento con el cual el Estado trata de obtener su arrepentimiento, condición necesaria para la reconciliación; cuando se logra, el castigo es el instrumento con el que se da satisfacción a la víctima. En ambos casos, el castigo ha de juzgarse por su aptitud o idoneidad para conseguir estos objetivos.

### 3. LA REHABILITACIÓN PENAL: PROBLEMAS PERSISTENTES

La rehabilitación es hoy una idea exitosa en la teoría del castigo, y la penetración de sus aspiraciones en teorías retribucionistas y mixtas lo confirma. Sin embargo, defenderé que existen motivos para la desconfianza. Estos motivos obligan a desempolvar algunas críticas ya escu-

---

<sup>49</sup> Para ZEHR, H., «la justicia comunitaria es restitutiva, horizontal, negociada y tendente a un acuerdo de paz; por el contrario, la justicia «del rey» es una justicia vertical y jerárquica». ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, Herald Press, 1990, p. 115. En sus versiones más radicales, estas teorías evocan el lenguaje abolicionista de la práctica penal como práctica independiente: los procedimientos de mediación que reúnen a delincuente, víctima y representantes de la comunidad se vincularían más propiamente con la práctica civil o privada. CHRISTIE, N., *Limits to Pain*, London, Martin Robertson, 1981, cap. XI; BIANCHI, H., *Justice as Sanctuary*, Bloomington, Indiana UP, 1994.

<sup>50</sup> La justicia restaurativa implica que los funcionarios públicos, el delincuente y la víctima, después de un proceso de mediación, sellen un «contrato de restitución». ZEHR, H., cit., p. 164.

chadas<sup>51</sup>, pero que deben reformularse y, al mismo tiempo, matizarse o afinarse en atención a las nuevas corrientes rehabilitadoras. Demasiadas veces se ha movilizado una crítica meramente empírica o funcional y normalmente sintetizada en la fórmula *nothing works*<sup>52</sup>. Sin embargo, la crítica debe alcanzar una dimensión moral y normativa para ser suficientemente eficaz: la crítica empírica o funcional dejaría incólume el ideal rehabilitador en cuanto este lograra instrumentar un mecanismo idóneo para obtener sus fines<sup>53</sup>. Esta crítica moral apela, por un lado, a los principios de libertad y autonomía (I) y, por otro, al de equidad (II).

I) Desde los principios de libertad y autonomía, la crítica puede introducirse mediante esta pregunta: ¿podemos suponer que el Estado respeta nuestra condición de ciudadanos libres, responsables y dueños de su destino si le permitimos identificar en nosotros inclinaciones psicológicas y morales que él juzgara socialmente perniciosas, y condicionar la pena a su erradicación y su sustitución por otras? Creo que basta una dosis mínima de liberalismo para responder «no», y que cualquier flaqueza en esta negativa nos introduce en el escenario paternalista que Kant denunciaba como el peor de los despotismos<sup>54</sup>.

El rehabilitacionismo clásico escapa muy difícilmente de esta denuncia. En su previsión, el individuo es sometido a tratamiento por el hecho de exhibir una serie de tendencias psicológicas, y ello aun reconociendo que, en ocasiones, el grado de responsabilidad ha sido escaso por la concurrencia de fuertes condicionantes o causas contribuyentes; y, en segundo lugar, el tratamiento se dispensa con independencia del consentimiento del individuo, como si de un menor de edad se tratara. Por supuesto, los tratamientos que sostenían Röder o C. Arenal estaban lejos de las caricaturas que dibujan escenarios lúgubres de manipulación médica o psicológica, y aspiraban a ser tratamientos cívicos, educativos y humanitarios<sup>55</sup>. A diferencia de autores como Feuerbach, para quien la sanción era un mero adiestramiento destinado a que el delincuente asociara mecánicamente el dolor físico a la comisión del delito, Röder trata de corregir la voluntad mediante, esencialmente, la educación y el apartamiento temporal del delincuente de su medio social y familiar<sup>56</sup>. Sin embargo, estos tratamien-

---

<sup>51</sup> El rehabilitacionismo fue especialmente criticado en los 70 en los países anglosajones. COHEN, S., *Visions of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985; VON HIRSCH, A., *Doing Justice. The Choice of Punishment*, New York, Hill and Wang, 1976.

<sup>52</sup> Se atribuye a MARTINSON, R., «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», *The Public Interest*, Spring, 1974, pp. 22-54.

<sup>53</sup> Por ejemplo, se habla de relativa eficacia en las llamadas *drug courts* o «procedimientos especiales para delitos por tráfico y consumo de drogas» de Estados Unidos. De sus problemas normativos hablaré después.

<sup>54</sup> KANT, I., *Kants gessamelte Schriften*, VIII, Berlin und Leipzig, 1923, pp. 290-291.

<sup>55</sup> No es irrelevante apuntar que, en un contexto favorable a la pena de muerte, Röder se opuso a ella. RÖDER, K.: *Zur Rechtbegründung...*, cit., p. 179; *Die herrschenden Grundlehren...*, cit., p. 81.

<sup>56</sup> RÖDER, K., *ibidem*, pp. 70 y 71.

tos toman a individuos adultos como menores necesitados de tutela y administración externa, y se apresuran a vaciar su voluntad de inclinaciones perniciosas y reemplazarlas por otras: solo esta presunción de la psicología del individuo como un recipiente vacío que puede ser llenado mediante los contenidos que el Estado elija resulta moralmente ofensivo. Aunque el Estado ideara la máquina de rehabilitación perfecta, reclamaríamos nuestro derecho a no someternos a ella. Además de ofensivos, estos planteamientos son peligrosos, porque nos dejan teóricamente inermes ante aquellos gobiernos que quieran extraer de estas ideas consecuencias no tan cívicas y humanitarias.

Algunas teorías de la rehabilitación que podemos juzgar como clásicas, pero que se desarrollan en nuestros días, se han presentado justamente como fórmulas de elusión de las críticas de paternalismo. Esta es, en esencia, la propuesta de la llamada *moral education theory of punishment*, sostenida por ejemplo por J. Hampton<sup>57</sup>. Desde su punto de vista, es posible defender una teoría de la prevención especial sin incurrir en paternalismo mediante una propuesta que no trate de inculcar una determinada doctrina comprensiva o concepción de la vida buena, sino las condiciones morales mínimas para que los individuos puedan llevar a cabo una vida libre y autónoma. En el fondo, este esfuerzo por conciliar rehabilitacionismo y liberalismo ya fue ensayado meritoriamente por Röder, para quien los tratamientos penales no buscarían inculcar los valores que predicara el Estado, sino, simplemente, la obediencia a la ley, de modo que la corrección tendría un alcance puramente político, y no moral<sup>58</sup>. Un primer problema de esta variante es que presume una tesis de la motivación fuertemente cognitivista, y según la cual bastaría la demostración racional de que un determinado curso de conducta es correcto y otro reprochable para que la voluntad del individuo se mostrara del todo propicia a seguir el primero y reacia a seguir el segundo<sup>59</sup>. En cualquier caso, existe una denuncia de mayor envergadura: el problema no es para qué se adiestra, se educa o sugestiona, sino el mero hecho de que se adiestra, educa o sugestiona a individuos adultos a los que se supone responsables de sus acciones y de los planes de vida y concepciones del bien que las han motivado.

Las teorías penitenciales y restaurativas parecen mejor posicionadas para rehuir la sombra del paternalismo: si el individuo se arrepiente o no es una decisión autónoma, y dicha voluntad ha de ser siempre respetada por el Estado. En este asunto, sin embargo, deben observar-

---

<sup>57</sup> HAMPTON, J., «The Moral Education Theory of Punishment», *Philosophy and Public Affairs*, 13 (1984).

<sup>58</sup> RÖDER, K., «Zur Verständigung über das Verhältnis des Einzelhaft zur Strafgesetzgebung», *Archiv des Criminalrechts*, 1850, pp. 414 y 437.

<sup>59</sup> SHAFER-LANDAU, R., acusa a estas teorías de sostener una psicología moral platónica en «Can Punishment Morally Educate?», *Law and Philosophy*, 10 (1991).

se gradaciones que matizan la posición adoptada y complican el estatuto moral de cada teoría<sup>60</sup>.

Sin duda, las teorías restaurativas son las que parecen más vulnerables a la acusación de paternalismo, porque, como hemos visto, insisten en la idea de que es preciso seguir intentando el arrepentimiento del individuo hasta el último día de condena; lejos de respetar la decisión del individuo de mostrarse irredento, las teorías restaurativas le imponen en todo momento un castigo diseñado y modulado con el fin de lograr su arrepentimiento y contrición. Además, introducir en el sistema educativo el fomento de estas actitudes implicará que las escuelas deberán inculcar no ya una tendencia abstracta a cumplir la ley, sino la necesidad de apartarse de cada uno de los delitos que impen eventualmente en cada código penal: uno se arrepiente de algo en concreto y, sobre todo, del daño que causa a una víctima concreta. En ese caso, cualquier deslizamiento paternalista que se refleje en un determinado delito se verá fuertemente agravado si se concede al Estado el derecho a adoctrinar en las escuelas para provocar el arrepentimiento de quien lo cometa.

En lo que se refiere a las teorías penitenciales, la teoría comunicativa de Duff también presenta flancos abiertos al reproche de paternalismo. El propio castigo es presentado como un medio apropiado para obtener arrepentimiento, y la dimensión comunicativa del castigo significa que los estados mentales y actitudes morales del individuo no deben resultarnos indiferentes. Bennett parece eludir más cómodamente el problema al concebir su teoría como expresiva y unilateral: lo que sucede en el foro interno del individuo –si se verifica o no un arrepentimiento verdadero en el castigado– no nos interesa ni psicológica ni moralmente. Aduce además un argumento moral de notable peso a favor de esta idea, como es el deber del Estado de respetar la integridad o la autenticidad de los individuos<sup>61</sup>; no debemos favorecer la mentira o el desdoblamiento del individuo, y lo cierto es que tentar al individuo a emitir un arrepentimiento a cambio de beneficios penitenciarios es inducir un arrepentimiento falso. Sin embargo, Bennett no oculta sus simpatías con los procedimientos restaurativos en los que se manifiesta un arrepentimiento real; permite que víctima y delincuente arrepentido precisen la cuantía de la pena dentro de un margen establecido por el juez<sup>62</sup>, y llega a proclamar que el castigo penal debería ser «tan restaurativo como fuese posible»<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> No debatiremos sobre algunos problemas empíricos. De acuerdo con MATZA, D., y SYKES, G. M. («Delinquency and Subterranean Values», *American Sociological Review*, 26, 1961), los delincuentes tienden a desarrollar «técnicas de neutralización» que les facilitan verse como no responsables o incluso como legitimados, lo que desautorizaría cualquier expectativa general o presunción de arrepentimiento y disculpa.

<sup>61</sup> BENNETT, C., *Replies...*, cit., p. 163.

<sup>62</sup> BENNETT, C.: *An Apology Ritual*, cit., p. 180.

<sup>63</sup> BENNETT, C., *ibidem*, p. 5.

Pese a los diversos matices y gradaciones, ninguna de estas teorías penitenciales esquivan el obstáculo que representa el delincuente «de conciencia», al que podemos definir como aquel que ha delinquido por lo que este reconoce como razones morales o políticas. En estos casos, por abstracta y unilateral que haya sido nuestra atribución de arrepentimiento, parece acertado juzgar que no estamos autorizados a presumir sentimientos morales de pesar o contrición cuando, en realidad, son de satisfacción por el deber cumplido; el recurso a la hipótesis «como si el delincuente se hubiera arrepentido» es en este caso una ficción. Duff o Bennett podrían buscar refugio en la teoría de Rawls. Podrían aducir que sigue siendo posible exigir disculpas y arrepentimiento moral sin entrar en la cuestión comprensiva de si los valores morales que ha movilizado el delincuente de conciencia son o no los más ejemplares, y ello porque sigue siendo reprochable que el delincuente haya infringido la ley y, de ese modo, los valores políticos asociados a la legalidad. En suma, estos individuos han defraudado valores políticos o públicos que ostentan un peso muy elevado y que normalmente deberían desplazar los valores representados por las concepciones del bien<sup>64</sup>. Sin embargo, creo que esta vía de escape no les está abierta. La solución presume que debiera existir un ligamen moral superior con los valores políticos que con los valores comprensivos. El problema es que las teorías penitenciales dependen de la posibilidad de experimentar una serie de sentimientos morales, y lo que ahora exigen es que el delincuente abrigue un ligamen emocional más estrecho con los valores políticos que con los relativos a su concepción del bien. Este ligamen emocional superior parece ajeno a los delincuentes de conciencia; el arrepentimiento también implica un sentimiento de vergüenza, pero las manifestaciones emocionales de este tipo de delincuentes suelen ser de signo opuesto.

II) Además de los principios de libertad y autonomía, la crítica moral también exige invocar el principio de equidad. En la dogmática penal, este principio se traduce en la primera acepción del principio de proporcionalidad, según la cual quienes han cometido la misma ofensa deben merecer el mismo castigo. El problema es que el objeto de evaluación de este criterio es el delito cometido, y las teorías rehabilitadoras no propugnan un derecho penal del delito, sino del delincuente: la modalidad, la intensidad y la duración del castigo han de depender de las condiciones psicológicas y morales del delincuente. El castigo es en realidad un tratamiento, y este debe modularse de acuerdo con el estado y la evolución del paciente. Desde este análisis, la rehabilitación no es una teoría obediente a la proporcionalidad y, por tanto, a la equi-

---

<sup>64</sup> Frente a los valores que defienden las doctrinas comprensivas, Rawls se refiere a los valores propios de una concepción política de la justicia como *very great values*. RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia UP, 1993, p. 139.

dad<sup>65</sup>. El condenado debe ser así objeto de vigilancia y observación constantes en el cumplimiento de su pena; en concreto, como estipulaba Röder en 1846, debe ser sometido «al arte psicológico»<sup>66</sup> con el fin de determinar si el castigo debe ser suspendido, prolongado o si se deben atribuir beneficios penitenciarios. Es posible que este alejamiento de la proporcionalidad suponga una pérdida moral, pero sería una pérdida ampliamente compensada por los beneficios que obtenemos mediante la regeneración del delincuente.

Sin embargo, creo que existen razones para pensar que el precio moral que se ha de pagar es mucho más elevado de lo que estas teorías presumen. Justificar esta idea exige aludir a una fenomenología de casos y problemas que no podré analizar extensamente. Me referiré a cuatro situaciones; las dos primeras son imputables al rehabilitacionismo clásico; las dos siguientes al contemporáneo.

a) Aunque un delincuente haya cumplido la pena prevista en la legislación, si se juzga que su voluntad aún no ha sido corregida deberá prolongar su tratamiento, a diferencia del que haya cometido el mismo delito, pero sí se haya curado. Del primero se estima que existen muchas posibilidades de que reincida o cometa otros delitos. Es incluso posible que el delincuente se muestre arrepentido y no desee reincidir; sin embargo, la práctica rehabilitadora niega beneficios penitenciarios si juzga que, aunque quiera rehabilitarse, no puede hacerlo dadas sus circunstancias, normalmente un medio social o familiar que se interpreta hostil a su corrección: en estos casos, se prevé que su posible buena voluntad sería doblegada pronto<sup>67</sup>. En general, este tipo de estimaciones suelen expresarse como diagnósticos de peligrosidad, entendiendo el concepto de peligrosidad no en un sentido social relativo a la inseguridad pública o al temor que pueda inspirar el delincuente, sino en un sentido subjetivo ligado a un análisis técnico o psicológico sobre su voluntad, su autocontrol y sus inclinaciones cuya conclusión sería un diagnóstico de reincidencia<sup>68</sup>. Si este diagnóstico es desfavorable, la terapia indicada dependerá normalmente del momento en que se efectúe: si se realiza durante el cumplimiento de la pena, el delincuente perderá los beneficios penitenciarios que disfrutaban quienes progresan significativamente en su tratamiento (permisos, regímenes abiertos,

---

<sup>65</sup> «Cuanto más se comprende que solo una pena acomodada en lo posible a la *individualidad* del crimen y de su autor... tanto más va disminuyendo la creencia en la necesidad de leyes *completamente determinadas* o, en otros términos, en la infalibilidad del legislador». RÖDER, K., *Die Verbesserung des Gefängniswesens...* cit., pp. 243-244

<sup>66</sup> *Zur Rechtbegründung der Besserungsstrafe*, cit., p. 175.

<sup>67</sup> Un auto de la Audiencia Provincial de Soria de 26 de enero de 2005 indica estas «causas suficientes» para la negación de permisos penitenciarios: «el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico» o «la falta de enraizamiento en España».

<sup>68</sup> Röder, K., expresa la poca relevancia que le merece el concepto de peligrosidad interpretado como ataque a la seguridad pública en *Die herrschenden Grundlehren*, cit., pp. 122-123.

descuentos en la pena, etc.); si se efectúa una vez cumplida la pena inicialmente prevista, la terapia es un suplemento adicional de castigo<sup>69</sup>. b) Si es posible vincular la administración de penas o medidas de seguridad a la peligrosidad o propensión a delinquir, no habría razones para negar el tratamiento antes de que se declararan los estragos de la enfermedad, es decir, antes de que se cometiera el delito. Las teorías rehabilitadoras clásicas se suman a los problemas de cualquier teoría prevencionista, y eluden difícilmente un compromiso con las medidas predelictuales<sup>70</sup>. Por último, es posible que tanto el tratamiento predelictual como la prolongación del castigo al que nos referimos antes adopten fórmulas más flexibles y benignas: la mera vigilancia o la libertad condicional supervisada por un agente pueden ser los ejemplos más característicos. Lo relevante es que resulta difícil clasificar estas fórmulas como penas o como medidas de seguridad: por un lado, son medidas de seguridad porque son cuidados preventivos encaminados a evitar la comisión de un delito, y no a responder por un delito del pasado; por otro, forman parte del tratamiento y la rehabilitación en los que consiste la pena. La teoría difumina la distinción entre pena y medidas de seguridad.<sup>71</sup>

El rehabilitacionismo contemporáneo puede replicar con justicia que estos fenómenos no encajan en sus teorías. Ni los partidarios de la justicia restaurativa ni los defensores del retribucionismo penitencial compartirían consecuencias prevencionistas como las que acabamos de resumir, y admitirían que, terminado el período de sanción estipulado en la sentencia, el delincuente no rehabilitado debe quedar en libertad. Sin embargo, la convivencia de estas teorías con el principio de proporcionalidad tampoco es satisfactoria si atendemos otros dos fenómenos. a) Tanto las teorías restaurativas como las penitenciales admiten que el delincuente sinceramente arrepentido merece un trato diferenciado, tanto procesal como penitenciario: participación en mecanismos de conciliación, fijación por acuerdo de la pena, etc. De ese modo, se crea una justicia dual que separa a quienes se avienen a la

---

<sup>69</sup> Holanda ha instaurado un modelo dual o *dual-track system*: a un modelo penal puro le acompaña paralelamente un modelo «mixto» en el cual el juez, cumplida la pena, puede imponer adicionalmente una medida protectora que ni siquiera es conceptualizada como un castigo, lo que permite una amplia discreción sobre su naturaleza y su duración. DE KEUSER, J., «Never Mind the Pain; It's a Measure! Justifying Measures as Part of the Dutch Bifurcated System of Sanctions», en Tonry, M. (ed.), *Retributivism has a Past: Has It a Future?*, Oxford, The Oxford UP, 2011.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, París, Cujas, 1954, p. 29; 1971, p. 37.

<sup>71</sup> ROXIN, K., que simpatiza con las teorías de la prevención especial, halla una ventaja en esta confusión, porque permite una justificación única para penas y medidas de seguridad. Sin embargo, admite la diferencia conceptual entre una y otra: la pena mira al hecho cometido y está guiada por la culpabilidad, mientras que la medida de seguridad mira hacia el futuro, y está guiada por la peligrosidad. *Derecho Penal. Parte general: I, Fundamentos. La estructura del delito*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 103-107.

rehabilitación de otro grupo de delincuentes más variado de lo que parece: este incorpora no solo a los que podemos considerar delincuentes endurecidos o irredentos, sino también aquellos que insisten en proclamar su inocencia, y están dispuestos a renunciar a beneficios penitenciarios –que obtendrían de confesar o mostrarse arrepentidos– para mantener una posición coherente o íntegra. b) Duff y los partidarios de la justicia restaurativa defienden un diseño flexible de las penas por parte del juez. Esta idea es especialmente visible en Duff, para quien el castigo debe estar diseñado para fomentar la actitud penitencial deseada, por lo cual debe ajustarse al delito cometido y, en especial, al daño causado a la víctima. En principio, sugerir que el delincuente tiene derecho a un traje penal a medida puede parecer más sensible y ajustado. Pero, como ha replicado Von Hirsch, el problema de los trajes a medida es que suelen ser para los ricos; en los delitos económicos, podemos conseguir que los delincuentes ricos cobren conciencia de la privación de bienes si les forzamos a vivir humildemente; sin embargo, no será posible con los delincuentes pobres, que ya conocían el dolor de la pobreza antes de delinquir<sup>72</sup>. Otros parecen ver en el diseño flexible de las penas una oportunidad para la justicia poética, para fomentar el arrepentimiento forzando al delincuente a probar su propia medicina, lo que exigirá del juez imaginación e incluso un cierto sentido estético<sup>73</sup>. El problema de estos esfuerzos no es solo el peligro de discreción y excesivo creacionismo judicial; también conviene preguntarse si aproximar el tipo de dolor del castigo al que sufrió la víctima no nos retrotrae al talión más clásico, por no decir a una cierta confusión entre justicia y venganza.

Me he referido a la primera acepción del principio de proporcionalidad: merecen el mismo trato quienes se hallen en la misma situación penal. La segunda acepción estipula que las penas deben ser proporcionales a la gravedad del delito. En esta acepción se expresa el vocabulario relativo al «merecimiento» muchas veces invocado en la teoría del castigo: el delincuente merece la sanción porque ha infringido una serie de valores morales, y merecerá un mayor o menor castigo según el peso o la importancia de aquellos. Sin embargo, las teorías rehabilitadoras tampoco parecen adecuarse a esta orientación, lo que puede mostrarse mediante dos ilustraciones. a) Si el castigo es un tratamiento, perderá cualquier legitimidad en cuanto se haya obtenido la curación; de ese modo, el delincuente que se estime psicológicamente rehabilitado, por breve y liviano que haya sido el castigo, dejará de ser objeto de tratamiento penal, por graves o dañosas que fuesen sus acciones. Por contra, delitos no muy graves pueden exigir restricciones a la libertad más prolongadas si las estimaciones de rehabilitación son negativas<sup>74</sup>. Sin duda,

<sup>72</sup> VON HIRSCH, A., *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 123-124.

<sup>73</sup> NUSSBAUM, M., *Poetic Justice*, Boston, Beacon Press, 1997.

<sup>74</sup> Este es uno de los problemas de las *drug courts* mencionadas en la nota 52. Como en otros programas terapéuticos de este tipo, el acusado puede ser seleccionado

el rehabilitacionismo contemporáneo se ha sentido incómodo ante este planteamiento, y ha tratado de paliar sus consecuencias inicuas. Como vimos, la teoría de A. Duff sostiene que, aunque se logre un arrepentimiento sincero, en especial en delitos graves, es preciso que la aflicción del castigo penetre más profundamente en el delincuente, de modo que, por usar una expresión clásica, el mayor dolor de los pecados intensifique el propósito de la enmienda. La tesis, sin embargo, presume que el dolor y el castigo son causas contribuyentes del arrepentimiento, una causación que está lejos de haber sido contrastada. b) Se dice comúnmente que «lo siento» es una expresión aceptable una sola vez: si se repite la conducta, y además varias veces, pierde credibilidad. Aplicada esta lógica a las teorías penitenciales y restaurativas, la consecuencia es que debemos desconfiar de las disculpas del reincidente, y que no debemos apreciar sinceridad alguna en las que pudiera emitir el multirreincidente. Se puede así concluir que las teorías penitenciales y restaurativas ofrecen una justificación reforzada a la política penitenciaria sintetizada en la fórmula *three strikes out*, y que representa condenas muy severas a partir del tercer delito<sup>75</sup>.

No debe dejar de señalarse que, además de revelar problemas morales de equidad, algunos casos anteriores desbordan el principio de derecho penal mínimo que presumo vigente en la práctica de cualquier Estado liberal: la perspectiva de prolongar el tiempo de la pena más allá de lo estipulado en la ley por estimaciones de peligrosidad, la negación de cualquier beneficio penitenciario a quien se proclame inocente o el encono penal tras el tercer delito no parecen ser plasmaciones ejemplares de dicho principio.

---

para ingresar en un programa rehabilitador. Si es seleccionado, sigue un curso de desintoxicación que combina el tratamiento médico, psicológico y la asistencia de trabajadores sociales. Cuando el acusado logra rehabilitarse, queda libre; si, por el contrario, desaprovecha la oportunidad que se le brinda, el juez le impondrá una sanción penal. En este caso, la suerte penal del seleccionado y rehabilitado será mucho más benévola que la de quien no fuera seleccionado, aun cuando la acusación fuese la misma. Pero la peor parte le corresponde a quien fuera seleccionado, pero no consiguiera rehabilitarse; el castigo de estos individuos es más severo que en un régimen tradicional, y ello porque al tiempo empleado en la realización del programa habrá que sumar el impuesto por la pena. BOWERS, J., «Contraindicated Drug Courts», *UCLA Law Review*, 55 (2008); HUSAK, D., «Retributivism, Proportionality and the Challenge of the Drug Court Movement», *Retributivism Has a Past. Has It a Future?*, cit.

<sup>75</sup> En la sentencia *Rummel v. Estelle* (445 U. S. 263 [1980]), el Tribunal Supremo de Estados Unidos confirmó una sentencia de un tribunal de Texas en la que se condenó a cadena perpetua con posibilidad de libertad bajo fianza a un ciudadano que se negó a pagar 120 dólares a su instalador de aire acondicionado alegando que la instalación era defectuosa. Dado que sobre él pesaban dos sentencias condenatorias anteriores (por fraude en tarjeta bancaria y cheque falso), se le aplicó la *three strikes law* y se le condenó a cadena perpetua, aunque, sumadas las cantidades defraudadas en las tres sentencias, la cifra no pasaba de los 230 dólares. Por supuesto, en la mayoría de los casos, la *three strikes law* suele reservarse para delitos más graves, pero casos como este tampoco son insólitos.

# El objetivismo moral y la dimensión sustancial de la democracia de L. Ferrajoli

Por MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ<sup>1</sup>  
Universidad Autónoma de Barcelona

## RESUMEN

*Entre las distintas teorías morales, a partir del objetivismo moral es posible afirmar la verdad o falsedad de aquellas aserciones que afrenten unos principios y valores asumidos previamente. En el garantismo de Ferrajoli se hace evidente la tesis lógica de que el objetivismo moral no puede ser tolerante, al adoptar unos principios y valores en detrimento de otros, lo que no puede ser compatible con el pluralismo político, moral y cultural.*

*Nuestra propuesta pasa por reformular esta última tesis a partir de los valores implícitos en la democracia constitucional, particularmente, los de su dimensión sustancial. Dicha reformulación nos lleva a buscar otra explicación lógica, diferente a la del profesor italiano y que no descarte ni su tesis ni la teoría del objetivismo moral.*

Palabras clave: *Objetivismo moral. Dimensión sustancial. Democracia constitucional. Principios y valores.*

## ABSTRACT

*Among the different moral theories, from the moral objectivism it is possible to sustain the truth or falsity of an assertion on the account of the prin-*

---

<sup>1</sup> Profesor del área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. Correo electrónico: marcabraham.puig@uab.cat. Agradezco a los revisores anónimos sus observaciones, que han contribuido a una mayor claridad y, por tanto, a hacer de este artículo un mejor texto.

*ciples and values previously assumed. In the theory of constitutional guarantees of Luigi Ferrajoli, the logical thesis that moral objectivism cannot be tolerant is evident, which means that, by taking into account some principles and values instead of others, it cannot be compatible with political, moral and cultural pluralism.*

*Our proposal is to reformulate the latter by relying on those values implicit in the concept of constitutional democracy, those that constitute its substantial dimension. This reformulation leads us to look for another logical explanation to that of the Italian professor, but without discarding that and revisiting the thesis of moral objectivism.*

*Keywords: Moral objectivism. Substantial dimension. Constitutional democracy. Principles and values.*

El objetivismo moral aparece en la obra Ferrajoli a propósito de la conexión entre derecho y moral y las discrepancias con el término «verdadero». Para analizar esta cuestión, el autor explica que hay diferentes concepciones de la moral y realiza un análisis metaético que las categoriza. Para este análisis recurre a la lógica proposicional.

Las categorías surgen de las posibles combinaciones entre una concepción racionalista de la moral y la posibilidad de afirmar la verdad o la falsedad de su tesis. De este modo, obtendríamos las siguientes cuatro tesis sobre la moral (TM): en primer lugar, la [TM1] caracterizada por la concepción racionalista de los juicios morales y la posibilidad de calificar como verdaderas o falsas sus tesis; en segundo lugar, la [TM2] que conjuga la concepción racionalista con la argumentación racional de sus tesis, sin la necesidad de afirmar la veracidad o la falsedad de las mismas; en tercer lugar, la [TM3] combina una concepción ontológica de los valores morales con la afirmación de la veracidad o la falsedad de otras tesis según su adecuación a la misma; y en cuarto lugar la [TM4] se intercala entre una concepción escéptica sobre los juicios morales y la imposibilidad de argumentar racionalmente acerca de los mismos.

Nuestro trabajo girará en torno a las dos primeras tesis y la lógica que subyace a las mismas. La tesis [TM3] se circunscribe a los fundamentalismos religiosos y presupone la existencia de una serie de valores dados en la naturaleza o mandados por una deidad. La tesis [TM4] nos impide argumentar racionalmente sobre los juicios morales, con lo que termina por implicar demasiado, pues reduciría la discusión racional a demostrar que sus aserciones son verdaderas o falsas.

En este trabajo se lleva a cabo un análisis de la lógica de Ferrajoli por el cual rechazaremos parcialmente la primera tesis [TM1] y razonaremos hasta considerar los aspectos relevantes de la segunda [TM2]. Nuestra hipótesis defiende que ambas tesis son correctas dependiendo del nivel en que desarrollemos el discurso práctico. De este modo, situados en un nivel formalizado relativo a una teoría axiomatizada, como el metaético

o lógico del propio Ferrajoli, deberemos optar por una argumentación acorde a la tesis [TM2]. En este caso, el discurso consiste en ofrecer mejores o peores razones sobre un conjunto de principios y valores, en entablar el debate acerca de los mismos y que puedan ser asumidos, rechazados o puestos en tela de juicio por argumentos a favor de otros principios morales. Esta confrontación de argumentos es la que inevitablemente se desprende de obras como *Principia Iuris*.

Si por el contrario el discurso se desarrolla al respecto de un ordenamiento jurídico en particular o de un modelo concreto de Estado es posible que los juicios morales sean aptos para la verdad o la falsedad, como se sigue de la tesis [TM1]. Los derechos y las libertades fundamentales de un ordenamiento jurídico nos permitirán argumentar en sede moral según la adecuación a los principios y a los valores ahora convertidos en derecho positivo. Ello no es un cajón de sastre para vincular el derecho con la moral, sino la posibilidad de elaborar juicios morales a partir de los principios y los valores que privilegia un determinado ordenamiento y que, en cierta medida, además, son universalizables, de acuerdo con las implicaciones teóricas de los derechos fundamentales. De ser esto cierto, tales juicios, en esencia, se vertebrarán sobre la justicia y la libertad, como trataré de mostrar a propósito de la tolerancia.

Sin embargo, lo anterior nos abre una tercera posibilidad, que también trataremos de defender, por la que, al elevar una teoría axiomatizada desde un ordenamiento jurídico particular, ambas tesis sean predicables conjuntamente en algún grado. Esto es, que podamos al mismo tiempo llevar a cabo una argumentación racional sobre distintos tipos de juicios morales y calificar de verdaderas o falsas determinadas tesis.

Dados los anteriores parámetros, el trabajo queda estructurado de acuerdo con las siguientes coordenadas: 1) por qué Ferrajoli entiende que el objetivismo moral es intolerante; 2) cómo la tolerancia tiene mayores implicaciones lógicas que la identificada previamente; 3) por qué es posible predicar la verdad o falsedad de las aserciones a través de la neutralidad de los principios y valores constitucionales; 4) cómo esa dimensión sustancial de la democracia encarna al menos dos valores objetivos; 5) en qué sentido deberían reformularse conjuntamente los dos tesis morales.

## I. EL OBJETIVISMO INTOLERANTE

A lo que hemos denominado [TM1], Ferrajoli<sup>2</sup> la define como esa concepción racionalista que considera los juicios morales susceptibles de calificarse como verdaderos o falsos de acuerdo con una

---

<sup>2</sup> FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. Andrés Ibáñez, P., Madrid, Trotta, 2014, pp. 102-103.

justificación ajustada a los principios morales que se hayan asumido como válidos. Esta corriente aludiría a una justificación efectivamente racional a través de la «tesis semántica del objetivismo moral», que postula que hay un conjunto privilegiado de principios morales válidos con independencia de cualquier contexto. Entonces, sobre los juicios morales cabe decir que de las mejores o peores razones que se ofrezcan a favor de estos principios se desprenden ciertos criterios para determinar la verdad o la falsedad de tales juicios, o lo que es lo mismo, una justificación racional en apoyo de las diferentes opciones que cabe adoptar a partir del conjunto identificado de principios y valores<sup>3</sup>.

Ferrajoli rechaza esta tesis para dar paso a la que hemos denominado [TM2], que define como la concepción racionalista de que los juicios morales no son en último término verificables ni refutables, sino que deben argumentarse racionalmente a partir de asunciones subjetivas; en tanto que argumentables, no son ni verdaderos ni falsos. Principalmente, la razón del rechazo es que el objetivismo moral resultaría intolerante respecto a los juicios morales de quienes no comparten sus principios y valores:

Pero es claro que, en todo caso, el objetivismo y el cognoscitivism ético, cualquiera que sea el modo como se les formule, son incompatibles con el liberalismo, que excluye que se puedan imponer a quienes no los comparten (no las acciones, o mejor las omisiones de daños a terceros sino) los juicios morales, cualesquiera que sean. En efecto, aquellos comportan inevitablemente (...) la intolerancia, como falsas, de las tesis no compartidas y el rechazo del pluralismo moral, político y cultural<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. MORESO, J. J., «Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli», *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 183-199, y la opinión de Ruiz Manero, en FERRAJOLI, L., y RUIZ MANERO, J., *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2013, p. 69. Asimismo, *vid.* el comentario de HART, H. L. A., *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, trad. Tamayo, R. de la 1.<sup>a</sup> ed. de 1997 en Oxford University Press, México D. F., UNAM, 2000, p. 29, a Dworkin, que resume la discrepancia entre las tesis morales que hemos expuesto, pero ya en el ámbito propiamente jurídico: «cuando una proposición de derecho es controvertible de esta manera, puede haber aún, como quiera que sea, hechos del caso, en virtud de los cuales es verdadera o falsa, porque, aunque su verdad o falsedad no pueda ser demostrada, los argumentos de que ésta sea verdadera, pueden ser evaluados como mejores que los argumentos de que sea falsa, y viceversa. Esta distinción entre el derecho que es controvertible y el derecho que es incompleto o indeterminado es una cuestión de importancia considerable para la teoría interpretativa de Dworkin, puesto que, de conformidad con tal teoría, una proposición de derecho es verdadera solo si, en conjunción con otras premisas, ésta se sigue de principios que, a la vez, se adaptan mejor a la historia institucional del orden jurídico y proporcionan, además, la mejor justificación moral para ella. Como para Dworkin la verdad de cualquier proposición de derecho depende, en última instancia, de la verdad de un juicio moral que mejor lo justifica y, toda vez que, para él, los juicios morales son esencialmente controvertibles, entonces lo son así todas las proposiciones de derecho».

<sup>4</sup> *La democracia a través de los derechos*, *op. cit.*, p. 105.

De ahí concluye que las tesis morales, en lugar de presentarse como irrefutables en el terreno de la verdad y la falsedad, deban argumentarse en sede de la justicia como juicios de valor sobre determinados principios normativos. Sin embargo, esta postura tampoco está exenta de dudas. Al menos, porque la tolerancia en sí misma puede presentarse como un valor y porque la opción por el pluralismo moral, político y cultural propio del liberalismo que debe ser respetado supone tomar un cierto sistema de principios y valores como objetivo. Por ejemplo, en sede de la justicia, cabe construir argumentos desde el liberalismo para predicar la verdad o falsedad de determinadas tesis morales marxistas o nihilistas. Si el argumento es que no se respeta la tolerancia respecto al pluralismo que caracteriza al primero, al optar por éste rehusamos juicios morales a favor de la igualdad que se desprenden de los segundos. Los juicios de valor relativos a la justicia admiten la misma crítica de la tolerancia, pues teóricamente partir de un principio determinado u otro no es ni mejor ni peor para dar con ella. A no ser que al optar por la tolerancia estemos aceptando un valor como objetivo y por tanto ofreciendo razones a favor de ese valor y ulteriormente recurriendo a un razonamiento estimativo.

Con este planteamiento estaríamos situándonos en un caso en particular, el del ejemplo de la tolerancia y el pluralismo. De ahí que, para ser justos con la posición que defiende Ferrajoli, debemos evadir el ejemplo particular y, por así decir, volver hasta el nivel de análisis metaético. La adopción de un conjunto de principios y valores necesariamente lleva a excluir otros; se sustenta así la relación entre objetivismo moral e intolerancia. Si se prefiere, su implicación lógica.

En este discurso, como defendió John Stuart Mill, la tolerancia nos lleva a aceptar incluso las concepciones moralmente reprochables. En lugar de predicar la verdad o la falsedad de sus juicios morales según un marco objetivo de valores, en tanto que su adopción es subjetiva, por parte o a instancia de los individuos, la tolerancia nos llevaría a discutir los argumentos a favor o en contra de una concepción moral u otra, a ofrecer razones. En definitiva, a motivar los juicios en contra de lo reprochable y no a censurarlos previamente siguiendo un cuerpo de principios y valores, por reducido que fuere<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> MILL, J. S., *Sobre la libertad*, prólogo de Berlin, I., trad. Azcárate, P. y Rodríguez Salmones, N., 1.ª ed. castellano de 1970, Barcelona, Alianza Editorial, 1993, pp. 73 ss.: «Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que solo tuviera valor para su dueño; si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular, habría alguna diferencia entre que el perjuicio se infligiera a pocas o a muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión,

Pero esta implicación lógica no puede afirmarse tan radicalmente desde que tenemos conocimiento del contenido sustancial de nuestras democracias. En particular, desde que los derechos fundamentales encarnan el principio de igualdad en unas normas supraordenadas y, como tal, sirven como ley inquebrantable frente al poder de las mayorías. Estas dos características evidencian al menos dos valores objetivos: el de la justicia y el de la libertad de todos, sobre los que podemos teorizar no en la lógica abstraída de toda ética particular, sino en el contexto de una democracia constitucional.

Veamos con más detalle cómo la misma tolerancia nos impide sostener esta lógica con la misma fuerza y, después, cómo la dimensión sustancial de la democracia presupone la justicia y a la libertad.

## II. LA TOLERANCIA EN LA LÓGICA

Determinados principios y valores, como la tolerancia o la igualdad, pueden ser incluidos objetivamente en un ordenamiento jurídico sin necesidad de hacer referencia al pluralismo o a la diferencia. Para Ferrajoli hay una implicación lógica entre objetivismo ético e intolerancia, y a esta implicación llegaríamos sencillamente mediante la aplicación del *modus tollens*: si el objetivismo moral supone rechazar los principios y valores que no quedan asumidos entre el elenco por el que se ha optado, la inobservancia de los excluidos nos lleva a concluir que el objetivismo es intolerante.

Ahora bien, esta operación por *modus tollens* no refleja por completo el abanico del estado de cosas al que puede dar lugar la tolerancia ni nos suministra una conclusión precisa acerca de la magnitud de esa realidad. Dicho esto, queda fuera de dudas la validez formal de la operación lógica de Ferrajoli, mas una reflexión en torno a la tolerancia nos llevará a cuestionar el papel que esta juega en su razonamiento silogístico. Vayamos paso por paso. Podemos acudir al popular ejemplo del agua hirviendo que se emplea como instancia de *modus tollens*: observamos vapor cuando el agua hierve; al no haber muestra del vapor, el agua no está hirviendo. Dicho de otro modo: si es verdad que  $p$ , entonces es verdad que  $q$ . Sin embargo, no es verdad que  $q$ , luego tampoco es verdad que  $p$ <sup>6</sup>.

---

más todavía que aquellos que participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error». Aún más cautelosos debemos permanecer si se intenta suprimir por medio de la autoridad: «Nunca podemos estar seguros de que la opinión que tratamos de ahogar sea falsa, y si lo estuviéramos, el ahogarla sería también un mal».

<sup>6</sup> DEAÑO, A., *Introducción a la lógica formal*, 1.ª ed. 1974, Madrid, Alianza, 1999, p. 112.

Cada vez que negamos  $q$  ( $\neg q$ ) podemos afirmar  $\neg p$ . Y en estos términos nada puede objetarse al razonamiento de Ferrajoli. Optar por el objetivismo implica lógicamente la intolerancia.

Pero la tolerancia es un valor y como tal puede ser una de las opciones que estimemos objetivas. Si esto es así, el valor de tolerancia insertado en un conjunto objetivo de principios y valores no podría llevarnos a la conclusión de que es intolerante. Precisamente, el respeto que exige la tolerancia nos impediría excluir las posiciones morales en conflicto. Y pese a ello habríamos optado por un valor.

La premisa mayor de la operación lógica está condicionada por los principios y los valores que se hayan asumido como objetivos. Esto es, el objetivismo moral admite que la premisa mayor incluya lo que *a priori* la lógica nos llevaría a concluir como error. Así, un conjunto objetivo de valores puede incluir la tolerancia, el respeto de otros. Y si esto es así, no podríamos concluir que la intolerancia es la conclusión de adoptar la tolerancia.

La tolerancia implica, al menos, un principio o valor objetivo. Y este hecho nos lleva a revisar la implicación lógica en el caso de que la tolerancia fuese parte del conjunto de principios y valores objetivos del ordenamiento jurídico. Si nuestra premisa mayor se estructura según « $q \rightarrow p$ », que la tolerancia ( $q$ ) implica que al menos ella misma es uno de nuestros valores adoptados ( $p$ ), de ahí no se sigue necesariamente  $\neg q \rightarrow \neg p$ , puesto que  $p$  puede darse con independencia de no advertir  $q$  en un momento determinado ( $\neg q \wedge p$ ). Por así decir, volviendo al ejemplo del vapor y el agua, dejaríamos de observar vapor si el cazo en el que hervimos el agua está cubierto con una tapa. En ese caso, sería verdad  $q$ , aunque no se diera  $p$ .

Las posibilidades de la conjunción entre  $q$  y  $p$  nos obligan a señalar que la conclusión de Ferrajoli, en estos términos, se observaría en el caso en que la tolerancia fuera un valor manifiesto y que al mismo tiempo no formara parte del conjunto de principios y valores adoptados ( $q \wedge \neg p$ )<sup>7</sup>. El problema es que esta posibilidad la habíamos rechazado con el planteamiento de que la tolerancia en efecto forma parte de nuestros valores objetivos.

De ahí estamos en condiciones de afirmar que el objetivismo ético es compatible con la tolerancia porque su presencia implica que ella misma es posible y, por tanto, que al menos la tenemos a ella como principio o valor objetivo.

<sup>7</sup> Otra forma de describir este suceso sería siguiendo a SACRISTÁN, M., *Introducción a la lógica y al análisis formal*, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 17-18. Ambas conclusiones, la de Ferrajoli por medio del *modus tollens* y la idéntica, pero enmarcada entre las posibilidades de su conjunción, aunque formalmente válidas, se diferencian en la fundamentación del enunciado que nos indica algún hecho conocido. Desde el punto de vista de la lógica formal, ambas están justificadas, pero la segunda incluye en su estado de cosas observadas, como una parte de lo que argumenta, el enunciado empírico de la primera. Esta última, por el contrario, se ciñe a una abstracción formal relativa a dicho estado de cosas.

### III. LA IMPARCIALIDAD EN LOS DERECHOS, PRINCIPIOS Y VALORES FUNDAMENTALES

Como hemos tratado de mostrar, una vez dado un valor o un principio, al menos ése dota de razón de ser al objetivismo ético. Ahora bien, nos queda por discutir la segunda parte de los elementos que constituyen las cuatro tesis morales, a saber, la posibilidad de afirmar la veracidad o la falsedad de los juicios de valor. Previamente, prepararemos a continuación el terreno haciendo una breve referencia a cómo el Estado ciertamente hace objetivos un conjunto de principios y valores determinados en detrimento de otros.

Recordemos que, por un lado, la tesis [TM1] sostiene que los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos de acuerdo con el conjunto de principios y valores que se tienen por objetivos y que, por otro, la tesis [TM2] considera que los juicios morales son por el contrario argumentables, de los que no se predica la verdad o la falsedad, al partir de opciones morales subjetivas. Con la referencia a los derechos y las libertades fundamentales, esto es, a la dimensión sustancial de la democracia, esta discrepancia también se resuelve.

La idea de formalizar una teoría a partir de una esfera sustancial de la democracia indica la inclinación por un conjunto determinado de principios y valores y no cualesquiera otros. Insistamos ahora en la opción de decantarse por incluir unos derechos y libertades fundamentales determinados, por un contenido sustancial que irradia al conjunto del ordenamiento jurídico, a partir del cual es posible evaluar el contenido del resto de normas que lo componen, por lo menos de ese ordenamiento jurídico, aunque no necesariamente nos limitemos a uno en particular. Por ejemplo, la noción de validez en la obra Ferrajoli es susceptible de exponerse según este razonamiento y explicar de este modo las aporías en una teoría constitucional que defendiera una visión meramente formal de la democracia, identificar un contenido de las leyes contrario a los enunciados del núcleo rígido de la democracia, propiamente de los derechos fundamentales, o señalar los ámbitos que el poder legislativo todavía no ha regulado y tiene la obligación de colmar de acuerdo con las exigencias que se desprenden de unas normas supraordenadas que limitan su potestad<sup>8</sup>.

La referencia a la validez en la teoría del constitucionalismo garantista nos es de utilidad para insistir sobre la idea de que al supraordenar determinados principios y valores el Estado, en realidad, no es neutral,

---

<sup>8</sup> Estos tres ejemplos pueden encontrarse en FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, Teoría del derecho, trad. Andrés Ibáñez, P., Bayón, C., Gascón, M., Prieto Sanchís, L. y Ruiz Miguel, A., Madrid, Trotta, pp. 773-777, entre otras obras del autor. El primero es una crítica a la concepción kelseniana meramente formal de la democracia, mientras que el segundo y el tercero proceden de las lagunas y las antinomias que surgen de los límites impuestos por las esferas de lo indecible que y de lo indecible que no.

sino que dota a los mismos de objetividad y hace que una determinada concepción moral sea vinculante. Cuando se adjudica un contenido al ámbito sustancial de la democracia a través de un conjunto de derechos fundamentales concretos, se nos muestra la preferencia por un conjunto de derechos, de principios y de valores supraordenados, que podrían haber sido otros. Así, el principio de igualdad y de no discriminación, la libertad de pensamiento, el derecho a la intimidad o el de libre residencia son opciones cristalizadas en el núcleo de la democracia. Los derechos fundamentales que proclaman constituciones como la española o la italiana podrían ser un catálogo más o menos amplio de derechos y continuar siendo compatibles con la idea de democracia constitucional con control de constitucionalidad de las leyes.

Por ejemplo, el constituyente español podría haber empleado, en lugar del término «libertad ideológica», la fórmula «libertad de profesión filosófica», expresión esta última contenida en el Anteproyecto de Constitución Española. Este sutil cambio hubiera generado un debate para esclarecer si las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica, tal y como hoy las conocemos, hubieran sido equivalentes para este otro derecho<sup>9</sup>. O tal vez el constituyente habría podido recurrir a la expresión «libertad de pensamiento y de conciencia», como en el CEDH. Incluso podría haber omitido cualquier expresión relativa al pensamiento, la ideología o la conciencia y el conjunto de derechos y libertades fundamentales que hubiera proclamado solemnemente no dejaría de ser compatible con la idea de democracia constitucional.

Ciertamente, esta última posibilidad no resulta pacífica. Aun así, el derecho a la libertad ideológica o de pensamiento podría deducirse por hallarse vinculado a otros derechos como la libertad de expresión o por la equivalencia con los derechos incluidos en los tratados internacionales ratificados, como el propio CEDH. Como en sede de derechos fundamentales es complicado imaginar una restricción de sus garantías o del número de derechos constitucionalizados dado el nexo formal y hermenéutico entre nuestras normas fundamentales y otras normas similares, como los tratados internacionales relativos a derechos humanos, intentemos exponer mejor la idea de no neutralidad por la parte contraria: que los derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico contuvieran un catálogo de derechos más extenso que esas otras normas vinculadas jurídicamente, como los derechos contenidos en el CEDH. Por ejemplo, con un derecho a la objeción de conciencia para supuestos determinados. Independientemente de la esfera de inmunidad que proyecta la libertad de conciencia, que puede dar lugar a conflictos con el ejercicio de otros derechos y libertades fundamenta-

---

<sup>9</sup> Tanto es así que en el proceso constituyente el propio derecho fundamental a la libertad ideológica necesitó una enmienda del señor Tamames para extender la garantía de no declarar sobre una religión a la ideología. *Vid.*: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2>

les, cabe regular un derecho a la objeción de conciencia para situaciones específicas en forma de derecho fundamental. Como el artículo 30.2 CE relativo al servicio militar obligatorio. En este caso, el elenco de derechos fundamentales de la norma española excede otras normas sobre la materia porque el contenido sustancial de los mismos constituye una opción del constituyente.

En efecto, el Estado no se mantiene imparcial en el ámbito moral cuando delimita el cerco sustantivo que representan los derechos fundamentales, en particular a través de los principios y valores por ellos implicados, lo que termina por irradiar al resto del ordenamiento. La validez de las leyes queda dibujada por los límites, por los vínculos jurídicos, de las normas ordinarias respecto a dicho núcleo fundamental. Sirve como ejemplo de la exigencia de esta dimensión el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este caso tenemos que dejar de lado el ordenamiento español, en donde este tipo de matrimonio se introdujo mediante la intervención del legislador, y mirar otros casos de democracia constitucional con control de constitucionalidad de las leyes. En Ecuador, este matrimonio se hizo factible por la interpretación del tribunal encargado del control de constitucionalidad de las leyes a propósito del principio de igualdad, que obligó a dar acceso a las parejas del mismo sexo a las mismas instituciones jurídicas que las parejas heterosexuales<sup>10</sup>.

Pero este hecho supone escoger un modelo de matrimonio en detrimento de otra concepción. Si el razonamiento es que cada uno es libre para asociarse, juntarse, casarse, con cualquiera, ¿por qué no es posible el matrimonio entre más de dos personas? El Estado admite el matrimonio heterosexual y el homosexual, pero no el polígamo<sup>11</sup>. Quien desee formar una familia con más de dos personas al mismo tiempo encontrará que el Estado no ofrece la misma protección porque no es imparcial, sino que adopta una posición moral, al asumir y tras asumir unos principios y valores determinados, a partir de los que decide y determina qué es posible y qué no es posible hacer. El propio Estado enjuicia sobre el tipo de asociaciones que se pueden formalizar entre ciudadanos. De lo contrario, lo dejaría a la invención de los particulares. De manera similar sucede con la legislación relativa a la acción afirmativa, que supone el trato preferencial por alguna circunstancia personal, como el sexo, y que de estar justificada permitiría romper la exigencia de estricta igualdad entre ciudadanos. En el caso de las mujeres se justifica en que equipara una singular injusticia históricamente insostenible, esto es, la posición social de la mujer respecto a la de los hombres. Así lo confirman los tribunales

---

<sup>10</sup> Sentencia CCE No. 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019.

<sup>11</sup> Una postura similar es la defendida por Michael Kinsley y que recoge SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. Campos Gómez, J. P., 1.ª Ed. 2009, Barcelona, Debate, 2011, pp. 287-294.

que ejercen el control de constitucionalidad<sup>12</sup>. Por justificada que sea la causa, romper la igualdad entre ciudadanos representa una opción, refleja unos motivos, una visión particular del principio de igualdad y del valor que este entraña.

Ahora podemos retomar el hilo de la tolerancia: ¿qué relación guarda con el conjunto de principios y valores que el Estado objetiva?

#### IV. LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA, ENTRE LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD

A continuación, intentaremos defender que la tolerancia está implícita en los valores objetivos de la dimensión sustancial de la democracia. Ello nos preparará el terreno para reformular conjuntamente las [TM1] y [TM2].

Hemos visto que el Estado constantemente se posiciona para regular una determinada situación, para establecer los derechos y las obligaciones que ahí imperan, y lo hace también al regular derechos fundamentales. Nos encontramos, por de pronto, ante el hecho de que el Estado no es moralmente neutro cuando ejerce la potestad de legislar, aunque sea en nombre de adecuar el conjunto del ordenamiento a las exigencias que emanan del ámbito material de la democracia. Conviene insistir en esta última idea. El ámbito material de la democracia está configurado por un contenido que no es moralmente neutro, sino que responde a alguna concepción particular de la justicia o de la libertad.

Cualquier principio o valor incorporado al ordenamiento jurídico a través de la dimensión sustancial de la democracia en realidad responde a una concepción particular de la justicia o de la libertad. Esta idea aparece en la obra de Ricardo García Manrique, que en la *Libertad de todos* la desarrolla respecto a los derechos sociales. Este autor demuestra que cuando en el discurso práctico se hace referencia al valor de la igualdad, este propiamente designa el de la justicia o el de la libertad<sup>13</sup>. Su razonamiento podemos aplicarlo además de a la igualdad, a otros tantos principios y valores que identifiquemos en los derechos fundamentales, pero la conclusión a la que lleguemos no distará de su tesis.

---

<sup>12</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 1.ª ed. 2013, Madrid, Trotta, 2017, p. 85, se muestra crítico con la interpretación constitucional respecto a la diferencia establecida en la legislación sobre violencia de género, en concreto con la STC 59/2008, pues dicha regulación supone que, por las mismas conductas ilícitas, los varones sean condenados con penas superiores a las de las mujeres. No encuentra justificado romper el principio de igualdad en materia penal.

<sup>13</sup> GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Barcelona, El viejo topo, 2013, Cap. IV. Del mismo modo, cfr. GARCÍA MANRIQUE, R., «La semántica confusa de la igualdad», *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 591-624.

El valor de la tolerancia es uno de ellos. Ferrajoli trae a colación este valor para efectuar la crítica implícita en la lógica garantista al objetivismo ético. Como vimos, asumir un determinado valor o un principio concreto implica lógicamente la preferencia por los mismos y que otros queden al margen. De ahí concluiríamos que el objetivismo moral no es tolerante con el pluralismo moral, político y cultural. Sin embargo, con este razonamiento no podríamos justificar, al menos, que no toda moral tiene cabida en el foro público de una democracia constitucional y que la tolerancia es un valor que atribuimos a nuestras actuales democracias. La primera cuestión nos exigiría un análisis profundo y extenso que ahora nos alejaría de nuestro objeto y en el que no me entretendré. En cuanto a la segunda, la tolerancia respecto a posiciones morales, políticas y culturales diferentes en efecto es un valor. Lo que sucede es que cuando la afirmamos respecto de los derechos fundamentales, y en el plano teórico de la dimensión sustancial de la democracia, en realidad designa la libertad o la justicia, el valor fundante que le da sentido respecto al ordenamiento jurídico. Esta afirmación requiere un desarrollo más detallado.

Con la intención de evidenciar la tolerancia o intolerancia de determinadas concepciones morales respecto a un ordenamiento jurídico, lógicamente asumimos que hay un conjunto de principios éticos y valores privilegiado respecto a otro, tributario de mayor protección, o garantías, mientras que aquellas otras concepciones quedan definidas como exógenas, ajenas al ordenamiento. Se expone así que el ordenamiento jurídico no tolera discrepancias morales, políticas o culturales con lo que ha quedado descartado. Ahora bien, esta conclusión adolece de generalizar en exceso, puesto que no estamos ante una cuestión de todo o nada, sino gradual.

Ciertamente, llegaremos a esta conclusión si por intolerancia sostenemos que la democracia constitucional tiene dificultades para respetar, asimilar o justificar posiciones como el terrorismo o la supresión de la propia democracia a través del secuestro de los derechos y las libertades fundamentales. Por el contrario, la propia idea de democracia resulta inconcebible sin un mínimo de pluralismo que asegure diferentes concepciones de la justicia y de la libertad. De ahí que, aunque la dimensión sustancial de la democracia esté dotada necesariamente de un contenido objetivo configurado por principios y valores compatibles con una visión particular sobre la justicia o la libertad, no quedan excluidas otras concepciones diferentes y pacíficas con ambos valores, pese a que rehúse cualquier concepción que las eliminase. La intolerancia, en estos términos, se predicará respecto a suprimir la justicia y la libertad, que son los valores que definen, en cualquier caso, los derechos fundamentales<sup>14</sup> que constituyen el núcleo rígido de la dimensión sustancial de toda democracia constitucional.

---

<sup>14</sup> Sean políticos, civiles, de libertad o sociales, siguiendo la conocida clasificación de FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. CABO, A.

La intolerancia implica el privilegio de determinados principios y valores, de la exclusión de otros, de una diferencia en la aceptación de una ética o moral particular. Presupone, en definitiva, un desajuste, que una moralidad determinada reciba un trato preferente en la democracia, una desigualdad respecto a lo aceptado o rechazado por la dimensión sustancial. Ese privilegio, esa diferencia o preferencia, no es más que la desigualdad respecto a lo que en principio se presenta como igual: concepciones morales particulares. Dicha desigualdad, de este modo, nos estaría indicando que no parece justificado tratar diferente lo que debería ser igual, que ahí late una injusticia, que se trata diferente lo que debería ser tratado igual. La intolerancia pone de manifiesto lo injusto a través de la desigualdad. Lo valioso de la tolerancia, así, es que hace ver la justicia.

Ahora bien, esta posición habría que matizarla, porque no toda concepción moral o ética particular se fundamenta en, o asegura, un mínimo de reciprocidad con la dimensión sustancial de la democracia, como ya hemos advertido a través de algún ejemplo. Lo que en principio se nos presentaba como cualquier otra concepción moral no resulta ser cualquier otra cosa, sino la que precisamente negaría las condiciones que permiten florecer a las demás.

Una vez descartadas aquellas concepciones que afrentan, suprimen, o no respetan el mínimo sustancial de la democracia, nos quedan ahora sí diferentes concepciones sobre los principios y valores que guían los derechos políticos, civiles, de libertad y sociales, sobre la dimensión sustancial de la democracia, sobre la justicia y la libertad que los sustentan. En estos términos tiene cabida el pluralismo, al confluir los argumentos sobre las distintas concepciones respecto a los mismos.

Y con ello solamente hemos dejado constancia de la mitad del asunto. La tolerancia, como cualquier otro valor que vinculemos a los derechos fundamentales, al núcleo fuerte de nuestra democracia, puede servir del mismo modo al valor de libertad. Podemos limitarnos a señalar esta cuestión desde el constitucionalismo garantista, desde la teoría del propio Ferrajoli.

Al aceptar que los ordenamientos integran principios y valores morales, podemos observar el siguiente principio lógico e implícito, el de la reciprocidad, por el cual resultaría imposible suprimir la dimensión sustancial de la democracia a través de los derechos y libertades que la constituyen. En otras palabras, la dimensión sustancial constituye un núcleo del que no podemos prescindir, de ahí la exigencia de reciprocidad con la misma cuando se ejercen los derechos y las libertades fundamentales. De esta manera, podemos evaluar si una determinada concepción moral impide que los sujetos se

---

y PISARELLO, G., 1.ª ed. 2001, Madrid, Trotta, 2009, pp. 37-40 y 367-371; *Principia Iuris*, op. cit., pp. 773-777; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Greppi, A., 1.ª ed. 2006, Madrid, Trotta, 2013, pp. 66-69; *La democracia a través de los derechos*, op. cit., pp. 19-20.

acojan a una cosmovisión, un ideario, una ética particular, o, dicho de otro modo, que tengan la capacidad para darse fines a sí mismos. La reciprocidad nos dice si una concepción resulta compatible con la misma capacidad para el resto de ciudadanos. De aceptar la supresión impuesta por ese tipo de concepciones morales, la democracia tendería que condicionar el hecho de que un grupo de ciudadanos pudieran perseguir sus propios fines a que los primeros lo hubieran logrado, puesto que la ética de estos últimos pasa por constreñir la dimensión sustancial que garantiza esta misma capacidad para todos, pasa por que un conjunto de ciudadanos sean tratados como medios para que otros satisfagan sus fines. En lugar de perseguir sus propios fines, unos ciudadanos se verían desprovistos de sus derechos y libertades fundamentales, alienados de ellos, mientras un conjunto de fanáticos abraza unas ideas con las que hieren de muerte, en el seno de la democracia, a esa capacidad tan humana<sup>15</sup>. Las concepciones morales sin reciprocidad con la dimensión sustancial de la democracia niegan esa capacidad al resto de ciudadanos, les niega, en conclusión, su condición de ciudadanos libres.

Entonces, debemos preguntarnos, ¿no es precisamente esto lo que estaba señalando nuestro autor a través de la «ley del más débil»? Lo que se evidencia en que la universalidad de los derechos no es definitiva. Según el propio Ferrajoli, depende de su fundamentación:

Esta universalidad no es absoluta, sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica. En efecto, el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida. Así, si la intensión de la igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la extensión de la igualdad y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan<sup>16</sup>.

En la lógica garantista, los derechos fundamentales, por definición, pertenecen normativamente a todos. Rompería con la coherencia interna que los derechos fundamentales otorgaran preferencia o que de ellos se derivara el privilegio de un estatuto de ciudadanos con mayor libertad que los demás. Los derechos fundamentales se justifican en no dejar atrás a ningún ciudadano, en que no se convierta en el

---

<sup>15</sup> Vid. «Genealogía del fanatismo» de CIORAN, E. M., *Adiós a la filosofía y otros textos*, trad. Savater, F., Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 13: «En sí misma, toda idea es neutra o debería serlo, pero el hombre la anima, proyecta en ella sus llamas y sus demencias; impura, transformada en creencia, se inserta en el tiempo, adopta figura de suceso: el paso de la lógica a la epilepsia se ha consumado... Así nacen las ideologías, las doctrinas y las farsas sangrientas».

<sup>16</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A., 1.ª ed. 1999, Madrid, Trotta, 2010, p. 39.

medio necesario para satisfacer las creencias de otros, en que no se deje de ser libre. De este modo, los derechos fundamentales designan la libertad de todos.

Y si esto es así, como creo que hemos ofrecido suficientes argumentos para sostenerlo, los dos valores que hay detrás de, o que fundamentan, los derechos fundamentales, el núcleo rígido de la democracia constitucional, son la justicia y la libertad. Cuando aparece un principio o un valor particular vinculado a esta dimensión sustancial, genuinamente estará designando uno u otro valor, que objetivamente constituyen una ética en torno a los derechos fundamentales, aunque sea ceñida a estos dos casos.

La justicia y la libertad son los valores incardinados en la democracia constitucional y con ellos se agota la especulación acerca del objetivismo moral en la teoría iusfilosófica. Las tesis sobre la relevancia de otros valores, *ex. gr.*, la belleza, ya no serán propios a esta teoría o discurso, sino que pertenecen al ámbito de la filosofía moral, ni jurídica ni política. Sin embargo, como corolario tienen cabida interpretaciones axiológicas de los ordenamientos jurídicos ahora ya desde un punto de vista interno, prescriptivo de la justicia y de la libertad, de acuerdo con los dos valores que fundamentan la dimensión sustancial de la democracia.

## V. UNA PROPUESTA DE CONCILIACIÓN

No haríamos justicia a la teoría garantista, tras realizarle los anteriores comentarios, sin un intento de traerla a su mejor luz. En mi opinión, esta teoría no tiene por qué vincularse tan señaladamente al marco teórico y conceptual que expone Ferrajoli en su crítica metaética del objetivismo moral. La analogía a la música de cámara puede servir para ilustrar esta idea.

En la composición de cámara que es la teoría garantista, la aportación de Ferrajoli a través de la crítica al objetivismo moral constituye un acorde que podemos interpretar de dos maneras. La tríada de notas de ese acorde no deja lugar a dudas, dos premisas y su conclusión, una tonalidad definida por la disociación entre el objetivismo moral y la tolerancia que supone optar por unos principios y unos valores determinados en detrimento de otros. Ahora bien, si el acorde no lo escuchamos solo, sino en el contexto de la pieza a la que pertenece, el de la democracia constitucional, la melodía a la que acompaña esa conclusión hace que quede inserta en una de las posibilidades de la conjunción entre tolerancia y objetivismo moral.

Del mismo modo en que un acorde, en unos casos, puede por sí mismo encarnar, y decimos así, la tonalidad de la obra, en otros, ese mismo acorde se dispone según el contexto, representando una función de la composición. Del mismo modo, las tesis [TM1] y [TM2]

pueden estar describiéndonos una misma pieza, quedando acomodadas en la misma según su relevancia para la dimensión sustancial de la democracia. Y de ser esto posible, nos veremos obligados a exponer cómo encajan dos tesis aparentemente en perpetua tensión, puesto que, si en efecto se sostienen determinadas tesis morales como objetivamente válidas, por otro lado, sería contraria la argumentación racional que rehúse del objetivismo. Sin embargo, esto no es así. La tesis contraria a [TM2] es la que señalamos como tesis [TM4], al no poder ser verdaderas al mismo tiempo: mientras una sostiene la argumentación racional acerca de principios y valores, la otra parte de la premisa del escepticismo para negar cualquier tipo de argumentación al respecto<sup>17</sup>. Entonces, las dos primeras tesis, que admiten la argumentación racional, son subcontrarias: pueden ser verdaderas, pero no falsas al mismo tiempo. Cabe argumentar racionalmente los juicios morales sobre los principios y valores que constituyen la dimensión sustancial de la democracia, y dentro de esa esfera cabe realizar juicios morales objetivamente válidos<sup>18</sup>.

El encuentro entre ambas tesis se hace evidente en la dimensión sustancial de la democracia. Por un lado, vimos que la tesis [TM1] era cierta en tanto que hay principios y valores objetivos en un ordenamiento jurídico, esencialmente los de justicia y libertad, ante los que determinadas concepciones éticas, juicios morales particulares, no tienen reciprocidad con los principios y valores que fundamentan la democracia constitucional. Por otro lado, cuando Ferrajoli anuncia que la asunción de determinados principios y valores como objetivos presupone la intolerancia respecto a otras concepciones morales, lo

---

<sup>17</sup> El propio Ferrajoli es consciente de ello. *Vid. La democracia a través de los derechos, op. cit.*, p. 103: «La tesis (ba) –que hemos expuesto como [TM4]– es una tesis irracionalista que niega la posibilidad de argumentación racional en materia moral, como si la única forma de argumentación racional fuese la dirigida a sustentar la verdad o falsedad de las tesis asertivas».

<sup>18</sup> Ferrajoli parece admitir esta relación. *Vid. La democracia a través de los derechos, op. cit.*, pp. 107 y 108: «las divergencias entre el objetivismo de los que se limitan a sostener la posibilidad de una argumentación racional de las tesis morales, aunque sea suponiendo que sus asunciones sean verdaderas u objetivamente válidas, y los que sostienen la misma posibilidad refutando cualquier forma de objetivismo o cognoscitvismo ético, consisten, en último término, en el diverso significado que asocian a las nociones, claramente estipulativas de “verdadero”, “falso” y “objetivo”, más extenso para los primeros y más restringido para los segundos», y sin embargo ve en la lógica de la tolerancia un reducto insalvable, pues «al no ser admisibles tesis falsas, las expone a la acusación de intolerancia, sino también porque, por desgracia, en el terreno inverosímil del objetivismo moral, cualquier tesis ya ha sido sostenida y es, hoy todavía, sostenible. (...) La idea de que los principios de justicia y los derechos formulados en nuestras constituciones son principios morales en algún sentido objetivos (...) sirve, en efecto, de un lado, para acreditar la idea de que los mismos son todos principios distintos en sentido fuerte de las reglas y, de otro, para dotar de alguna compensación a su indeterminación y de un anclaje extrajurídico y objetivo, aunque sea ilusorio, a su ponderación, hasta la tesis extrema de la existencia de una sola solución correcta».

hace en un plano metaético, lógico, sin referirse a un ordenamiento jurídico particular ni a un modelo de Estado como el de la democracia constitucional. Son dos niveles discursivos; dos tesis morales que en principio nos describen adecuadamente un estado de cosas según unos principios y valores determinados.

Ahora bien, situados ya en el plano discursivo de una democracia constitucional, la justicia y la libertad implícita por un conjunto de derechos fundamentales supraordenados al resto de normas implica, gracias al principio de reciprocidad respecto a las normas que dotan de contenido sustancial a la democracia, que es posible debatir sobre distintas concepciones de los principios y valores implicados por ella y que determinadas concepciones morales puedan ser confirmadas como intolerantes. Del carácter universalizable de estos derechos se deduce la intolerancia no de los principios y valores objetivos de acuerdo con ese ordenamiento jurídico, sino de las concepciones morales que no respeten, que no tengan reciprocidad, con la dimensión sustancial de la democracia. De este modo, según se sigue de la reciprocidad, es cuando tiene lugar una argumentación racional sobre diferentes concepciones de la democracia, sin que ninguna sea cierta o falsa respecto a la otra. El pluralismo pasa a ser entonces las diferentes posiciones que representan cada uno de los argumentos a favor de una determinada concepción de la democracia. Ninguna de estas concepciones puede quedar fuera porque la dimensión sustancial no toma partido a favor de alguna en particular, no constituye un cuerpo objetivo de principios y valores a partir del cual podamos sostener la verdad o la falsedad de una de estas concepciones respecto a otra.

El pluralismo queda justificado por el principio de la reciprocidad. Por un lado, porque los principios y valores incardinados en la dimensión sustancial de la democracia exige distintas concepciones de la misma y, por otro, porque la reciprocidad con los derechos fundamentales, con las libertades de todos, legitima a esas concepciones. Cuando no se sigue la reciprocidad, la dimensión sustancial de la democracia no puede garantizar los derechos y las libertades fundamentales de todos: tenemos que forzar, incluso romper, la lógica de los derechos fundamentales de todos para dar prioridad a una determinada concepción moral. Y, cuando se sigue, cualquier concepción moral de la misma recibe idéntica protección, aceptación, garantía, respeto.

Hemos topado con un principio lógico implícito en el respeto de la dimensión sustancial de la democracia, por el cual determinadas concepciones morales, como el establecimiento del régimen del terror, niegan o suprimen precisamente ese núcleo rígido, sustancial, de la propia democracia. Y de ser así, dicho principio, en el plano metaético o lógico, se hace evidente como *principia iuris tantum*, mientras que en el discurso acerca de la democracia constitucional, además, lo hace también como *principia iuris et in iure* que se sigue de los principios y valores objetivos, la justicia y la libertad, que representan los dere-

chos y las libertades fundamentales a través de la dimensión sustancial de la democracia<sup>19</sup>.

En síntesis, de situarnos en el plano lógico, sin entrar a debatir cuáles son los derechos fundamentales que configuran el contenido de la dimensión sustancial de la democracia, el objetivismo moral implica la determinación de unos principios y valores en detrimento de otros. Ahora bien, esta intolerancia procede en apariencia, pues supone declinar la legitimidad de aquellas concepciones contrarias al propio contenido sustancial de la democracia, en donde el pluralismo se abona e irrumpe con mayor vigor, a través de la argumentación sobre distintas visiones de los principios y valores implicados por la democracia.

Si por el contrario nos situamos en el plano discursivo de un ordenamiento jurídico concreto, señalando así que hay un contenido fuerte, rígido, que define la dimensión sustancial de la democracia mediante los derechos fundamentales, genuinamente se abre la posibilidad de predicar la verdad o falsedad de los juicios morales respecto a sus principios y valores objetivos, implícitos en la opción que representa un conjunto de derechos y libertades de todos supraordenados al resto de normas. Ahora bien, la certeza de esta tesis implica, al mismo tiempo, que las concepciones morales irrespetuosas con los principios y valores objetivos en estos derechos sean rechazadas por intolerantes y que cualquier concepción moral respetuosa con esa dimensión sustancial puede argumentarse, con independencia de su verdad o falsedad.

En definitiva, lejos de ser tesis incompatibles, son necesariamente complementarias en el seno de una democracia constitucional. Al situarnos en este escenario, tanto si elevamos una teoría axiomatizada de la misma como si elaboramos una tesis acerca del derecho positivo, la afirmación de una sola de estas tesis queda inacabada, obligándonos a completarla con la proyección de la dimensión sustancial de la democracia que la otra impone sobre la misma, o dicho de otro modo con la exigencia de conjugarla junto con la otra tesis. De lo contrario, o no nos estaremos refiriendo a una democracia constitucional, y por tanto no observaremos la proyección lógica de su dimensión sustancial, o la dimensión sustancial de la misma no estará fundamentada en la justicia y en la libertad, lo que resulta incompatible de nuevo con el concepto de democracia constitucional, porque deberíamos prescindir de principios como el de igualdad o de las garantías de los derechos fundamentales, que dan precisamente sentido y por tanto legitimación a dicho concepto.

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, en *Principia Iuris*, *op. cit.*, pp. 26-30, emplea la categoría de *principia iuris et in iure* para aquellos principios expresados por las normas jurídicas del derecho positivo, que constituyen principios internos al derecho positivo, y la de *principia iuris tantum* para los principios externos al derecho positivo, pero que se imponen al mismo como la lógica que el derecho debería tener.

## VI. CONCLUSIÓN

La justicia y la libertad son los valores que fundamentan los derechos fundamentales. Ambos están implícitos en la dimensión sustancial de la democracia constitucional. En función de los mismos hay lugar para una teoría axiomatizada de los ordenamientos jurídicos, esto es, para teorías jurídico-políticas y para juicios morales desde una perspectiva interna a la democracia y al Derecho.

A esta conclusión llegamos porque no hemos podido reafirmar la tesis metaética de que el objetivismo moral comporta la intolerancia. De hecho, esta no ha resultado ser una tesis de todo o nada, sino una de las posibilidades implícitas en la relación entre objetivismo e intolerancia: la tolerancia puede ser asumida objetivamente por una concepción moral determinada. Dicha tesis solamente sería cierta en caso de que argumentáramos sobre la tolerancia sin que ésta, de alguna manera, formara parte de la nómina de principios y valores que se han asumido. De este modo, la lógica nos exige matizar esta tesis en lugar de aceptarla en su totalidad.

Ya en el contexto de una democracia constitucional, la tolerancia queda asumida en su dimensión sustancial a través del principio de igualdad. La lógica que induce a la conclusión de que asumiendo unos principios y unos valores como objetivos comporta el rechazo de otras se traduce, de este modo, en que esas otras concepciones morales son precisamente las intolerantes, las que suprimen la dimensión sustancial de la democracia, aquellas de las que no se sigue reciprocidad con los principios que la caracterizan.

Al mismo tiempo, podemos rechazar concepciones morales que suprimen esta dimensión sustancial, y por tanto los valores de justicia y de libertad que la fundamentan, y aceptar aquellas otras que argumentan racionalmente sobre concepciones distintas de las implicaciones de su núcleo sustancial, con indiferencia de la verdad o la falsedad de las mismas. El pluralismo político, moral y cultural queda garantizado por el principio de reciprocidad respecto a la dimensión sustancial de nuestras democracias. Dimensión que exige una postura ecléctica entre las dos principales tesis morales que hemos observado.

Finalmente, este principio de la reciprocidad es un principio lógico, implícito en esta dimensión sustancial, por el cual no puede negarse la misma para dar paso, o prioridad, a unas determinadas concepciones morales. Es un principio vinculado a la prohibición lógica de contradicción, por el que las garantías que caracterizan los derechos y las libertades fundamentales no pueden dar paso a la negación de esa misma dimensión sustancial para los demás. Dicho principio es un *principia iuris tantum* de la democracia constitucional, derivado de un conjunto de derechos y de libertades supraordenados que dictan la condición de validez del resto del ordenamiento jurídico y delimitan los vínculos y las obligaciones de todos los poderes.

# La proyección de la complejidad institucional en la decisión jurídica

## *The projection of the institutional complexity in the legal decision*

Por JUAN MANUEL RODRÍGUEZ CALERO  
Universidad de La Laguna

### RESUMEN

*Los conflictos entre instancias judiciales enturbian la tradicional concepción del derecho como un mecanismo destinado a proporcionar la solución «correcta» a los supuestos controvertidos. El protagonismo que adquiere el juez en la ponderación de los principios y la inexistencia de un acuerdo institucional acerca de cuál sea el tribunal superior al que corresponde pronunciar la última palabra en el mundo del derecho ofrecen una imagen de extrema complejidad que redimensiona el sentido de los instrumentos de control de la decisión jurídica. La vis atractiva de los derechos fundamentales y la interrelación entre la norma constitucional y la ley justifican el papel que puede asumir la jurisprudencia constitucional disponiendo la respuesta definitiva. Pero ello no obsta el reclamo de un órgano judicial que pudiera cerrar el sistema desde una perspectiva institucional.*

Palabras clave: *Razonamiento jurídico. Tribunal Constitucional. Tribunal Supremo. Principios del derecho. Decisión jurídica.*

### ABSTRACT

*The conflicts between the judicial instances mar the traditional conception of law as a mechanism intended to provide the «right» solution to controversial*

*issues. The leading role that the judge acquires in the weighting of the principles and the non existent institutional agreement about which High Court of Justice has the last word in the world of law, offers an image of extreme complexity which resizes the sense of the instruments of control of the legal decision. The attractive vis of the fundamental rights and the relationship between constitutional norm and the law justify the role that the constitutional jurisprudence can play having the final response. This does not prevent the claim of a Judicial body that could close the legal system from an institutional perspective.*

*Keywords: Legal reasoning. Constitutional Court. Supreme Court. Principles of law. Legal decision.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PRINCIPIOS. – 3 LA INDEFINICIÓN DE LA ÚLTIMA INSTANCIA JUDICIAL. – 4. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. THE JUDICIAL CONTROL OF THE PRINCIPLES. – 3. THE LACK OF DEFINITION OF THE LAST JUDICIAL INSTANCE. – 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los problemas jurídicos reclaman una solución que no siempre resulta sin más deducible de las normas. En estos casos la pretensión de vigencia del principio de seguridad jurídica resulta inevitablemente afectada. El juez tiene que valorar la densidad normativa de los principios, eventualmente contradictorios, que pudieran concurrir en cada concreto supuesto. Pero esa valoración no dispone de un criterio cristalino para fiscalizar su mayor o menor corrección. La institucionalización de la revisión judicial contribuye cuando menos a precisar la competencia de cada órgano judicial al respecto. El problema surge, no obstante, cuando se generan conflictos entre organismos que reclaman para sí el papel de órgano superior de la jurisdicción. Son dos, pues, los desafíos que asume la seguridad jurídica en este punto: la inexistencia de un criterio único de decisión en los supuestos de colisión de principios y la indefinición acerca del órgano superior de la jurisdicción. Los analizaremos por separado.

## 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PRINCIPIOS

Resalta en el pensamiento jurídico contemporáneo un enfoque de la interpretación jurídica que expresa una confianza que entendemos excesi-

va en la función que pueden cumplir los principios en el ámbito jurídico. Se trata de corrientes matizadamente antiformalistas que desde distintos puntos de vista pretenden considerar a los principios jurídicos como una especie de bálsamo de fierabrás capaz de dar la respuesta adecuada, incluso la única respuesta correcta, a un conflicto jurídico.

De manera significativa encarna esta fe en los principios Ronald Dworkin, quien esgrime la imposible identificación de los principios por una regla maestra, por una norma que reconozca los estándares normativos que aplica el juez. En concreto refiere al efecto el caso del asesino que pretende heredar el patrimonio de su víctima. El juez rechaza su petición aplicando un principio, «nadie puede beneficiarse de sus propios ilícitos»<sup>1</sup>, enunciado que no existe en el sistema jurídico. No existe una norma de reconocimiento, de identificación, que fije su pertenencia al mismo. Sugiere que cuando un juez está ante un caso difícil, siguiendo la tesis positivista, en el que una regla no puede dar respuesta, introduce nuevos derechos jurídicos que aplica retroactivamente al caso que tenía entre manos<sup>2</sup>. Desde su punto de vista la tesis de los derechos hace que se concilie la creación judicial y la historia institucional. Su teoría de la adjudicación, en la que alude a un juez ideal, en este caso nos interesa algo menos. Lo relevante, a nuestro juicio, es que existe algo en los sistemas jurídicos que no son reglas del derecho, que no pueden ser identificadas por una norma de reconocimiento y que deciden controversias jurídicas. Habría estándares que aplican los jueces y son creados por ellos. Esto pondría en cuestión la vigencia de la noción tradicional de seguridad jurídica, en la medida en que más allá de la ley los operadores jurídicos serían los encargados de crear normas con las que resuelven supuestos concretos.

En tales casos la entrada en juego de los principios derivaría en una decisión que se entiende no solo desde el punto de vista formal sino también material (desde el punto de vista de su justicia) correcta. ¿Existen estándares normativos distintos a las normas, que se utilizan para la resolución de controversias jurídicas y que son «creados» por los jueces? De ser afirmativa la respuesta algunas de las nociones tradicionales de la cultura jurídica tendrían que ser reformadas<sup>3</sup>.

Muchas veces los juristas, es cierto, hablan de principios<sup>4</sup>. Así se sostiene que son principios del derecho laboral *in dubio pro operario*, la irrenunciabilidad de los derechos o la no discriminación. En estos

---

<sup>1</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1987, p. 23.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>3</sup> Analiza las causas del desfase de las nociones tradicionales de la cultura jurídica con respecto a la realidad del derecho ARA PINILLA, I., «La autocomplacencia estética de la cultura jurídica» en Sánchez Bravo, A. (dir), *Democracia, pluralismo y derechos humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 285-305.

<sup>4</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, sin pretensión de exhaustividad, aluden a seis sentidos: norma muy general, norma redactada en términos vagos, norma programática, norma que expresa valores o máxima o enunciado de la ciencia jurídica con un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del sistema jurídi-

casos, y a pesar de que se utiliza explícitamente el término «principio», estaríamos ante la descripción del derecho pero no ante una norma. Se podría asumir esta conclusión tras el análisis del derecho laboral porque algún precepto los recogiera. Pero seguiríamos estando en el ámbito descriptivo del derecho, no en el normativo. Es decir, cuando hablamos de principios en general no necesariamente estamos aludiendo a estándares que resuelven supuestos concretos, a normas<sup>5</sup>. En ocasiones se utilizan para la descripción del sistema jurídico. En otros casos, y esto es más frecuente de lo que pudiera parecer, se emplea la fórmula para referirse a máximas o aforismos que tienen un carácter lógico o histórico (*nemo dat quod non habet-nemo inauditis condemnetur*) y en otros como criterio de interpretación (principio de libertad o principio de igualdad). En estos casos los principios jurídicos no aparecen como normas de derecho y, por tanto, en nada les afecta la crítica de Dworkin.

Sin embargo, también existe un sentido de los principios como normas, como estándares jurídicos que resuelven conflictos, que son utilizados por los operadores jurídicos, y fundamentalmente por el juez, para fundar una respuesta ante un conflicto real, pero entendemos que no se trata de la creación *ex novo* de normas por parte del juez, ni de la existencia de un juez ideal capaz de proporcionar la única respuesta correcta.

Asumimos que la distinción entre reglas y principios como normas se plantea en el razonamiento jurídico. Esto es, cuando el juez justifica su decisión. El juez necesariamente ha de partir de un enunciado jurídico establecido al que podamos identificar a través de una norma de reconocimiento porque de otra manera estaría aplicando su criterio de justicia –y sería sancionado porque su obligación es aplicar el derecho vigente, no crearlo–. Podrá llegar a conclusiones incoherentes o irrazonables desde el punto de vista del razonamiento y, por lo tanto, censurables. Pero el juez habrá de partir de un enunciado normativo establecido por el legislador para dar una respuesta fundada en derecho. Si esto es así, la pregunta es en qué se diferencia la aplicación de una regla de la de un principio.

Las reglas son enunciados normativos que resuelven como razón exclusiva y excluyente una controversia jurídica. Es decir, el operador jurídico debe tratar de dilucidar qué regla da respuesta a un problema e invalidar aquellas que pudieran contradecir su contenido<sup>6</sup>. Se trata-

---

co o de un sector normativo. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 3 y 4.

<sup>5</sup> CARRIÓ, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pp. 35 ss.

<sup>6</sup> La distinción entre reglas y principios ha sido objeto de distintos estudios en las últimas décadas. Entre las más relevantes puede verse ALEXEY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; «On the structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, núm. 13-3, 2000, pp. 294-304; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykin-

ría de determinar cuál es el enunciado que opera como regla y que es una razón suficiente para dar una solución al problema que se plantea. Una norma podría establecer que quien difame al empleador podrá ser despedido sin ningún tipo de indemnización. Un trabajador es considerado por una autoridad como reo de esta falta y se le aplica esta norma como razón suficiente. El juez tendrá que analizar si existen otras normas que sean contradictorias con ella y plantear su validez frente a esta a través de las herramientas que proporciona el propio sistema jurídico (la ley superior deroga a la inferior, la posterior a la anterior o la ley especial a la general). Si hubiera una norma de rango superior, posterior en el tiempo o más especial que estableciera por ejemplo el derecho a la indemnización incluso en estos casos, el juez habría de aplicarla como razón suficiente para resolver el problema jurídico y excluir la anterior. Lo relevante es que el juez es el que determina, con los instrumentos que dispone el sistema jurídico, la respuesta que se desprende de un enunciado normativo interpretado como regla. La regla es por tanto una razón suficiente, exclusiva y excluyente, para dar una respuesta a un conflicto jurídico.

El principio, por su parte, es una razón a ponderar con otras normas principales para obtener una respuesta, una decisión jurídica. En el supuesto en que el operador jurídico determine en relación con un caso concreto que un enunciado normativo ha de ser utilizado como principio habrá de ponderarlo con otros principios para proporcionar la decisión<sup>7</sup>. En estos supuestos no cabe anular norma alguna, ni recurrir a los criterios para resolver las antinomias jurídicas, porque los principios se condicionan y la aplicación de uno implica la de otros. La configuración de un enunciado jurídico como un principio supone la ponderación, el *bilancio* o *balancig test*, con otros y, por lo tanto, su aplicación simultánea. Por ejemplo, el principio de buena fe contractual que pudiera estar recogido en una disposición del sistema jurídico habría de ser ponderado con otros como puede ser la irrenunciabilidad de los derechos laborales o con el de seguridad jurídica. Es el juez el que ha de ponderarlos para dar una respuesta fundada en derecho, y su solución habrá de resolver el supuesto concreto y podrá ser utilizada por otros operadores jurídicos dependiendo del rango jerárquico del órgano judicial que resuelva el conflicto. Pero esto último está más relacionado con el papel de la jurisprudencia en la decisión jurídica que con el propio razonamiento jurídico.

Por lo tanto los enunciados normativos establecidos por el legislador pueden ser utilizados por los jueces, y en general por los operadores jurídicos, como principios del derecho o reglas jurídicas. Y la pregunta que nos podemos plantear es si existen elementos estructurales que

---

son, 1998; ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *op. cit.*, MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon, 1978; ASIS ROIG, R., *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995; ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

<sup>7</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 105.

determinen que un enunciado deba ser interpretado como regla o principio. Si un operador jurídico deba considerar un enunciado como un tipo de estándar o como otro. Han existido distintas propuestas que plantean esta hipotética distinción aludiendo a diferentes criterios<sup>8</sup>. La distinción entre reglas y principios se configura, desde nuestro punto de vista, en el ámbito interpretativo, en la adscripción de sentido a los enunciados normativos establecidos por el legislador. En el ámbito del lenguaje del legislador no cabe pretender una distinción entre reglas y principios. Nos podemos encontrar, evidentemente, con la utilización del término «principio» o incluso «regla» por parte del legislador o del constituyente, pero ello no prejuzga su operatividad como tales<sup>9</sup>.

Aunque esto sea así, no creemos tampoco que el juez o el operador jurídico de que se trate tenga libertad (o discrecionalidad) para configurar un enunciado normativo como regla o principio. En este ámbito existe lo que, siguiendo a Tarello, podemos denominar «espías de la función» de regla o principio<sup>10</sup>. Es decir, una serie de «pistas» o «indicios» acerca de si un enunciado ha de operar como regla o principio. Su carácter general, abierto o incluso la propia consideración de un enunciado del legislador como principio solo pueden ser tenidos en cuenta como elementos indiciarios de cómo han de operar en la resolución de un caso concreto. Pero es el juez, en definitiva, el que dilucida su operatividad en cada caso concreto como regla o principio.

Vale al respecto la consideración de Garrido Falla en relación con el artículo 1 de la Constitución que proclama los valores superiores del sistema jurídico: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, cuando indica que se trata de un enunciado que indiciariamente tendría que configurarse como un principio, esto es, podría dar una respuesta a través de su ponderación con otras normas principiales. Su carácter general, abierto e incluso el hecho de que se proponga por el constituyente como valores, inclinaría a pensar en su operatividad como principio. Sin embargo, Garrido Falla plantea que en la hipótesis de una ley que implantara un único partido su inconstitucionalidad sería palmaria y se justificaría en la configuración de este pre-

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 60 ss.

<sup>9</sup> GIANFORMAGGIO, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103, p. 71. Los profesores Atienza y Ruiz Manero parecen, por su parte, proponer una distinción estructural entre reglas y principios entendiendo que las primeras configuran el caso de forma cerrada mientras los principios lo hacen de forma abierta. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120, p. 108. Véase en este sentido la polémica con Prieto Sánchez, L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992; «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho...*, *op. cit.*, pp. 26-34.

<sup>10</sup> TARELLO, G., «Enunciati, enunziamenti e spie della loro funzione precettiva», en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 143-165, p. 164.

cepto como regla jurídica, el valor pluralismo político justificaría como razón suficiente la inconstitucionalidad de esta ley<sup>11</sup>. Por lo tanto un enunciado que indiciariamente apunta a su configuración como principio, opera como regla jurídica, como razón exclusiva para resolver un conflicto.

La determinación de si un enunciado ha de ser razón suficiente (regla) o ha de ponderarse con otros principios es una decisión que en cada caso toma el juez, el operador jurídico, aunque ha de tener presente, también, los mencionados espías de la función de regla o principio.

El principio como norma que ha de ser ponderada es uno de los sentidos en el que puede hablarse de principios del derecho. En todo caso no da lugar a decisiones más justas, más correctas o implica la utilización de estándares ajenos a la regla de reconocimiento. Se trata de una forma de razonar en el derecho con una serie de enunciados que el operador jurídico entiende que es preciso ponderar con otros. La entrada en acción de este tipo de principios podría generar la imagen de un déficit de seguridad jurídica en cuanto, más allá de los supuestos de manipulación semántica de los enunciados que los consagran<sup>12</sup>, parece evidente que el balanceo o ponderación entre principios da un mayor protagonismo al juez u operador jurídico, pero en la medida en que los órganos de más alto rango resuelvan estos conflictos y que sus decisiones sean vinculantes para los demás operadores jurídicos entendemos que esta apreciación queda en buena medida solventada<sup>13</sup>.

Junto a esta tipología de principios podemos también aludir a otro tipo de principio que aparece en el ámbito del razonamiento jurídico con rasgos diferenciados, y que utilizan los operadores jurídicos como normas para resolver controversias jurídicas. Nos referimos a los denominados principios generales del derecho o, si se prefiere, principios implícitos del derecho frente a los descritos previamente, que serían «principios explícitos». Los principios generales del derecho están vinculados con las lagunas jurídicas. Es

---

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 1.1», en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, p. 29.

<sup>12</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, D. E., «La desmaterialización del sentido de los principios jurídicos en la sociedad global como estrategia solidaria», *Ideas & Derecho*, núm. 12, 2016, pp. 43-71.

<sup>13</sup> Carlos Bernal, tras destacar que la fórmula del peso no es un modelo algorítmico que provea una única respuesta y que permite «al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan un papel determinante», advierte que «explicita cuáles son las variables relevantes en la ponderación». Esta fórmula «hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permita la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras». BERNAL PULIDO, C., «La racionalidad de la ponderación», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75, pp. 71 y 72.

el ámbito en que el operador jurídico en ausencia de norma aplicable crea una norma con la que da respuesta a un vacío jurídico. Los principios generales del derecho constituyen junto con la analogía, como indica MacCormick, el ámbito en el que el juez crea derecho de forma legítima<sup>14</sup>.

No se trata desde luego de una creación *ad libitum* en la que el operador jurídico establezca lo que a su juicio sería una respuesta justa o correcta. Un principio general del derecho lo es en la medida en que explique y justifique normas concretas del sistema jurídico, esto es, se ha de partir necesariamente de las normas específicas, existentes en el ordenamiento, para instaurar un principio jurídico<sup>15</sup>. Si un operador jurídico propone un enunciado capaz de justificar y explicar los enunciados legislativos podríamos afirmar que estamos ante un principio general del derecho.

Nos encontramos con un expediente en el razonamiento en el que el operador jurídico resuelve una controversia jurídica, una laguna, a través de la creación de una norma. Podríamos pensar que este tipo de razonamiento en cuanto implica creatividad plantea problemas desde el punto de vista de la preservación de la seguridad jurídica. No obstante conviene no perder de vista, en primer lugar, que este razonamiento está ligado a una insuficiencia normativa, previamente el operador debe demostrar que no existe un precepto, regla o principio, capaz de resolver el problema jurídico. Además su «creación» ha de tener como sustrato inevitable las concretas normas del sistema jurídico. Ha de argumentar en el sentido de que su respuesta no es más que una operación inductiva en la que el enunciado que propone procede de las normas (reglas y principios) jurídicas<sup>16</sup>.

Es cierto que los jueces podrían plantear la existencia de principios jurídicos contradictorios, aunque la lógica de los sistemas jurídicos, la propia coherencia del ordenamiento, nos lleva a que finalmente sean

---

<sup>14</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 153.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 238. «Quien pretenda la aplicación de un principio implícito, deberá realizar un razonamiento dirigido a demostrar: a) que el principio implícito se colige de principios o reglas explícitas del sistema, y b) que de acuerdo a las convenciones interpretativas explícitas, hay razones suficientes para la aplicación del principio implícito». ALONSO VIDAL, H., «Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho», *Doxa*, núm. 35, 2012, pp. 157-172, p. 171.

<sup>16</sup> ALONSO, siguiendo a Pierce, advierte que por inducción se ha de entender el procedimiento por el que «se obtiene o justifica una generalización a partir de un conjunto finito de casos verificados con la pretensión de que la generalización obtenida se aplique a muchos otros casos». ALONSO, J. P., «Principios implícitos y fuentes sociales del derecho», *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 63-83, p. 72. Dentro de este procedimiento existen diferentes metodologías: el falsacionismo, la inducción probabilística y la abducción. Tanto la primera como la segunda son inadecuadas para las generalizaciones normativas al mostrarse inoperantes ante los casos recalcitrantes; la abducción, sin embargo, plantea «resistencia a los casos recalcitrantes ya que los mismos, en la medida que sean casos aislados, no falsifican la hipótesis ni exigen su inmediata revisión». *Ibidem*, p. 75.

depuradas las propuestas por los órganos jurisdiccionales de mayor rango, que en sus decisiones fijarán el principio jurídico que resuelve las eventuales lagunas que se planteen, sin perjuicio de que podrían ser modificados si cambia la legislación, o que se pudiera entender que existe una mejor formulación de un enunciado que explique y justifique las normas de un sistema jurídico. Los principios generales de derecho constituirían, por tanto, un modelo de razonamiento jurídico para dar respuesta a una laguna.

Por principios del derecho, en definitiva, no se ha de entender otra cosa que dos formas de razonar en derecho; dos formas en las que no se introducen elementos extraños, ni en las que podamos predicar que la decisión es más justa, mejor o más correcta. Se trata, incluso, podríamos decir, de dos modalidades de razonamiento en las que pudiera percibirse un mayor activismo o protagonismo judicial y, por ende, mayor inseguridad jurídica en la medida en que es el juez quien pondera y por tanto da prioridad a un principio explícito frente a otro, y quien propone un enunciado que justifica y explica las normas concretas de un sistema jurídico.

Esto último no obstante, como hemos venido manteniendo, tiene que ser matizado. Es cierto que en ambos casos el juez tiene mayor protagonismo pero de ello no se puede deducir que los principios propendan a generar una mayor inseguridad jurídica. En efecto, en ambos casos el protagonismo judicial se diluye en cuanto son los órganos jurisdiccionales superiores los que en definitiva fijarán en buena medida el resultado de la ponderación entre los diferentes principios o el establecimiento de enunciados capaces de explicar y justificar las normas concretas del sistema jurídico<sup>17</sup>.

Es necesario resaltar que este relevante papel se da no solo en países en los que el precedente vertical es reconocido como fuente del derecho sino también en aquellos en los que el juez está sometido exclusivamente a la ley. En el primer caso sobran las explicaciones en cuanto los jueces están sometidos a los precedentes judiciales de los órganos superiores, pero en aquellos en los que, como sucede en el caso español, es cierto que consideran que la jurisprudencia no es fuente formal del derecho y que el juez es independiente de forma que, como indica la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces superiores no pueden dar instrucciones, generales o particulares, a los jueces inferiores «sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico», también lo es que podrán corregir la interpretación y aplicación del derecho «en virtud de los recursos que la leyes establezcan». Y fundamentalmente por la existencia de un recurso de unificación de doctrina al que se puede acudir ante el Tribunal Supremo y que implica el conocimiento por parte de los jueces de cómo se resolverá en

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ CALERO, J.M., *op cit*, pp. 147 ss.

última instancia un conflicto concreto o, en su caso, los recursos ante el Tribunal Constitucional.

Es cierto, no obstante, que los jueces podrán plantear nuevos principios jurídicos que serán sometidos al escrutinio, a través de los recursos procedentes, de los jueces superiores. Podemos en este sentido citar los principios formulados para resolver la laguna jurídica consistente en la compensación por la ruptura de la convivencia en la pareja de hecho cuando no existe pacto entre los convivientes. Nuestros tribunales rechazan, en general, que las normas que regulan el matrimonio puedan aplicarse a la situación de pareja de hecho por no existir identidad de razón<sup>18</sup>. La sentencia del pleno del Tribunal Supremo 611/2015, de 12 de septiembre de 2005, en un intento de unificar la doctrina en esta materia, advierte que se ha pretendido colmar esta laguna con distintos principios generales del derecho: la buena fe y la sanción del abuso del derecho, el enriquecimiento injusto, la indemnización de daños y perjuicios, la protección del conviviente más débil e incluso con la aplicación analógica del artículo 97 del Código civil. Esta sentencia se decanta por la aplicación del principio que proscribe el enriquecimiento injusto «que siempre servirá como «cláusula de cierre» para resolver la cuestión». Sin embargo algunos jueces siguen planteando otros principios, y especialmente el principio de protección del conviviente más débil para resolver esta laguna jurídica<sup>19</sup>. En 2018 el Tribunal Supremo, en pleno, se reafirma, de nuevo, en su decisión de 2005 destacando que se ha de aplicar en todo caso el principio general prohíbe el enriquecimiento injusto en el caso de ruptura de la pareja de hecho<sup>20</sup>. Desde entonces esta cuestión parece tener un carácter más pacífico y la jurisdicción ordinaria viene admitiendo el mencionado principio. Y es que aunque, como hemos visto, nada impide que se pudieran plantear por los jueces otras alternativas<sup>21</sup>, son los órganos judiciales de mayor rango quienes suministran la última respuesta.

---

<sup>18</sup> Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han mantenido en su jurisprudencia que el matrimonio y la pareja de hecho no son realidades equivalentes. Véase por todas el Auto del Tribunal Constitucional 156/1987 (FJ 1), de 11 de febrero o la STS 932/1992, de 1 de octubre (FJ 5).

<sup>19</sup> En este sentido SAP de Málaga 734/2013, de 11 de diciembre (FJ 4). Es preciso hacer notar que en todo caso existe una más que vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta cuestión. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 387/2008, de 8 de mayo, plantea la posibilidad de aplicar otros principios generales como la protección del perjudicado o la analogía de las normas que regulan el matrimonio. STS 387/2008, de 8 de mayo (FJ 3). Véase también, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1040/2008, de 30 de octubre (FJ 4).

<sup>20</sup> STS 17/2018, de 15 de enero (FJ 5).

<sup>21</sup> El propio Tribunal Supremo advierte que dentro de su función jurisdiccional está «la de evolucionar los criterios hermenéuticos [...] pudiendo cambiar de orientación, siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria, e incluso siendo saludable la revisión constante de la propia doctrina en paridad con la evolución de la sociedad en que ha de aplicarse». STS 6/1990, de 3 enero (FJ 1).

### 3. LA INDEFINICIÓN DE LA ÚLTIMA INSTANCIA JUDICIAL

La incorporación de la jurisdicción constitucional en los sistemas jurídicos genera por lo común conflictos entre esta y la jurisdicción ordinaria a la hora de precisar en ocasiones el criterio que ha de imponerse como definitivo a los problemas jurídicos. Vamos a citar algunos de los conflictos entre estas dos jurisdicciones en nuestro sistema jurídico y que hacen que más que hablar de un dialogo entre jurisdicciones tengamos que referirnos a debate o, mejor, colisión o choques entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y que, como veremos, ha llegado a extremos inaceptables desde el punto de vista de la estabilidad institucional, y que no ayuda precisamente a la determinación de cuál es esta última jurisdicción.

Este antagonismo encuentra un primer ejemplo en la Sentencia 31/1981, de 28 de julio, en la que el Tribunal Constitucional modifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo de fallar teniendo en cuenta los elementos que aportaban los sumarios, manteniendo incluso que todos sus folios, incluido los atestados, pasaran al juicio como prueba documental. El Tribunal Constitucional modifica el criterio del Tribunal Supremo en cuanto a rechazar los recursos de casación que se fundamentaban en la incomparecencia de los testigos en el juicio oral si constaban sus declaraciones en el sumario. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 3 de su sentencia, va a indicar que «las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la LECrim son las “pruebas practicadas en el juicio”, luego el Tribunal penal solo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él»<sup>22</sup>, entendiendo que la confesión ante la policía, recogida en el sumario, tiene el carácter de denuncia y no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral. Para el Tribunal Constitucional esto supondría la vulneración de la presunción de inocencia.

Pero vamos a centrarnos en los casos en que esta colisión se ha producido con mayor virulencia. En primer lugar podemos referirnos a una sentencia del Tribunal Constitucional con respecto a las pruebas de paternidad en que se revisa el criterio sostenido por el Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 indica que «afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y –legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa– fallar sobre la

---

<sup>22</sup> Vega Torres advierte que la propia Ley de Enjuiciamiento criminal recogía como principio general la producción de la prueba en el juicio oral. «La posibilidad de valorar como prueba elementos introducidos en el proceso antes de las sesiones del juicio es excepcional y está prevista para aquellos casos en que resulta imposible producir o reproducir la diligencia de que se trate en el acto del juicio oral». VEGA TORRES, J., «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal», *Persona y Derecho*, 2006, pp. 741-767, p. 745.

base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial»<sup>23</sup>, anulando la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992<sup>24</sup>. Ante esta decisión la Sala primera del Tribunal Supremo pide al Rey que ejerza su poder constitucional de moderación afirmando que concurre una extralimitación del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 constituye otro supuesto destacable que es necesario citar. Esta decisión anula la sentencia del Tribunal Supremo de 2/1997, de 29 de noviembre, por la que se condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Bata-suna por un delito de colaboración con banda armada a la pena de siete años y multa de 500.000 pesetas. El razonamiento del Tribunal Constitucional se dirige a examinar si «resulta proporcionada una figura que condena las conductas descritas a penas de un mínimo de seis años y un día de prisión». Entiende que superaría el juicio de idoneidad y necesidad pero no el de proporcionalidad en sentido estricto en cuanto las conductas estaban «muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar»<sup>26</sup> (FJ 29). La

<sup>23</sup> STC 7/1994, de 7 de enero, (FJ 7).

<sup>24</sup> Para Xiol Ríos con esta sentencia el Tribunal Constitucional «iniciaba una discutible práctica consistente en reaccionar contra las reticencias, reales o supuestas, a la eficacia de sus sentencias de amparo cortocircuitando el sistema de recursos mediante la anulación de la sentencia del TS y la reviviscencia de la dictada en una de sus instancias, como si tuviera competencias para resolver un recurso de apelación o casación». Xiol Ríos, J. A., «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. ¿un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 173-188, pp. 176 y 177.

<sup>25</sup> Los magistrados de la Sala Primera decidieron presentar al Rey un memorando en el que manifestaban su queja por lo que entendían una invasión de su jurisdicción, tras descartar la posible querrela ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo o el incumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional. Se apela en este escrito al poder moderador del monarca. No obstante, tras la intervención del Presidente del Tribunal Supremo, la Sala Primera decide mostrar su descontento con un escrito dirigido a los poderes del Estado (legislativo, judicial y al propio Tribunal Constitucional). «Se produce, por lo tanto un cambio de criterio. Ya no se trata de un Memorandum, sino de una Exposición, sin proponer la adopción de las medidas pertinentes, pareciendo dar a entender que la llamada «revolución judicial» se diluía en una cuestión técnica, es decir, en la existencia de un problema jurídico que debía ser solucionado con criterios legislativos y jurisprudenciales, que parecía exigir la intervención de otros poderes del Estado, pero no del Rey». ÁLVAREZ CONDE, E., «Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en AA. VV., *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1333-1353, p. 1336.

<sup>26</sup> «Los recurrentes, en efecto, no emprendieron directamente la realización de la actividad difusora, sino que remitieron las cintas a los respectivos organismos públicos. Repárese además, en segundo lugar, en que perdieron con ello el dominio del curso de riesgo que conducía del acuerdo delictivo al efectivo apoyo a la organización terrorista; dominio que les hubiera permitido mantener el acto de colaboración hasta la producción de su efectivo resultado, del beneficio para la organización terrorista y del perjuicio para la sociedad» (FJ 29). STC 136/1999, de 20 de julio.

pena es, a su juicio, desproporcionada en relación con la prevista para otros delitos en el Código Penal español y para este delito en otros Estados europeos. Señala, por otro lado, que, aunque la difusión del mensaje político que hizo la Mesa no está protegida por la libertad de expresión e información y participación política, «una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos». Este efecto disuasorio se ve incrementado, indica, por la relativa indeterminación del artículo que «puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada» (FJ 29).

Se censura de esta sentencia la utilización del canon de la proporcionalidad, que ya advirtieron algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional en sus votos particulares<sup>27</sup> en el sentido de que su utilización implicaría eventualmente la suplantación del legislador<sup>28</sup>. Aláez Corral en este sentido advierte de la dificultad de aplicar el triple test de la proporcionalidad a las decisiones del legislador al carecer de un punto fijo de referencia «que le predetermine el concreto fin a perseguir con la medida limitativa»<sup>29</sup>. Para el autor el canon de proporcionalidad habría de limitarse a las decisiones administrativas o judiciales siendo el de la razonabilidad el que se ha de aplicar a las decisiones legislativas<sup>30</sup>.

Particular interés plantea también la sentencia del Tribunal Supremo 645/2006, de 20 de junio, que trae a colación Matía Portilla. El autor centra su atención en el voto particular de los Magistrados Saavedra Ruiz, García Pérez, Granados Pérez, Martínez Arrieta y Sánchez Melgar, en el que, a través de una interpretación sistemática del artículo 5.1 de la LOPJ, indican que «en caso de conflicto entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los órganos jurisdiccionales no se encuentran vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas al resolver recursos de amparo». Para los magistrados referidos solo las senten-

---

<sup>27</sup> Rafael de Mendizábal Allende indica que es la primera vez que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto penal por considerar desproporcionada la sanción prevista. Indica que este Tribunal ha venido manteniendo que la proporcionalidad es un complejo juicio de oportunidad, y no una mera ejecución o aplicación de la Constitución, en el que no solo hay que tener en cuenta el fin esencial y directo de la norma sino considerar también otros fines legítimos que se puede perseguir con la pena. Véase también los votos particulares de Manuel Jiménez de Parga y Vicente Conde Martín e Hijas.

<sup>28</sup> BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: El tribunal enmienda la plana al legislador», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 277-342, pp. 339 ss.

<sup>29</sup> ALÁEZ CORRAL, B., «Defensa de la Constitución, libertad de expresión e información y principio de proporcionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, pp. 2567-2594, p. 2583.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 2588.

cias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad serían vinculantes para todos los poderes. Matía Portilla estima, no obstante, que este expediente es inconsistente desde un punto de vista general, y estéril desde un punto de vista práctico. En el primer caso porque una sentencia que alude a la interpretación de una norma vincula en todo caso siendo «indiferente la vía procesal a través de la que el Tribunal se exprese». Estéril, en cuanto el Tribunal Constitucional podrá anular las sentencias del Tribunal Supremo si entiende que la interpretación de la ley viola un derecho fundamental<sup>31</sup>.

Otro episodio significativo es el conflicto que se produjo con la sala Segunda del Tribunal Supremo con respecto a la interrupción de la prescripción de los delitos. Era criterio tradicional del Tribunal Supremo que esta se producía cuando se presenta una querrela, denuncia o investigación sobre una persona identificada o identificable. La STC 63/2005, sin embargo, va a exigir un requisito adicional, un acto judicial de admisión de la denuncia o querrela. Ante esta Sentencia el Tribunal Supremo aprueba un acuerdo no jurisdiccional, de 12 de mayo de 2005, en el que reivindica su rol como órgano jurisdiccional superior en la interpretación de la legalidad penal<sup>32</sup> y que ratifica un año después con el acuerdo no jurisdiccional de 25 de abril de 2006 en el que mantiene su jurisprudencia sobre la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005<sup>33</sup>. Pero lo cierto es que posteriormente el Tribunal Constitucional se volvió a manifestar en el mismo sentido con respecto a la prescripción en la Sentencia 29/2008, de 20 de febrero, respondiendo el Tribunal Supremo con otro acuerdo no jurisdiccional, de 26 de febrero de 2008, en el que se ratifica en sus acuerdos anteriores resaltando que se trata de la interpretación de la legalidad ordinaria que solo a él corresponde.

Desde el punto de vista material la cuestión se resolvió a través de una nueva regulación por parte del legislador de la prescripción. En efecto, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/2005, de 22 de junio, se advierte que «se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos» con respecto a la interrupción de la prescripción.

---

<sup>31</sup> MATÍA PORTILLA, F., «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, septiembre-diciembre, pp. 11-48, pp. 22 y 23.

<sup>32</sup> La propia sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 contiene dos votos particulares, de los Magistrados Rodríguez Arribas y Conde Martín de Hijas, en el sentido de entender que es una cuestión que corresponde enjuiciar a la jurisdicción ordinaria. STC 63/2005, de 14 de marzo.

<sup>33</sup> Esta interpretación se había mantenido en el ámbito jurisdiccional con la STS 643/2005, de 19 de mayo, que sostenía que «condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado» (FJ 10).

Pero quizás el conflicto más áspero estaba por llegar. El asunto de fondo quizás resulta ahora más fútil pero es donde el choque entre ambas jurisdicciones alcanza posiblemente su cénit. Se trata de unas declaraciones de una empleada de hogar sobre aspectos de la vida privada de un personaje que con frecuencia aparecía en las revistas del corazón. El Tribunal Supremo, a pesar de haber sido sancionada una revista con indemnizaciones de 5.000.000 de pesetas en primera instancia y 10.000.000 en segunda, entendió en su sentencia 157/1996, de 31 de diciembre, que se trataba de «propalación de chismes de escasa entidad» que puede justificar el despido pero no se trata de un atentado a la intimidad. El Tribunal Constitucional en su sentencia 115/2000 entiende que estas declaraciones «han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen». El Tribunal que entiende, por tanto, que se ha vulnerado el derecho a la intimidad, anula la sentencia del Tribunal Supremo y le remite las actuaciones para que dicte nueva sentencia en la que se reconozca la violación de aquel derecho fundamental. El Tribunal Supremo acepta la decisión del Tribunal Constitucional en la forma, pero no en el fondo, al establecer una indemnización de 25.000 pesetas señalando que las declaraciones «se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada... –indicando además que la difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente» (STS 776/2000, de 20 de julio). Ante esta sentencia la perjudicada presenta ante el Tribunal Constitucional incidente por indebida ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional y subsidiariamente amparo al Tribunal Constitucional por violación del derecho a la intimidad y de la tutela judicial. El Tribunal Constitucional entiende en su sentencia 186/2001, de 17 de setiembre, que se ha conculcado no el artículo 24 de la Constitución sino el derecho a la intimidad<sup>34</sup> anulando la sentencia del Tribunal Supremo y dando validez a la sentencia de la Audiencia que establecía una indemnización de 10.000.000 de pesetas considerando que es insuficiente la indemnización de 25.000 pesetas para reparar el daño. Excluye, en este sentido, la devolución de la causa al Tribunal Supremo para que «la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado» (FJ 8).

---

<sup>34</sup> GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», *Persona y Derecho*, 2001, pp. 103-111, p. 104, indica que «no parece que un problema de ejecución pueda resolverse, mediante el mecánico traslado a este caso de la doctrina de la proporcionalidad para poder afirmar una nueva infracción del derecho a la intimidad... ni debió el T. C. entrar a conocer sobre la aplicación de los criterios legales sobre el daño moral, que, tratándose de una cuestión de pura legalidad ordinaria, tan solo al T. S., en virtud de lo dispuesto en el art. 123.1.e., le corresponde determinar en exclusiva».

La respuesta del Tribunal Supremo no se hace esperar y en su sentencia 1064/2001, de 5 de noviembre, anuda la fijación de la cuantía de una indemnización por la publicación de fotos que vulneran el derecho a la propia imagen con su decisión del año 2000. Así entiende «cabalmente acertado el criterio seguido» en su sentencia anulada por el Tribunal Constitucional señalando que: 1. «Las sentencias del Tribunal Constitucional que han otorgado doblemente amparo... incurrir en palmaria contradicción. La primera, en efecto, declara “irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de la intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela”», considerando que la gravedad sirve «para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental». Y esta fue «no respetada y transgredida posteriormente por el Tribunal Constitucional en su segunda sentencia de amparo, al irrumpir abruptamente en la cuestión indemnizatoria». 2. «La sentencia del Tribunal Constitucional, cuyos razonamientos son inaceptables, desconoce el concepto de “instancia procesal” e incurre en el error mayúsculo, inexcusable por su índole, de hacer valer una sentencia inexistente –la de la Audiencia–... cuyos hechos en cuanto fueron probados (y también *ad reversum* en lo no probado) tenía que respetar el Tribunal Constitucional por mandato del artículo 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (FJ 2).

Reprocha al Tribunal Constitucional que entre en el análisis de los hechos probados considerando como tales los establecidos por la Audiencia provincial. Defiende, además, el Tribunal Supremo su actuación en el anterior supuesto indicando que solo se limitó a valorar libremente la prueba y fijar la indemnización que a su juicio correspondía, reprobando que se califique de simbólica la indemnización por él fijada. Pone de manifiesto, por último, la desconfianza hacia su buen hacer al no remitir las actuaciones en su segunda sentencia para que fije la indemnización. Añade, por último, que estas consideraciones se hacen «con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de “culpa con representación” o dolo eventual» (FJ 2). Existe, desde luego, en esta sentencia una advertencia hacia los magistrados del Tribunal Constitucional. Se les indica que, de reiterar su jurisprudencia, incurrirían en culpa con representación o dolo eventual.

El Tribunal Supremo cumplirá esta amenaza con ocasión del archivo de un recurso de amparo en el que el demandante solicita la abstención de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional por tener interés directo en el asunto o, subsidiariamente, su recusación, reclamando, asimismo, una medida legislativa al Presidente del Gobierno para que solicite del Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantice el derecho constitucional a un examen imparcial del recurso de amparo

planteado. El Tribunal Constitucional no lo admitió por no dirigirse a él sino a otro que hipotéticamente lo sustituya<sup>35</sup>. Tras plantear un recurso de súplica que fue rechazado por un acuerdo del pleno del Tribunal Constitucional en el que reitera que la demanda de amparo no se dirige a este órgano y que no tenía la claridad y precisión que exige el artículo 40 de la LOTC, el demandante de amparo se dirige al Tribunal Supremo solicitando que se condene por dolo civil a los Magistrados del Tribunal Constitucional o, en su defecto, por culpa grave imponiéndoles la obligación solidaria de indemnizar al recurrente<sup>36</sup>.

La Sala primera del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de enero de 2004 entiende que los miembros del Tribunal Constitucional se negaron a responder a la demanda de amparo «so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un *non liquet* totalmente inadmisibles [...] sin aducir razón alguna que fundamente o motive seriamente dicha posición negativa a dar la resolución procedente». Para el Alto Tribunal los Magistrados del Tribunal Constitucional han actuado «con una negligencia profesional grave» que causa un daño moral en el recurrente que evalúa en 500 euros exigibles a cada miembro del Tribunal Constitucional.

Esta sentencia fue censurada por la mayor parte de la doctrina, que la calificó de estrambótica<sup>37</sup>, insólita<sup>38</sup> o disparatada<sup>39</sup>. Por otro lado el

---

<sup>35</sup> Para Aguado Renedo la propia petición del demandante es una provocación jurídica al dirigirlo «Al Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen imparcial...». AGUADO RENEDO, C., «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o como poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2006, pp. 14-54, p. 41.

<sup>36</sup> Aguado Renedo pone en relación esta sentencia con la anteriormente citada indicando que tiene el carácter de «culminación del enfrentamiento institucional». *Ibidem*, p. 42.

<sup>37</sup> RUBIO LLORENTE, F., «El guardián de la Constitución», *Claves de razón práctica*, 2004, núm. 142, pp. 14-23, p. 21.

<sup>38</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L., «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, pp. 267-314, p. 272.

<sup>39</sup> MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, p. 36. Aguado Renedo indica que se podría plantear, como hace la sentencia, de un caso de *non liquet* que «designa supuestos que nada tienen que ver con el así calificado... como es el negarse a resolver el asunto sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, o so pretexto de falta de material probatorio, o hacerlo con razones que ninguna relación guarden con el objeto que se pretenda o con argumentos ininteligibles o de cuya fehaciente irrazonabilidad no quepa albergar la menor duda, pues esto último es, en rigor, dejar de resolver». AGUADO RENEDO, *op. cit.*, p. 26. También advierte el autor que esta sentencia presupone la competencia del Tribunal Supremo para controlar una decisión que corresponde al Tribunal Constitucional como es la «de admitir o inadmitir los recursos a él dirigidos» y que subyace a la exigencia de la responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional (*ibidem*, p. 29). Esta sentencia crea la expectativa de que todo es recurrible y pone en duda la decisión del Tribunal Constitucional de admitir o no un recurso de amparo. Serra Cristóbal, R., «Crónica de un «desencuentro» entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, en AA. VV., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 789-803, p. 803.

legislador modificó el artículo 4 de la LOTC a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, incorporando un nuevo apartado segundo en el que se afirma que «las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

La reacción de los Magistrados del Tribunal Constitucional fue, por un lado, presentar un recurso de amparo que será resuelto favorablemente mucho después, en 2013, por magistrados no contaminados<sup>40</sup>, sentencia que afea al Tribunal Supremo que se refiera a la actuación del Tribunal Constitucional como antijurídica e irrazonable. Además aprueban un acuerdo, el 3 de febrero de 2004, en el que señalan que la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que solo al Tribunal Constitucional corresponden. Para los magistrados de este tribunal se ha producido «una invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este Tribunal Constitucional». Se ha originado, así, una «clara extralimitación competencial, y correlativa invasión de nuestras exclusivas competencias y atribuciones constitucionales». Señala por último que «las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que solo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución [...] resolver tales recursos» y «que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución».

Estos son algunos de los conflictos en los que se han visto envueltas las jurisdicciones ordinaria y constitucional. Sería tautológico decir que la separación de ambos órdenes jurisdiccionales ha de justificarse en la función que cumplen: interpretar y aplicar la ley o la Constitución, realizar juicios de legalidad o constitucionalidad. Y es que, como señalaba Rubio Llorente, no se puede disociar «en la práctica el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad [...] Constitución y ley forman parte de un sistema único y debe haber muy pocas aplicaciones de muy pocos preceptos legales que un abogado mínimamente imaginativo no pueda conectar con uno u otro de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. En esta situación no existe, naturalmente, más Tribunal Supremo que aquel que puede resolver los litigios desde la perspectiva de la norma más alta y de forma ya definitiva»<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> STC 133/2013, de 5 de junio.

<sup>41</sup> RUBIO LLORENTE, F., «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero», *El País*, 1994. [https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409_850215.html). Para Gimeno Sendra es justamente la necesaria configuración legal para el ejercicio de los derechos lo que determina que el Tribunal Constitucional entre en «el examen e interpretación de la correspondiente Ley ordinaria, lo que puede ser estimado por el T. S. como una intromisión en la esfera de su competencia». GIMENO SENDRA, *op. cit.*, p. 106.

En este mismo sentido Aragón Reyes advierte que «ni la jurisdicción ordinaria puede, al aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir de la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley [...] No hay pues dos jurisdicciones separadas [...] sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas»<sup>42</sup>.

No falta tampoco quien entiende que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya establecido un listado de los supuestos en los que cabría considerar la especial relevancia constitucional puede servir para «ayudar a pautar las relaciones entre ambas jurisdicciones y especialmente entre el TS y el TC»<sup>43</sup>. Es especialmente esta una cuestión abierta que no ha encontrado una solución definitiva a nivel doctrinal ni jurisprudencial. Se echa en este sentido en falta la existencia de un criterio diáfano que permitiera cerrar el sistema. Pero ello no deja de ser una prueba más de la notable complejidad que en nuestros días caracteriza al fenómeno jurídico.

#### 4. CONCLUSIONES

El material normativo de que dispone el juez para el dictado de su decisión prefigura un ejercicio creativo por su parte en la ponderación de la idoneidad normativa de principios eventualmente contradictorios. La discrecionalidad resultante obliga a afinar los mecanismos de control pertinentes, entre los que destaca la revisión judicial. Su eficacia requerirá la determinación precisa del órgano a quien compete la

---

<sup>42</sup> ARAGÓN REYES, M., «Relaciones entre Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp. 169-178, p. 176. Para el autor, no obstante, las decisiones del Tribunal Constitucional no son vinculantes para la jurisdicción ordinaria en cuanto caben otras interpretaciones constitucionales. Salvo en dos casos, las sentencias interpretativas unidireccionales y las sentencias interpretativas de rechazo (*ibidem*, p. 177). «En tales condiciones, y con estos límites, no cabe negar que aunque el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la interpretación “legal” de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación “constitucional” de la ley».

<sup>43</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿de las desavenencias a una relación dialogada?», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 371-399, p. 396. La autora refiere en este sentido que la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2007, de 24 de mayo, «ha mostrado una clara voluntad de ofrecer más instrumentos que refuercen a los tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, reservando al TC solo para los supuestos en los que aquellos mecanismos fallen... siendo necesario acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del TC en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución» (*ibidem* p. 395).

respuesta definitiva al problema planteado, evitando los conflictos entre órganos judiciales al respecto.

Aunque pueda existir un ámbito en el que la jurisdicción ordinaria pueda ser la última instancia, la *vis* atractiva de los derechos fundamentales y la íntima relación entre la Constitución y la ley, hacen que el órgano que resuelve, en no pocos casos, en última instancia y de acuerdo con la norma de más alto rango es el Tribunal Constitucional. Serán por tanto el juez constitucional y, en su caso, el órgano superior de la jurisdicción ordinaria, quienes fijen cómo llevar a cabo la ponderación entre principios y la propuesta de enunciados que expliquen y justifiquen sus reglas. La seguridad jurídica en este ámbito se alcanzaría en cuanto los jueces y el resto de los operadores jurídicos tuvieran cabal conocimiento de sus sentencias y propósito de cumplirlas. La experiencia enseña que en general es así, pero evidentemente existen excepciones.

Esta solución dista de tener carácter pacífico en la medida en que han surgido y posiblemente seguirán apareciendo supuestos en que los criterios entre estas jurisdicciones sean incompatibles. Desde el punto de vista del razonamiento jurídico es poco relevante el que fuera un juez u otro el que estableciera en última instancia la ponderación entre normas principales o el establecimiento de la formulación de los principios generales del derecho. Lo relevante es que podamos reconocer un órgano cuyas decisiones se impongan al resto de operadores jurídicos para salvaguardar la vigencia del principio de seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO RENEDO, C., «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o como poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2006, pp. 14-54.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Defensa de la Constitución, libertad de expresión e información y principio de proporcionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, pp. 2567-2594.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- «On the structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, núm. 13-3, 2000, pp. 294-304
- ALONSO, J. P. ; «Principios implícitos y fuentes sociales del derecho», *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 63-83.
- ALONSO VIDAL, H., «Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho», *Doxa*, núm. 35, 2012, pp. 157-172.
- ÁLVAREZ CONDE, E., «Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en AA. VV., *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1333-1353.

- ARA PINILLA, I., «La autocomplacencia estética de la cultura jurídica», en Sánchez Bravo, A. (dir), *Democracia, pluralismo y derechos humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 285-305.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120.
- *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ASIS ROIG, R., *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995
- ARAGÓN REYES, M., «Relaciones entre Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp. 169-178.
- BERNAL PULIDO, C., «La racionalidad de la ponderación», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75.
- BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: El tribunal enmienda la plana al legislador», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 277-342.
- CARRIÓ, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- DELGADO DEL RINCÓN, L., «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, pp. 267-314.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1987.
- GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 1.1», en AA. VV., *Comentarios a la Constitución*, edición dirigida por Fernando Garrido Falla, Madrid, Civitas, 1980.
- GIANFORMAGGIO, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103.
- GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», *Persona y Derecho*, 2001, pp. 103-111.
- MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon, 1978.
- MATÍA PORTILLA, F., «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, septiembre-diciembre, pp. 11-48.
- PÉREZ GONZÁLEZ, D. E., «La desmaterialización del sentido de los principios jurídicos en la sociedad global como estrategia solidaria», *Ideas & Derecho*, núm. 12, 2016, pp. 43-71.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.
- «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004.
- RUBIO LLORENTE, F., «El guardián de la Constitución», *Claves de razón práctica*, 2004, núm. 142, pp. 14-23.
- «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero», *El País*, 1994. [https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409\\_850215](https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409_850215).
- SERRA CRISTÓBAL, R., «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿de las desavenencias a una relación dialogada?», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 371-399

- TARELLO, G., «Diritti, enunciati, enunziacioni e spie della loro funzione pre-cettiva», en TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 143-165.
- VEGA TORRES, J., «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal», *Persona y Derecho*, 2006, pp. 741-767.
- XIOL RÍOS, J. A., «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, ¿un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 173-188.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

# Enfrentando al enemigo. Cortocircuitos normativos en las respuestas a las amenazas del terrorismo global<sup>1</sup>

## *Facing the enemy. Normative short circuits in the responses to the threats of global terrorism*

Por MARTA RODRÍGUEZ FOUZ  
Universidad Pública de Navarra

### RESUMEN

*Este artículo se ocupa de la construcción jurídica y social del concepto de enemigo en el contexto de la respuesta al terrorismo global, identificando a partir de sus transformaciones los mecanismos que reproducen la cosmovisión del orden democrático como garante de seguridad para sus ciudadanos. El terrorismo global irrumpe como amenaza contra ese orden y desata reacciones legislativas y sociales que testimonian sobre la centralidad de la violencia en la configuración de las democracias y sus normas. Los desafíos que se derivan de ahí se atienden enfrentando la idea de enemigo planteada por Carl Schmitt y la que informa la tesis del «derecho penal del enemigo» defendida por Günther Jakobs, pues desde ambas pueden extraerse claves interpretativas muy valiosas para entender el mundo actual y su relación con la violencia.*

Palabras clave: *Schmitt. Jakobs. Enemigo. Terrorismo. Orden. Legitimidad.*

---

<sup>1</sup> Este artículo se ha elaborado durante la estancia de movilidad concedida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades en la convocatoria 2018 del Programa «Salvador Madariaga» y llevada a cabo entre febrero y julio de 2019. Además, el trabajo se desarrolla dentro del proyecto «El logos de la guerra. Normas y problemas de los conflictos armados actuales» (DER2017-82106-RB) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por Roger Campione. Agradezco al *Dipartimento di Scienze Giuridiche* de la *Università degli Studi di Firenze* y, en especial, al profesor Filippo Ruschi, su amable acogida.

## ABSTRACT

*This paper addresses the legal and social construction of the concept of enemy in the context of the response to global terrorism, by identifying, from its transformations, the mechanisms that reproduce the conviction that the democratic order is the deepest guarantee of security for its citizens. Global terrorism bursts in as a threat against that order and unleashes legislative and social reactions that point out the centrality of violence in the configuration of democracies and their norms. The challenges derived from this fact are approached by confronting, on the one hand, the notion of the enemy put forward by Carl Schmitt and, on the other, the conception which informs the thesis of the «enemy criminal law» defended by Günther Jakobs. Both proposals seem to hold high heuristic capacity to understand, in general, the current world and, in particular, its connection to violence.*

Keywords: *Schmitt, Jakobs. Enemy. Terrorism. Order. Legitimacy.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL ENEMIGO COMO REFERENTE INSTRUMENTAL Y MORAL. – 3. EL ORDEN Y LA SEGURIDAD AMENAZADOS. – 4. LA LEGITIMACIÓN PREVENTIVA DE LA VIOLENCIA. – 5. CONCLUSIONES. LIMITACIONES DE UN DERECHO SITUADO Y CONTINGENTE

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. THE ENEMY AS AN INSTRUMENTAL AND MORAL REFERENCE. – 3. THREATENED ORDER AND SECURITY. – 4. PREVENTIVE LEGITIMATION OF VIOLENCE. – 5. CONCLUSIONS. LIMITATIONS OF A CONTEXTUAL AND CONTINGENT LAW

## 1. INTRODUCCIÓN

En este artículo se exploran los significados jurídicos y sociales del concepto de enemigo en el contexto de las amenazas del terrorismo global. Para ello, recurriremos al planteamiento clásico de Carl Schmitt sobre el enemigo y a la propuesta de Günther Jakobs sobre un derecho penal del enemigo. Tanto Schmitt como Jakobs sitúan la idea de enemistad en el centro de la explicación de la regulación normativa y de la integración «civilizada» de la violencia, lo que nos permite enlazarlos con la noción de orden, ligada a la idea de justicia y a la tensión entre violencia legítima e ilegítima. El acercamiento a ambos autores nos permite, además, confrontar el sentido y la pretensión ordenadora del derecho con la irrupción de cortocircuitos normativos que cuestionan su rectitud e inciden en la complejidad interpretativa de la propia noción de enemigo, sometida a vaivenes ideológicos que obligan a revisar su significado en marcha y que nos fuerzan a reflexionar sobre la presencia

inveterada de la guerra y de la violencia en la realización material y simbólica de nuestro mundo. Derivaremos desde ahí hacia un análisis crítico sobre las dificultades de la orientación normativa para asegurar principios de acción que no eludan la cuestión de la responsabilidad y que no naturalicen la excepción como regla, bajo el presupuesto de que la urgencia de la amenaza lo requiere. Presuponiendo, además, que así (con dosis selectivas de violencia dirigida) se acota la incertidumbre generada por las amenazas del terrorismo.

En las democracias occidentales la regulación de la violencia se materializa con el monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado (mediante el ejército y los cuerpos policiales), y adquiere forma normativa mediante el *ius belli* y el derecho penal. Las manifestaciones de la violencia que ocurren fuera de o contra ese derecho aparecen como ejercicios de fuerza ilegítimos y como expresiones del desorden y la inseguridad que el sistema normativo pretende combatir, aupado por la posibilidad de hacer uso de su propia violencia reglada, ya sea como coerción, ya como ejercicio punitivo. En ambos frentes, en el de la seguridad interna y en el de la externa, el derecho pretende prefigurar la posibilidad de comportarse moralmente, regulando el uso de la fuerza y presuponiendo que el cumplimiento de las normas atenúa la brutalidad de la violencia<sup>2</sup>. Es esa presuposición sobre el poder performativo de la norma, como configuradora del orden, lo que nos va a permitir ahondar en el concepto de enemigo como referente idóneo para entender los usos «civilizados» de la violencia y para reflexionar sobre la irrupción de cortocircuitos normativos que consolidan la excepcionalidad como fórmula domesticadora de la incertidumbre propiciada por la amenaza global del terrorismo yihadista.

## 2. EL ENEMIGO COMO REFERENTE INSTRUMENTAL Y MORAL

Carl Schmitt concibe el enemigo como enemigo público (*hostis*)<sup>3</sup> y le confiere la capacidad para asegurar la propia existencia del Estado, al articular éste sus fronteras (su asentamiento y localización) y su pro-

<sup>2</sup> Ese presupuesto es especialmente visible en la concepción legalista de la guerra. Puede verse el clásico tratado de Alberico Gentili, pionero y precursor del derecho internacional y de cuyas tesis sigue bebiendo la noción de guerra legítima como aquella que se atiene a la legalidad [vid. GENTILI, A., *Il diritto di guerra*, Milano Dott. A. Giuffrè editore, 2008 (1598)]. O también Hugo Grocio con su eliminación de la noción de justicia en el juicio sobre el derecho a la guerra [vid. GROCIO, H., *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987 (1625)].

<sup>3</sup> Remite a la noción de *hostis* frente a la de *inimicus*, más vinculada a las relaciones interpersonales. Cfr. SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 2009 (1932), p. 59.

pia identidad nacional como confrontación con los extranjeros, que son caracterizados en términos de potencial hostilidad. La identificación de ese enemigo público revierte en la dotación de mecanismos legislativos que vertebran las relaciones internacionales desde la expectativa tanto de poder ser atacados como de atacar (remedo del célebre adagio romano: *si vis pacem, para bellum*), configurando un tablero de equilibrios asentados sobre el presupuesto de la legitimidad de todos los actores para defenderse del enemigo y, por lo tanto, sobre la negación de la atribución de la justicia en exclusiva a una de las partes contendientes. En ese tablero, es el Estado en exclusiva quien detenta el poder de declarar la guerra. Es quien, «en cuanto unidad política soberana (...) puede designar tanto al enemigo interno como al enemigo externo, concentrando por tanto para sí el monopolio de la fuerza legítima, que incluye el derecho de determinar el enemigo y, en consecuencia, de exigir a los hombres, como ciudadanos o súbditos, que estén dispuestos a matar y a morir»<sup>4</sup>.

La distinción entre amigos y enemigos es básica para entender las relaciones internacionales. Schmitt remite a un horizonte de violencia bélica sujeta por el cálculo de la mutua legitimidad para defenderse con la fuerza de las armas. Y esa sentencia resulta esencial para la propia supervivencia al prevenir sobre la eventualidad del surgimiento de la amenaza.

Schmitt pone el acento en una noción de enemistad vinculada a la expectativa de supervivencia colectiva. No hay emociones como el odio o la aversión, sino la identificación racional de entidades distintas que podrían poner en riesgo la propia autonomía, requiriendo ese ejercicio de preparación para la guerra que, por vía del equilibrio, apaciguaría los instintos depredadores de las naciones. Schmitt idealiza el *ius publicum europaeum* y la Paz de Westfalia, que, desde la perspectiva de su realismo jurídico, habrían contribuido a pacificar las relaciones entre los pueblos, limitando los estragos, la virulencia y la cadencia de las guerras, y propiciando el nacimiento de los Estados nacionales definidos, a partir de entonces, por la soberanía y la integridad territorial. Obviamente, esa capacidad pacificadora del *ius publicum europaeum* puede ser puesta en entredicho con multitud de ejemplos históricos, entre los que el culmen sería la Primera Guerra Mundial<sup>5</sup>, pero, en cualquier caso, no puede negársele la virtud de sentar las bases para

---

<sup>4</sup> CASTRUCCI, E., *Nomos e guerra. Glosse al Nomos della terra di Carl Schmitt*, Napoli, La scuola di Pitagora, 2011, p. 84. (*Traducción propia*). Podemos recordar aquí cómo Habermas, para caracterizar el nuevo escenario de las relaciones internacionales como advenimiento de los Estados posnacionales, remarca, precisamente, la pérdida por parte de éstos de ese poder legítimo para exigir a los ciudadanos que mueran o maten en su nombre. Cfr. HABERMAS, J., «Consideraciones finales», en Gimbernat, J. A., (ed.), *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, pp. 261-71, p. 268.

<sup>5</sup> Cfr. JOAS, H., *Guerra y modernidad. Ensayos sobre la historia de la violencia en el siglo xx*, Barcelona, Paidós, 2005 (2000), pp. 39-41.

el propósito de una regulación de las relaciones internacionales orientada a minimizar las potenciales hostilidades, derivadas, entre otras causas, del imperialismo europeo y de una concepción feudal de la propiedad de las tierras y los pueblos.

Si estiramos esa interpretación hasta el presente, en el contexto de las amenazas del terrorismo yihadista, vemos que ese concepto de enemigo que propone Schmitt se queda estrecho al requerir un escenario de reconocimiento mutuo de la alteridad y de su soberanía legislativa y legitimadora de las acciones (también en la designación de los enemigos) que no encaja con la irrupción del nuevo actor como sujeto amenazante. O que, si lo hace, suscita controversias de calado difíciles de solventar: en particular, la que presupone la capacidad de Al-Qaeda, el Isis o el Estado Islámico para declarar una guerra (asimilándose a un Estado nacional)<sup>6</sup>. Y también, en un terreno más delicado, la que implica el reconocimiento de esos grupos para perseguir legítimamente, incluso con las armas, sus objetivos políticos<sup>7</sup>.

Más allá de esas cuestiones *quasi-técnicas*, la dicotomía amigo-enemigo irrumpe como una de las modalidades semánticas que puede tomar la distinción nosotros-otros, deslizándose, además, hacia la división entre el bien y el mal que Schmitt rebatía. No en vano, Schmitt sitúa la guerra en el ámbito de lo político, desplazando las consideraciones éticas, esto es, la distinción entre el bien y el mal, al ámbito de la moral<sup>8</sup>. En la perspectiva actual, las acciones se interpretan desde la polaridad bien/mal y aparecen como indiscutible y peligrosamente justas o injustas en función de dónde se sitúe la clave moral que las dota de sentido. Según lo concibe Schmitt, esa distinción entre el bien y el mal en nuestras acciones se derivaría de una cosmovisión ajena a lo político, donde el criterio exclusivo habría de ser aquella consabida polaridad entre amistad y enemistad entendida en su estricto significado formal.

<sup>6</sup> Sobre los efectos de esa decisión en clave de redefinición del contexto como bélico puede verse RODRÍGUEZ FOUZ, M., «Las voces del Imperio. Sobre la semántica de la justicia y del derecho a la guerra», *Política y Sociedad*, vol. 41, núm. 3, 2004, pp. 63-84.

<sup>7</sup> Podrían traerse aquí las controversias acerca del propio término terrorismo que, precisamente, sitúan el foco en su parcialidad a la hora de calificar idénticas acciones (en cuanto a daños y modales) como terroristas o como legítimas en función del actor que las lleve a cabo. Puede verse, ZOLO, D., *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007 (2006), pp. 145-56; YOUSEF SANDOVAL, L., «El terrorismo contemporáneo a la luz del pensamiento de Carl Schmitt: la metamorfosis del partisano», *Historia y política*, 39, 2018, pp. 327-357; ALDAVE, A., *La guerra global contra el terror*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; y COLOMBO, A., «El terrorismo entre legalidad y legitimidad. El insostenible monopolio de los Estados sobre la noción de violencia ilegítima», en Campione y Ruschi (eds.), *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 80-110.

<sup>8</sup> Schmitt distingue entre moral, economía, estética y política, cada una con sus propios referentes taxonómicos (bien y mal; útil y perjudicial –o rentable y no-rentable–; belleza y fealdad; amistad y enemistad). Cfr. SCHMITT, C., *El concepto...*, op. cit., p. 56.

Como es sabido, Schmitt advertía contra la incorporación a lo político de referentes morales y universalistas, localizando en ese deslizamiento el resorte que pondría en marcha las formas de guerra más cruentas, bajo un *casus belli* distorsionado por la pretensión de derrotar a la misma guerra e instaurar, por fin, una paz universal y perpetua<sup>9</sup>. La incorporación de esos referentes morales, que enlazan con la idea de una guerra justa, propicia la aceptación de violencias que se consideran razonables, consolidando, de paso, el concepto discriminatorio de guerra que dirime quién puede ser soldado y quién solo puede ser un delincuente y un criminal<sup>10</sup>.

Resulta obligado este apunte que remite a la pretensión de racionalidad (leída como eficiencia, en este caso, eficiencia en la neutralización de las amenazas terroristas) porque nos lleva a mirar hacia la lógica de desencadenamiento de las guerras desde una doble perspectiva: la moral, que se dilucida en el discurso público mediante la presuposición de que se está librando una guerra justa; y la material, ligada a intereses económicos y estratégicos que tienden a ocultarse a la mirada de esa misma población que apoya o rechaza las intervenciones bélicas, y que podría remitir, según aquella taxonomía schmittiana, a la rentabilidad de la guerra<sup>11</sup>. No obstante, es la primera perspectiva la que mayor interés tiene para la conceptualización del enemigo como objeto de acciones razonables (y racionales) dirigidas a eliminarlo.

La siguiente precisión que cabe hacer es la que se deriva de los rasgos de la nueva amenaza terrorista<sup>12</sup>. En la medida en que esa amenaza se presenta como transfronteriza y a la vez inserta en la misma médula de nuestra vida cotidiana, se desdibujan los límites que permiten ceñirla en el espacio de las guerras «civilizadas» contenidas, al menos a priori y sobre el papel, en el derecho internacional público

---

<sup>9</sup> Schmitt es muy crítico con ese objetivo de una guerra definitiva que acabe con todas las guerras, señalando cómo desde ahí se justifican, precisamente, las formas más cruentas de la violencia bélica, «de una intensidad e inhumanidad insólitas» (SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.*, p. 66).

<sup>10</sup> Vid. SCHMITT, C., *Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma, Editori Laterza, 2008 (1938); ANDREA SERENI, C. (2015), «La crítica schmittiana al concepto discriminatorio de guerra», en *Actualidad de Carl Schmitt a 30 años de su muerte*, [https://www.academia.edu/23205623/La\\_cr%C3%ADtica\\_schmittiana\\_al\\_concepto\\_discriminatorio\\_de\\_guerra](https://www.academia.edu/23205623/La_cr%C3%ADtica_schmittiana_al_concepto_discriminatorio_de_guerra) 2015, pp. 59-371.

<sup>11</sup> Sobre esta dimensión, ajena a la concepción política de la guerra de Schmitt, resulta muy ilustrativa la reciente decisión de Donald Trump, tras retirar sus tropas de Siria, de establecer una base militar en los campos de petróleo del Este del país (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50505755>; [https://elpais.com/internacional/2019/12/09/actualidad/1575919898\\_140549.html](https://elpais.com/internacional/2019/12/09/actualidad/1575919898_140549.html)).

<sup>12</sup> Hay quienes plantean la discusión sobre si se trata de una nueva o vieja forma de terrorismo, concluyendo que la etiqueta de nuevo no responde a la realidad de sus prácticas (cfr. BLANCO, J. M.<sup>a</sup> y COHEN, J., «Viejo y nuevo terrorismo», *Enfoques*, núm. 2, 2016, pp. 1-22.). No obstante, y sin entrar en ese análisis, desde el punto de vista de su sentido social y los miedos que desata, sí podría hablarse de nueva amenaza. Puede verse, en este sentido, CANO, M. Á., «Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo», *Revista española de investigación criminológica*, 2009, pp. 1-30.

que sirve de guía a Schmitt. El contexto al que Schmitt remitía sus reflexiones sobre la formalidad restrictiva de la guerra, es muy distinto si pasamos a considerar que el enemigo que se alza contra nosotros (como ciudadanos de las democracias occidentales) carece de un referente político al modo como podía serlo un Estado enemigo. Aquella tensión irresoluble que, según lo ve Schmitt, prestaba aliento, alma y cuerpo a lo político, y que se expresaba inevitablemente como enemistad, queda desfigurada con la irrupción de ese enemigo terrorista. La distinción entre amigos y enemigos no se apoya ya en la prefiguración de un equilibrio entre naciones que reconocen la legitimidad de todas ellas para luchar por su propia integridad. Esa dinámica que deslizaba fuera del tablero la noción de justicia y que, como ya hemos apuntado, Schmitt defendía como fórmula para embridar la bestialidad de la guerra, pierde sentido ante esos nuevos actores ajenos a la cosmovisión del *ius belli* y, por supuesto, indiferentes al concepto de legitimidad, central para esa cosmovisión.

El enemigo terrorista no es reconocido como sujeto soberano con derecho a combatir según las reglas de la guerra: es, en cambio, un criminal. Un criminal al que, con todo, como plantea Jakobs y veremos enseguida, no se le debe aplicar el derecho penal del ciudadano, institucionado como potestad punitiva (y correctiva) del Estado. Puede aplicársele o un derecho penal del enemigo o la suspensión cautelar de sus derechos, generando cortocircuitos normativos que invitan a una reflexión crítica sobre el propio papel del derecho<sup>13</sup>. La clave para entender este deslizamiento es la irrupción de una perspectiva moral unilateral de la que carecía el modelo westfaliano (al menos en lo que respecta a los países firmantes del Tratado de Paz). Así, pese a considerar las acciones de Al-Qaeda o del Isis como acciones de guerra, esto es, merecedoras de una respuesta bélica, el combate se desarrolla como guerra desigual<sup>14</sup>. No serían *hostis* enfrentándose por la propia supervivencia, y detentadores, ambos, de la legitimidad para combatir. Al contrario, esa legitimidad se dirime previamente y está asentada sobre la conciencia de la superioridad moral, en este caso, de los Estados Unidos, lo que, en efecto, tiene consecuencias sobre el tratamiento dado a los combatientes.

Como advierte Filippo Ruschi, el hecho de que los Estados Unidos asuman tener una superioridad moral deviene la premisa para la criminalización del enemigo. Se produce el ocaso definitivo de la *guerra en*

<sup>13</sup> Puede verse, entre otros, JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006 (2003), pp. 21-56; FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, núm. 19, 2007, pp. 5-22; VALITUTTI, D., «Il reato associativo come diritto penale del nemico: problema e prospettive giusfilosofiche», *Politica del diritto*, núms. 1-2, marzo-junio, 2016, pp. 259-277.

<sup>14</sup> Vid. COLOMBO, A., *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, Bologna, Il Mulino, 2006.

*forme* que había caracterizado a la Europa westfaliana y se manifiesta una nueva forma de «guerra justa», encaminada a eliminar al criminal más que a vencer al enemigo. Y ello representa la legitimación definitiva de la guerra total<sup>15</sup>.

El problema se deriva precisamente de esa referencia a la justicia que implica la distinción entre violencias justas e injustas atendiendo a la posición del sujeto ejecutor, no a las motivaciones, desarrollo y efectos del uso de la fuerza. Ni el *ius ad bellum*, ni el *ius in bello*, ni, por supuesto, el *ius post-bellum*<sup>16</sup>, tienen nada que aportar a la dilucidación sobre la justicia de la contienda, pues la capacidad para dirimir la legitimidad de las acciones violentas la ostentaría, previamente, el Imperio<sup>17</sup>. Se trata de una más de las numerosas materializaciones históricas de aquello que Zolo identificó como «justicia de los vencedores» y que Schmitt supo advertir como nadie desde su conciencia de alemán derrotado. En el caso de la amenaza global del terrorismo podemos ver cómo ha calado esa certeza moral de estar del lado de la justicia que, además, ha abierto la puerta de par en par a la aceptación social, no ya de la penumbra de un patio trasero donde se maltrata impunemente al sospechoso de terrorismo<sup>18</sup>, sino también de posicionamientos fieros como el que, en rigor y por más que busque legitimarse desde una perspectiva civilizada (y vinculada a cálculos de eficiencia en la garantía de la seguridad como bien supremo), representa el «derecho penal del enemigo»<sup>19</sup>.

Podríamos establecer un cierto paralelismo entre las distorsiones que provoca la Guerra Fría en los presupuestos del *nomos* de la tierra<sup>20</sup>, y las que habría provocado el terrorismo yihadista en el concepto político de enemigo manejado por Schmitt. El paralelismo es visible sobre todo si ponemos el acento en la disolución de las fronteras como límites geográficos que designan el alcance de las amenazas y

<sup>15</sup> RUSCHI, F. (2009), *El nomos del mar. Espacio, derecho y hegemonía en Carl Schmitt*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 117.

<sup>16</sup> Vid. CAMPIONE, R., *El nomos de la guerra. Genealogía de la «guerra justa»*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 162-70.

<sup>17</sup> Cfr. ZOLO, D., *op. cit.*, pp. 127-43.

<sup>18</sup> Puede remitirse a Guantánamo como paradigma de esas prácticas de suspensión de los derechos sustentadas en quién se es y no en qué se ha hecho. Sobre Guantánamo y Abu Graib como escenario de tortura, puede verse SÁNCHEZ DE LA YNCEIRA, I., y RODRÍGUEZ FOUZ, M., «El (in)justificable recurso a la tortura. Seguridad y adiaforización en sus ominosas institucionalizaciones», en Ruschi, F. y Campione, R. (coords.); *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 254-293).

<sup>19</sup> Vid. DURÁN, J. A., «Acerca del derecho penal de enemigo como expresión jurídica de una civilidad denegada. Gunther Jakobs y el asalto al derecho penal», *Papel Político*, Bogotá (Colombia), vol. 15, núm. 2 julio-diciembre, 2010, pp. 513-535; RIVERA, J., «El derecho penal de enemigo y el corpus internacional de los derechos humanos. Análisis comparativo», *Papel Político*, Bogotá (Colombia), Vol. 15, núm. 2, 2010, pp. 487-511.

<sup>20</sup> Vid. SCHMITT, C., *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius publicum europeum*, Granada, Comares, S. L., 2002, pp. 337-56.

de los riesgos para la propia supervivencia. En cierto modo podría decirse que lo nuclear (en su aplicación tanto militar como industrial) estrena esa globalización de las amenazas. La Guerra Fría se construye sobre la constante amenaza de una destrucción a escala planetaria. Del mismo modo los accidentes nucleares (en especial Chernóbil como acontecimiento inaugural, pero también Fukushima por la combinación entre la fuerza incontrolable de la naturaleza y los fallos de seguridad) propician esa extensión a escala global de las incertidumbres sobre la supervivencia del ecosistema<sup>21</sup>. Ahí las fronteras físicas levantadas por la humanidad pierden capacidad de contención y asoma, quizá por primera vez, la idea del planeta como espacio único susceptible de ser destruido por la propia acción humana. Ése es indudablemente un rasgo de nuestra época: la conciencia respecto a ese riesgo global que estrena una incertidumbre mundana sobredimensionada y que remite, además, a las dinámicas de la eficiencia y de su racionalidad tecnocientífica<sup>22</sup>.

Desde nuestra atención al derecho articulado para tratar de embriagar la violencia bélica, debemos prestar atención a cómo la globalización parece haber desmoronado el pretendido valor práctico del orden ligado al *ius publicum europaeum*, tan caro a Schmitt. En ese espacio de negación del eventual capital pacificador de ese derecho, en cuya articulación los Estados nación habrían jugado un papel decisivo, encontramos este otro rasgo destacado que nos permite enfilas las consecuencias de la irrupción del terrorismo global, en particular, en el ámbito de las cosmovisiones que informan nuestro particular sentido de la realidad y a las que nos aferramos como claves interpretativas del orden social.

La globalización atenuaría la distinción entre tierra, mar y aire, inaugurando una época donde los referentes estáticos y firmes derivados del orden internacional terráqueo (terrenal, territorialista) se dinamitan, tanto desde la perspectiva de los riesgos ecológicos desatados por la modernidad tardía, que propician nuevos motivos para la guerra<sup>23</sup>, como por actores transfronterizos dispuestos a explotar el orden occidental desde cualquier rincón. La respuesta de Occidente en clave de refuerzo de la violencia legítima alimenta la voracidad insaciable de ese monstruo, perpetuando aquella situación verbalizada

<sup>21</sup> Sobre estas tensiones, ligadas a la amenaza nuclear, *vid.* RODRÍGUEZ FOUZ, M. (2010), «El miedo nuclear: amenazas y desvelos en un mundo globalmente atemorizado», en Beriain, J., Sánchez de la Yncera, I. (comps.), *Sagrado-profano: nuevos desafíos al proyecto de la modernidad*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2010, pp. 271-294

<sup>22</sup> *Vid.* BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998 (1986), BAUMAN, Z., *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007 (2006). GIDDENS, A., *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1999 (1990).

<sup>23</sup> *Vid.* WELZER, H., *Guerras climáticas. Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI*, Madrid, Katz, 2010 (2008).

como «guerra total» y «desigual». Podría decirse que esa forma de la globalización acentúa aún más la obsolescencia del modelo al que Schmitt remitía su explicación de la guerra, orgánicamente unido a la distribución territorial de la tierra y a los asentamientos y apropiaciones de los espacios como claves del ordenamiento legal. Los terroristas, como una suerte de nuevos piratas<sup>24</sup>, como *communis hostis omnium*<sup>25</sup>, extienden la anomía más allá del espacio marcado por los confines de los mares ingobernables y amplían la dificultad para dictar normas capaces de restablecer aquel clásico equilibrio entre enemigos que contemplaba el *ius publicum europaeum*<sup>26</sup>.

La conmoción global que estrenó Al-Qaeda con su ataque contra las Torres Gemelas y el Pentágono y con la extensión de su amenaza contra Occidente, ejecutada en posteriores atentados con gran repercusión mediática, se sustenta, además, en la inserción (y ocultamiento) de sus activistas en los espacios cotidianos de las sociedades occidentales. Esa permeabilidad, que reactiva los mecanismos psicológicos de la sospecha contra el otro, en especial, contra el musulmán, permite extender el miedo a cualquier rincón y momento de la vida cotidiana, de modo similar a como lo nuclear habría penetrado en la conciencia de los habitantes del planeta tras la experiencia de Hiroshima y Nagasaki. Desde este punto de vista, podría decirse que la porosidad de la amenaza nuclear, tan vinculada a su inusitado poder de destrucción como a su invisibilidad, es similar a la identificada con la extensión de la sensación de vulnerabilidad ante el enemigo oculto entre nosotros.

Esa volubilidad del espacio podría encajar también con el protagonismo que adquiere el aire en las nuevas contiendas. Algo que ya se inició con el desarrollo de la aviación en la Primera Guerra Mundial<sup>27</sup> y que se habría incrementado con el desarrollo de tecnologías como los drones, cuya aplicación bélica y policial estaría generando un

<sup>24</sup> Cfr. ZOLO, D., *op. cit.*, pp. 25 y 28.

<sup>25</sup> RUSCHI, F. (2009), «*Communis hostis omnium*. La piratería in Carl Schmitt», *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 38, pp. 1215-1276.

<sup>26</sup> Schmitt vincula el fracaso del *ius publicum europaeum* a la debilidad de Europa tras la Primera Guerra Mundial, que sería sustituida por el poder imperial de los Estados Unidos y que supondría el advenimiento de una «guerra civil mundial» al tratar de imponer una visión única bajo la presuposición de defender a la humanidad, que, según lo ve el propio Schmitt no existiría como sujeto político, pese a que alienta y pretende legitimar, desde mediados del siglo XX, las llamadas guerras justas (como «guerras humanitarias») (cfr. SCHMITT, C., *El concepto... op. cit.*, pp. 83-84; Zolo, D., *op. cit.* pp. 27-28).

<sup>27</sup> Vid. JÜNGER, E., «Introducción» y «Prólogo» (incluidos en Jünger, Ernst (ed.), ¡Necesitamos la aviación!), en Sánchez Durá, N. (ed.), *Ernst Jünger: guerra, técnica y fotografía*, Valencia, Universidad de Valencia, 2000 (1928), pp. 225 y 227-241; SLOTERDIJK, P., *Temblores de aire. En las fuentes del terror*, Valencia, Pre-Textos, 2003 (2002); YOUSEF, L., «Aviones y drones: el elemento aéreo en Carl Schmitt», *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, núm. 73 (enero-abril), 2018, pp. 167-180, en concreto, pp. 162-172.

debate público, clamorosamente silencioso al decir de Filippo Ruschi<sup>28</sup>, sobre la legitimidad de su uso que muestra solo algunos de los flancos más débiles en nuestra comprensión de los cortocircuitos normativos provocados por las respuestas a la amenaza terrorista<sup>29</sup>. Con todo, la atención a esta vertiente desborda los límites de este trabajo, con lo que bastará esta indicación respecto a la desterritorialización de la violencia para reseñar el signo singular de los miedos y amenazas que afronta la ciudadanía de las democracias occidentales. En particular, y por lo que nos interesa aquí, en su remisión a procesos de legitimación demasiado prestos a aceptar usos de la violencia que jamás aceptaríamos para quienes consideramos «amigos».

### 3. EL ORDEN Y LA SEGURIDAD AMENAZADOS

En este apartado recorreremos la transformación de la noción de enemigo que se vertebra, por un lado, desde la presuposición de que el orden (generador de poderosas certezas y expectativas) estaría amenazado y precisa, por lo tanto, la toma de decisiones que lo preserven; y por otro, desde la constatación de un incremento del miedo al vernos identificados como enemigos. Ambas dimensiones, jurídica y social, como rostros diversos de un mismo cuerpo social, condicionan nuestra mirada sobre el presente situando el foco de las decisiones políticas en uno de los problemas que cuestionan los presupuestos de la aspiración a la justicia de las democracias occidentales; esto es: ¿qué respuesta se articula (desde la pretensión de ser justa) para tratar de garantizar aquella seguridad prometida a cambio de la obediencia a las leyes<sup>30</sup>? Que, traducido al contexto que nos ocupa, podría expresarse como la pregunta acerca de cómo definimos y tratamos a quienes se postulan y nos identifican como enemigos<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> RUSCHI, F., «El derecho, la guerra y la «técnica desatada». Consideraciones acerca del *drone warfare*», en Ruschi, F., Campione, R. (coords.). *Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 45-76, en concreto, p. 53.

<sup>29</sup> Resulta muy pertinente e interesante el trabajo de Laila Yousef acerca del elemento aéreo en Carl Schmitt, donde apunta las claves para entender cómo los drones rebasan las coordenadas desde las que Schmitt analiza la noción de enemigo y de campo de batalla. Vid. YOUSEF, L., «Aviones y drones...», *op. cit.*, pp. 172-180.

<sup>30</sup> Puede advertirse aquí la consonancia con toda una tradición teórica que remite el nacimiento de la coerción del Estado a la idea de un contrato social que implica la renuncia a ciertas dosis de libertad a cambio de seguridad: aquel *protego ergo obligo* al que también hace referencia el propio Schmitt (SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.* p. 81). No entraré a discutir esos presupuestos que acentúan una interpretación funcionalista (avant-el-funcionalismo) del origen de la sociedad, obviando otras dimensiones que también conforman nuestra singularidad como especie y a las que remitiremos al final del texto.

<sup>31</sup> Puede traerse aquí la atinada advertencia de Freund contra el pacifismo «amistoso». En su polémica con Hyppolite, y por alcance con los pacifistas, Freund advierte a

Tras el 11-S, como acontecimiento inaugural que sitúa la seguridad en el centro de los debates políticos<sup>32</sup>, pueden identificarse, dos escenarios diversos, pero ante los que se reacciona desde un idéntico resorte semántico: por un lado, aquel escenario bélico, con la «guerra contra el terrorismo» decretada por George W. Bush y todavía vigente; y por otro, el escenario policial, con la persecución del terrorista en los distintos espacios domésticos desde su consideración como delincuente/criminal y enemigo interno. En ambos escenarios, que, con todo, conviven simultáneamente, se conjugan medidas que tienden a convertir la excepcionalidad en norma, estableciendo una suspensión de la ética que permite la negación de la condición de persona al terrorista, justificándolo por el calibre de la amenaza que suponen. En este apartado prestaremos atención a ese escenario policial, vinculado al derecho penal y a la vigencia punitiva de las normas que protegen los bienes consagrados por la ley. Se tratará de desentrañar las implicaciones conceptuales de la defensa del orden frente a sus enemigos.

Recordemos que, desde la perspectiva de Schmitt, el concepto de enemigo incorporaba el derecho a combatirlo, pero también a que dicho enemigo combata; es decir, la guerra requiere «reciprocidad»<sup>33</sup>. En el contexto de las amenazas del terrorismo de corte islámico, ese equilibrio, en cuanto al derecho a combatir, desaparece, desapareciendo también la posibilidad de comprender la «guerra contra el terrorismo» como un enfrentamiento entre enemigos en el sentido que Schmitt confería a este concepto. El combatiente es considerado como criminal y se activa, añadida a la respuesta bélica, una perspectiva policial y normativa que persigue a esos enemigos como delincuentes cuyos delitos ponen en peligro el orden social. Un orden social que, para las democracias occidentales está sostenido sobre el Estado de Derecho, cuyas normas serían las que permitirían la efectuación positiva de la libertad. No en vano, como sostiene Jakobs, el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia de un Derecho que hace posible la libertad<sup>34</sup>.

---

éste sobre el hecho de que, pese a creer que es uno mismo quien puede designar al enemigo, «es el enemigo quien le designa a usted. Si él quiere que usted sea su enemigo, lo será. De nada servirán sus bellas protestas de amistad» [MOLINA, J. (2016). «Julien Freund o la imaginación del desastre», *Nueva revista*, 6, 2016]. Esa referencia la recoge también en su estudio introductorio al texto de Freund *La esencia de lo político* [MOLINA, J., «Estudio preliminar», en FREUND, J., *La esencia de lo político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2018 (1978), pp. XV-XCIX, p. XL].

<sup>32</sup> Vid. MANERI, M., «Il panico morale come dispositivo di trasformazione dell'insicurezza», *Rassegna Italiana di Sociologia*, Fascicolo 1, enero-marzo, 2001, pp. 5-40; COLOMBO, A., «Retorica e geopolítica della sicurezza. Dalla guerra fredda alla guerra globale al terrore», *Ragion pratica*, Fascicolo 1, 2018, pp. 125-156; PINTORE, A., «Non c'è libertà senza sicurezza», *Ragion pratica*, Fascicolo 1 de junio de 2018, pp. 99-124.

<sup>33</sup> Cfr. SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.* p. 42.

<sup>34</sup> JAKOBS, G. (2006), «¿Terroristas como personas en derecho?», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006 (2003), pp. 57-84, en concreto, pp. 61-62.

Los enemigos del Estado de Derecho son reconocidos por poner en peligro la vigencia de del propio Estado, y, por lo tanto, deben ser enfrentados como una amenaza contra la libertad, que, como es bien sabido, se concibe en estrecha conexión con la seguridad<sup>35</sup>.

Asoma desde ahí Günther Jakobs como un autor crucial para comprender las derivas normativas en la consideración del enemigo, que ya no es aquel *hostis* desde el cual Schmitt construía su concepto de lo político y su idea de la guerra como actividad susceptible de legitimarse exclusivamente en cuanto lucha por la supervivencia<sup>36</sup>. Jakobs también pone el acento en esa lucha por la supervivencia, pero es, frente a Schmitt, una lucha desigual, donde los enemigos aparecen diseminados como sujetos sin entidad política y, por supuesto, sin derecho a combatir frente al Estado de Derecho que representa el orden y la forma de existencia digna de ser defendida con todas las armas y medios. Con ese objetivo en el frontis de la legitimación de la excepcionalidad normativa, Jakobs insiste en la necesidad de articular un derecho que considere a esos enemigos como no-personas<sup>37</sup>.

Se exige combatirlos con herramientas distintas a las contenidas en el derecho penal del ciudadano, negándoles las garantías reconocidas en éste:

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas<sup>38</sup>.

La seguridad se sitúa en el centro de la justificación. Una seguridad que es zarandeada específicamente por las amenazas del yihadismo. De ahí, en gran medida, la revitalización, a raíz del 11-S, de las tesis del «derecho penal del enemigo», acuñado así por Jakobs en 1985. Para ese planteamiento los terroristas pertenecerían sin género de duda a la categoría de no-persona.

Estos apuntes enlazan directamente con la necesidad de comprender las tensiones que afloran al considerar la figura del enemigo y verbalizar normativa y socialmente la relación que puede y debe establecerse con él. No en vano, la propia reclamación de ese derecho penal del enemigo se fundamenta en la confianza en que esa expresión normativa fije las actuaciones que pueden y deben llevarse a cabo, legítimamente, contra los enemigos, con el fin de combatir el peligro que generan. Como afirma el propio Jakobs: «El derecho penal del

<sup>35</sup> Vid. PINTORE, A., «Non c'è libertà senza sicurezza», *op. cit.*

<sup>36</sup> Cfr. SCHMITT, C., *El concepto...*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>37</sup> Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 50.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 47.

ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros»<sup>39</sup>.

Es importante reseñar que el propósito de fundamentar un derecho específico para tratar a esos enemigos requiere distinguir entre enemigo y delincuente ciudadano, pues no establecer esa distinción provocará que se mezclen los conceptos de guerra y proceso penal<sup>40</sup>, suscitando situaciones liminares y ambiguas como las derivadas de la declaración de la «guerra al terrorismo»<sup>41</sup>, que en realidad, promulga la persecución de delitos mediante la guerra<sup>42</sup>. Frente a esa premisa Jakobs advierte que el derecho se aplica a los terroristas, y no al terrorismo, aunque «parece claro que a través del castigo a los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto»<sup>43</sup>. En cualquier caso, con la regulación de un «derecho penal del enemigo» se consolida la negación del derecho a combatir que Schmitt concedía a los *hostis*. Esa «guerra refrenada», como denomina Jakobs al derecho penal contra los terroristas<sup>44</sup>, acentúa, de nuevo, una vertiente moralista que, por lo demás, solo se aplica a esos enemigos, definidos como delincuentes y criminales en un sentido resaltado por el bien que ponen en riesgo<sup>45</sup>.

En síntesis, Jakobs argumenta a favor de un derecho singular que permita enfrentarse a los enemigos del sistema (entre los que sitúa, obviamente, aunque no sean los únicos, a los terroristas), negándoles cualquier espacio de legitimidad para sus acciones. Algo que, en realidad, resulta problemático porque no implica, a la vez, la negación de legitimidad de las acciones propias cuando son flagrantemente negadoras de la humanidad del otro y de su dignidad inalienable y conculcadoras de sus derechos más básicos. En el centro de su planteamiento se sitúa una noción de orden, vinculada a la seguridad y a las expectativas de reproducción del «contrato social», que nos permite desembarcar en la cuestión de la violencia legítima, central para la concepción del orden democrático.

#### 4. LA LEGITIMACIÓN PREVENTIVA DE LA VIOLENCIA

Orden, seguridad y expectativas forman, por lo demás, una tríada difícilmente discernible en elementos exentos. Remiten a una concepción de la sociedad que sitúa la regularidad en el centro de

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>41</sup> Puede verse, ALDAVE, A., *La guerra global...*, *op. cit.*

<sup>42</sup> Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 46

<sup>43</sup> JAKOBS, G., «Terroristas como...», *op. cit.*, p. 60.

<sup>44</sup> Cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>45</sup> Además del propio Jakobs, puede verse, PAZ-MAHECHA, G. R., «¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia», *Papel político*, vol. 15, núm. 1, enero-junio, 2010, pp. 309-323; y VALITUTTI, D., «Il reato associativo...», *op. cit.*

la lucha por la supervivencia, entendiendo que la reproducción del orden (cuasi automática, regular, previsible) constituye la mayor garantía para el cumplimiento de las expectativas razonables de los ciudadanos. Aquí nos moveremos por esa tríada para explorar cómo la figura del enemigo propicia su reforzamiento, facilitando un cierre de filas que ofusca el juicio crítico sobre los propios presupuestos vinculados a la reproducción del mundo en términos reactivos y defensivos.

Entiéndase: los pilares conceptuales de esa presunción de un orden social que debe protegerse y reafirmarse frente a la hostilidad de la intemperie vienen de lejos, con aquel Hobbes que afirmaba la necesidad del Leviatán como único garante de la domesticación de la fiera naturaleza humana<sup>46</sup>, o con la constitución moderna del monopolio legítimo de la violencia por parte del Estado como mecanismo propiciatorio de la seguridad interna y pieza esencial del tablero de juego desarrollado «civilizadamente» entre las naciones. Son precisamente esos presupuestos teóricos los que facilitan la legitimación de violencias útiles.

El relato previo que vincula orden y seguridad vendría a ser, en síntesis, el siguiente: en el estado de naturaleza, anterior al establecimiento del «contrato social», los seres humanos vivían rodeados de peligros y amenazas que comprometían su supervivencia. Esas amenazas, además, no venían solo de un medio hostil (para el que su físico no estaba especialmente dotado), sino que, se derivaban también de los otros congéneres. Aquel *homo homini lupus* que Hobbes combatía con su Leviatán, y que aún hoy se utiliza inadvertidamente para explicar la agresividad humana y la necesidad de sujeciones coercitivas que impidan que la fiera se desate, se utilizaba como referente de lo que ocurriría sin un poder que frene los instintos depredadores del hombre. Es decir, es el orden legal el que permitiría superar esa incertidumbre derivada de la naturaleza salvaje del ser humano. Así, la clave para la supervivencia colectiva se encuentra en el orden legislativo y en un poder (absoluto, para Hobbes) que debe obligar al cumplimiento de las leyes que organizan ese mundo civilizado y único garante de la seguridad. Más allá de esa articulación normativa que exige la sumisión, solo quedaría una intemperie que nos devuelve a la brutalidad e indigencia de aquellos orígenes. A partir de esos presupuestos, los enemigos irrumpen como aquellos que se resisten al orden establecido (en otras palabras, que traicionan a la sociedad que los cobija): quien se rebela contra el poder, rescindiendo la obligada obediencia y recayendo, por tanto, en el estado de la naturaleza, puede y debe ser castigado como enemigo<sup>47</sup>. El comportamiento «amistoso» exige la aceptación de las leyes que

<sup>46</sup> Cfr. HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, Tecnos, 1996 (1651), pp. 45-210, en concreto, pp. 143-147.

<sup>47</sup> Cfr. Jakobs, glosando a Hobbes, en JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 31.

constituyen el almacén moral del orden social. El enemigo, al resistirse a la legalidad, nos privaría de la seguridad. Si se niega a ser obligado a entrar en una constitución ciudadana debe ser expulsado y no habría que tratarlo como persona, sino «como un enemigo»<sup>48</sup>.

Esa cosmovisión que ordena el mundo entre quienes están dentro (amigos) y quienes están fuera (enemigos) alimenta perspectivas como la de aquel choque de civilizaciones<sup>49</sup> que se revitalizó al inicio del milenio o la que en su día, mucho más atrás, orientó las lógicas fagocitadoras del imperialismo. Resulta demasiado obvio (pese a su tosquedad): las decisiones políticas y legislativas, que se van adoptando como respuesta a las amenazas, presuponen una antesala y una periferia desordenadas y brutales, ante las que hay que protegerse. Ese afuera presta las claves cognitivas para distinguir a los enemigos del orden y articular medidas para combatirlos. La eficiencia de tales medidas tiene, además, dos referentes donde calibrarse, ambos altamente subjetivos, pese a que se conciben como mensurables: el primero es el de la percepción de la inseguridad ciudadana<sup>50</sup>; el otro, el de su capacidad para evitar la comisión de nuevos atentados, remarcando el carácter preventivo de las intervenciones, lo que, además, dirige la mirada hacia la incómoda pregunta sobre la legitimidad del castigo por delitos aún no cometidos y hacia la falibilidad de la identificación del «enemigo presunto»<sup>51</sup>.

Una de las pistas que pueden seguirse para entender el significado de la noción de orden ligada a esa cosmovisión es la que recorre las seguridades del derecho frente a la noción de incertidumbre<sup>52</sup>. Desde la presuposición de que el derecho ordena y conforma expectativas de comportamiento cuyo incumplimiento habrá de ser sancionado para permitir el mantenimiento del orden, no sorprende el apunte de Jakobs al avanzar sus argumentos para justificar la existencia de un derecho especial para tratar a los enemigos, que son definidos como sujetos cuyo comporta-

---

<sup>48</sup> Jakobs se apoya aquí en Kant. Añadiendo en su nómina de autores cuyo pensamiento podría recalar en el apoyo a un «derecho penal del enemigo», a Rousseau y Fichte, recordando que ambos consideraban a los delincuentes como enemigos (cfr. JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 31).

<sup>49</sup> Vid. HUNTINGTON, S. P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2001 (1.ª ed. 1997) (1996) y HUNTINGTON, S. P., ¿Choque de civilizaciones?, Madrid, Tecnos, 2002 (1993).

<sup>50</sup> Sobre la percepción de la inseguridad ciudadana, que no siempre se corresponde con los datos empíricos de los delitos cometidos, puede verse ZULOAGA, L., *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política*, Madrid, Catarata, 2014.

<sup>51</sup> Vid. CATERINI, M. (2015), «Il diritto penale del nemico presunto», *Politica del diritto*, Fascicolo 4, 2015, pp. 635-656.

<sup>52</sup> Vid. MARTÍNEZ, J. I. (2012), «Derecho e incertidumbre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 97-118.

miento pone en riesgo la propia vigencia de la sociedad. Jakobs es bien claro el respecto:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola<sup>53</sup>.

Cuando ese cálculo lleva a la previsión de un comportamiento contrario a las normas, la sociedad debe poder dotarse de mecanismos que le permitan defenderse, lo que en la práctica acaba significando que, para esos casos extremos, sería legítimo suspender las garantías procesales que rigen para el resto de ciudadanos. Se abre la puerta a la consolidación de la excepcionalidad amparada en una noción inadvertidamente problemática de seguridad y de orden.

La noción de enemigo ha venido vertebrándose desde la identificación imprecisa de aquellos que podrían dañarnos y frente a los que hemos de protegernos, antes, incluso, de que nos ataquen. La noción jurídica y la social se refuerzan entre sí, tratando de exorcizar los fantasmas de la omnipresente y temida incertidumbre y mostrando una relación con el futuro que prescribe normas orientadas a controlarlo y predecirlo según una confusa (y algo estúpida) relación causa-efecto<sup>54</sup>. Olvidando que, como nos advertía Hannah Arendt, el futuro no debería pensarse como «una consecuencia del pasado»<sup>55</sup>. Algo hay ahí, en esa advertencia, de aquella constatación weberiana sobre las consecuencias no intencionales de las acciones, que nos avisaba de la irrupción incontrolable de dimensiones y efectos que nos obligan a reescribir el sentido de las decisiones, situando en el centro del enfoque ético sobre las mismas, la noción de responsabilidad<sup>56</sup>. Y aupándonos a horcajadas sobre el presente, que debe medirse con los riesgos y amenazas que lo cercan, al tiempo que reconoce la impotencia para controlarlo y ordenarlo como momento de un proceso que debería reproducir (asegurar) el sistema amenazado.

Con la pretensión de garantizar el orden y la seguridad como telón de fondo, las decisiones políticas y normativas prestan poca atención a esa noción de responsabilidad, pese a que, precisamente, es ésta la

---

<sup>53</sup> JAKOBS, G., «Derecho penal...», *op. cit.*, p. 37.

<sup>54</sup> Sobre la obsesión ordenadora de las ciencias sociales, que obvian la constancia y la consistencia de los errores, los fracasos, las mentiras... en la conformación de nuestro mundo y en su reproducción, puede verse, RODRÍGUEZ FOUZ, M., *et al.* (2014), «Contingencia y crisis. Apuntes para una sociología atenta al fracaso y a lo imprevisto», *REIS*, núm. 147, julio-septiembre, 2014, pp. 89-106.

<sup>55</sup> ARENDT, H. (1971), *La vida del espíritu. El pensar, la voluntad y el juicio en la filosofía y en la política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (1971), p. 264.

<sup>56</sup> Sobre los vínculos entre acción política, responsabilidad y ética, *vid.* WEBER, M., *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1991, p. 162 ss.

que permite acentuar el carácter intersubjetivo de la condición humana sin rehuir la perspectiva que persigue comprender las acciones en toda su complejidad (en términos de motivaciones, consecuencias e interpretaciones sobre su sentido y significado). La perspectiva más cercana a esta exigencia cognitiva podría ser la de la fenomenología, con el matiz de sus ciertas limitaciones a la hora de percibir, desde esa inmediatez sensitiva y empírica que reclama, la dimensión discursiva (no solo gramatical) que se consolida en términos de orden e incorpora también expectativas –paz, justicia, bien..., realísimas por utópicas que puedan parecer– que condicionan las acciones. La clave de esa percepción existencial estaría no solo en atender a la realidad subrayando la experiencia personal y sus impactos en nuestro desenvolvimiento sensorial, sino también en la atención a la fuerza realizativa (performativa) de las estructuras heredadas como orden y como contexto de los diversos procesos de socialización e institucionalización que confluyen en nuestro sentido de la realidad. Algo aún más perentorio cuando hablamos del derecho<sup>57</sup>.

Desde esa constatación de la ductilidad de los sentidos que dan cuerpo a nuestra noción compartida de orden, podría entenderse la figura del enemigo como referente material y simbólico que pone a prueba las seguridades (morales y prácticas) de las intervenciones políticas. No en vano, el contexto definido en términos de inseguridad e incertidumbre generadas por el terrorismo, rebota sobre la propia convicción de qué es preciso para recuperar tanto la seguridad como ciertas certezas morales, normativas y, sobre todo, de supervivencia.

## 5. CONCLUSIONES. LIMITACIONES DE UN DERECHO SITUADO Y CONTINGENTE

El derecho parece desempeñar un papel fundamental en la reproducción del orden con su sacralización de la letra de la norma, que categoriza las interrelaciones en lícitas o ilícitas y designa la imputación de penas atendiendo al daño infligido. Sin embargo, frente al presupuesto de solidez implícito en esa concepción del derecho, es preciso recalcar en su contingencia y en la propia volubilidad de la idea de daño, en especial en la medida en que, como ocurre con el terrorismo, se trasmuta en amenaza y recibe la respuesta punitiva como ejercicio de prevención. Se trata de advertir cómo la conceptualización actual del enemigo suscita controversias que deberían permitir que nos aso-

---

<sup>57</sup> Quizá sea Hans Joas el autor que mejor ha incorporado a su mirada sociológica la sensibilidad hacia esa inmanencia que trasciende a las personas pese a ser siempre efecto de una cambiante creatividad situada y corpórea [JOAS, H., *La creatividad de la acción*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013 (1992)]. También Hartmut Rosa, con su imponente explicación sobre la resonancia como clave de nuestra relación con el mundo [ROSA, H., *Resonancia*, Madrid, Katz, 2019 (2016)].

máramos al carácter interpretativo de la norma y de su implementación. Ese carácter interpretativo de las leyes que ya anticipó un realista como Jerome Frank subrayando el papel del juez y poniendo en un brete las presuposiciones sobre la certeza del derecho<sup>58</sup>, es, por lo demás, solo una de las dimensiones de la contingencia que trata de embridar el derecho. Es decir, no se trata solo de que las leyes puedan ser reinterpretadas por los jueces, sino de que la propia letra y el espíritu que las animan serían también expresiones inevitables de un saber situado, limitado y disimuladamente inmanente<sup>59</sup>.

Si a esos condicionantes añadimos la tradición y la herencia como claves de la sacralización de las fuentes normativas, nos topamos con una solidez del derecho que se comporta más como un discurso que como una gramática generadora de discursos y que obvia su cualidad semántica presuponiendo la firmeza incuestionable de los principios que sustentan todo el código normativo y, además, reclamando el positivismo como única fórmula para aplicar justamente el derecho. Por la vía de pretender neutralizar la arbitrariedad de los jueces en la aplicación de la ley, se desestima la atención a la decisiva carga interpretativa que conforma el propio cuerpo de las leyes y de los mecanismos que las reproducen y generan. Igual que se obvian los sesgos cognitivos y la performatividad que los sociólogos de la Escuela de Chicago situaron en el centro de la atención a los procesos de construcción social del delito, la delincuencia y el delincuente, y que bien podrían usarse como advertencia contra la identificación inequívoca y radical de los enemigos (presuponiendo que se han identificado correctamente) como merecedores de los más terribles castigos que concibamos para protegernos.

<sup>58</sup> Vid. FARALLI, C., «¿Certeza del derecho o “derecho a la certeza”?», *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Vol. 4, 2003, pp. 55-78.

<sup>59</sup> Entiéndase que esa inmanencia disimulada se comporta como trascendencia, presuponiendo la existencia de principios irrenunciables que se derivan de una moral que trasciende la vida de cada ser humano existente y que tiene hondas raíces religiosas. De ahí que, por ejemplo, Nietzsche en su intento de transmutar todos los valores golpeará con saña (a martillazos) a la religión, y, en especial, al cristianismo [NIETZSCHE, F., *Cómo se filosofa a martillazos* (o *El crepúsculo de los ídolos*), Madrid, Edaf, 1985 (1888)]. Cabe traer aquí, a modo de guiño desdramatizador, una sugestiva y divertida imagen que ilumina el azar y la contingencia en la transmisión de las leyes: me refiero a una de las escenas iniciales de la película *La loca historia del mundo*, de Mel Brooks, en la que Moisés transporta tres tablas de piedra donde están inscritos quince mandamientos que Jehová le pide mostrar al pueblo para que los obedezcan. Al avanzar mientras anuncia al pueblo el mandato divino, una de las tablas cae y se destroza. La reacción de Moisés es corregir su relato sobre la marcha y anunciar al pueblo: «El Señor Jehová os ha dado a todos estos quince... bueno, diez, estos diez mandamientos para que todos los obedezcáis». [https://www.youtube.com/watch?v=BPTU\\_cTJWx8](https://www.youtube.com/watch?v=BPTU_cTJWx8) La broma enlaza con el cuestionamiento de la infalibilidad de los principios fundantes del derecho. Y a la vez, la percibimos como broma por la constante y abrumadora presencia de los «Diez mandamientos» en la cultura judeo-cristiana, impregnada de nuestra cosmovisión moral.

En estos cimientos se apoya el presupuesto de la necesidad de la violencia para combatir la violencia, o, en otras palabras, la imperiosidad de aceptar y renovar un derecho penal y un derecho bélico que, reformulados bajo la égida de una particular noción de justicia, vienen aportando las claves interpretativas que distinguen entre violencia legítima e ilegítima. Es en ese nudo donde la noción de enemigo ejerce la presión necesaria para seguir apretando los cabos y para fijar el inextricable enlace entre el orden y la seguridad. Los puños que tiran de los cabos para apretar el nudo serían, precisamente, el de un derecho que se asienta sobre el ejercicio coercitivo y punitivo de la pena, y una sociedad asustada que acepta la distinción impermeable entre nosotros y los otros, identificando a esos otros como enemigos (y no en su acepción schmittiana) y presuponiendo que nuestro orden democrático y nuestra cosmovisión del mundo son la garantía para el advenimiento de la justicia.

Podríamos añadir como un último requerimiento de advertencias hacia nuestra noción de seguridad vinculada a la presunción de una intemperie salvaje y agresora que nos devuelve a aquella imagen del *homo homini lupus*, el dato de nuestra compulsiva y orgánica socialidad, que genera interrelaciones complejas que difícilmente pueden discernirse desde la identificación taxonómica del bien y el mal. El «juntos» con el que Sennett remarca las virtudes de la cooperación frente a la competencia y la lucha<sup>60</sup> puede servir de contrapunto a aquella noción que enfrenta al individuo con sus congéneres como potenciales depredadores y que parece requerir de sólidas matrices coercitivas que encarrilen los instintos sanguinarios (de licántropo). Frente a aquella noción de la naturaleza humana en clave de agresividad, que etólogos como Konrad Lorenz refuerzan al identificarla con el instinto de supervivencia<sup>61</sup> y que está en la base de los presupuestos del contrato social que vincula obediencia y seguridad, podría apuntarse una noción menos lineal de nuestra singularidad constitutiva si ponemos el acento en nuestra condición de animales sociales y simbólicos, que, como afirmaba Heidegger, cuando llegamos al mundo, llegamos al lenguaje<sup>62</sup>. El cambio de perspectiva es importante porque obliga a dejar de entender las interrelaciones humanas en clave de lucha (como tienden a hacer los enfoques que definen el orden como único y, además, amenazado por la periferia desordenada) e incorporan la evidencia del papel central que desempeña nuestra imaginación (proyektiva y rememorativa) en el asentamiento individual y colectivo con y contra los otros.

---

<sup>60</sup> Vid. SENNETT, R., *Juntos. Rituales, placeres y políticas de cooperación*, Barcelona, Anagrama, 2012.

<sup>61</sup> Cfr. LORENZ, K., *Sobre la agresión, el pretendido mal*, Madrid, Siglo XXI, 1989 (1.ª ed. 1971) (1963).

<sup>62</sup> Glosado por SLOTERDIJK, P., *Normas para el parque humano*, Madrid, Siruela, 2000 (1999), p. 56.

Tanto en la concepción de Schmitt sobre el enemigo como en la de Jakobs, estaríamos ante una comprensión del orden social que tiende a diseccionar el mundo en términos dicotómicos, sin advertir la complejidad derivada de nuestra condición, como bien destacaba Cassirer, de animales simbólicos, capaces de relatar idéntico episodio de maneras disímiles y conformando con ello una pluralidad de relatos que remiten al mismo acontecimiento y que se suman a la propia definición (situada) de la realidad. Ahí también pierde pie una concepción rígida del derecho, al modo de Jakobs, como institucionalización de normas que propician la misma existencia del orden social.

La dimensión recreativa, derivada de nuestra condición de seres que buscan sentido, es importante para entender el significado simbólico y práctico de nuestra noción de justicia (que atraviesa la legitimación de la violencia), y, a la vez, para calibrar en serio y sin maniqueísmos, la débil radicalidad del utópico mensaje del pacifismo, que Schmitt rebate desde su templado realismo. Nos obligaría, en suma, a no apartar a un lado la responsabilidad por las consecuencias del uso explícito de la violencia en nuestra defensa del orden, impidiéndonos unir los términos guerra y justicia.

Rosa Luxemburg y el derecho  
de autodeterminación. Una revisión crítica  
en el centenario de su muerte<sup>1</sup>

*On Rosa Luxemburg and the Right to National  
Self-Determination. A critical review  
on the centennial of her death*

Por RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO  
Universidad Pablo de Olavide

**RESUMEN**

*El derecho de autodeterminación ha generado importantes controversias teóricas. En el ámbito de la filosofía ligada al materialismo histórico este debate ha tenido una especial trascendencia al estar presente la cuestión de clase social. Este artículo se ocupa de explorar la reflexión que Rosa Luxemburg hizo sobre este derecho. Se analizarán sus elementos más destacados en el marco de su pensamiento y sus aportaciones al movimiento obrero. Se estudiará su debate con Lenin, así como las consecuencias que su legado intelectual tiene en la actualidad mundial y española. Este artículo forma parte de la reflexión sobre su legado filosófico, a propósito del centenario de su muerte.*

*Palabras clave: Derecho de autodeterminación. Materialismo. Nacionalismo. Clase. Democracia.*

---

<sup>1</sup> Esta investigación ha sido desarrollada en el marco del Año Rosa Luxemburg organizado por el Laboratorio de Ideas y Prácticas Políticas (LIPPO) y el Grupo de Investigación PAIDI SEJ277.

## ABSTRACT

*The right of self-determination has generated important theoretical controversies. In the field of philosophy linked to historical materialism, this debate has had a special significance when the question of social class is present. This paper deals with exploring Rosa Luxemburg's reflection on this right. Its most outstanding elements will be analyzed within the framework of its thought and its contributions to the labor movement. His debate with Lenin will be studied, as well as the consequences that his intellectual legacy has today in the world and in Spain. This contribution is part of the reflection on her philosophical legacy, regarding the centenary of his death.*

**Keywords:** *Right of self-determination. Materialism. Nationalism. Class. Democracy.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. SIGNIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN NACIONAL EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE ROSA LUXEMBURG. – 3. EL ANÁLISIS DEL NACIONALISMO. 3.1 *El debate con Lenin.* 3.2 *Nación y revolución. Contribuciones de la filosofía de Luxemburg al debate de la identidad y la clase social.* – 4. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN. UN ENFOQUE MATERIALISTA. – 5. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. SIGNIFICANCE OF THE NATIONAL ISSUE IN THE POLITICAL PHILOSOPHY OF ROSA LUXEMBURG. – 3. THE ANALYSIS OF NATIONALISM. 3.1 *The debate with Lenin.* 3.2 *Nation and revolution. Contributions of the Luxemburg philosophy to the debate of identity and social class.* – 3. THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION. A MATERIALIST APPROACH. – 4. CONCLUSIONS.

*A sign was painted said: Private Property,  
But on the back side it didn't say nothing  
This land was made for you and me.*

Woody Guthrie

## 1. INTRODUCCIÓN

La cuestión nacional o la evaluación que hace el pensamiento materialista del nacionalismo no es un tema pacífico. Rosa Luxemburg es una autora poco conocida, en comparación a otros filósofos marxistas como Lenin o Gramsci, pero cuyo trabajo intelectual y acción política tuvo un significativo protagonismo en las dos primeras décadas del siglo xx. De hecho, Rosa Luxemburg desafiará las con-

venciones de su época y de una sociedad fuertemente patriarcal, al ser de las primeras mujeres en obtener un doctorado. Nunca permitió que su género le impidiera alzar la voz y debatir al mismo nivel que sus colegas masculinos. Luxemburg desafió una sociedad patriarcal y clasista, además de antisemita. Sin embargo, el centenario de su cruel asesinato ha pasado un tanto desapercibido.

Tal y como coinciden la mayoría de los especialistas en su obra, las controversias con Lenin alcanzaron a dos cuestiones de gran relevancia en su época y, a mi juicio, en la actualidad. La primera fue la participación y, al fin al cabo, la defensa de Luxemburg de la democracia y la preservación de derechos fundamentales producto de las revoluciones burguesas. En 1904, Luxemburg publicó un texto titulado *Problemas organizativos de la socialdemocracia* en el que criticaba parte del escrito de Lenin *Un paso adelante, dos pasos atrás*. Luxemburg puso de manifiesto las tendencias autoritarias de la organización y en 1906, en *Huelga de masas, partido y sindicatos*, criticó el centralismo vanguardista de Lenin. Luxemburg apostó por el espontaneísmo, una forma de acción directa del proletariado, bajo la fórmula de la huelga de masas<sup>2</sup>. Al mismo tiempo, Luxemburg también criticó el conservadurismo burocrático de los dirigentes de su partido –el SPD– y los sindicatos. Este reformismo (tanto organizativo como programático y antirrevolucionario), le condujo la ruptura, la creación de la Liga Espartaquista y, finalmente, el Partido Comunista alemán. El núcleo de la crítica de Luxemburg a los bolcheviques radica en su postura sobre el constituyente y la democracia, que implicaba la consigna de todo el poder para los soviets<sup>3</sup>.

Luxemburg se oponía a que toda iniciativa, poder o conocimiento quedara en manos del todopoderoso comité central del partido. Además, era partidaria de la pervivencia de una serie de libertades públicas, que hoy se califican como derechos fundamentales (libertad de prensa o de reunión) que ayudarían a evitar que emergiera la burocracia como único activo<sup>4</sup>. Como expresa claramente, la libertad reservada solo a los partidarios del gobierno no es libertad<sup>5</sup>. De hecho, denuncia los procesos de burocratización del partido y sindicatos, así como al tipo de partido centralizado bolchevique<sup>6</sup>. El parlamentarismo es un instrumento para construir el capitalismo, no obstante, a partir de cierto nivel, puede ser «una escuela indispensable para la madurez políti-

---

<sup>2</sup> Espontaneísmo que sería fuertemente criticado por el stalinismo. Luxemburg planteaba no la falta de organización, sino la importancia de que fueran las masas las que condujeran los procesos revolucionarios e informaran la acción de los dirigentes.

<sup>3</sup> FRÖHLICH, P., *Rosa Luxemburg. Vida y obra*, Madrid, Fundamentos, 1983, pp. 347 y 350.

<sup>4</sup> LUXEMBURG, R., *Crítica de la socialdemocracia*, Barcelona, Anagrama, 1976, pp. 208-209.

<sup>5</sup> LUXEMBURG, R., *La revolución rusa*, Barcelona, Anagrama, 1975, p. 74.

<sup>6</sup> TRÍAS VEJARANO, et al., *Rosa Luxemburg: actualidad y clasicismo*, Barcelona, El Viejo Topo, 2001, p. 30.

ca y de clase del proletariado»<sup>7</sup>. De hecho, estima que la democracia es un obstáculo para la burguesía e indispensable para la clase trabajadora. Para nuestra autora contraponer democracia y dictadura es un error en el que caen Lenin y Trotsky. Tanto la democracia burguesa, a la que califica como dictadura de unos pocos, como la dictadura de una camarilla de personas se alejan de la democracia<sup>8</sup>.

El segundo de los debates fue sobre el derecho de autodeterminación. La perspectiva de la creadora de la Liga Espartaquista está vinculada a su país de nacimiento: Polonia. En su experiencia política y vital, Luxemburg realizó críticas muy directas a los socialdemócratas polacos y reflexionó sobre la deriva conservadora de cualquier movimiento nacionalista. Luxemburg se situó claramente en contra del nacionalismo. El uso del término socialpatriota es siempre peyorativo<sup>9</sup>; se identifica como un adversario de la revolución socialista. Para Luxemburg, no se puede entender la lucha de clases ligada a la liberación nacional; nuestra autora sentía radicalmente el internacionalismo proletario<sup>10</sup>. Este internacionalismo vertebró su pensamiento en sus obras políticas. La experiencia de la I Guerra Mundial es decisiva para comprenderla y, como correlato, la actitud del SPD que termina por provocar su salida del partido. El apoyo del SPD a la guerra es la gota que colma el vaso de Luxemburg.

Su origen polaco implicó que desde el principio tuviera que confrontar este asunto. De hecho se adelantó en el tiempo al calificar con el término nacional-socialista a los partidos nacionalistas polacos que usaban la fórmula liberal clásica del derecho de las naciones a la libertad y la independencia<sup>11</sup>. Luxemburg concreta sus reservas al derecho de autodeterminación y al nacionalismo en la idea de que se trata de un cliché metafísico; de una vaga idea de ‘lucha contra cualquier opresión nacional’, cuando de lo que se trata es de dotar al proletariado de un proyecto concreto que establezca la liberación en términos de oposición a la estructura de clase y la dominación que se genera de la misma<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> LUXEMBURG, R., *La cuestión nacional*, Barcelona, El Viejo Topo, 1998, p. 180.

<sup>8</sup> LUXEMBURG, R., *Crítica de la socialdemocracia*, Barcelona, Anagrama, 1976, p. 212.

<sup>9</sup> AUBET, M. J., *Rosa Luxemburg y la cuestión nacional*, Barcelona, Anagrama, 1977, p. 108.

<sup>10</sup> GÓMEZ LLORENTE, L., *Rosa Luxemburg y la socialdemocracia alemana*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 136.

<sup>11</sup> ARMESILLA, S., *El marxismo y la cuestión nacional*, Barcelona, El Viejo Topo, 2017, pp. 261-262. Como señala Armesilla, en el Congreso de la Internacional celebrado en Londres en 1896 el Partido Socialista Polaco promovió la idea de que la creación de un Estado independiente polaco fuera una exigencia tanto para el proletariado polaco como para el movimiento obrero internacional. Después de rechazar la propuesta, se optó por una fórmula general en la que se declaró estar a favor del derecho de las naciones a la autodeterminación, lo que implicó que el caso polaco se internacionalizara.

<sup>12</sup> LUXEMBURG, R., *La cuestión nacional*, *op. cit.*, p. 108.

Lenin siempre respetó intelectualmente a Luxemburg, aunque las diferencias fueron relevantes. Una de las ideas que este trabajo pondrá de manifiesto es lo acertado y útil de la posición de la autora en la cuestión objeto de estudio. Si el recorrido de la URSS le dio la razón en que la democracia debía ser preservada a toda costa, con el fin de evitar la dictadura de una oligarquía partidaria, no es menos cierto que una noción abstracta del derecho de autodeterminación tendría graves consecuencias en el movimiento marxista.

Este trabajo se divide en dos partes: en la primera se analizará la posición de Luxemburg en torno a la cuestión nacional. En un primer epígrafe se estudiará la relación del nacionalismo con el resto de la obra de Luxemburg. De esta forma se justificará su centralidad y relevancia para comprender la trascendencia de sus aportaciones. Para dilucidar con mayor claridad y profundidad su posición se abordará tanto el debate con Lenin como su inserción en la filosofía política materialista. En la segunda parte del artículo, se analiza las consecuencias de su legado intelectual y los aspectos de sus contribuciones filosóficas que pueden servirnos en el debate actual en la izquierda en relación a la relación entre la clase social y la identidad en el continente europeo y más concretamente en el caso español.

La experiencia vital es decisiva en la significación intelectual de su filosofía política y lo es de una forma también trágica. Precisamente fueron elementos nacionalistas alemanes, *freikorps* los que la asesinaron en un mes de enero de 1919.

## 2. SIGNIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN NACIONAL EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE ROSA LUXEMBURG

La cuestión nacional no es un aspecto secundario en Luxemburg. Todo lo contrario. Desde el inicio de su trabajo intelectual hasta el final del mismo hay referencias a este problema. Entre 1908 y 1909 publicó una serie de seis artículos, que fueron convenientemente olvidados, dentro del halo de silencio y mutilación que ha tradicionalmente acompañado a la obra de la filósofa polaco-germana<sup>13</sup>. Es llamativo que en España sus textos no fueron traducidos hasta los años 70. Y es también interesante que documentos que podían cuestionar posiciones políticas de determinados partidos españoles al inicio de la transición fueran silenciados<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> AUBET, M. J., *Prólogo a la Cuestión nacional*, Barcelona, El viejo topo, 1998, p. 5.

<sup>14</sup> Aubet se hace eco de una traducción que la editorial Avanza de Barcelona, ligada al PSUC, hace de un volumen en el que se transcriben cartas de Lenin. Precisamente, no traduce una en la que el dirigente bolchevique afirma que está a favor de la autonomía en un Estado democrático, pero la separación no es en absoluto su plan, ni la propugnan.

Una vez que se conoce la dimensión de la filosofía de Luxemburg, nos damos cuenta de que su pensamiento económico, centrado en la expansión del capitalismo en economías precapitalistas, la democracia o el propio análisis de la revolución rusa –publicado tras su asesinato– están conectados con la problemática del nacionalismo y su enfoque dentro del marxismo. Precisamente, será en esa obra póstuma en la que identifique al movimiento nacionalista y su fraseología sobre la autodeterminación como la mayor amenaza al socialismo internacional<sup>15</sup>.

Buena parte de sus estudios se publicaron en revistas y sus obras no son demasiado extensas. El trabajo más ortodoxo en sentido de una obra filosófica convencional o investigación sistemática, es su libro *La acumulación de capital*. Es por esta razón que no podemos desmerecer su aproximación al nacionalismo porque se publicara en forma de artículos y con una extensión distinta a la de un libro. Luxemburg vincula la teoría con las praxis y produce con una fuerte conexión con los acontecimientos y las necesidades de las organizaciones políticas en las que militará.

El trabajo filosófico de Luxemburg viene evidentemente marcado por la influencia de Marx en su obra. No obstante, se situaba en contra de cualquier interpretación de Marx que no tuviera en cuenta la diversidad de situaciones y solo propusiera una traslación mecánica de fórmulas o esquemas<sup>16</sup>. Su lectura de Marx tenía siempre una intención empírica e histórica con el fin de analizar mejor la sociedad en la que vivía<sup>17</sup>. Ejemplo de esta actitud, fueron sus estudios sobre el desarrollo del capital. En ellos su tarea consiste en tomar como base las investigaciones de Marx, «a la par que se debatían críticamente con ellas»<sup>18</sup>.

Como se decía anteriormente, la obra de Luxemburg ha estado sometida a manipulaciones y silencios. Las traducciones al castellano han sido tardías, fragmentarias y, a veces, hasta imprecisas. La razón de esta actitud puede estar vinculada a que sus afirmaciones podían colisionar con los dogmas establecidos por la «ortodoxia»; y porque una vez constituida la URSS, la reflexión de Luxemburg en materias como la participación de la ciudadanía, los derechos fundamentales y la crítica del derecho de autodeterminación podían colisionar con la concepción oficial ‘del buen marxista’<sup>19</sup>. Este hecho refleja la imposi-

---

Están a favor del derecho de secesión a causa del nacionalismo ruso reaccionario. Vid. AUBET, M. J., *Rosa Luxemburg y la cuestión nacional*, op. cit., p. 158.

<sup>15</sup> LUXEMBURG, R., *La revolución rusa*, op. cit., p. 44.

<sup>16</sup> Basso, L., *El pensamiento político de Rosa Luxemburg*, Barcelona, Península, 1976, p. 59.

<sup>17</sup> DESANTI, D., «Obra y la vida de Rosa Luxemburg», en LUXEMBURG, R., *Cartas Karl y Luise Kautsky precedidas de la obra y la vida de Rosa Luxemburg*, Barcelona, Galba, 1970, p. 11.

<sup>18</sup> LUXEMBURG, R., *Reforma o revolución*, México, Grijalbo, 1967, p. 368.

<sup>19</sup> Tampoco se puede descartar la censura por razones sexistas. Se suele decir acertadamente que Rosa Luxemburg escribió muy poco sobre feminismo, tema que

bilidad de asimilar su pensamiento a rígidas categorías o a las vaguedades y traiciones del reformismo; en definitiva, se puede afirmar que Luxemburg asume un rol preparatorio en el desarrollo de tendencias alternativas en el seno del marxismo<sup>20</sup> y todo ello tiene consecuencias en su forma de tratar el derecho de autodeterminación.

Hay dos textos que contextualizan los objetivos de Luxemburg cuando analiza la cuestión nacional. El primero es el que dedica a la revolución rusa. En este estudio recuerda la apelación de Lenin que califica al Estado burgués como un instrumento de opresión a la clase trabajadora, mientras que el socialista sería de opresión a la burguesía, lo que podría ser entendido como «un Estado capitalista puesto cabeza abajo». Para Luxemburg, esta consideración olvida el punto decisivo: el gobierno de la clase burguesa no necesita la educación política del pueblo y, sin embargo, para la dictadura proletaria es el elemento vital, «el aire sin el que perecerá»<sup>21</sup>.

El segundo lo encontramos en el manifiesto que creó la Liga Espartaquista, la escisión del SPD que encabezó Luxemburg. En *¿Qué quiere la Liga Espartaquista?*, se afirma que la revolución proletaria odia y desprecia la matanza; no precisa de estas armas porque no combate a individuos sino a instituciones, porque no entra en la arena con ilusiones ingenuas cuya decepción buscaría la venganza. «No es el intento desesperado de una minoría moldeando el mundo a la fuerza de acuerdo con su ideal», sino la acción de una gran masa de millones de personas, cuyo fin es transformar la necesidad histórica en una realidad<sup>22</sup>.

Estos dos análisis delimitan el campo en el que Luxemburg desarrolla su reflexión sobre el derecho de autodeterminación en el conjunto de su obra. Por un lado la educación y la conciencia de clase; por otro la concreción de un proyecto revolucionario en las condiciones materiales de las subjetividades, sin ningún tipo de trascendencia o idealismo, y con una fuerte confianza en la acción democrática frente a la violencia. Al contrario de perspectivas homogeneizadoras, que privilegian la exclusión de individuos por no ser parte de una comunidad idealmente configurada, cuando no son excluidos o se genera hacia ellos hostilidad, tenemos un enfoque que privilegia la crítica institucional, la ruptura con las estructuras de dominación de clase y la conciencia de una explotación a la que se ha de responder.

En suma, Luxemburg afronta el problema del nacionalismo con un enfoque crítico análogo al de su reflexión económica o política. Su

---

dejó a su amiga Clara Zetkin. No obstante, en su praxis podemos reconocer una postura feminista que acompaña a su activismo político e intelectual y que la confronta contra una sociedad patriarcal.

<sup>20</sup> BRONNER, S., *Rosa Luxemburg: A Revolutionary for Our Times*, New York, Columbia University Press, 1987, p. 96.

<sup>21</sup> LUXEMBURG, R., *La revolución rusa*, op. cit., p. 35.

<sup>22</sup> LUXEMBURG, R., *¿Qué quiere la liga Espartaco* en <http://eljanoandaluz.blogspot.com/2016/10/rosa-luxemburgo-el-programa-de.html>

rechazo al derecho de autodeterminación es coherente con su reflexión crítica dentro del marxismo y con los análisis que desarrolla. Está lógica colisionará con la perspectiva de Lenin, que sacrificará la coherencia por un cierto tacticismo; por un intento de hacer triunfar la revolución en un país complejo y atrasado como Rusia.

### 3. EL ANÁLISIS DEL NACIONALISMO

En Rosa Luxemburg su procedencia polaca es un factor decisivo en el estudio del nacionalismo. La cuestión que se plantea pivota sobre la actitud que debe tomar el socialismo sobre las ideas nacionalistas de las masas<sup>23</sup>. ¿Debe el socialismo apoyar el derecho de autodeterminación?

De hecho, para los defensores del ejercicio de ese derecho sin más límite que la libre iniciativa de los pueblos por llevarlo a efecto, su prohibición supone una indudable restricción democrática. Esta perspectiva es, en parte asumida por ciertos sectores marxistas que en la segunda mitad del siglo xx apoyaron guerras de liberación nacional y los movimientos que las abanderaron. Incluso, se podían invocar ideas de la propia Rosa Luxemburg en torno a la democracia para reivindicar el ejercicio de este derecho. A su juicio, la eliminación de la democracia como tal, es peor que la enfermedad que se trata de remediar; «pues detiene la única fuente viva de la cual puede surgir el correctivo a todos los males innatos de las instituciones sociales. Esa fuente es la vida política activa, sin trabas, enérgica, de las más amplias masas populares»<sup>24</sup>.

Aseveraciones como esta podrían utilizarse como un apoyo explícito al ejercicio del derecho de autodeterminación. Sin embargo, no es así. Este análisis de Luxemburg es, en realidad, una fuerte crítica a las tendencias totalitarias que ya se mostraron al inicio de la revolución bolchevique y que Luxemburg es la primera en denunciar. Y, al mismo tiempo, es también de las primeras en desvelar las tendencias reaccionarias de los partidos socialistas que asumen postulados nacionalistas. Y es que siempre considerará a estos «socialpatriotas» adversarios del socialismo. Su asesinato, propiciado por los *freikorps*, con la complicidad de antiguos camaradas del SPD, no le permitió asistir a acontecimientos que le darían la razón. Estados que se autodeterminaron en esos años caerían en manos de la burguesía o de liderazgos nacional-socialistas, mientras las masas de trabajadores políticamente desnortados serían relegadas, absorbidas o, en el peor de los casos, masacradas por los nuevos gobiernos. Luxemburg lo percibió con bastante

---

<sup>23</sup> GÓMEZ LLORENTE, L., *Rosa Luxemburgo y la socialdemocracia alemana*, op. cit., p. 136.

<sup>24</sup> LUXEMBURGO, R., *La revolución rusa*, op. cit., p. 397.

claridad, si nos atenemos a la letra de sus escritos y a sus debates con Lenin. Precisamente, tanto la democracia como la cuestión nacional fueron objeto de los mismos.

### 3.1 El debate con Lenin

La cuestión nacional es uno de los temas a los que Lenin presta una especial atención durante los meses previos al comienzo de la I Guerra Mundial. De hecho, su obra sobre la cuestión de la autodeterminación se publica semanas antes de que se produjera el conflicto bélico que finalmente generaría las condiciones para que el líder bolchevique tomara el poder en Rusia.

Fue Máximo Gorki el que le definió como el hombre que impidió a la gente vivir la vida acostumbrada. Las memorias en las que relata su relación con el personaje son interesantes porque humanizan al individuo, más allá de las versiones meramente apologéticas o aquellas dedicadas simplemente a denigrar al primer jefe de Estado de la URSS. En un pasaje de su libro, Gorki relata un episodio que tuvo lugar en un Congreso del Partido Socialdemócrata de Rusia en el que Rosa Luxemburg apoyó a Lenin en su crítica contra los mencheviques. Recuerda Gorki que les espetó lo siguiente: «vosotros no os apoyáis en el marxismo: estáis sentados sobre el, mejor dicho, acostados»<sup>25</sup>. Esta anécdota nos muestra la buena relación entre ambos desde el inicio, a pesar de sus discrepancias en este asunto. No obstante, Lenin llegó a decir de Luxemburg que no sabía distinguir las cosas o que cometía una serie de errores lógicos, «que servirían de ejercicio para los estudiantes de bachillerato»<sup>26</sup>. Lenin era así de vehemente en sus escritos, pero siempre le guardó un extraordinario respeto intelectual, hasta el punto de que su reflexión sobre el derecho de autodeterminación viene, en parte, propiciada por la posición de Luxemburg. Nunca utilizó su condición de mujer o de judía para insultarla, como sí hicieron los socialistas polacos<sup>27</sup>.

Lenin sitúa el debate en el grado de resolución de la cuestión nacional, de acuerdo a los países a los que se trate de comparar. Estima que en el periodo de 1789 a 1871 cristalizaron en Europa los Estados burgueses que además eran nacionalmente homogéneos. De esta forma descalifica a los que como Luxemburg justifican su posición en que este derecho no se encuentra en los programas de los partidos socialistas contemporáneos. Justifica su argumento en la medida que en oriente se dan una serie de conatos revolucionarios en los que se puede vislumbrar fácilmente la presencia de movimientos nacionales

---

<sup>25</sup> GORKI, M., *Lenin*, Madrid, Aguilar, 1988, p. 64.

<sup>26</sup> LENIN, *Obras escogidas*. Vol. 1, Moscú, Progreso, 1961, pp. 620 y 625.

<sup>27</sup> De hecho, Lenin no fue nunca un antisemita, cosa que sí es aplicable a Stalin tal y como se refleja en SERVICE, R., *Lenin. Una biografía*, Madrid, Siglo XXI, 2010.

democrático-burgueses, cuya razón principal es la creación de Estados independientes nacionalmente homogéneos. De esta forma, justifica la necesidad de un punto que recoja el derecho de las naciones a la autodeterminación en aquellos Estados como Rusia que están en una fase histórica diferente. Crítica por ahistórica la comparación que establece entre Austria, donde coexisten diversas nacionalidades y, sin embargo, no existe ese derecho programático y Rusia. Lenin descalifica ese argumento de dos formas: en primer lugar estima que no son casos comparables (en Rusia las nacionalidad oprimidas pueden tener razones para reclamar la autodeterminación) y, por otra parte, citando las actas del Congreso Brünn, se afirma que la socialdemocracia austriaca transige con que sectores del partido presenten reivindicaciones de independencia nacional<sup>28</sup>.

Lenin acusa a Luxemburg de apoyar el nacionalismo ultrareaccionario de los rusos al criticar el apoyo del derecho de autodeterminación de las naciones oprimidas como Polonia. Denuncia que Luxemburg cae precisamente en la metafísica que critica. Estima que la hostilidad al principio de autodeterminación política de las naciones es la manifestación de la lucha por la salvaguarda de los privilegios de la burguesía rusa. En consecuencia, afirma que el derecho de las naciones oprimidas a separarse debe ser apoyado a riesgo de apoyar la política nacionalista de cualquier nacionalidad opresora<sup>29</sup>.

Con el fin de apoyar su análisis, Lenin toma como ejemplo los casos de Noruega e Irlanda, a través de los comentarios que hizo Marx. Sobre el primero, consideró que la unión estrecha entre obreros noruegos y suecos ganaba al reconocerse el derecho de los noruegos a la separación, ya que por una parte los obreros noruegos entendían que los suecos no estaban ligados al nacionalismo sueco. Lenin estima que de esa forma se consolidaron los lazos entre unos y otros. En cuanto al caso irlandés, Lenin evoca la resolución de la Internacional, influida por Marx, en la que se muestra simpatía por la nación irlandesa. Marx incluso acepta la autonomía. Pero para Lenin el problema estribó en que el pueblo irlandés y el proletariado inglés fueron débiles.

Lenin no pierde de vista la misión del proletariado ruso que ha de luchar contra todo nacionalismo y contra el ruso, en especial. Todo ello, tienen como consecuencia reconocer el derecho de todas las naciones a la edificación estatal y fusión de los obreros de todas las naciones en una comunidad internacional «a despecho de las tendencias burguesas al aislamiento nacional». Lenin recoge las palabras de Kautsky para reforzar su posición. «Desde el punto de vista de los socialistas, es absolutamente erróneo desentenderse de las tareas de la liberación nacional en un ambiente de opresión nacional»<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> LENIN, *Obras escogidas, op. cit.*, pp. 627-629.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 642.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 650.

Este análisis de Lenin puede quedar resumido en tres ideas básicas. La primera es la necesidad de recoger el derecho de autodeterminación de las naciones con el fin de expandir el socialismo; en segundo lugar, la cuestión de la solidaridad del proletariado con las naciones oprimidas; finalmente, la obligación de no hacer el juego al nacionalismo opresor, para lo que constantemente toma el ejemplo de Rusia.

Luxemburg en una carta de verano de 1896 relata al redactor de *Neue Zeit* la controversia con los socialistas polacos y los ataques personales que había sufrido. De hecho fue acusada de tener *convulsiones histéricas* por criticar el socialpatriotismo –término peyorativo para Luxemburg– del partido polaco<sup>31</sup>. No cabe duda de que la cuestión nacional para Luxemburg es un tema que desde sus inicios está en su reflexión y que además le granjea fuertes discusiones y graves inconvenientes con los que podían ser sus correligionarios en su país de nacimiento. De hecho, en el II Congreso del POSDR (Partido Obrero Socialdemócrata de Rusia) en 1903 Luxemburg presentó una contrapropuesta en la que, aunque se reconocía que la lucha contra la opresión nacional polaca forma parte de la lucha contra toda forma de opresión, la reconstrucción del Estado polaco de clase implicaría la renuncia a la lucha contra el absolutismo y alejaría a la clase trabajadora polaca de la realización de sus tareas inmediatas y últimas<sup>32</sup>.

La crítica filosófica de fondo de Luxemburg es que el genérico derecho de autodeterminación no se sitúa en el marco del socialismo científico marxista; es un derecho vinculado a las fórmulas liberales del tipo de los derechos del hombre<sup>33</sup>. Desde una perspectiva teórica, apoyar una fórmula así implicaba una negación de los principios clásicos del materialismo histórico, lo que para nuestra autora suponía una grave contradicción. Pero es que desde un punto de vista práctico, en la figura de esta autora, rige un fuerte sentido internacionalista que se manifiesta más allá de tacticismos y coyunturas particulares, que aconsejaran tanto un acercamiento a sus correligionarios polacos como la asunción de ciertos sacrificios en beneficio de la revolución. Es, en este sentido, muy pertinente su apelación a que el imperialismo, como tendencia inherente al capitalismo de su época, condenaba cualquier la independencia política real y permitía entidades fuertemente dependientes de los Estados poderosos y gerentes del capital<sup>34</sup>, lo que hacía de este derecho papel mojado, mientras no se interviniera sobre el problema principal: el capitalismo.

Rosa Luxemburg estima decisivo el papel de los mercados exteriores, la explotación de los países coloniales y semicoloniales para

---

<sup>31</sup> LUXEMBURG, R., *Huelga de masas, partidos y sindicatos*, Córdoba, Pasado y Presente, 1970, pp. 94-95.

<sup>32</sup> AUBET M. J., *Rosa Luxemburg y la cuestión nacional*, op. cit., pp. 152-153.

<sup>33</sup> LUXEMBURG R., *La cuestión nacional*, op. cit., p. 34.

<sup>34</sup> *Id.*

el desarrollo del capitalismo<sup>35</sup>. Como señala Aubet, no parece errónea, su afirmación de 1916 de acuerdo a la cual las guerras de defensa nacional no necesariamente implican que minorías nacionales o étnicas escapen de la influencia de las grandes superpotencias. Más bien lo contrario<sup>36</sup>.

Si existe una idea clave en el pensamiento de Luxemburg sobre esta cuestión es que luchar por la independencia política exclusivamente desde la perspectiva nacional, termina por mantener la estructura de clases del capitalismo. Si bien para Lenin, no aceptar ese principio genérico significaba hacer el juego al nacionalismo reaccionario ruso, en realidad al seguir esa línea lo que se podía generar era una rendición del movimiento obrero frente a las burguesías nacionales. Esta genérica apelación además significaba desconocer que la nación no es una entidad política y social homogénea<sup>37</sup>. Vista desde esa perspectiva, se ignoran los procesos históricos y se cae en un idealismo impropio de un enfoque ligado al materialismo histórico. Luxemburg lo sintetiza en la idea de que la resolución del Congreso Internacional de Londres de 1896 sobre el derecho a la autodeterminación dejaría de ser un cliché solo en el caso que el derecho al trabajo también lo dejará de ser en los sistemas capitalistas<sup>38</sup>.

Luxemburg estima que lo que llama más la atención de la proposición del POSDR –el derecho a la autodeterminación de las nacionalidades que formen parte de un Estado– es que aparezca desvinculada del socialismo y de la política de clase obrera<sup>39</sup>. Lo mismo sucede con el feminismo: la lucha por la igualdad política y social de los sexos no surge de ningún innato derecho de la mujer, sino de la oposición a toda forma de desigualdad que es amparada por el capitalismo<sup>40</sup>.

Dice Luxemburg, que el desarrollo de poderes mundiales propiciados por la evolución del capitalismo condena a las naciones pequeñas a la irrelevancia política. De ahí su apelación al expansionismo de los grandes Estados capitalistas y su análisis pormenorizado en su obra *La acumulación de capital*. Esta es la razón por la que la autodeterminación es una mera ilusión y cada vez lo será más. La política y la economía mundializadas, que son precisas para la supervivencia de los Estados capitalistas, convierten a los pequeños Estados europeos en protagonistas mudos o chivos expiatorios del escenario europeo. Se termina preguntando si, en rigor, se puede plantear la independencia de búlgaros, serbios o griegos cuando la independencia misma es producto del juego diplomático del concierto europeo<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> VALIER J., *El imperialismo en Lenin, Trotsky y Rosa Luxemburg*, México, Fontamara, 1977, p. 139.

<sup>36</sup> AUBET M. J., *Rosa Luxemburg y la cuestión nacional*, op. cit., pp. 156 y 161.

<sup>37</sup> LUXEMBURG, R., *La cuestión nacional*, op. cit., p. 48.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 41-42.

La cuestión polaca es el ejemplo recurrente en Luxemburg. Si en Lenin su discurso es influido por el imperialismo ruso, en su caso es por el perfil conservador del nacionalismo polaco y su traslación a los socialistas. A su juicio, el reconocimiento de este derecho genérico supone dar a las naciones una mera bendición para que hagan lo que puedan o una frase vacía que, en cualquier caso, genera un conflicto con la defensa de los intereses de clase del proletariado y la revolución que han de ser la base para abordar la cuestión en Polonia y en el resto de los lugares en esta situación<sup>42</sup>.

Luxemburg lleva su posición hasta sus últimas consecuencias y discrepa de las posturas federalistas de ciertos partidos socialdemócratas europeos. Su recelo se sostiene en la idea de que existe una contradicción entre el marxismo y las concepciones federalistas. La razón es que las ideas federalistas caían fácilmente en la retórica nacionalista. Desde su óptica, son «partidos exclusivamente pequeñoburgueses para quienes el programa nacionalista es prioritario y el programa socialista accesorio»<sup>43</sup>. En cambio, es partidaria del centralismo, ya que claramente beneficia los intereses socialistas.

La brecha que genera entre ambos autores la cuestión nacional no es tan profunda como la cuestión de la democracia y el respeto a derechos fundamentales. En el primer caso, Luxemburg y Lenin mantienen una coincidencia en lo que se refiere a la centralidad de la revolución socialista. No es por ello asumible la idea de una disensión profunda. Debemos, en consecuencia, centrarnos en los procesos y la historia personal de cada uno y la forma en la que actúan sobre ellos para explicar este debate. Armesilla es de los autores que ha tratado de conciliar ambas perspectivas, identificando el enfoque de Lenin con un bolchevismo oriental que reconocería este derecho, frente a uno occidental que defendería la integridad territorial de los Estados. Lo que no quiere decir que fuera una decisión acertada. Aunque «ayudó a consolidar el proceso revolucionario soviético, cavó su tumba a largo plazo. Y el desarrollo político irregular del bolchevismo occidental no ha sabido contrarrestar esto»<sup>44</sup>. Armesilla afirma que uno de los problemas más graves del marxismo ha sido la influencia del austromarxismo de autores como Otto Bauer, quien mezcló el marxismo de la II Internacional con el nacionalismo étnico; una comunidad de destino, que es, curiosamente, la idea de nación de la falange<sup>45</sup>. Previamente al Congreso de Brünn, circuló en los ámbitos socialistas un trabajo sobre la cuestión

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>44</sup> ARMESILLA, S., *El marxismo y la cuestión nacional*, *op. cit.*, p. 196.

<sup>45</sup> *Id.*, pp. 220-221. Armesilla señala que José Antonio Primo de Rivera se inspiró en Bauer para esa unidad de destino en lo universal, a la vez que defendió la riqueza y multiplicidad de las culturas de los pueblos de España, que fue asumida por el franquismo a través de la creación de premios literarios para libros en catalán, así como la permisividad en el uso coloquial y, posteriormente, la enseñanza en la escuela. El franquismo solo prohibió su uso en la administración.

nacional escrito por Karl Renner en el que señalaba que la situación de las naciones en Austria era plantearse bajo qué modalidades resulta posible una convivencia pacífica de varias etnias<sup>46</sup>. Bauer era partidario que la clase obrera practicara una política nacional evolucionista, frente a una nacional conservadora de la burguesía; Austria debe transformarse, desde esta óptica, en un Estado confederado de nacionalidades<sup>47</sup>. En este congreso se generó un marco de análisis del problema nacional que establecía su fundamento en la cuestión de la cultura nacional y el idioma. Lo que terminó por enfatizar estos aspectos sobre otras dimensiones de la opresión nacional, más específicamente política como la nación dominante en el gobierno del Estado y en la propiedad del capital<sup>48</sup>. La orientación nacionalista del austromarxismo estaba marcada. Con la salida del partido de críticos como Adler se acentuó esta tendencia, a la vez que los acontecimientos históricos terminaron por evidenciar los errores de sus bases teóricas.

Finalmente, se ha de señalar que la acusación de Lenin de apoyar el nacionalismo reaccionario de los rusos, cuando critica la metafísica del derecho de autodeterminación de las naciones oprimidas carece de consistencia. Es evidente que Luxemburg no se identifica con esas posiciones reaccionarias como no lo hace con las de su país de nacimiento. Lo que Luxemburg hace es advertir de las consecuencias que un uso genérico y desvinculado de la cuestión de clase tendría en las masas obreras. Y son los acontecimientos los que van a darle la razón una vez que la URSS se desmorona y los territorios autodeterminados caen en manos de gobiernos burgueses y conservadores. Lo que se adivina es el tacticismo de Lenin, que en la coyuntura política que se le presenta, precisa de reducir los adversarios internos y ampliar el número de apoyos, aunque ello implicara, como sucedió en algunas regiones del territorio ruso apoyar la yihad<sup>49</sup>. En todo caso, Lenin, y posteriormente el propio Stalin, tuvieron muy clara la necesidad de preservar la unidad del nuevo Estado. Luxemburg tiene una idea coherente de la situación desde el principio e intelectualmente bien fundamentada. Lenin sacrifica esta coherencia por las condiciones revolucionarias en las que se halla. Los hechos otorgaron la razón a Luxemburg y no hubo que esperar demasiado tiempo.

---

<sup>46</sup> QUIROGA, M., «Miradas marxistas sobre la cuestión nacional: Política y Teoría Nacional en la Socialdemocracia austríaca (1899-1914)», *Historia Contemporánea*, 59, 2019, pp. 197-234.

<sup>47</sup> BAUER, O., *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia*, Madrid, Akal, 1979, 516-517.

<sup>48</sup> QUIROGA, M., «Miradas marxistas sobre la cuestión nacional», *op. cit.*, pp. 197-234.

<sup>49</sup> GLEJDURAS, S., «Cincuenta años de la URSS y autodeterminación», en *Revista de Política Internacional*, 124, noviembre/diciembre, 1972, pp. 129-142. En este artículo se resume la posición de la URSS sobre esta cuestión a través de los textos más relevantes, cuyo contenido puede condensarse en la idea de que el derecho de autodeterminación de los pueblos se verifica a través del proletariado *de todos los países*, y no en virtud del principio de autodeterminación nacional.

### 3.2 Nación y revolución. Contribuciones de la filosofía de Luxemburg al debate de la identidad y la clase social

Aubet señala que Luxemburg advirtió contra el peligro inherente de los movimientos nacionalistas de camuflar los verdaderos intereses de clase, a la vez que crítica a Lenin por su capitulación frente a los intereses no proletarios de los sectores nacionalistas. Cada uno escribe con una perspectiva diferente<sup>50</sup>. Nuestra autora estima que el terrateniente, el capitalista, sin importar su nacionalidad, es el enemigo del proletariado. Esta afirmación implica que, incluso en un periodo tan convulso como el vivido por Luxemburg, el obrero de cualquier nacionalidad se convierta en aliado. La razón es muy sencilla: ambos padecen de igual manera la explotación capitalista y la opresión de la clase dominante. La receta de Luxemburg es la organización, lo que implica la afiliación a sindicatos, para así juntos hacer frente a los capitalistas, junto con la obligación de formarse. La consecuencia es que los trabajadores deben unirse contra la explotación de la clase dirigente germana y polaca.

Como se ha señalado, Luxemburg desconfiaba de los socialistas polacos por su tradición nacionalista. Al mismo tiempo, Lenin era muy crítico con el imperialismo ruso y sus consecuencias. No obstante, ambos, como recuerda la propia Aubet, están ligados a una historia anterior y posterior a la revolución de octubre que influye en su parecer. Sin embargo, Lenin no está lejos del planteamiento de Luxemburg. Es cierto que debió matizar la posición de los bolcheviques orientales en función de las críticas de Luxemburg, aunque siempre reconoció que el punto 9 del Partido Obrero Socialdemócrata de Rusia sobre el derecho a la autodeterminación de las naciones no era aplicable a Europa occidental<sup>51</sup>.

La autora polaca reprocha a Lenin una mecánica trasposición de principios organizativos, a los social patriotas polacos que se llenan la boca con las palabras de Marx sobre la independencia de Polonia. A su juicio, lo que cuenta es aplicar el método y los principios, no el convertir en un dogma una opinión de Marx en un tiempo y momento concreto<sup>52</sup>. Luxemburg reclama el análisis concreto de la realidad y la utilización del materialismo histórico, que no puede mostrar simpatía hacia derechos metafísicos de las naciones<sup>53</sup>. A su juicio, en el derecho de las naciones a la autodeterminación no se contemplan ni los contextos ni las condiciones históricas, como tampoco se visualizan los procesos de distribución de la riqueza. En la sociedad de clases la nación, como entidad sociopolítica homogénea, no existe. Lo que realmente encontramos son clases con intereses y derechos antagónicos. Como señala

---

<sup>50</sup> AUBET, M. J., *Rosa Luxemburg y la cuestión nacional*, op. cit., pp. 143-142.

<sup>51</sup> ARMESILLA, S., *El marxismo y la cuestión nacional*, op. cit., pp. 261-262.

<sup>52</sup> BASSO, L., *El pensamiento político de Rosa Luxemburg*, op. cit., p. 59.

<sup>53</sup> ARMESILLA, S., *El marxismo y la cuestión nacional*, op. cit., p. 266.

Aubet, Luxemburg refuerza su argumento cuando analiza el debate entre Marx y Bakunin, a propósito de la cuestión nacional. A su juicio, el anarquismo acepta la fraseología de la ideología liberal y, por tanto se divorcia de la inmanencia, cuando Bakunin rechaza las fronteras que denomina como «artificiales», levantadas por congresos despóticos de acuerdo a necesidades comerciales, geográficas, históricas o estratégicas, y reclama aquellas erigidas democráticamente por los pueblos sobre la base de unas abstractas «características nacionales». Sin embargo, Luxemburg opone a dicho argumento las palabras de Marx en las que niega que los Estados nación, aun en su forma republicana, sean expresión de la voluntad de los pueblos, como afirma la fraseología liberal y repiten los anarquistas<sup>54</sup>.

Luxemburg no albergaba dudas sobre esta circunstancia. En la actualidad, especialmente en España, la situación es distinta. El legado de Luxemburg en este punto nos es útil porque sitúa el debate sobre la cuestión nacional en los términos que una tradición vinculada al materialismo histórico precisa y la realidad española requiere. Al nacional-catolicismo del franquismo le ha sucedido un nacionalismo periférico cuyas razones descansan en el egoísmo, el supremacismo, la vulneración de los derechos humanos y hasta en el racismo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> AUBET, M. J., *Rosa Luxemburg y la cuestión nacional*, op. cit., pp. 143-142. Este argumento, de origen bakuniano y repudiado por Luxemburg, coincide los postulados de parte de la izquierda que actualmente se reclama nacionalista.

<sup>55</sup> Sobre el carácter racista y supremacista del nacionalismo catalán, que sirvió de base para el racismo del vasco, de la mano del fundador del PNV Sabino Arana, existe una importante bibliografía. Por motivos de espacio me permito citar por su rigor y exhaustividad CAJA, F., *La raza catalana. El núcleo doctrinal del catalanismo*, Encuentro, Madrid, 2009. Sobre el nacionalismo vasco, solo es necesario leer los textos del fundador del PNV, Sabino Arana para encontrar posturas, racistas y supremacistas. En 2001 la editorial Criterio publicó *Páginas de Sabino Arana*. El egoísmo y la vulneración de derechos humanos son elementos que se estudiarán más tarde. Solo señalar el célebre lema «España nos roba» o las constantes apelaciones a otras regiones españolas que supuestamente se quedan con la riqueza que los nacionalistas entienden como propia. Desgraciadamente, en nuestro país se tiende a ignorar las raíces racistas y supremacistas de estos nacionalismos, así como sus vínculos con la iglesia católica, como sucedía en el nacional-catolicismo del franquismo, donde el clérigo catalán Isidre Gomá tuvo un papel muy destacado, además de ser un importante apoyo del bando franquista. Por otra parte, las manifestaciones racistas o xenófobas no son tan solo cosa del pasado, ya que periódicamente aparecen en declaraciones de líderes nacionalistas. El blog catalán *Dolça Catalunya*, uno de los más leídos de España, realizó este compendio <https://www.dolcatalunya.com/2020/06/no-al-racismo-al-catala-tampoc/> En el nacionalismo vasco, tenemos las palabras del alcalde de Sestao contra inmigrantes y gitanos o más recientes declaraciones de Andoni Ortuzar –Presidente del PNV– en las que consideraba como no vascos a los políticos vascos no nacionalistas. Previamente, en 2000, Xabier Arzalluz, presidente del PNV por aquel entonces, aseguró: «Sin la inmigración, habríamos podido hacer un referéndum y ganarlo» [https://elpais.com/diario/2000/04/25/espana/956613608\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2000/04/25/espana/956613608_850215.html). Tampoco se puede obviar que los presidentes autonómicos de este partido juran su cargo «humillados ante Dios». Tampoco se debe olvidar que España ha padecido un terrorismo de corte nacionalista –el fin prioritario era la secesión– hasta hace poco tiempo. Este terrorismo alcanzó a muchos sectores sociales, especialmente militares y policías.

Luxemburg está convencida del carácter internacionalista y universal del proyecto revolucionario de Marx. Desde esta perspectiva, los Estados-nación son estructuras históricas producto de la superación de modelos productivos anteriores. Su destino es ser superados por el Estado socialista tras la revolución. Las fronteras nacionales son solo una herramienta de división y confrontación que sirve a los intereses capitalistas. El destino de las nacionalidades no es la fragmentación, sino la supresión de las distinciones nacionales en el seno un sistema socialista que una a toda la humanidad civilizada en una sola nacionalidad<sup>56</sup>.

En suma, el pensamiento de Luxemburg se revela tanto coherente como premonitorio. Se establece la cuestión de clase y la lucha contra la explotación capitalista como pilares del internacionalismo, que ha de entenderse como la espina dorsal del movimiento de los trabajadores, frente a las divisiones que genera el capital. La historia también le dio la razón. El nacionalismo terminó por apropiarse de las aspiraciones de los trabajadores en diferentes regiones del planeta y se alejó cualquier atisbo de democratización de la producción, en consonancia con las tesis de Luxemburg.

#### 4. EL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN HOY. UN ENFOQUE MATERIALISTA

Esta parte final del trabajo se propone el análisis de la actualidad del derecho de autodeterminación en nuestro continente desde dos vertientes: la jurídica y la política, en esta última se incorporarán las tesis de Luxemburg. Con el fin de una mayor claridad expositiva, se analizará primero su actualidad jurídica, así como su aplicabilidad y, finalmente, su encaje político en el discurso materialista anteriormente analizado.

Como señala Antonio Casseese, tres grandes ideales quedaron consagrados en la Carta de la ONU. Junto con los derechos humanos y el pacifismo, se insertó el derecho de autodeterminación<sup>57</sup>. No se puede olvidar que la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, aprobada por la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960, afirmó que «todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas». Recientemente el Tribunal Constitucional recordó, a propósito de hechos ligados al proceso separatista en Cataluña, que este derecho,

---

<sup>56</sup> LUXEMBURG, R., *La cuestión nacional, op. cit.*, p. 40.

<sup>57</sup> CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 28.

entendido como pretensión de acceso unilateral a la independencia, está acotado a los casos de «sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras»<sup>58</sup>.

Todo parece indicar que, salvo algunas excepciones, como podría ser el Sahara Occidental, el derecho de autodeterminación tuvo su momento en el derrumbe de los imperios coloniales y los procesos de descolonización. Desde una óptica jurídica, se podría afirmar incluso que se trata de un derecho en desuso<sup>59</sup>, al menos en lo que concierne a Europa<sup>60</sup>, al estar vinculado al imperialismo y colonialismo, por lo que se acuñó, en el caso español, durante un tiempo el eufemismo del «derecho a decidir», que ha sido desmontado por doctrina internacionalista más solvente. Juan Antonio Carrillo señala que «el Derecho Internacional contemporáneo no reconoce este pretendido derecho a decidir unilateralmente la secesión. Ésta podrá darse como un hecho político, pero no como consecuencia del ejercicio de un derecho reconocido por el Derecho Internacional»<sup>61</sup>. Sin embargo, el derecho de autodeterminación en España mutó durante unos años en ‘derecho a decidir’, al existir la conciencia de la inaplicabilidad de la autodeterminación y probablemente con la idea de ensanchar la base secesionista<sup>62</sup>. Cuando se hizo evidente que el Estado no se iba a suicidar, ni se encontraban los apoyos internacionales necesarios, se optó por retomar la fórmula del derecho de autodeterminación en busca de un

<sup>58</sup> STC 114/2017, de 17 de octubre (BOE núm. 256, de 24 de octubre de 2017).

<sup>59</sup> Como señala Soriano, las normas en desuso se contraponen a las normas impotentes, normas que estuvieron vigentes pero que nunca se aplicaron. Las normas pueden tener larga vida y no caer en desuso o hacerlo tardíamente cuando son servidas por la interpretación extensiva de los jueces adaptándolas a las nuevas circunstancias sociales. Esta interpretación extensiva, cuando es excesiva, hace que los jueces creen una nueva norma convirtiéndose en legisladores. Vid. Soriano, R., *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1993.

<sup>60</sup> BURGOS, P., «Derecho de autodeterminación»... ¿de qué hablamos?, en *Hay Derecho*, febrero 2020, en <https://hayderecho.expansion.com/2020/02/14/derecho-de-autodeterminacion-de-que-hablamos/>

<sup>61</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., «Sobre el pretendido *derecho a decidir* en Derecho Internacional contemporáneo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 33, 2013, pp. 20-22.

<sup>62</sup> Se planteó como una cuestión de orden democrático, no necesariamente separatista, aunque el objetivo era desafiar la legalidad constitucional con un referéndum de secesión y, por consiguiente, el propio ordenamiento jurídico. Sobre el derecho a decidir y su encaje constitucional resulta de utilidad la lectura de FONDEVILA, M., «Derecho a decidir y soberanía. a propósito de la STC 42/2014, de 25 de marzo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 2014, pp. 587-606. En este artículo, el autor analiza y crítica partes de la STC 42/2014 que anuló parcialmente una declaración del Parlamento de Cataluña donde se consideraba al Pueblo catalán «sujeto soberano». La población de Cataluña es «el conjunto de los ciudadanos españoles que tienen su residencia administrativa en esa Comunidad» y aunque «los habitantes de un determinado territorio pueden sentirse, por ejemplo, y en el caso de España, tan catalanes como españoles, solo catalanes o solo españoles, desde el punto de vista político y constitucional solo hay un único Pueblo (...) que puede soberanamente decidir sobre el futuro de su vida en común ya que es él, en conjunto y no por partes».

reconocimiento internacional<sup>63</sup>. Sin embargo, este reconocimiento no llegó, a pesar de los intentos de los colectivos nacionalistas de invocar la legislación internacional y erosionar la imagen de España<sup>64</sup>, al que califican como *Estado paria*<sup>65</sup>. Se argumenta que España vulnera derechos humanos, puesto que el derecho de autodeterminación se considera como tal, y además oprime a una minoría nacional. Esa estrategia continúa en la actualidad.

Relevantes especialistas en este campo, entre los que destaca Carlos Ruiz Miguel, han señalado que los intentos de amparar una pretensión separatista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos «no han sido acogidos en el Derecho interno como tampoco han sido avalados por la doctrina del Comité de Derecho Humanos de Naciones Unidas»<sup>66</sup>. No obstante, los líderes separatistas han tratado de abonar la tesis de España como paria internacional a través del

<sup>63</sup> Este reconocimiento se planificó durante varios años, como queda recogido en CARDENAL, J. P., *La telaraña. La trama exterior del «Procés»*, Barcelona, Ariel. En especial, resultan pertinentes las páginas 242-251 donde el autor relata el despliegue en universidades y centros de investigación de EEUU. El nacionalismo también ejerce una notable influencia sobre la universidad española, tal y como atestiguan las actividades de colectivos estudiantiles como *S'ha acabat!* en defensa de la España constitucional o el colectivo de profesores «*Universitaris per la convivència*». El 30 de septiembre de 2020 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Barcelona (núm. 137/2020) condenó a la Universidad de Barcelona por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica, a la libertad de expresión de sus profesores y alumnos y el derecho a la educación de estos últimos. La institución universitaria aprobó un manifiesto conjunto de las universidades catalanas de apoyo a los presos nacionalistas tras la sentencia del Tribunal Supremo. No parece asumible que este hecho se trate de una circunstancia aislada o excepcional en la universidad española. Días después, el 2 de octubre, la organización estudiantil *S'ha acabat!* presentó una queja contra el Rector de la Universidad Pompeu Fabra por una publicación en la web de la universidad en la que criticaba la destitución de Torra por el Tribunal Supremo «como si se tratase de cualquier subordinado» (vid. [https://shaacabat.es/wp-content/uploads/2020/10/ESP\\_CartaRectorUPF\\_02102020.pdf](https://shaacabat.es/wp-content/uploads/2020/10/ESP_CartaRectorUPF_02102020.pdf)). El antiguo presidente autonómico fue además autor de textos que motivaron que el Movimiento contra la Intolerancia lo denunciara por un presunto delito de odio –el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró que había prescrito– o que el propio Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, aceptara reunirse con él «si su supremacismo se lo permite». Uno de los textos que motivó esta última calificación es «La llengua y les besties» (<https://tarragonadigital.com/opinio/5052/la-llengua-i-les-besties>).

<sup>64</sup> Probablemente sea España uno de los escasos países del mundo, si es que existe algún otro, en el que hay administraciones que invierten parte de sus recursos en erosionar su propia imagen exterior. El libro de Cardenal, J. P., *La telaraña, op. cit.*, es una fuente muy documentada. En octubre de 2020, en plena crisis sanitaria y económica, el gobierno catalán abrió delegaciones en Tokio, Dakar y Sidney.

<sup>65</sup> Políticos como Alfred Bosch, el círculo del evadido Puigdemont u organizaciones como *Omnium Cultural* suelen usar este calificativo para referirse al Estado del que son nacionales. Se trata de una calificación reservada a Estados que incumplen sistemáticamente la legislación internacional.

<sup>66</sup> RUIZ MIGUEL, C., «Sobre la insostenible pretensión de la existencia de un *derecho de autodeterminación* para separarse de España al amparo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 35, 2019, pp. 103-126.

Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, que los 25 y 26 de abril de 2019 evacuaron dos opiniones en las que se censuraba a España<sup>67</sup>. La inconsistencia y carencia de rigor de estos pronunciamientos no ha sido un obstáculo para el nacionalismo, aunque en fechas cercanas una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) rechazara por unanimidad la demanda contra la decisión del Tribunal Constitucional (TC) de suspender el pleno del Parlamento de Cataluña del 9 de octubre de 2017<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> En las opiniones se justifica que se trata de una detención arbitraria que contraviene la Declaración Universal de los DDHH. Las razones dadas más relevantes son las siguientes: (i) en el punto 110 se afirma textualmente que el «Grupo de Trabajo, al mismo tiempo que constató que el referéndum está permitido en España para una amplia gama de temas, incluso el relacionado al presente caso», lo que pone de manifiesto un evidente desconocimiento de la legislación española, para posteriormente conectarlo con el derecho humano a la libertad de expresión y opinión; (ii) en el punto 111 se refieren las manifestaciones en favor del referéndum de 20 y 21 de septiembre de 2017 y los incidentes con la policía. El Grupo de Trabajo nunca se refiere a la intervención de los tribunales de justicia para juzgarlos como sucede en cualquier país democrático. Solo despacha esta situación con un lacónico «se constató que esos hechos concretos no han podido ser atribuidos a los Sres. Cuixart, Sánchez y Junqueras»; (iii) en el punto 114 el Grupo de Trabajo se erige en una suerte de «grupo juzgador» defendiendo que todo fue un ejercicio pacífico de los derechos referidos y se invoca un voto particular de un juez de la Audiencia Nacional al Auto núm.465/2017 en el que se desestima un recurso de Apelación de Jordi Cuixart y se ordena su prisión provisional. Lo curioso es la manera en la que se refiere. Textualmente se dice que «incluso se recibió información sobre el testimonio de un juez que señaló que los eventos atribuibles a los acusados son expresiones del legítimo ejercicio del derecho a protesta pacífica». No se cita el auto acordado por mayoría de jueces o a que el asunto se encuentra sometido al poder judicial y de acuerdo a las garantías procesales; (iv) todo ello sugiere un prejuicio manifiesto que se encarna en la idea de que en España no hay separación de poderes cosa que queda refrendada en los puntos 145 y 146 al instar al gobierno a ponerlos en libertad. Existen aun más elementos de crítica, que por cuestiones de espacio no se tratarán, como situar jerárquicamente a un juzgado alemán que decide sobre una euroorden sobre el Tribunal Supremo español. Para algunos observadores, quizá lo disparatado y carente de rigor de las opiniones pudiera tener que ver con la relación de Ben Emmerson (jurista encargado de internacionalizar la aspiración secesionista del nacionalismo catalán) con algunos miembros del grupo o con la donación que el gobierno autonómico, a través de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo, hizo de 150.000 euros ese mismo año. Tal vez, y tomando prestado una parte de la propia opinión en lo referido a España, le correspondería a la ONU iniciar una «exhaustiva investigación de las circunstancias que rodearon» esta opinión. Ambos textos se refieren a hechos similares solo que a personas distintas. Los puntos referidos se refieren a la primera de las opiniones, que pueden consultarse en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Opinions84th-Session.aspx>. En contraste con estos pronunciamientos, cabe invocar el auto del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) de 8 de octubre de 2020 en el que se desestima el recurso de casación de Oriol Junqueras y se respetan los procedimientos jurisdiccionales españoles y se afirma que el Parlamento Europeo no resultaba competente para cuestionar la regularidad de la vacante del escaño dimanante de la anulación del mandato. <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-201/20>

<sup>68</sup> Los diputados separatistas afirmaron que el TC había violado sus derechos a la libertad de expresión, el derecho a reunión y asociación (art. 10 y 11 del Convenio) y

Esta vía se ha completado con el abandono definitivo del eufemismo del derecho a decidir y la asunción del derecho de secesión ligado con una estrategia metodológica neocontractualista, donde se sustituiría en la posición original rawlsiana al individuo por comunidades nacionales. El fin es plantear argumentos en favor del derecho de una parte del territorio de un Estado a la autodeterminación. Estos razonamientos, tomados de Torbisco-Casals, pasarían por aprovechar los pronunciamientos a nivel internacional de reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas y vincular este grupo con las minorías nacionales. En este último caso, la demanda de autodeterminación se centraría no solo en su vulnerabilidad, sino también en principios de justicia distributiva, siendo la secesión legítima en aquellos casos en que los Estados nieguen el derecho de autodeterminación interna a sus minorías nacionales. Dicha autodeterminación implica que los Estados no pueden vulnerar derechos colectivos necesarios que favorezcan el propio desarrollo cultural, que nieguen el reconocimiento del otro o perpetúen desigualdades entre diferentes grupos culturales, nacionales o lingüísticos. Se trataría de una dominación indirecta de minorías nacionales o culturales que no cuentan con poder para influir en decisiones básicas del Estado, quedando en permanente inferioridad<sup>69</sup>.

Sin embargo, el concepto de minoría nacional es tan proceloso como complejo. Las minorías serían aquel «colectivo, frecuentemente de escasas dimensiones, definido por rasgos culturales innegociables –raza, lengua, religión, tradiciones, etc.– que se encuentra en una situación grave de dependencia respecto a una estructura de poder, estatal o supraestatal»<sup>70</sup>. Sin embargo, De Lucas señala que las minorías «están lejos de ser una realidad estable y homogénea *ad intra*, al tratarse de realidades dinámicas, cambiantes, que pueden desaparecer no solo por asimilación o integración en la mayoría, sino también convertirse en mayorías y a su vez pueden incluir en su interior otras

---

el derecho a celebrar elecciones libres (art. 3 del protocolo adicional sobre este derecho). El TC les habría impedido expresar la voluntad de los votantes que participaron en el referéndum ilegal del 1-O. El TEDH señaló que un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio en la legislación o en las estructuras jurídicas o constitucionales, siempre que utilice medios legales y democráticos y proponga un cambio compatible con los principios democráticos fundamentales, pero no puede privar a los parlamentarios que representan a una minoría en el Parlamento del ejercicio de sus funciones. La injerencia en el derecho de los demandantes a la libertad de reunión satisface una necesidad social imperiosa necesaria en una sociedad democrática, «particularmente para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades ajenos», Forcadell i Lluís y otros c. España (demanda núm. 75147/17).

<sup>69</sup> TORBISCO-CASALS, N., «Autodeterminació, secessió i drets humans» *Idees: Revista de temes contemporanis*, 42, 2016, pp. 28-55. «Pueblos que deciden voluntariamente y que son tan libres, según lo señalara certeramente Isaiah Berlin, como el individuo autónomo de la filosofía de Immanuel Kant», LACASTA ZABALZA, J., «El derecho de autodeterminación», Soriano Díaz, R., Alarcón Cabrera, C., Mora Molina, J. J. (dir. y coord.), *Diccionario crítico de Derechos Humanos*, Palos, UNIA, 2000, p. 301.

<sup>70</sup> SORIANO, R., *Los derechos de las minorías*, Sevilla, MAD, 2009, pp. 18-19.

minorías»<sup>71</sup>. En el caso de las minorías nacionales se añaden nociones trascendentales como la concerniente a un grupo minoritario cuyos miembros «exhiben, siquiera de modo implícito, cierta voluntad colectiva de mantenimiento y desarrollo de su propia identidad»<sup>72</sup>. Todo ello implica que se trata de un concepto vago, flexible y que reúne más adhesiones cuando es pensado como una forma de evitar la discriminación, más que como un resorte secesionista.

En cualquier caso, es innegable que existen tensiones territoriales en Estados, especialmente europeos, aunque el caso canadiense haya sido el que ha alcanzado mayor relevancia<sup>73</sup>, su semejanza o paralelismo con España es, cuanto menos, dificultosa<sup>74</sup>. Todos recordamos la triste y criminal guerra civil de corte nacionalista que propició la destrucción de Yugoslavia y las tensiones de los últimos años en Europa. Esta guerra pareció recordar a los europeos horrores más antiguos provocados por el nacionalismo. Sin embargo, con el transcurso del siglo XXI todo parece haber quedado olvidado, a juzgar por el éxito que marcas electorales nacionalistas han tenido en países

<sup>71</sup> DE LUCAS, J., «Las minorías: de los derechos individuales al estatuto jurídico», *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3, 1995, p. 76.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ HIDALGO, E., RUIZ VIEYTEZ, E. J., «La definición implícita del concepto de minoría nacional en el derecho internacional», *Derechos y Libertades*, 27, 2012, pp. 17-56.

<sup>73</sup> El caso canadiense parece haber quedado en una vía muerta que se explica por la Opinión del Tribunal Supremo de Canadá. Carrillo invoca la Opinión (Avis) del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998, en relación con Quebec en la que sobre la autodeterminación externa, «el Tribunal mostró los límites del pretendido derecho a decidir unilateralmente la secesión, y negó de modo contundente que el Derecho Internacional reconociera la existencia de tal derecho porque no se cumplían en el caso las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a la autodeterminación externa: Quebec no era una colonia, ni un pueblo oprimido o sujeto a ocupación militar extranjera, y en él no existía una situación de violación sistemática de derechos humanos.» Vid. CARRILLO, J. A., *Sobre el pretendido derecho a decidir*, op. cit. Junto con esta opinión, cabe recordar que *La ley de claridad* permite a los territorios dentro de Quebec ejercer el derecho de autodeterminación, lo que ha limitado la veleidad separatista en el país norteamericano. Como señala la doctrina internacionalista, es lógico que si se inventa una vía inexistente dentro del derecho de autodeterminación (que no obedece a que se trata de una colonia, ni que exista una vulneración de derechos humanos), se lleve este principio a sus últimas consecuencias, ya que al tratarse de una situación excepcional y nueva, debe darse la oportunidad a todos los territorios de esa nueva entidad estatal de poder ejercerla. Si había poblaciones de Quebec que solicitaran seguir formando parte de Canadá, debería preverse la posible divisibilidad del territorio quebequés, lo que conduce a la posibilidad de llevar el derecho de autodeterminación hasta sus últimas consecuencias.

<sup>74</sup> La conformación histórica de España como Estado, y Cataluña en el seno del mismo, es muy distinta de la canadiense, al igual que la diversidad lingüística o la presencia en Cataluña junto al catalán, de una lengua común a todo el territorio español hablada por una mayoría de ciudadanos, frente a la situación de Canadá. No es el objeto de este estudio traer a colación la cuestión de Quebec porque, además de escaparse de su temática, no son fenómenos comparables, más que por la presencia de un Estado y un movimiento separatista en su interior.

Europeos. En España, el reciente<sup>75</sup> desafío del nacionalismo catalán a la legalidad constitucional cristalizó en dos leyes que fueron aprobadas en sesiones del Parlamento del 6 y 7 de septiembre de 2017 y que motivaron recursos ante el TC tanto por su evidente inconstitucionalidad, como por vulneración de derechos fundamentales, en concreto del *ius in officium*<sup>76</sup>: la ley del referéndum y la de transitoriedad jurídica<sup>77</sup>.

La ley de transitoriedad fue declarada inconstitucional en la STC 124/2017, de 8 de noviembre de 2017. El TC concretó su inconstitucionalidad en los artículos 1, 2 y 3 por ser los «sustentadores del objeto y finalidad que persigue». Para el TC la norma contradice «de modo explícito, principios esenciales e indisociables de nuestro orde-

---

<sup>75</sup> La II República también vivió una intentona golpista en 1934 por parte del nacionalismo catalán que fue sofocada por el general catalán Domingo Batet i Mesres, aprovechando la crisis de Asturias. Sobre este asunto existe una nutrida bibliografía, quizá destaque, por ser un testimonio directo, ANGULO, E., *Diez horas del Estat Català*, Madrid, Encuentro, 2016. Manuel P. Villatoro sintetiza muy bien la transición de políticos relevantes de la II República de la confianza en el nacionalismo vasco y catalán a la decepción. Azaña facilitó el estatuto de autonomía de Cataluña, además de vincular autogobierno autonómico con la caída de la monarquía, y la respuesta del nacionalismo fue la deslealtad y buscar a sus espaldas la paz con el bando franquista-este hecho ha sido investigado en la obra colectiva de REIG TAPIA, A., SÁNCHEZ CERVELLÓ, J., *La Guerra Civil española, 80 años después. Un conflicto internacional y una fractura cultural*, Madrid, Tecnos, 2019. Según el trabajo de Sánchez Cervelló, de 1936 a 1938 los gobiernos vasco y catalán realizaron gestiones directas con Londres y París, con el fin de que ambas regiones tuvieran representación independiente en una hipotética conferencia de paz, además de respetarse sus estatutos y se celebrará un plebiscito sobre su futuro régimen político. Azaña lo supo y afirmó que la usurpación de funciones de la Generalidad como las relaciones exteriores y la seguridad era intolerable. De hecho, Negrín afirmó que no estaba «haciendo la guerra contra Franco para que nos reviva en Barcelona un separatismo estúpido y pueblerino; (...) no he sido nunca lo que llaman españolista ni patrioter. Pero ante estas cosas, me indigno. Si esas gentes van a descuartizar a España, prefiero a Franco. Con Franco ya nos entenderíamos nosotros, o nuestros hijos, o quien fuere, pero estos hombres son inaguantables. Acabarán por dar la razón a Franco». Tomado de [https://www.abc.es/historia/abci-odio-azana-independentismo-catalan-querer-pactar-franco-guerra-civil-201904050138\\_noticia.html](https://www.abc.es/historia/abci-odio-azana-independentismo-catalan-querer-pactar-franco-guerra-civil-201904050138_noticia.html) Resulta curioso, cuando menos, ver banderas de la segunda república en las manifestaciones separatistas.

<sup>76</sup> Además de recurrir la evidente inconstitucionalidad de dichas normas. Para una ampliación de este análisis, VV.AA., *Las fronteras de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2020.

<sup>77</sup> El TC afirmó que cuando se eliminó el trámite del dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias sobre la conformidad constitucional y estatutaria de ambas proposiciones de ley, se realizó desbordando tanto el Reglamento del Parlamento de Cataluña como el resto del ordenamiento jurídico. Tal y como el TC señala, «se trata de una garantía creada por el propio Estatuto [art. 76.2 b)], en pro de la mejor acomodación de las iniciativas legislativas al bloque de la constitucionalidad, para cuya concreta ordenación el mismo Estatuto remite a los términos que establezca la ley (inciso inicial del mismo art. 76.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC), que no es otra que la Ley 2/2009, reguladora del propio Consejo». En consecuencia, la STC 114/2017, afirmó que la supresión de la posibilidad de pedir dicho dictamen afectó a una facultad perteneciente al núcleo de la función representativa parlamentaria que se integraba en el *ius in officium* de los parlamentarios catalanes recurrentes.

namiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la Nación constituida en Estado social y democrático de derecho y la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (arts. 1.2, 2 y 9.1 CE)».

El TC señala algo que parece retrotraernos a situaciones de nuestra historia que se creían superadas. La mayoría de diputados del parlamento autonómico se alza contra la soberanía nacional residenciada en el pueblo español, con el fin de quebrar la unidad de España y arrumbar «la actual posición institucional, conforme al ordenamiento en vigor, de la Comunidad Autónoma» [STC 52/2017, FJ 8 A)], lo que significa que han desbordado su fuente de autoridad, que reside en el Estatuto de Autonomía y la CE. Lo que se hace es redefinir el demos, el sujeto de soberanía por la voluntad de una parte de sus miembros, erigido en un demos distinto y soberano<sup>78</sup>. Esta es la razón de que se denominara a esta acción como un verdadero ‘golpe a la democracia’ en España<sup>79</sup>.

Con la tramitación y aprobación de estas dos normas, el nacionalismo evidenció la existencia de un proceso de exclusión de una parte de la población catalana no nacionalista que coincide con la construcción de un «marco discursivo» exclusivamente nacionalista<sup>80</sup>, tal y como reflejó la intervención del portavoz de *Catalunya Sí que es Pot*, Joan Coscubiela, quien dijo «Estoy aquí porque mis padres me enseñaron a luchar por mis derechos. No quiero que mi hijo Daniel viva en un país donde la mayoría pueda tapar los derechos de los que no pien-

<sup>78</sup> CRUZ PRADOS, A., *El nacionalismo. Una ideología*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 178.

<sup>79</sup> Como señala Miguel Candel, el problema reside en delimitar el pueblo sujeto de soberanía. Solo podemos recurrir a los criterios político-constitucionales, que implica comunidades regidas hoy por hoy por un ordenamiento legal común (CANDEL, M., LÓPEZ ARNAL, S., *Derechos torcidos. Conversaciones sobre el derecho a decidir, la soberanía, la libre determinación y la España federal*, Barcelona, El Viejo Topo, 2017, pp. 122-123).

<sup>80</sup> ÁLVARO, D., *Cataluña, la construcción de un relato. ¿Cómo se ha servido el independentismo del populismo identitario para convencer a la mitad de la población catalana de las virtudes de la independencia?*, Barcelona, Deusto, 2019. Este es de los últimos trabajos sobre el proceso separatista en Cataluña y tiene como elemento distintivo el análisis de técnicas de marketing junto con el discurso populista que apela a sentimientos. Algunas claves en la construcción de este relato es extender la idea de España como ente extranjero y generar una conciencia nacionalista con la escuela y los medios de comunicación. La desaparición de todo aquello que recuerde lo común español es un elemento fundamental. La propia festividad autonómica –la Diada– está ligada a convertir la guerra de sucesión española en una guerra de secesión; en vez de optar por el más inclusivo Día de San Jordi, se eligió una festividad exclusivamente nacionalista. La bandera del País Vasco es la diseñada por el nacionalismo, por el propio Sabino Arana, al que por su racismo y xenofobia nos hemos ya referido. La bandera estrellada que pretende sustituir a la *senyera* fue creada por un nacionalista Vicenç Albert Ballester, quien firmaba sus escritos con el acrónimo VICIME (Viva la independencia de Cataluña y muera España).

san como ella»<sup>81</sup>. En el hipotético Estado independiente, los resortes del poder quedarían bajo su control exclusivo. La propia ley de transitoriedad liquida la separación de poderes y otorga un fuerte protagonismo a las organizaciones civiles independentistas. Esta norma no reconoce el derecho de autodeterminación (arts. 2 y 5).

Estos hechos evidencian que el nacionalismo catalán o vasco no coincide objetivamente con una minoría débil o cuyos derechos culturales o de reconocimiento sean negados<sup>82</sup>. Más bien sucede lo contrario. Fue el nacionalismo el que en el parlamento autonómico negó a la minoría no nacionalista un derecho tan básico como es el de representación política en las aciagas jornadas para la democracia española antes mencionadas. El nacionalismo ha negado la profunda españolidad del catalán o del vasco<sup>83</sup> y el derecho de los padres a que la lengua materna sea lengua vehicular en la educación, lo que contraviene la doctrina de importantes organizaciones internacionales en esta materia<sup>84</sup>. Especialmente en Cataluña, ha habido denuncias de padres y colectivos que entienden conculcados sus derechos con las políticas educativas nacionalistas y han cuestionado los contenidos de los libros de texto, especialmente de historia, mientras el gobierno

---

<sup>81</sup> Su intervención fue aplaudida por todos los partidos no nacionalistas del hemisferio e incluso hasta por algunos miembros de su propio partido. El proceso de ruptura o *procés* no es nuevo. Se podría considerar una fase del Programa 2000 de Jordi Pujol, cuyo fin era la colonización por el nacionalismo de todas las instituciones de la región. Se aprovecha un momento de crisis global y debilidad estatal para concretar la ruptura. Este texto se publicó en *El Periódico de Cataluña* el 28 de octubre de 1990.

<sup>82</sup> Un somero análisis del papel que desempeñan catalanes y vascos en el conjunto de España y su participación en el mundo político, económico o cultural nos indica que la realidad empírica está muy lejos de las reivindicaciones nacionalistas sobre minorías. España ha contado con presidentes y vicepresidentes de estas regiones; con magistrados del tribunal supremo; con empresarios muy destacados que incluso han dirigido grandes compañías anteriormente públicas. Una ojeada a los medios de comunicación, a los líderes de opinión, directores del Instituto Cervantes, embajadores o incluso altos mandos del ejército español nos muestra que lejos de estar relegados, los catalanes o vascos han tenido y conservan un papel muy decisivo en todos los ámbitos de la sociedad española. ¿Sucede o ha acaecido esa circunstancia con alguna minoría oprimida en la historia?

<sup>83</sup> En su día, el franquismo impidió relacionarse con la administración en estos idiomas, aunque continuaron publicándose textos en estas lenguas e incluso –tal y como recogió el periódico *La Vanguardia Española* el 12 de septiembre de 1967, se impartían 5 horas de catalán en la enseñanza primaria. *Vid.* <http://hemeroteca.lavanguardia.com/preview/1967/09/12/pagina-20/34356141/pdf.html>. Con la CE de 1978, España se convierte en uno de los escasos países que ha reconocido constitucionalmente la cooficialidad de lenguas regionales. Al contrario que otros Estados como Francia, han gozado de una consideración impensable en la mayoría de países del mundo, que les ha ayudado a sobrevivir y no desaparecer. España además cuenta con instituciones como el concierto económico que suponen un agravio para el resto de territorios, pero que constitucionalmente fueron incorporadas.

<sup>84</sup> Tanto la UNESCO como UNICEF respaldan el aprendizaje en lengua materna como más pedagógico y eficaz, *vid.* <https://www.unicef.org/spanish/sowc99/>; [http://www.tolerancia.org/upimages/Manifiestos/unesco\\_1953\\_spanish.pdf](http://www.tolerancia.org/upimages/Manifiestos/unesco_1953_spanish.pdf)

central renuncia a ejercer sus funciones como alta inspección<sup>85</sup>. Para estos colectivos de la sociedad civil el idioma cooficial es usado como arma de confrontación política y adoctrinamiento<sup>86</sup>. Los partidos nacionalistas llevan décadas controlando los resortes del poder en autonomías<sup>87</sup>, siendo España uno de los Estados con un nivel de descentralización mayor del mundo<sup>88</sup>. A todo ello, hay que sumar la

<sup>85</sup> Pedro Antonio Heras Caballero ha desarrollado desde los 90 un trabajo exhaustivo y sistemático en el que se identifican todo tipo de falsedades que contienen los libros de los escolares en comunidades autónomas de gobiernos nacionalistas –en menor medida también estudia contenidos en otras autonomías. Hace unos años publicó los resultados de una primera investigación (HERAS CABALLERO, P. A., *La España raptada. La formación del espíritu nacionalista*, Barcelona, Altera, 2005). Ha analizado más 389 libros de texto. Vid. HERAS CABALLERO, P. A., *Educación en la mentira. Adoctrinamiento y manipulación en las aulas de Cataluña y País Vasco*, Córdoba, Almuzara, 2019. Sus conclusiones son difícilmente contestables, ya que los textos que analiza son los oficiales y las manipulaciones y falsedades históricas son evidentes. En este libro se ocupa de los manuales de ciencias sociales e historia. Es paradójico que cuando parecía que la democracia brindaría la oportunidad de hacer realidad el proyecto pedagógico de Francisco Giner de los Ríos, encarnado en la Institución Libre de Enseñanza que dio lugar a la Residencia de Estudiantes y fue frustrado por fuerzas reaccionarias y la guerra civil, sucedan este tipo de cosas en la enseñanza española transferida a las comunidades autónomas.

<sup>86</sup> Existe una muy amplia bibliografía sobre este asunto. Uno de los ejemplos más recientes y destacados por sus datos y exhaustividad es RUL GARGALLO, J., *Nacionalismo catalán y adoctrinamiento escolar*, Salamanca, Amarante, 2019.

<sup>87</sup> De hecho, en unas declaraciones al *Diari de Tarragona*, Pere Lluís Huguet, exdelegado del Colegio de Abogados de Reus y expresidente de la Abogacía Catalana afirmaba que la Generalidad cuenta con 480 altos cargos y personal directivo de entidades del sector público, donde solo se incluyen altos cargos (no se incluye a los delegados territoriales de las consejerías, ni otros cargos menores de designación también directa) con un sueldo medio de 80.058€ anuales, mientras que en los directivos del sector público sería de 88.946 euros, vid. <https://www.diaridetarragona.com/opinion/Reconstruir-Cataluna-20200824-0016.html>. El periodista y exmilitante del PCE Gregorio Morán fue censurado en *La Vanguardia* por un artículo titulado «Los medios del Movimiento Nacional catalán» en el que denunciaba la connivencia entre el nacionalismo gobernante y algunos medios de comunicación a cambio de cuantiosas subvenciones, como por ejemplo «los fondos destinados a diarios como Ara, Punt Diari, TV3, que superan Canal Sur de Andalucía o el canal de Madrid, que ya es decir, cantidades de todos modos exorbitantes que pagamos todos los ciudadanos, desde Cádiz a Girona, y donde sobreviven 7 directivos de TV3 con salarios superiores a los 100.000 euros, podrán parecer una nadería frente a las estafas reiteradas del PP, pero describen un paisaje. Cobrando eso, ¡cómo no voy a ser independentista!». El escrito denunciaba además la ruptura brutal de la sociedad catalana «ocasionada por un personal que bordea la ley, y que lo hace con el ánimo de no solo de incumplirla, sino de imponer la suya, que no es otra que ir a la ruptura y provocar un conflicto no solo cívico sino violento». Este artículo se recogió en su libro MORAN, G., *Memoria personal de Cataluña*, Madrid, FOCA, 2019. Finalmente, cabe añadir, que el 1 de octubre de 2020, el Tribunal Supremo inadmitió a trámite un recurso de casación presentado por el grupo de la familia Godó contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que les obligaba a readmitir o a indemnizar al periodista.

<sup>88</sup> De acuerdo al *Regional Authority Index* publicado por la Comisión Europea, España se situaría entre los Estados más descentralizados del mundo. Se puede consultar en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/5562196f-3d3a-11e8-b5fe-01aa75ed71a1>. De hecho, Piketti señala que la descentralización fiscal en

decisiva influencia de los partidos nacionalistas en los gobiernos centrales desde los tiempos de las administraciones de González y Aznar. CIU, PNV o ERC han condicionado las políticas estatales, tanto vía Presupuestos Generales del Estado, como por sus pactos de apoyo al ejecutivo central<sup>89</sup>.

La ciudadanía catalana o vasca es plural diversa, como la del resto de España. La lengua mayoritaria es el castellano, pero convive con las cooficiales y ya incluso con extranjeras como el árabe o el chino. Si se quieren buscar razones históricas, pocos territorios son tan «históricos» como el reino de Granada o el de Navarra. España cuenta con una dilatada historia y personalidades ilustres en cuyas novelas se puede encontrar referencias tan significativas como aquella en la que se habla de «dos caballeros españoles: el uno era andaluz, y el otro era catalán, ambos muy discretos; y ambos poetas»<sup>90</sup>. Hay parte del electorado que vota nacionalista, otra que no y otra que, simplemente no vota. Existe una diversidad religiosa y cultural, comparable al resto de España. Se manifiestan separatistas y partidarios de la Constitución.

Tratar de establecer un enfoque monolítico sobre algo que es plural y diverso implica necesariamente una maniobra de exclusión de todo lo que ideológicamente no sea nacionalista y de todo aquello que se comunique en el idioma común y compartido por todos los ciudadanos del Estado y, por esa razón, el nacionalismo precisaría de excluir identidades que no asuman el relato ‘oficial’ y arrogarse la representación de un todo, para expresar solo la perspectiva de una parte del espectro político de la misma<sup>91</sup>. Se trata de una operación de absolutización de una única

---

España es más acusada que en Estados federales, lo que genera problemas y afirma que «desde 2011, la base imponible del impuesto sobre la renta está dividida en partes iguales entre el gobierno central y las regiones. Un sistema de este tipo plantea muchos problemas, en el sentido de que daña la idea misma de solidaridad en el seno del país y termina por enfrentar a las regiones entre ellas, lo que resulta especialmente problemático tratándose de una herramienta como el impuesto sobre la renta que se supone debe reducir las desigualdades entre los más pobres y los más ricos, al margen de las identidades regionales o profesionales», tomado del blog del economista José Luis Martín Seco en el periódico República, <https://www.republica.com/contrapunto/2020/09/17/piketty-europa-espana-y-cataluna/>, donde se reproducen partes del libro del economista francés. Vid. PIKETTY, T., *Capital e ideología*, Barcelona, Planeta, 2019, pp. 1090-1094.

<sup>89</sup> Políticos vascos y catalanes pertenecientes a otros partidos han tenido un papel muy destacado en los gobiernos democráticos desde 1978, siendo vicepresidentes del gobierno central, ministros o presidentes del Congreso de los Diputados o del Senado.

<sup>90</sup> DE CERVANTES, M., *Novelas ejemplares*, Madrid, Espasa Calpe, 1964, p. 38.

<sup>91</sup> Según, Castellà y González, el proceso separatista en Cataluña comparte rasgos fundamentales con los populismo, ya que «adopta posiciones antiinstitucionales desde la emoción, particularmente contra los órganos judiciales» (...), «existiendo un «protagonismo en la calle de organizaciones sociales independentistas (ANC, Omnium); provoca el surgimiento de liderazgos fuertes que lo impulsan (Mas), utilizando toda la estructura del poder de la Generalitat y los medios de comunicación a su servicio para movilizar a la ciudadanía; identifica un enemigo como culpable de la crisis (España); invoca la expresión directa de la voluntad popular frente a la demo-

idea que debe ser compartida por los demás y transmitida por todas y cada una de las instituciones que se someten a ella, donde los argumentos son secundarios y el componente emotivo o sentimental lo encubre todo. Esta apelación a lo emotivo y primario caracteriza a los populismos que, tradicionalmente, han aprovechado momentos de crisis socioeconómica para insertar mensajes que se compadecen poco con la realidad, donde el odio y el desprecio por el Estado de Derecho someten a la deliberación racional y a los argumentos<sup>92</sup>.

Parte de esta operación sentimental del nacionalismo regional español aludido, ha consistido en compararse con minorías como los kurdos o a pueblos originarios de Australia, por poner dos ejemplos que han utilizado, es una banalización del dolor de estas gentes, además de carecer por completo de sostén teórico. Que hablen de «exiliados» o «represaliados» en un país que aun tiene reciente la memoria de los que abandonaron España por la sangrienta guerra civil y la posterior dictadura franquista<sup>93</sup> no es muy respetuoso con la memoria de las víctimas, así como el uso de la calificación de preso político para aquellos que vulneran una legislación que nos obliga a todos. Recuerda a cuando, recientemente, la fugada y eurodiputada nacionalista, Clara Ponsatí, comparó el independentismo catalán con el Holocausto en el Parlamento europeo este mismo año y la reacción que provocó en instituciones internacionales<sup>94</sup>.

---

cracia representativa (el referéndum)». Vid. CASTELLÀ ANDREU, J. M., GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N., «Ulises en la crisis secesionista catalana», *Ideas*, n. especial, octubre 2020, <https://revistaidees.cat/es/ulisses-en-la-crisis-secesionista-catalana/>

<sup>92</sup> La ola de populismo se concreta en cada país de formas diversas. En España el nacionalismo es quizá una de las formas de populismo con mayor influencia, aunque sea posible encontrar otras de raíz tanto neoperonista como ancladas en un liberalismo conservador con un aprendizaje de las tácticas de Trump y gobiernos de la Europa oriental. El populismo se beneficia del desarrollo de las redes sociales e incrementa su impacto. Vid. RODRÍGUEZ PRIETO, R., MARTÍNEZ CABEZUDO, F., *Poder e internet. Un análisis crítico de la Red*, Madrid, Catedra, 2016.

<sup>93</sup> Una de las falsificaciones históricas del nacionalismo ha sido ocultar la propia división en Cataluña durante la guerra civil y los apoyos de los sublevados en esa región. El franquismo continuó un proteccionismo, que arranca desde la Restauración, que privilegia a la burguesía de estas regiones en detrimento de otras. «El triunfo franquista de 1939 significó para los industriales catalanes la restauración del orden social lo que comportaba la recuperación de sus propiedades y de su preeminencia social». Así, el presidente del Gremio de Fabricantes de Sabadell, durante la visita de Franco a la ciudad en 1942 llamó a los industriales a mostrar «toda nuestra gratitud imperecedera al salvador de España», en MOLINERO, C., YSAS, P., «Los industriales catalanes durante el franquismo», *Revista de Historia Económica*, VIII, 1, 1990, p. 106 ss. Vid. KAMEN, H., *España y Cataluña. Historia de una pasión*, Madrid, La Esfera de los libros, 2014; TORTELLA, G., et al., *Cataluña en España. Historia y mito*, Madrid, Gadir, 2016.

<sup>94</sup> El Comité Judío Americano –división europea– acusó a Ponsatí de «banalizar el exterminio de seis millones de personas de esta religión a manos del régimen nazi y de instrumentalizar la llamada solución final para objetivos políticos completamente distintos». Vid. <https://www.ajc.org/europe> También la Federación de Comunidades Judías de España emitió una nota al respecto que puede verse en <https://servimedia.es/>

En consecuencia, empíricamente resulta muy discutible que pueda ser pertinente o ajustada la calificación de minoría sometida –mucho menos oprimida– o a la que se vulnera una suerte de «autodeterminación interna». No obstante, uno de los aspectos más singulares del caso español es que los nacionalistas han contado con el apoyo de partidos autodenominados de izquierdas que incluso han incorporado partes de su ideario. Dejando la perspectiva jurídica y adentrándonos en su vertiente política, cabe señalar, que nuestra hipótesis es que este apoyo implica un desafío de las bases de la reflexión materialista sobre la cuestión nacional. Tanto Lenin como Luxemburg estarían muy lejos de justificar este respaldo<sup>95</sup>; incluso el propio Marx llegó a afirmar textualmente que España era una nación<sup>96</sup>.

El concepto de nación es una idea que nace en el siglo XIX. Su base es conservadora. Para Rosa Luxemburg, la nación es un cliché metafísico, lo que indica que su simple consideración queda fuera de un enfoque materialista, donde se privilegia la inmanencia. Las condiciones materiales de los sujetos y la clase social son elementos básicos que la abstracción nacionalista somete o ignora, de acuerdo a Luxemburg. El nacionalismo promueve una sociedad en la que se privilegia una noción ideal sobre un conjunto monolítico de personas en comunión con la tierra que la alberga. Las bases teóricas del nacionalismo o de apoyo de la secesión se encuentran muy lejos de la inmanencia que reclama una perspectiva materialista<sup>97</sup>. Kant, Berlin o los neocontrac-

---

noticias/1223410 En octubre de 2020 en Moyá, la Asamblea Nacional Catalana realizó un mural en el que comparaba el Guernica de Picasso con el referéndum ilegal del 1 de octubre. Comparar hechos tan luctuosos como el bombardeo perpetrado por el fascismo italiano en Guernica o el que tuvo lugar en Málaga con el cumplimiento, por parte de las fuerzas de orden público, de una orden judicial en un país democrático, en la que hubo unos pocos heridos de consideración (manifestantes y policías), es, sobre todo, una delirante conjunción entre mal gusto y ofensa a las víctimas.

<sup>95</sup> En España, al menos de momento, están ganando la batalla de la hegemonía, en términos gramscianos, al ser considerados como ‘progresistas’, con manifestaciones políticas que en la inmensa mayoría de los países son consideradas reaccionarias y conservadoras, profundamente neoliberales o, incluso en cuestiones como el supremacismo o la xenofobia, repudiables.

<sup>96</sup> ARMESILLA, S., *El marxismo y la cuestión nacional*, op. cit., 316.

<sup>97</sup> De hecho el nivel de apoyo al secesionismo en Cataluña se incrementa en función de la renta disponible [https://elpais.com/politica/2017/09/28/ratio/1506601198\\_808440.html](https://elpais.com/politica/2017/09/28/ratio/1506601198_808440.html) *El País* se hizo eco del informe del *Centre d'Estudis d'Opinió* (CEO). Por otra parte, la relación de líderes muy relevantes del independentismo catalán con la extrema derecha europea no es excepcional. En concreto, en Bélgica o Italia. Existe un debate entre historiadores sobre las posibles raíces fascistas de partidos como ERC, algo que pudiera haber influido en su no admisión en la Internacional Socialista. Uno de los líderes más destacados de ese partido afirmó que «hay una distribución genética de la población catalana que estadísticamente es diferente a la población negra subsahariana», y «en América, los negros tienen un coeficiente inferior al de los blancos» y «se debería esterilizar a los débiles mentales de origen genético» (BARRERA, H., *Què pensa Heribert Barrera?*, Barcelona, Proa, 2001, síntesis tomada del periódico *El Catalán*, en <https://www.elcatalan.es/erc-reivindica-alcacista-heribert-barrera-y-dice-que-estuvo-comprometido-con-las-libertades-de-cata>

tualistas –especialmente libertarios– pueden sustentar teóricamente aspiraciones separatistas de regiones con un PIB superior al resto; lo que resulta bastante discutible es que una posición materialista pueda hacerlo. Recientemente, Piketty, desde una óptica social-liberal, responsabilizaba a la UE del incremento de estas tensiones secesionistas en Europa. La gestión calamitosa de la crisis de la zona del euro o la promoción de «un modelo de desarrollo basado en la idea de que es posible tenerlo todo sin obligaciones de solidaridad y de financiación de los bienes públicos, ha hecho que muchos se pregunten ¿por qué no probar hacer de Cataluña un paraíso fiscal al estilo de Luxemburgo? La lógica es apropiarse de todos los ingresos a la vez que se reducen los impuestos a empresas que gozan de gran movilidad «para así atraer inversiones a la región-Estado». Como contrapunto, aseguraba que si la Unión Europea tuviera un presupuesto federal europeo, las élites económicas catalanas alimentarían el presupuesto federal y la secesión no sería atractiva<sup>98</sup>. Dentro de la propia Cataluña existen zonas que precisan también de la solidaridad de otras áreas con un PIB muy superior, en concreto de Barcelona y Tarragona. Estas ideas que pudieran ser admisibles de un punto de vista neoliberal –la Escuela de Chicago–, no encajan con un ideario que se pudiera considerar de materialista o mínimamente de izquierdas.

Cuestiones como el concierto económico o el pacto fiscal, al que aluden los nacionalistas catalanes como una de sus últimas intentonas para evitar el referéndum, son ejemplos de una metafísica que refuerza las posiciones de la oligarquía dirigente. Todo ello debe entenderse vinculado a un contexto neoliberal, que desde finales de la década de los ochenta, erosiona las bases del Estado del bienestar y se privilegia políticas fiscales regresivas que benefician a las rentas altas en detrimento de las medias y bajas<sup>99</sup>. Todo ello se agudizó con la última crisis financiera. Hay colectivos que se autodenominan de izquierdas que parecen ignorar la influencia de grandes corporaciones con más PIB

---

luna). Ideas que no solo entroncan con el racismo, sino con la peor tradición europea en relación a la eugenesia, empero lo más impactante sea que cuando hoy se visita la propia web de ERC lo encontremos como una personalidad reivindicada y prestigiada por ese partido y por líderes actuales como Oriol Junqueras, un entendido en sociobiología, gracias a su ya célebre sentencia «los catalanes tienen más proximidad genética con los franceses que con los españoles»; *vid.* <https://www.esquerra.cat/ca/historia-esquerra-transicio-i-recuperacio-autogovern>.

<sup>98</sup> Piketty pone como ejemplos California en EEUU y la República Federal de Alemania, donde la sola idea de fragmentar el impuesto sobre la renta hubiera sido considerado una declaración de guerra secesionista y tratada como tal o, en el caso alemán, donde los *länder* no tienen la posibilidad de votar tipos impositivos adicionales ni conservar para sí la más mínima parte de la recaudación tributaria, independientemente de lo que piensen los contribuyentes bávaros (tomado de José Luis Martín Seco <https://www.republica.com/contrapunto/2020/09/17/piketty-europa-espana-y-cataluna/>, que a su vez reproduce párrafos del libro de PIKETTY, T., *Ideología y capital*, *op. cit.*).

<sup>99</sup> *Vid.* MARTÍN SECO, J. F., *¡La economía, estúpidos, la economía! La política económica del socialliberalismo*, Madrid, Libertarias/Prodhufo, 1993, pp. 49-56.

que muchos Estados y organizaciones internacionales capaces de imponer políticas económicas a gobiernos de Estados importantes elegidos en elecciones<sup>100</sup>. En este contexto global, de fusiones y concentraciones empresariales, sectores autodenominados de «izquierda» parecen haberse acomodado a discursos identitaristas que paradójicamente recomiendan la disgregación de entidades políticas, que parecen obviar la clase social, en beneficio de una feliz arcadía donde todo será mejor y se alcanzarán cotas de felicidad nunca vistas. El resultado es que se diluye deliberadamente la influencia del capitalismo en los problemas y conflictos contemporáneos, al aislar los problemas de los procesos de acumulación. Valores básicos de la tradición crítica y materialista han sido ignorados, si trasladamos la perspectiva de Luxemburg al presente. ¿Cómo se puede explicar esta deriva?

Existen dos razones histórico-filosóficas. La primera sería la influencia del austromarxismo en España<sup>101</sup>. La segunda razón es el impacto, no solo a nivel español, sino también global, del postmarxismo populista que ha dividido a la clase trabajadora aviniéndose a la estrategia puesta en marcha por la nueva derecha estadounidense. Esta operación consistió en dividir por razones étnicas, religiosas o de cualquier otro signo identitario a la gran coalición que se cimentó alrededor del *new deal*. Era evidente que para adaptar al país a las políticas reaganistas, era necesario erosionar el gran consenso que lo impulsó y fragmentar a la clase trabajadora que defendió unas medidas que, en definitiva, salvaron al propio capitalismo en EEUU<sup>102</sup>.

El postmarxismo, y más concretamente la propuesta populista de Laclau y Mouffe, trató de llevar a cabo la adaptación de la tradición materialista a los nuevos movimientos sociales surgidos tras 1968 y establecer un vínculo entre la lucha revolucionaria y el postmodernismo. El objetivo consistió en desarrollar una estrategia política que quebrara la conciencia obrera y la centralidad de la clase social, que sin duda fue uno de los legados más importantes tanto de Marx como de Rosa Luxemburg.

El populismo de estos autores plantea una fragmentación de las luchas, una pluralidad de lo político donde los trabajadores son expul-

---

<sup>100</sup> Los «hombres de negro» en la UE, las políticas de ajuste estructural y las misiones del FMI o el BM en Iberoamérica, son solo muestras de lo que afirmamos. El caso de Grecia es uno de los últimos y más relevantes ejemplos, después del referéndum de 2015.

<sup>101</sup> El marxismo en España quedó muy influido por el austro-marxismo y corrientes del trotskismo ligadas al federalismo, el plurinacionalismo o el derecho de autodeterminación. Vid. ARMESILLA, S., *El marxismo y la cuestión nacional*, op. cit., pp. 316-317.

<sup>102</sup> La toma de control por la mafia de los sindicatos y la influencia del antisocialismo de las iglesias son otros factores que se añaden a la represión contante de los líderes marxistas. Otros elementos como la identificación del mismo con extranjeros o los conflictos internos del propio movimiento han también sido citados por parte de la academia. Vid. LIPSET S. M., WOLFE G., *It Didn't Happen Here: Why Socialism Failed in the United States*, New York, Norton, 2001.

sados de su rol decisivo<sup>103</sup>. La explotación de la clase trabajadora en el capitalismo –espinas dorsales del pensamiento de Luxemburg o Lenin– es relegada a favor de luchas parciales desarrolladas por identidades independientes que es el elemento distintivo del capitalismo contemporáneo y la difusión de la conflictividad social<sup>104</sup>. Esta maniobra contemporánea entroncaría con el revisionismo criticado por Luxemburg y al que se refiere como la «única esperanza de empujar a la clase obrera (...) a los cauces de la política burguesa»<sup>105</sup>, transmutado en esencialismo identitario en nuestro siglo. La orientación identitaria de la *nueva izquierda* postmarxista liquida el materialismo histórico y asume gran parte de la ingeniería social estadounidense referida y la ideología pluralista<sup>106</sup>. Tanto aquellos que desprecian la justicia social como los que defienden los privilegios de unos por nacer en un determinado lugar son refractarios a la igualdad.

En respuesta a estas posiciones, la vigencia del pensamiento de Luxemburg, aplicada a nuestro objeto de estudio, se sostendría sobre tres elementos básicos. En primer lugar, la negación del nacionalismo y la necesidad de un neointernacionalismo, capaz de analizar la influencia de las grandes empresas y otros actores en la arena global y, en concreto, en los derechos de los trabajadores. Segundo, la necesidad de situar a la clase social de nuevo como un referente de un análisis crítico y propositivo. En último lugar, la democracia y su reforzamiento mediante propuestas que sitúen la democratización de la economía como un elemento básico para la transformación social.

Los procesos que propiciaron el ajuste estructural en Estados iberoamericanos, en pleno desarrollo de la «globalización» y de austeridad en Europa, después de la crisis de 2008 generaron un incremento exponencial de la desigualdad y de la concentración de la riqueza en las sociedades occidentales<sup>107</sup> que sirvió a los intereses de oligarquías estatales y locales para liderar y reforzar un repliegue identitario, nacionalista y religioso, en marcha desde hacía lustros<sup>108</sup>. La introducción progresiva en Europa de las cuestiones identitarias o batallas culturalistas de forma acrítica, importadas directamente de EEUU, ocultan los problemas que afectan a las condiciones materiales de las personas y generaran vías de división en la clase trabajadora. Siguiendo a Luxemburg, tanto la cuestión de género, medio ambiental, étnica

<sup>103</sup> LACLAU, E., Mouffe, C., *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo XXI, 1987, p. 205.

<sup>104</sup> *Id.*, 203.

<sup>105</sup> LUXEMBURGO, L., *La revolución rusa*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>106</sup> GOTTFRIED, P. E., *The Strange Death of Marxism. The European Left in the New Millennium*, Columbia, University of Missouri Press, 2005, pp. 142-143.

<sup>107</sup> Quizá sean los Informes de Intermon Oxfam de los más completos y que más han alertado sobre el crecimiento de la desigualdad tanto en España como a nivel mundial. *Vid.* <https://www.oxfam.org/es/que-hacemos/quienes-somos/como-nos-financiamos/informes-anauales>

<sup>108</sup> AUBET, M. J., *La cuestión nacional*, *op. cit.*, p. 5.

o nacional requieren de un enfoque ligado al materialismo histórico. De lo contrario, nos encontraremos con la disolución de la clase social y de la plusvalía, lo que hará muy difícil cualquier movimiento realmente crítico y superador del capitalismo. No se puede sucumbir a una comprensión que privilegie un enfoque trascendentalista y abstracto. Resulta importante recordar que, desde una óptica marxista, los derechos se conquistan, no se obtienen por el simple hecho de nacer. Según Juan Carlos Rodríguez, la gran cualidad de Marx y sus seguidores fue que por primera vez el pensamiento se hizo desde el oprimido, desde aquel que es explotado<sup>109</sup>, no desde una unicidad nacional de pobladores de una tierra.

Aplicar el legado filosófico de Luxemburg implica afirmar que la lucha contra el racismo, el patriarcado o los desmanes sobre la naturaleza no debieran desgajarse del problema de la explotación y de un modelo cultural, económico y político que Luxemburg consideraba injusto y antihumano: el capitalismo. Desde esta perspectiva, la forma de ser humanista en el siglo XXI es ser anticapitalista. Cuando las feministas radicales afirman que todas las mujeres son hermanas, y víctimas, o los hombres agresores potenciales, se elimina la diferencia de clase y, por tanto, la explotación capitalista. Una banquera será igual que una camarera de un hotel porque al fin y al cabo son «hermanas». No es ese, desde luego, el feminismo de Clara Zetkin o la propia Luxemburg, donde la lucha contra el patriarcado se vincula a la clase y al capital. Ana Muiña rescata algunos artículos inéditos de Luxemburg, donde se afirma que las mujeres de las clases propietarias defenderán siempre fanáticamente la explotación de los trabajadores con el fin de recibir los medios para su existencia socialmente inútil<sup>110</sup>.

En suma, colectivos autodenominados de izquierda suscriben las posiciones nacionalistas de forma acrítica. Respaldan argumentos que sustituyen la clase y los derechos sociales, por los derechos territoriales y la opresión a un pueblo étnicamente definido o determinado a separarse de un Estado. Niegan el internacionalismo y confunden los intereses de empresas, asociaciones o incluso familias de las élites nacionalistas con los intereses de la mayoría. Parece como si significantes o batallas culturales sin impacto real en la vida de los ciudadanos, se hubieran apropiado de la acción política de una izquierda abrazada al tribalismo. Pudiera ser un reconocimiento tácito, por estos grupos, de que nada es ya posible, si trasciende o desafía los límites férreamente marcados por el modelo social, cultural y económico hegemónico.

Amartya Sen señaló que odiar no es tarea fácil; no obstante la fantástica idea de una identidad singular es algo muy exitoso que conlleva ver a una persona en términos exclusivamente de una de sus muchas

---

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ, J. C., *De qué hablamos cuando hablamos de marxismo*, Madrid, Akal, 2013.

<sup>110</sup> MUIÑA, A., *Rosa Luxemburg en la tormenta*, Madrid, La linterna sorda, 2019, p. 74.

identidades; se trata de «una operación mental profundamente burda y, a juzgar por su eficacia, parece algo realmente fácil de alimentar y de promover»<sup>111</sup>. Los seres humanos contamos con una extensa pluralidad de identidades, que nos hacen diversos, pero que al mismo tiempo nos unen. La cultura es un conjunto de recursos para el aprendizaje, no para la autojustificación<sup>112</sup>. Los que pretenden sacar partido de ello, tratan de encerrar en un par de rasgos que esencializan y construyen contra algo o alguien lo que conduce a la violencia. Precisamente, aquellos que dicen honrar la identidad, la reducen y limitan, desarrollando la manipulación de sentimientos frente a la deliberación racional y los argumentos. Habitamos un mundo donde las grandes empresas se encuentran en un proceso de concentraciones y fusiones que, de no haber una voluntad política clara, generará gigantes con una extraordinaria capacidad de control e influencia sobre la ciudadanía. No parece muy conveniente para la democracia, que los Estados donde rige la voluntad popular y el imperio de la ley se centrifuguen y conviertan en miniestados inermes, insolidarios y aislados. Más bien, la solución podría ser la contraria. La UE ha fracasado en un cometido que quizá nunca contempló, pero que hoy pudiera ser una opción plausible ante la necesidad de preservar derechos civiles, políticos y socioeconómicos. Es tiempo de reducir las fronteras.

Juan Marsé ha sido uno de los escritores catalanes, y por tanto españoles, más importantes del siglo xx. Ignorado por el nacionalismo y por las instituciones de su autonomía, siempre mantuvo su independencia y su compromiso social. En una entrevista<sup>113</sup> sintetizó su valoración del mismo de la siguiente forma: «el nacionalismo no ha causado más que odio, confrontación, burricie y desdicha (...) la lucha de clases no está en su agenda. El nacionalismo es la canción sentimental del soplagaitas».

## 5. CONCLUSIONES

¿Qué puede significar hoy en día ser independiente en un marco de relaciones globales donde coexisten Estados, organizaciones internacionales muy influyentes, grandes corporaciones y todo tipo de actores informales pero con una notable y decisiva presencia? ¿A quién podría interesar Estados pequeños y con escasa influencia sobre estos poderosos actores globales? La Cámara de Representantes de EEUU criticó en

<sup>111</sup> SEN, A., *Identidad y violencia. La ilusión del destino*, Madrid, Katz, 2007. Tomado de <http://www.radical.es/historico/informacion.php?iinfo=2585>

<sup>112</sup> JULLIEN, F., *La identidad cultural no existe*, Madrid, Taurus, 2017, p. 73.

<sup>113</sup> La entrevista tuvo lugar con motivo de su participación en el manifiesto «1-O, Estafa Antidemocrática», firmado por casi un millar de intelectuales y artistas de izquierdas, *vid.* <https://www.elcatalan.es/juan-marse-la-convivencia-las-libertades-democraticas-estan-ahora-peligro>

una investigación las tácticas monopolísticas de Amazon, Apple, Facebook y Google. No es la primera vez que una institución política advierte de este problema y, sin embargo, las recomendaciones que se realizan no encuentran la voluntad política que las lleve a efecto. Quizá, lo más novedoso de la noticia que tomamos de *The Washington Post* es la manera en la que se refiere a este conglomerado de corporaciones: behemoths<sup>114</sup>. Hobbes no parece haber sido olvidado.

Si algo puede aportar el materialismo histórico de Luxemburg es ser profundamente refractario a cualquier consideración que escape de procesos, análisis históricos y de condiciones materiales. Todo su pensamiento político pivota sobre la idea de que no existe un individuo separado de la sociedad; ni una sociedad en abstracto más allá de los procesos sociales y las relaciones de dominación. Desde esta perspectiva, nadie nace libre por naturaleza, ni los derechos son inherentes a las personas, ni existen comunidades más allá de los procesos y las relaciones de dominación. Luxemburg siempre se esforzará en realizar un análisis concreto de una realidad determinada con el fin de identificar problemas y soluciones. Si en lo que se refiere al pensamiento económico, su obra ha quedado en parte desfasada, su pensamiento político puede ser aun útil y enriquecer debates como el objeto de este estudio.

El derecho de las naciones a la autodeterminación, de forma genérica, no implica ninguna ventaja revolucionaria para los trabajadores, hoy compuesto por lo que se denominan clases bajas y medias, asalariadas y la mayoría de los autónomos. Justo al contrario. Las enfrenta y es un factor coadyuvante en el desarrollo y reproducción del capitalismo. Decía Luxemburg que la libertad nacional está totalmente subordinada a la del dominio de clase. Habitamos un contexto donde existe una trama, a veces nítida y en ocasiones difusa, de actores con niveles de influencia dispares, pero que pudieran socavar tanto derechos fundamentales, heredados de las revoluciones liberales, como hacer imposible cualquier mínimo atisbo de justicia social. Es el mismo mundo de paraísos fiscales, Estados que se prestan a cooperar en la evasión fiscal o de Estados que son intervenidos por entes supranacionales, donde se desafía la voluntad democrática de sus ciudadanos. Como decía un personaje de Cervantes, «siempre los ricos que dan en liberales hallan quien canonicen sus desafueros y califique por buenos sus malos gustos»<sup>115</sup>. Para Luxemburg, precisaríamos, por contra, de un internacionalismo que vertebral un proyecto común, que entienda que la satisfacción de las necesidades humanas requiere una libertad sin explotación. Un contexto que necesita de unidades políticas cada vez más grandes y más democráticamente fuertes para afrontar los retos planteados. Justo lo

---

<sup>114</sup> <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/10/06/amazon-apple-facebook-google-congress/>

<sup>115</sup> DE CERVANTES, M., *Novelas ejemplares*, Madrid, Espasa-Calpe, 1964, p. 116.

contrario de proyectos que incluyan Estados pequeños incapaces de afrontarlos, sino entidades que sean producto de la unidad de algunos. Es urgente repensar la teoría del Estado.

En lo referido al caso español, no hay motivos para el optimismo. Es evidente que todos los Estados constitucionales tienen problemas o disfunciones graves. Pero es insólito que un Estado deba afrontar una erosión sistemática e interna, financiada con sus propios presupuestos. El nacionalismo regional español ha invocado una particular y torticera comprensión de la democracia para socavar el Estado de Derecho<sup>116</sup>. Su discurso encuentra apoyos o comprensión en otras instancias de la administración, junto con una dejación de funciones por la administración central en casos de vulneraciones flagrantes de derechos fundamentales. Incluso, reflexiones que recomiendan una mayor centrifugación del Estado, lo que agudizaría el problema actual, gozan de gran aceptación. Un Estado sistemáticamente y continuamente sometido a la erosión de las instituciones desde el seno de las mismas –una suerte de carcinoma institucional– es difícilmente viable a largo plazo<sup>117</sup>. La crisis socioeconómica derivada de la sanitaria se interpretará como una nueva oportunidad de ruptura<sup>118</sup>.

En el documental *Hermanos y enemigos*<sup>119</sup> se narra la relación entre el serbio Divac y el croata Petrovic. Para los que amamos el baloncesto formaron uno de los mejores equipos de la historia. El documental narra sus éxitos y la forma en que su amistad se deterioró por la guerra civil. Yugoslavia pudo ser uno de los Estados más relevantes del continente, se suicidó en una guerra cuyas heridas permanecen aun abiertas, tanto económica como emocionalmente. Nadie en

<sup>116</sup> Los propios separatistas reconocen abiertamente que buscan las grietas que permitan hacer más débil a su propio Estado; *vid.* <https://elpais.com/espana/2020-10-10/elsa-artadi-buscamos-las-grietas-para-hacer-mas-debil-al-estado.html> El comportamiento es similar al que tuvieron con la II República española.

<sup>117</sup> Si el nacionalismo logra la secesión, España desaparecerá y sus territorios entrarán en un proceso de descomposición-balcanización que generará Estados pequeños y débiles, lo que presumiblemente hará inviable la implementación de derechos sociales como los conocidos. Para el reforzamiento de un capitalismo cada vez más extremo, la emergencia de Estados pequeños controlables o convertibles en paraísos fiscales es un paso en la buena dirección. Lo lógico sería optar por un Estado institucionalmente más sólido que proteja y amplíe derechos sociales, a la vez que se proyectan uniones entre Estados clásicos para generar «superestados» capaces de servir eficazmente las necesidades de la clase trabajadora. España no es un país con gran diversidad étnica, ni religiosa. Las tradiciones son semejantes, así como sus gentes. Pero a la vez es un país rico en lenguas, en tradiciones, arte y celebraciones. Todo ello debería unirnos para cooperar y resolver problemas reales.

<sup>118</sup> Un error de la transición fue no sacar consecuencias de la relación de la República con el nacionalismo. Se articuló un Estado autonómico con la voluntad de contentarlo, como pretendió Azaña. Un modelo estatal que muestra graves ineficiencias cuando se enfrenta a una realidad pandémica. El nacionalismo ha sido desleal en cuanto ha tenido las condiciones y la oportunidad. Entiende que cualquier transacción del gobierno central es una muestra de debilidad que debe ser explotada.

<sup>119</sup> *Hermanos y enemigos: Petrovic y Divac (Once brothers*, NBA Entertainment, 2010), en <https://www.filmaffinity.com/es/film746096.html>

la selección dedicó un segundo a hablar de su procedencia, pero fue ese detalle, al que nadie daba importancia, el que precisamente los dividió. Los políticos utilizaron el nacionalismo para nutrir sus ambiciones en el propicio contexto de un periodo de crisis económica y de incertidumbre. Es cierto que Yugoslavia arrastraba una historia conflictiva entre los territorios que la componían, pero no lo es menos que durante un periodo importante de años se habían superado y se había construido un Estado singular y diferenciado del resto del bloque soviético. Todo quedó destruido por el nacionalismo. Quizá podamos aprender algo. Nuestra selección nacional de baloncesto es la sucesora de esa generación gloriosa de jugadores<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Todas las páginas web con acceso a 9 de octubre de 2020.

El arte retórico: división funcional y aplicación  
a la retórica forense actual

*The rhetoric art: functional division and application  
to the present legal rhetoric*

Por ADOLFO J. SÁNCHEZ HIDALGO  
Universidad de Córdoba

**RESUMEN**

*El presente estudio tiene como finalidad destacar la complejidad del arte retórico, señalando cinco vías de desarrollo de mismo: técnica, didáctica, ciencia, ética y praxis dialéctica. Esta división funcional se intenta trasladar al ámbito de la retórica forense. En este sentido, se plantea el estudio de la retórica forense como técnica, didáctica, ciencia, ética y práctica dialéctica al tiempo que se presentan diversas propuestas teórico-filosóficas del derecho en consonancia con esta estructuración de la retórica jurídica.*

**Palabras clave:** *Retórica forense. Razonamiento jurídico. Teoría de la Argumentación jurídica. Jurisprudencia de la virtud. Humanismo cívico.*

**ABSTRACT**

*The present work aims to highlight the complexity of the rhetorical art, focusing five ways of development: technical, didactic, science, ethic and dialectical praxis. This functional division is been moved to the field of the legal rhetoric. In this sense, it will be offer the study of the legal rhetoric as a*

*technical, didactic, science, ethic and dialectical praxis, moreover it will be explain different proposals theoretical and philosophical about the Law according to this structuring of the legal rhetoric.*

*Keywords: Legal rhetoric. Legal reasoning. Theory of legal arguments. Virtue jurisprudence. Civic humanism.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. – II. LA RETÓRICA FORENSE: DIVISIÓN FUNCIONAL. 2.1 *Técnica retórica en el ejercicio de las profesiones jurídicas.* 2.2 *Retórica forense como disciplina docente.* 2.3 *La construcción dogmática y concepción epistemológica de la retórica forense.* 2.4 *Una aproximación ética a la retórica forense.* 2.5 *El proceso judicial: contexto dialéctico y confrontación retórica.* – III. CONCLUSIONES

**SUMMARY:** I. INTRODUCTION. – II. LEGAL RHETORIC: FUNCTIONAL DIVISION. 2.1. *Rhetoric skill in the practice of legal professions.* 2.2 *Legal Rhetoric as learning subject.* 2.3 *The conceptual construction and epistemological overview of the Legal Rhetoric.* 2.4 *An ethical approach to the Legal Rhetoric.* 2.5 *The judicial process: dialectical context and rhetoric competition.* III. CONCLUSIONS.

## I. PLANTEAMIENTO Y DIVISIÓN FUNCIONAL DE LA RETÓRICA

Solo el hombre posee la palabra y puede servir a los fines más elevados y a los más oscuros; puede expresar el bien o el mal, lo oportuno o lo dañino, lo justo o lo injusto, lo sagrado o lo profano, lo honorable y lo indigno, etc. A diferencia de la voz, que es un simple vehículo audible de emociones, la palabra contiene el *logos*, hábito de racionalidad y sabiduría que permite conocer de algún modo el cosmos, la naturaleza y nuestro acontecer<sup>1</sup>. Solo gracias al lenguaje le es posible al hombre un verdadero conocimiento, pensamos con palabras y éstas no son sino nuestros intentos de hacer nuestro (hacer cognoscible) el universo, someterlo al dictado de nuestra inteligencia y transmitirlo generacionalmente; es decir, legar esta sabiduría al eterno devenir. Allá donde se encuentre la sombra de la duda, de la inseguridad y de la incertidumbre aparecen la razón y la palabra en un esfuerzo trágico por ordenar y superar el desasosiego de la ignorancia, lo

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, *Obras, Política*, L. I, 2, 1253b), Aguilar, Madrid, 1982, p. 680.

inesperado o lo impredecible<sup>2</sup>. Pero, lo que se construye con palabras fácilmente puede destruirse también con palabras. Así, al igual que la palabra sirve como testimonio de la razón puede fácilmente desviar-nos hacia la perdición y la indignidad; únicamente el correcto dominio de la razón, el ejercicio fatigoso del estudio y el permanente anhelo de la sabiduría nos permitirán descubrir las sutiles diferencias entre las buenas y malas palabras<sup>3</sup>.

En la palabra se dan todas las dimensiones y utilidades del conocimiento; porque el conocimiento es lenguaje, sin duda. La palabra es un acto de descubrimiento, una vez alcanzado permite dotar de sentido y vislumbrar un nuevo horizonte. Como el alpinista ansía coronar la cima para gozar de una perspectiva desde la que superar los límites del valle y la estrechez de su coexistir; el hombre ansía obtener las palabras que le descubran nuevos e inconmensurables horizontes en los que aventurarse. Por ello, la palabra es también un acto de obtención. La palabra no se encuentra ahí, sin más, es necesario hacerse con ella, tomarla como propia y dejarla transformar nuestra particular representación del mundo<sup>4</sup>. Más, la palabra es un acto de comunicación, la exteriorización del conocimiento y su transmisión de manera aprehensible. Gracias a la palabra el hombre comparte de forma vivífica el conocimiento de lo justo, lo sagrado, lo saludable, lo bello y lo sublime, conocimientos que devienen como un acto social de participación y entrega generosa a los demás. El conocimiento se socializa y, por ello, se humaniza, alcanzando su perfección en su exteriorización o verbalización. Sin este acto comunicacional, sin la correcta elocución o su materialización sensible, no existe propiamente conocimiento; a todo lo más, ensoñaciones o *flatus vocis* en el vacío de la individualidad. Finalmente, la palabra en tanto conocimiento transmitido deja de pertenecernos, se aleja de nuestro artificio y se hace patrimonio común, de todos y de ninguno; un rico legado para los hombres y el porvenir. Memoria viva, en movimiento o en continuo proceso de actualización.

No es casualidad que la sabiduría clásica pretendiera encerrar el conocimiento retórico –o del lenguaje– en cinco partes: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *actio* y *memoria*. El proceso del comprender humano es esencialmente éste: descubrir, exteriorizar y perdurar; intelección, explicación y socialización<sup>5</sup>. La genialidad de la retórica clásica es ofrecer un acabado proceso de estructuración del conocimiento y, por ello, predicable a cualquier realidad humana. La retórica deviene, entonces, en el arte del lenguaje a través del que se

---

<sup>2</sup> MICHELSTAEDTER, C., *La persuasión y la retórica*, Universidad de Murcia, 1996, pp. 28-30.

<sup>3</sup> PLATÓN, *Obras completas, Fedro*, Aguilar, Madrid, 1979, pp. 878-884.

<sup>4</sup> MICHELSTAEDTER, C., *La persuasión y la retórica*, op. cit., pp. 35-42.

<sup>5</sup> ALBADALEJO, T., *Retórica*, Síntesis, Madrid, 1989, pp. 65-71.

manifiesta toda la potencialidad de la razón humana, así como de la condición social del hombre<sup>6</sup>.

Tradicionalmente, suele definirse la retórica como el arte de hablar bien o como el arte de la persuasión, en el primer caso, para primar la dimensión estética de la elocución en el estudio del lenguaje; en el segundo caso, para primar la dimensión racional o argumentativa inherente al acto lingüístico<sup>7</sup>. Pero, ni la elocución ni la argumentación agotan la complejidad del arte retórico, que como todo arte solo puede comprenderse dentro de un vasto horizonte de sentido: un contexto social e histórico concreto, una experiencia vital sublimada por medio del lenguaje, la figura del artista y su genialidad, el conjunto de instrumentos y técnicas de las que se vale, la herencia o el legado que le precede y frente al cual ha de posicionarse; o, finalmente, el particular *ordo amoris* que yace en sus palabras. Se propone, pues, un replanteamiento del estudio de la retórica: primero, como técnica o destreza; segundo, como sistema de enseñanza; tercero, como ciencia o disciplina dogmática; cuarto, como un particular sistema de moralidad; y, quinto, como práctica dialéctica<sup>8</sup>. Ahora bien, no debe descuidarse que la retórica es ante todo un arte, una práctica y, por ello, todos estos niveles de estudio son en manos del rétor cauces para el discurrir de su genio.

Un breve análisis histórico probaría hasta qué punto la civilización clásica comprendió la complejidad del arte retórico<sup>9</sup>. Sin embargo, progresivamente a lo largo de los siglos venideros se fue descomponiendo en otras disciplinas (lógica, gramática, literatura, etc.) y en una angosta preceptiva de carácter teórico, alejada del sereno estilismo y vitalidad del mundo grecorromano<sup>10</sup>. Quizás, como piensa Varga, la razón de esta historia menguante sean los cambios producidos en el lenguaje y, por tanto, en la arquitectura del conocimiento; con ocasión del tránsito de una civilización oral a una civilización escrita y de ésta a la civilización mediática o audiovisual de nuestros días<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Es lo que se ha denominado como retórica constructivista. *Vid.*, PUJANTE, D., «La construcción discursiva de la realidad en el marco de la retórica. La retórica constructivista», *Tonos digital: Revista de estudios filológicos*, núm. 34, 2018, p. 13.

<sup>7</sup> KIBÉDI VARGA, A., «La rhétorique et les arts», *Littérature*, núm. 149, 2008, p. 78.

<sup>8</sup> Esta categorización se basa en la obra del retórico estructuralista, BARTHES, R., *Investigaciones retóricas. La antigua retórica*, Ediciones Buenos Aires, Barcelona, 1982, pp. 9-10.

<sup>9</sup> NIETZSCHE, F., *Escritos sobre Retórica*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 81-162.

<sup>10</sup> GENETTE, G., *Figures*, III. La rhétorique restreinte, Seuil, París, 1972.

<sup>11</sup> KIBÉDI VARGA, A., «Universalité et limites de la rhétorique», *Rhetorica*, Vol. XVIII, núm. 1, 2000, pp. 4-16.

## II. LA RETÓRICA FORENSE: DIVISIÓN FUNCIONAL

De acuerdo con la hipótesis trazada se propone una división funcional de la retórica forense con arreglo a las cinco formas de comprensión del arte retórico: a) técnica, b) pedagogía, c) dogmática o ciencia teórica, d) ética, y e) práctica dialéctica. En su vertiente técnica la retórica forense debe ocuparse de explicar el uso retórico (argumentativo-persuasivo) de los diferentes instrumentos de la práctica jurídica. Como proyecto pedagógico la retórica forense muestra la necesidad de una adecuada formación lingüística del jurista (escrita y oral), que estimule el ingenio, ordene la narración, mejore su elocución, perfeccione su memoria y, en suma, someta las pasiones al genio de la razón. Como disciplina dogmática o ciencia teórica, no cabe duda de que la retórica forense puede verse enriquecida por la Filosofía del derecho, especialmente, las corrientes filosóficas nacidas del análisis del lenguaje: hermenéutica y analítica. Ahora bien, también contribuirían a una mejor teorización o comprensión epistemológica de la retórica forense la Teoría de la Argumentación, hoy muy difundida entre los juristas. La retórica forense también debe tener una sólida raigambre ética y debe proporcionarse al jurista un modelo ético o de virtud desde el cual encauzar su actividad e ingenio, a este efecto el recientemente denominado giro aretaico pudiera ser de gran ayuda. Finalmente, la retórica forense no puede ser ajena a la múltiple variedad de procesos contradictorios en los que se realiza o determina el derecho, su distinta naturaleza y finalidad; pues, todo proceso jurídico posee una dimensión dialéctica y un dinamismo retórico, sin el cual no podría comprenderse.

### 2.1 Técnica retórica en el ejercicio de las profesiones jurídicas

Se ha considerado por saber técnico aquel conocimiento referido al uso de las herramientas propias de un oficio o quehacer determinado. Este conocimiento se dirige primordialmente al proceso de ejecución de una operación y al instrumental necesario para la misma. Resulta difícil explicar el detalle del proceso y sus instrumentos sin especificar cuál es la actividad del jurista, es decir, en qué consiste la praxis jurídica. Cabe adelantar, en este punto, que se puede hablar de una praxis genérica consistente en la toma de decisiones y una gran variedad de acciones particulares o concretas relacionadas con esta toma de posición. El legislador, el juez, el notario, el órgano administrativo y sus funcionarios, el abogado y cualquier otro operador jurídico toman decisiones relativas a su particular ámbito profesional, la diferencia entre unos y otros es el proceso en virtud del cual deben llegar a la decisión, las herramientas a su disposición y la finalidad que ordena sus acciones. Entre estos elementos, debe excluirse el estudio de los fines porque excede del dominio de la técnica y responde mejor a un conocimiento filosófico del derecho.

El repertorio de herramientas al servicio del jurista y su actividad es igualmente abrumador en su variedad, corresponde a la ciencia del derecho la clasificación y ordenación racional de esta gran variedad instrumental. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, lo importante es proporcionar el conocimiento necesario para su uso. Siendo así, se puede afirmar que se trata de un saber especializado que requiere de un estudio y práctica previa, que no se pierde en la abstracción y la generalidad propias del conocimiento científico y filosófico, sino que es particular y casuístico<sup>12</sup>. Efectivamente el uso de estos instrumentos en el quehacer particular de los juristas consiste en su aplicación a las circunstancias concretas de la vida, es decir, romper la frontera entre la abstracción de los textos jurídicos y la realidad de los hechos. Sin embargo, esta operación intelectual no se trata de una operación mecánica o lógica<sup>13</sup>, sino más bien de una labor argumentativa<sup>14</sup>. De este modo, puede decirse que la técnica forense consiste en una argumentación acerca de las normas y los hechos y para evitar los peligros de una retórica meramente persuasiva, es necesario ordenar racionalmente los procesos de argumentación jurídica. Esta es una de las grandes misiones a desempeñar por la Filosofía del derecho, que ha de intentar someter esta retórica a las reglas del buen juicio y lo razonable; sin perjuicio, de proporcionar una visión teleológica que ordene esta actividad a su finalidad intrínseca, el hallazgo de lo justo<sup>15</sup>. A tal efecto, el escrupuloso respeto a la naturaleza dialéctica del proceso judicial tiene una importancia decisiva.

Desde un planteamiento estrictamente técnico, no todo jurista; pero, sí todo actor del foro judicial (abogados<sup>16</sup>, fiscales, jueces y magistrados principalmente) debe poseer una adecuada instrucción en el uso y construcción de los argumentos, una oratoria cuidada, la sagacidad nacida de la experiencia y, por supuesto, el conocimiento acerca de las normas, instituciones y las especialidades del razonamiento jurídico (la analogía, la equidad y una razón natural o un educado sentimiento de lo justo<sup>17</sup>).

<sup>12</sup> MEDINA MORALES, D., *Temática filosófico jurídica*, Adhara, Granada, 1993, p. 79.

<sup>13</sup> Se ha pretendido reducir la interpretación jurídica a la aplicación lógica de la norma, olvidando que la lógica no es la última palabra en racionalidad y, aún, en su limitada racionalidad, la inferencia lógica solo es eficaz cuando se aplica a conceptos absolutamente determinados, lo cual, solo ocurre en lenguajes formalizados como las matemáticas o la lógica formal. *Vid.*, FIGA FAURA, L., *Lógica, tópicos y razonamiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1993, p. 15.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 22-23.

<sup>15</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, T. II, Vol. II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2003, p. 1687.

<sup>16</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «La profesión elocuente», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 52, 2015, p. 7. «El perfecto abogado debe reunir cinco características positivas, que son: experto en jurisprudencia (*praeditus iurisprudentiua*), versado en el foro (*versatus negotii*), modesto (*modestus*), verídico (*verax in sermone*), prudente, sagaz y cauto (*prudens, sagax et cautis*).

<sup>17</sup> Aunque la analogía y la equidad puedan considerarse como formas concretas de argumentación jurídica, prefiero considerarlas, junto a la *ratio naturalis* o sentido

Quizás pueda resultar optimista y en exceso bienintencionado; pero, aunque el anhelo de excelencia suele parecer irrealizable, no deja de ser inspirador. En aras de esta excelencia o virtuosismo, el jurista profesional del foro para alcanzar un verdadero dominio técnico del multiforme instrumental jurídico debe tener una profunda formación teórica y práctica que no se limita al estudio de las normas, sino que comprende el aprendizaje de los medios de argumentación, la educación de la voz y el gesto, el dominio del lenguaje, capacidad de improvisación, la profundidad del filósofo, memoria erudita, carácter reflexivo y capacidad discursiva<sup>18</sup>. Aquí puede ser útil recuperar la vertebración de la retórica clásica en cinco partes: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *actio* y memoria. El retor jurídico debe poseer los conocimientos necesarios para encontrar los argumentos con los que construir su estrategia procesal y llenarlos de sentido (*inventio*), debe estructurar adecuadamente su argumentación con arreglo a esta estrategia y a la naturaleza del proceso o actuación procesal en curso (*dispositio*), debe presentar estos argumentos con un lenguaje comprensible y elocuente para facilitar la persuasión (*elocutio*), debe vivificar con su voz y gesto ante el foro la argumentación (*actio*) y para todo ello es imprescindible una trabajada memoria<sup>19</sup>. Tan solo, reiterar nuevamente que la argumentación jurídica no solo es referida al sentido atribuible a las normas; sino, principalmente, a la fijación de los hechos controvertidos y ello exige, más allá de una *subtilitas intelligendi*, una acción probatoria o demostrativa que sustente fácticamente el discurso jurídico<sup>20</sup>.

## 2.2 Retórica forense como disciplina docente

Veinte siglos después de la obra de Quintiliano, debe reconocerse que aún hoy sigue siendo el paradigma de la enseñanza retórica y el plan de aprendizaje mejor trazado. El programa del maestro de Calahorra comprendía una compleja oferta formativa que abarcaba la instrucción en gramática, retórica, filosofía, historia, leyes y ética. Además, la enseñanza se practicaba en sus dos dimensiones tanto teórica como práctica; pues el objetivo final de esta formación era la plena capacitación del alumno como rétor u orador ejerciente y, no resulta casual, que

---

de lo justo, modos del razonamiento jurídico dada su relevancia tanto en la ciencia jurídica como en la práctica ordinaria.

<sup>18</sup> Una formación de este tipo era la que se contempla en la obra, *vid.*, HERNÁNDEZ GIL, A., *El abogado y el razonamiento jurídico*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1975, pp. 11-33.

<sup>19</sup> MARIMÓN LLORCA, C., «De la *actio* oratoria a la gestualidad medieval. El triunfo del dominio cuerpo como marco para la expresión poética», *Revista de Literatura medieval*, núm. 27, 2015, pp. 150-152.

<sup>20</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, P., «Carpintería de la sentencia penal en materia de hechos», *Cuadernos del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pp. 392-428.

el modelo profesional que le sirve de paradigma sea el de abogado<sup>21</sup>. La enseñanza de la retórica forense no tiene que perseguir objetivos tan ambiciosos como la formación humanista integral trazada por Quintiliano. Claro que, aunque fuera suficiente con perseguir objetivos más humildes; si se tiene en cuenta la deshumanización de la enseñanza, a consecuencia de la revolución tecnológica del presente siglo, esta formación humanista también se hace igualmente necesaria<sup>22</sup>.

En este sentido un requisito previo a toda formación en retórica forense, si pretende ser rigurosa, pasa por recuperar la importancia de las humanidades en la enseñanza del derecho. Esto es, reforzar académicamente la valía y utilidad de disciplinas que forman parte del sustrato intelectual de todo jurista y que, sin embargo, cada vez parecen merecer menos atención en los planes de estudios, asignaturas como por ejemplo: Filosofía del derecho, Historia del derecho, derecho romano y la hoy prácticamente extinta derecho canónico. Estas asignaturas proporcionan conocimientos que, por encima de la técnica jurídica, educan el razonamiento jurídico mediante la reflexión sapiencial, la experiencia histórica, el aprendizaje de las primeras categorizaciones dogmáticas y del carácter ritual del derecho.

No en vano, conviene recordar que la primera gran sistematización del derecho romano, como del derecho canónico; el *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici* son la exteriorización más notoria del triunfo de las escuelas de artes liberales y primeras universidades, instituciones donde la retórica ocupaba un lugar central en su programa formativo (*Trivium*: gramática, retórica y dialéctica). Las glosas, brocardos, comentarios, exégesis, reglas, definiciones e instituciones de las que se componen estos textos históricos son la prueba más fehaciente de la profunda formación retórica de los juristas medievales. Por otro lado, no cabe duda de que una miríada visión de la historia del derecho proporcionará un conocimiento crítico insoslayable para el ejercicio profesional; pero, también, el conocimiento empírico de siglos de civilización jurídica, desde el que comprender nuestras instituciones jurídicas y la fuerza del tiempo en las mismas. Una adecuada formación iusfilosófica no solo debe enseñar las distintas escuelas del pensamiento jurídico con sus aciertos, vacilaciones y posibles errores; además, ayudará al jurista a posicionarse respecto a los grandes dilemas del derecho y a no conformarse con explicaciones meramente dogmáticas, tópicos o simplistas. Cuestión aparte, la reflexión filosófica puede proporcionar el fundamento último de la ciencia jurídica y de los fines inherentes al derecho; en definitiva, la brújula desde la que orientar la formación, desarrollo y plenitud de un eximio jurista.

---

<sup>21</sup> PUJANTE, D., «El abogado orador como emisor complejo: una propuesta de Quintiliano con problemática proyección en el siglo XXI», *Revista de Investigación Lingüística*, Vol. VIII, 2005, p. 166.

<sup>22</sup> PUJANTE, D., «El lugar de la retórica en la enseñanza actual», *Revista de Retórica y teoría de la comunicación*, núm. 2, 2002, p. 147.

Sentadas las bases intelectuales y humanistas para una completa formación retórica, ésta exige un dominio completo del lenguaje, ya sea como medio de comunicación (expresión) o como medio de persuasión (convicción). En el primer caso, se trata de una formación adecuada en gramática y en el segundo caso, una formación en técnica-retórica. Por supuesto, al igual que en la civilización grecorromana no puede prescindirse del método ejemplar, esto es, la enseñanza y emulación de los grandes maestros de la retórica forense y, a este fin, la constante lectura y la seria imitación son los mejores modos de alcanzarlos. Pero, igualmente, se hace necesario una estructuración teórica de las enseñanzas o, de otro modo, una tratadística que recoja, ordene, sistematice y desarrolle el saber teórico acerca de la retórica forense. En este sentido, no debe presuponerse la formación lingüística y gramatical del jurista y siempre que haya ocasión deberá incidirse en la corrección formal y reglada del lenguaje. Más aún, siempre que sea posible deberán ofrecerse autores o modelos ejemplares en el uso del lenguaje jurídico a fin de mejorar la redacción y composición del discurso jurídico.

En cambio, una formación estrictamente de naturaleza técnica-retórica debe versar sobre un complejo horizonte de herramientas jurídicas y categorías conceptuales, entre ellas: el estudio teórico de las distintas estrategias procesales, formas o modelos de argumentación, tipos de argumentos, tipos de falacias, tópicos, lugares comunes, ejemplos, conceptos, definiciones, máximas de experiencia, axiomas, principios ético-jurídicos, principios generales y particulares del derecho, etc. Todo ello, siempre acompañado del ejemplo vivífico del abogado experto en el foro y, en especial, de aquellos ilustres juristas dignos de imitación<sup>23</sup>. Además, debe introducirse al alumno en los diferentes modos de disputa en el derecho, la naturaleza de cada procedimiento y sus reglas características (excepciones, limitaciones, requisitos, etc). El alumno deberá aprender, igualmente, a componer o redactar toda clase de documentación jurídica, a desenvolverse con facilidad en los distintos tipos de procesos y a respetar la ritualidad de todo acto jurídico. Aún no es bastante, el jurista debe familiarizarse con la oratoria y la gran exigencia intelectual que ella comporta, es decir, debe aprender a dominar la voz (modular, articular y vocalizar correctamente), el gesto, el tiempo, el silencio, estilo, indumentaria, memoria, el público y todas las sutilezas propias del orador, con naturalidad y segura facilidad. El orador experto es quien domina todas estas destrezas y sabe percatarse de todas las circunstancias posibles para usarlas a su favor<sup>24</sup>.

Además, el alumno deberá adquirir y dominar una vez concluida su enseñanza toda una serie de cualidades morales e intelectuales claves para el buen uso de la retórica forense. Entre las cualidades

---

<sup>23</sup> MUÑOZ MACHADO, S., «La profesión elocuente», *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>24</sup> ORTEGA Y GASSET, J. A., *Obras Completas. Vejamen de un Orador*, T. I., Alianza Editorial, 1983, pp. 561-564.

morales recogía Sainz de Andino las siguientes: a) la probidad o rectitud moral necesaria para infundir confianza; b) veracidad en las expresiones y en las emociones; c) desinterés en las causas particulares y en los emolumentos; d) firmeza de carácter y amor a la justicia, lo que le permitirá resistir las desventuras y fatigas de la profesión forense<sup>25</sup>. Entre las virtudes intelectuales más destacadas, señalaba Majada: a) una voluntad firme y decidida para el cultivo constante de la oratoria; b) serenidad de ánimo que le capacite para enfrentar cualquier desafío o exigencia retórica; c) una memoria rápida y ágil para la actuación en el foro; y d) una imaginación elocuente para mover el espíritu y despertar la atención de los jueces y demás actores presentes en el foro<sup>26</sup>.

Un programa docente de esta extensión requiere obviamente de un profesor cuya *auctoritas* reconocida sirva asimismo de modelo al alumnado. La sabiduría, el buen hacer y la ética del profesor son esenciales para el buen éxito de este modelo de enseñanza. El profesor es el guardián de una tradición intelectual que le precede y, a la cual, debe una humilde sumisión; pero, también, es un actor social del conocimiento y, por tanto, debe entregar este conjunto de conocimientos al alumno de un modo crítico, actualizado a la realidad de su tiempo y a las circunstancias de su comunidad. El profesor debe huir tanto del dogmatismo como del nihilismo, ha de saber que la docencia es un acto de solidaridad y sacrificio a través del cual el conocimiento se pone al servicio de la comunidad. Su autoridad reconocida o su trayectoria científica no le eximen de dar cumplimiento a esta misión ética de la enseñanza. Dicho lo cual, debe señalarse que tampoco debe abandonarse al servilismo del alumnado, a la democratización del saber o a la adulación mentirosa de la ignorancia<sup>27</sup>. El profesor tiene una posición de superioridad respecto al alumno que no necesita exhibirse; pero, tampoco necesita de una continua justificación frente al alumnado. El verdadero conocimiento suele ser el resultado de un fatigoso proceso de estudio y reflexión, inicialmente, individual y, con posterioridad, expuesto críticamente en un contexto social de iguales en saber. Rara vez, el conocimiento se deja atrapar por el acuerdo de voluntades o por la votación ignorante de la papeleta o la mano alzada. Por último, el objetivo del profesor no es la hueria persuasión emotiva, su misión no es vencer los corazones de sus alumnos; sino su ignorancia, introducirles en la vía del estudio por la sola fuerza o atracción del saber. La utilidad real del aprendizaje y de la Universidad no es el empleo para el que nos capacita; antes bien, la persona en la que nos transforma el camino recorrido y la sabiduría nunca alcanzada.

---

<sup>25</sup> SAINZ DE ANDINO, P., *Elementos de elocuencia forense*, Sociedad de Operarios de Imprenta, Madrid, 1847, pp. 13-17.

<sup>26</sup> MAJADA, A., *Oratoria forense*, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 144-155.

<sup>27</sup> AMORÓS AZPILICUETA, J. J., «Exaltación del fracaso», *Derecho y opinión*, núm. 0, 1992, pp. 203-208.

### **2.3 La construcción dogmática y concepción epistemológica de la retórica forense**

Una posible vía de acceso a la complejidad del arte retórico consiste en su teorización dogmática y su conceptualización científica. En este sentido, debe desarrollarse primariamente un sistema didáctico-expositivo que tiene por objeto la clasificación, ordenación y explicación de las diferentes herramientas de retórica forense. La finalidad última de esta sistematización es la ordenación racional de la técnica retórica forense, mostrando la enorme variedad de instrumentos al servicio de la práctica en el foro judicial, su naturaleza y su utilidad retórica. Se trata de una labor de categorización dogmática, que trata de clasificar y definir este conjunto de instrumentos para facilitar la práctica. Esta primera sistematización tiene, en consecuencia, una vocación práctica innegable y su suerte se hace depender precisamente de esta utilidad. No se limita a describir este hacer o reducirlo a enunciados formales; sino que, realmente, tiene una misión constructiva-propositiva en el sentido de que contribuye a poner en práctica el derecho, ordenando racionalmente la técnica jurídica.

De acuerdo con este proyecto de racionalización de la técnica forense, la conceptualización y categorización de la retórica tiene como obligación individualizar, definir, explicar la naturaleza y potencialidad de cada instrumento retórico. En ocasiones, se tratará de una aproximación netamente filológica, aunque por lo general se tratará de analizar las diferentes modalidades de argumentación y sus instrumentos. Por supuesto que podría proyectarse la idea de una filología jurídica aplicada a las figuras retóricas o tropos y morfismos con presencia en el lenguaje jurídico; pero, de otro modo, no habría gran diferencia entre estas figuras elocutivas más allá de su diferente contextualización. En cambio, sí que se hace absolutamente necesario desarrollar una visión teórica de la práctica jurídica que permita individualizar las diferentes técnicas y tipos de argumentación presentes en el derecho; así como el conjunto de elementos al servicio de la praxis.

Esta sistematización de carácter teórico y con una funcionalidad marcadamente didáctica tendrá por objeto: a) clases de argumentación (formal, material y pragmática), b) tipos de argumentos (necesarios, de experiencia y probables), c) tónica jurídica (definiciones y conceptos jurídicos, instituciones jurídicas, relaciones jurídicas, criterios de interpretación, ficciones y presunciones), d) máximas de experiencia jurídica, e) principios jurídicos (éticos, históricos, generales y particulares), f) lugares comunes (jerarquía normativa, irretroactividad, especialidad, coherencia, plenitud, seguridad jurídica, legalidad, validez de las normas), e) axiomas jurídicos, pautas de valor, derechos humanos y garantías jurídicas básicas, f) medios de intelección jurídica (deducción, inducción, tipos reales e ideales, abstracción integrativa, categorías o universales, subsunción, analogía y equidad), g) elemen-

tos preformativos del derecho (naturaleza de las cosas, pluralismo cultural, estructura política, la idea de nación, patria y tradiciones, sistema de fuentes normativas, separación o equilibrio entre poderes, órganos y cuerpos sociales intermedios), h) la variedad de elementos normativos (leyes, decretos, reglamentos, sentencias, negocios jurídicos, jurisprudencia legal, jurisprudencia constitucional, normas comunitarias, tratados, etc), i) fines del derecho (bien común, la idea de Justicia, el derecho justo, lo justo individual, lo justo por naturaleza, lo justo legal, la paz social, etc).

Ahora bien, esta construcción didáctica de la técnica forense debe encuadrarse dentro de una perspectiva científica o epistemológica, que proporcione unas bases sólidas y desde la que cobre pleno sentido. Siendo así, parece que la Teoría de la Argumentación ha alcanzado en gran medida estos objetivos<sup>28</sup>. Luis Vega ha clasificado las teorías de la argumentación en tres direcciones: una argumentación de carácter lógico centrada en el análisis de la validez y fundamentos de las aserciones; una argumentación de carácter dialéctico construida a tenor de las reglas de confrontación y la relación de oposición; y una argumentación de carácter retórico más preocupada de los contextos retóricos, auditorios, orador y las estrategias de persuasión<sup>29</sup>. Entre los teóricos de la argumentación ha tenido éxito en el campo del Derecho la teoría de Chäim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, quienes se situarían en esta última dirección con su conocida obra *Traité de l'argumentation*<sup>30</sup>. Estos autores hacen de la idea de auditorio universal el último fundamento gnoseológico de su teoría de la persuasión<sup>31</sup>, la que, sin embargo, parece quedar reducida a la constatación y adhesión a unos valores o convicciones sociales e históricas, no discutibles<sup>32</sup>. Una posible explicación ha sido apuntada por García Amado, cuando concluye que la idea de auditorio universal, entendida con exactitud, es una ficción, «una pura construcción ideal, de una idea regulativa a la que tendencialmente se acercarán ciertas elaboraciones argumentativas en razón del grado de generalidad con que sus premisas se formulen y sin que el supuesto acuerdo universal del que serían susceptibles pueda manifestarse en ninguna forma de consenso efectivamente mesurable<sup>33</sup>». La consecuencia necesaria será que la argu-

<sup>28</sup> VEGA REÑÓN L., OLMOS GÓMEZ, P., *Compendio de Lógica, argumentación y retórica*, Trotta, 2012, pp. 55-67.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>30</sup> PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université de Bruxelles, 3.<sup>a</sup> ed., 1976.

<sup>31</sup> PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L., *Rhetorique et Philosophie*, Puf, París, 1952, pp. 128-131.

<sup>32</sup> MANASSERO, MARÍA., *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chäim Perelman*, Eunsa, Pamplona, 2001, pp. 96-103.

<sup>33</sup> GARCÍA AMADO, J. A., «Retórica, argumentación y derecho», *Isegoría*, núm. 21, 1999, p. 142.

mentación, al igual que la idea de auditorio universal sobre la que se proyecta, será fundamentalmente irracional<sup>34</sup>.

En otro orden, debe destacarse la teorización de Manuel Atienza puesto que permite conciliar las diferentes propuestas o métodos de argumentación y las incardina en unos parámetros comunes de evaluación epistemológica<sup>35</sup>. Atienza ha clasificado estas diferentes propuestas del método argumentativo en las siguientes variantes: a) una concepción formal de la argumentación que propone la lógica deontica como método de justificación de las decisiones jurídicas; b) una concepción material que defiende la necesidad de aportar criterios sustantivos o de contenido para justificar las decisiones jurídicas; y c) una concepción pragmática que defiende la tesis de que toda decisión aceptable socialmente se justifica por sí misma<sup>36</sup>. Para este autor, cada una de estas concepciones está íntimamente relacionada con la defensa de un valor esencial del derecho y, en este sentido, se trata de posiciones perfectamente complementarias. Así, la visión formal de la argumentación tiene como finalidad la preservación de la certeza jurídica, la perspectiva material se orienta a la garantía de verdad y justicia en el derecho y la concepción pragmática tiene como meta la aceptación social y el consenso de las decisiones jurídicas<sup>37</sup>. De este modo, Atienza adquiere una visión completa de la argumentación jurídica, que para él es sinónimo de razonamiento jurídico y, en consecuencia, abarca tanto la comprensión lógico-formal del derecho, su sentido material y su naturaleza pragmática (sea entendida retóricamente como dialécticamente). Esta teoría completa de la argumentación le permite hacer valer todas las reflexiones teóricas acerca del modo de razonar de los juristas, tanto las de índole estrictamente formal o lógicas (Von Wright, Alchourrón y Bulygin), las objetivistas o materiales (Recasens Siches y Viehweg), las pragmatistas (Perelman y Toulmin), así como las teorizaciones más recientes de McCormick y Alexy<sup>38</sup>.

Más allá de la incardinación teórica doctrinal de la propuesta de Atienza, debe destacarse su modelo de evaluación de los argumentos, ya anticipada al respecto de las decisiones judiciales, que se concreta en la adecuación de la argumentación a los siguientes criterios: universalidad, coherencia y razonabilidad<sup>39</sup>. La universalidad sería la necesaria evaluación lógica del argumento y exige probar la relación de nece-

---

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Cómo evaluar argumentaciones judiciales», *Dianoia*, núm. 67, 2011, pp. 116-133.

<sup>36</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de Argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 110-112.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>38</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Razonamiento jurídico», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 91, 3, 2014, pp. 422-423.

<sup>39</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Cómo evaluar argumentaciones judiciales», *op. cit.*, pp. 122-133.

sidad o inferencial entre el supuesto fáctico del caso y el contemplado en la norma, con arreglo a la idea de justicia formal (lo igual debe ser tratado igual)<sup>40</sup>. La coherencia supone la evaluación material del argumento tanto en su dimensión fáctica como normativa, es decir, evaluar la corrección de la subsunción<sup>41</sup> normativa del hecho enjuiciado y la corrección de la abducción, es decir el razonamiento probatorio y narrativo de los hechos<sup>42</sup>. La razonabilidad, por último, es un criterio de naturaleza pragmática y se traduce en la adecuación de la argumentación a las reglas del discurso racional y a su aceptabilidad, de acuerdo con los lugares comunes de la comunidad jurídica y con arreglo al juicio de un auditorio universal o una comunidad ideal-racional<sup>43</sup>. Conviene precisar algo más este último criterio de razonabilidad, pues para Atienza supone de un lado la aplicación del principio de proporcionalidad de Alexy (idoneidad, necesidad y ponderación) pero moderado por unas mínimas exigencias de consenso. No obstante, Atienza evita desembocar en tesis formalistas y modera estas nociones de consenso con consideraciones netamente objetivistas como la idea de moral social y moral justificada<sup>44</sup>, lo cual ha denominado tesis de la supremacía de la moral<sup>45</sup>. Precisamente, este criterio de razonabilidad y corrección moral de la argumentación hacen posible una reflexión ética más profunda acerca de la retórica forense, que en el autor escogido exige un mayor desarrollo; pero que, en otros autores, ha adquirido carta de naturaleza y se viene conociendo como Jurisprudencia de la Virtud o teoría aretaica de la argumentación jurídica<sup>46</sup>.

## 2.4 Una aproximación ética de la retórica forense

La retórica forense no puede ser ajena a una reflexión ética sobre los fines que le son propios y las cualidades éticas y morales de los profesionales jurídicos, muy sintéticamente pueden ofrecerse cuatro modelos de ética forense: a) una concepción escéptica o nihilista de la técnica forense; b) una consideración utilitarista; c) una visión idealista o deontológica; y d) una teoría prudencial o virtuosa de la retórica forense. Desde luego que detrás de cada una de estas modalidades de

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>41</sup> Esta subsunción no se trata de una operación lógico-formal, sino que tiene en cuenta las elaboraciones científicas y doctrinales acerca del sentido de la norma o principio y por ello trasciende lo que sería una mera operación lógica; porque supone una consideración sistemática y objetiva del sentido de la norma. *Ibidem*, p. 124.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 131-133.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 127-130.

<sup>45</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Sobre constitucionalismo, positivismo y iusnaturalismo», *Teoría Política*, I, 2011, p. 145. «En realidad es otra manera de decir que, en el derecho, el elemento valorativo tiene primacía sobre el autoritativo».

<sup>46</sup> MASSINI CORREAS, C. I., recensión a la obra *Virtue Jurisprudence, Persona y Derecho*, núm. 67, 2012, p. 538.

conocimiento ético se traslucen observaciones agudas y críticas de la práctica real de los juristas en el foro; sin embargo, no es posible mantener equidistancia entre estas posiciones, pues en gran medida son excluyentes o insuficientes.

La posición escéptica sería la característica del positivismo normativo de Kelsen, quien no discute, en absoluto, la importancia de la moral o los valores éticos en la toma de decisiones jurídicas. Ahora bien, Kelsen abiertamente niega la posibilidad de un conocimiento científico acerca de estos imponderables éticos y por tanto rechaza su funcionalidad en una concepción pura del derecho y de la juridicidad<sup>47</sup>. La posición de Kelsen al respecto del proceso de aplicación de las normas jurídicas sería realmente la de un decisionismo, únicamente delimitado por el margen de posibilidades abierto por el texto normativo. Dicho de otro modo, la decisión jurídica sería válida y por tanto desplegaría sus efectos propios, siempre que pudiera encuadrarse dentro del supuesto de hecho de la norma y su predicado jurídico (las consecuencias atribuidas)<sup>48</sup>. En definitiva, Kelsen prescinde de la reflexión acerca de las razones reales y subjetivas de la decisión jurídica y prefiere ocuparse de las condiciones formales de su validez. Pero, he aquí lo importante, esta posición es la consecuencia de su consciente escepticismo respecto al problema moral en el derecho<sup>49</sup>. La ventaja de esta posición epistemológica es que ha contribuido a dibujar los límites de la interacción entre derecho y moral. Sin embargo, hoy es prácticamente unánime la consideración de que es imposible una separación rígida entre moral y decisiones jurídicas, de modo que el análisis de la decisión exige atender a criterios extrajurídicos o éticos.

---

<sup>47</sup> ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Elementos de Teoría Comunicacional del Derecho*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 856.

<sup>48</sup> KELSEN, H., *La Teoría Pura del Derecho*, 2.ª ed., Universidad Autónoma de México, 1983, p. 354. Se afirma que la posición de Kelsen, al respecto de la aplicación del derecho, se trata de un decisionismo porque en su planteamiento únicamente parece tener relevancia la relación lógica causal que une supuesto de hecho (H) y consecuencia jurídica (S), con arreglo a la siguiente fórmula si es H debe ser S. El problema es que se trata de una fórmula vacía porque lo realmente importante será determinar las razones y procesos en virtud de los cuales se llega al convencimiento sobre los hechos acaecidos y su traslación normativa, así como la oportunidad o justicia de su sanción. Al descuidarse en su reflexión estas razones y el proceso dialéctico en virtud del cual se establecen los hechos o se discute la interpretación de las normas; la decisión judicial o la aplicación de las normas queda reducida a un acto de voluntad, únicamente limitada por el respeto a la lógica causal propia de la norma jurídica. De acuerdo con este planteamiento, solo sería posible reconducir, en términos de racionalidad práctica, este decisionismo mediante una legislación minuciosa que contemplase todas las posibilidades o particularidades del hecho que se legisla; pero esto es realmente difícil dada la natural generalidad de los enunciados normativos y la misma naturaleza del supuesto de hecho, esto es, un tipo general que necesita de su concreción individual.

<sup>49</sup> GEORGE, R. P., «Kelsen y Santo Tomás sobre la doctrina de la Ley natural», *Persona y Derecho*, núm. 42, 2000, p. 77.

En una línea menos moderada se encuentra la realidad judicial criticada por los autores del realismo jurídico norteamericano o *Critical Legal Studies*, quienes vienen a afirmar el relativismo y, consecuentemente el nihilismo, de las decisiones judiciales. En efecto, para estos realistas los jueces se encuentran prácticamente libres de toda sujeción al texto de las normas, sus valores o incluso de la sujeción a los hechos enjuiciables<sup>50</sup>. La argumentación judicial puede hacer lo que quiera con las normas, las pruebas, los hechos y los valores dominantes en la comunidad jurídica. La autoridad que se le confiere al juez en el proceso judicial es de tal envergadura que puede desdibujar los límites legales y racionales acerca de la interpretación de las normas, la fuerza del precedente o la propia configuración de los hechos del caso<sup>51</sup>. El realismo jurídico norteamericano denuncia una suerte de positivismo judicial, que ocultaría una ideología autoritaria en la que el juez es el último poseedor del derecho. De acuerdo con esta descripción de la realidad es claro que para los profesionales del foro la retórica se convierte en un ejercicio de cinismo o nihilismo ético que, únicamente, busca la persuasión, la adulación y la seducción de los jueces como guardianes omniscientes del derecho. La ventaja de esta pseudo-ética es la denuncia o crítica a una visión judicialista del derecho que entroniza la figura del juez y descuida al resto de operadores jurídicos, los límites legales y garantías procesales de los sujetos jurídicos y los valores a realizar por el derecho.

La retórica forense, en cambio, puede comprenderse éticamente de modos diversos, toda vez que se afirme su carácter moral o, al menos, su orientación a unos principios éticos insoslayables. Desde el momento en que se concibe el razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento práctico (dirigido a la acción) necesariamente se abre el campo de la reflexión ética; porque la acción (humana) solo es cognoscible en la medida en que persigue fines, valores o bienes y la reflexión acerca de éstos es, inexorablemente, ética. No obstante, el conocimiento ético acerca de los valores o fines de la acción humana está lejos de una respuesta acabada y unánime. Al contrario, lo que se constata de la observación de la realidad cultural humana es la existencia de múltiples opciones morales y posiciones éticas. Más aún, si se tiene en cuenta que cada hombre es portador de sus propias categorías o convicciones morales y que nada debe transgredir esta dignidad o autonomía moral<sup>52</sup>.

En este sentido, la cultura occidental ha aceptado como premisa para la construcción del Estado de derecho la posición ética del liberalismo clásico, en virtud de la cual la neutralidad y la tolerancia han de ser los valores éticos que presidan la acción de los poderes públicos y,

---

<sup>50</sup> GEORGE, R. P. , *Entre el Derecho y la moral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 236-240.

<sup>51</sup> PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, pp. 99-103.

<sup>52</sup> HABERMAS, J., RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 54-59.

en consecuencia, de los profesionales jurídicos. El fundamento último de esta posición es marcadamente utilitarista; ante la imposibilidad de alcanzar de modo definitivo un conocimiento objetivo de naturaleza moral (dada la imposibilidad de una verdad moral) es preferible (útil) relegar las posiciones morales o éticas al terreno de la conciencia individual de cada ciudadano y, en tanto sea posible, un Estado que haga de la neutralidad y la tolerancia sus criterios rectores<sup>53</sup>. Aunque esta clásica posición liberal tiene la ventaja de la defensa de la autonomía moral del individuo y la garantía de la multiculturalidad de las sociedades avanzadas; sin embargo, presenta el peligro de que, detrás de los principios de neutralidad y tolerancia, encuentren amparo medidas que instrumentalicen o deshumanicen el derecho, sometiéndolo al dictado de los intereses económicos, al dictado de las mayorías, al capricho de las minorías o a la ideología del momento.

En suma, desde la perspectiva de una ética jurídica, aunque esta posición pueda tener una justificación inicial en razón de su utilidad u oportunidad, es claramente insuficiente y ambigua, porque presenta el riesgo de servir a toda clase de intereses tanto aquellos que sacralizan la condición individual como los que la amenazan. Esto ocurrirá siempre que los principios de neutralidad y tolerancia sean interpretados en clave escéptica y no sean asumidos como auténticos valores éticos desde los que se construyen las sociedades occidentales<sup>54</sup>.

De otro modo los principios liberales de neutralidad y tolerancia pueden ser concebidos como el punto de partida para un diálogo racional, que tenga por objetivo la construcción ética-jurídica de la comunidad política<sup>55</sup>. Es decir, la posición de neutralidad es una condición de entrada para este diálogo constructivista, pero no un punto de llegada; de manera que cuando los valores y bienes éticos que han de dirigir la comunidad política hayan sido consensuados, no se puede tener ya una posición neutral. Todo lo contrario, se ha de mantener una defensa numantina de los mismos, en tanto valores ideales de la comunidad. Así, se supera netamente el utilitarismo ético de la posición clásica liberal y se desemboca en una suerte de formalismo ético, que es el que nutre en gran medida el constitucionalismo moderno. La constitución de cada comunidad política será el documento que recoja este consenso ético-jurídico mediante una declaración de principios, valores, derechos o bienes que han de presidir la convivencia ciudada-

---

<sup>53</sup> RAWLS, J., *Political liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 236-254. En esta obra Rawls revisa su concepción de justicia social de la obra *A Theory of Justice* (1973), en la que señalaba los principios de libertad e igualdad como las bases desde las que construir la racionalidad pública. No obstante, se mantiene la fuerza del principio de neutralidad como premisa de la racionalidad pública, en el sentido de que el agente público o ciudadano debe prescindir de sus propias convicciones morales o religiosas en la esfera pública.

<sup>54</sup> SANDEL, M., «Liberalismo y comunitarismo», *Claves de la razón práctica*, núm. 185, 2008, p. 9.

<sup>55</sup> HABERMAS, J., RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 89-100.

na y la acción de los poderes públicos. Estos valores, principios, derechos fundamentales y derechos sociales se constituyen, en un sentido negativo, en el límite de la acción de los poderes públicos y; por otro lado, en un sentido positivo, en imperativos éticos necesitados de una continua perfección y desarrollo<sup>56</sup>.

De acuerdo con esta posibilidad ética, la retórica forense encontrará en estos derechos fundamentales y en su vocación social los fundamentos de su eticidad, por tanto, servirían como barreras de lo negociable y, a la vez, como orientación para un máximo ético<sup>57</sup>. El problema es cuando se intenta concretar esta axiomatización de la vida jurídica y se observa que estos derechos o valores recogidos en los textos constitucionales aparecen definidos de modo abstracto e idealizado; esto es, que exigen para su concreción de un no indiferente esfuerzo intelectual de interpretación o argumentación en función de las circunstancias de la vida real. Que más allá de la literatura constitucional, la realidad de estos derechos y valores se concreta en decisiones judiciales, ya sea de los jueces ordinarios como de los jueces constitucionales. Si el lenguaje de estos derechos se ha construido desde la idea del consenso ideal o comunidad universal, en cambio, su realidad no escapa del esfuerzo de concreción y de individualización de toda decisión jurídica. El misterio de esta ética de los derechos no reside, por tanto, en su dimensión abstracta e ideal; al contrario, en su materialización concreta y en sus condiciones de posibilidad. Con algo más de detalle, esta exigencia implica enjuiciar críticamente cuáles son las situaciones concretas que se ven amparadas por la defensa de estos derechos<sup>58</sup>, así como, la propia ética o misión institucional del juez constitucional y jueces ordinarios<sup>59</sup>.

Ante esta situación se ha planteado en la doctrina la necesidad de un giro aretaico en la concepción del razonamiento jurídico<sup>60</sup>, que permita superar las insuficiencias del formalismo ético, de la concepción deontológica del derecho y de la ética de los principios<sup>61</sup>. Este giro consistiría en abandonar el modelo ético kantiano fundado en una racionalidad práctica de carácter idealista o nouménica y asumir, en cambio, una perspectiva aristotélica del discurso ético. La razón práctica abandonaría el terreno estéril de las máximas deontológicas y se volvería a cen-

<sup>56</sup> FERRAJOLI, L., «Sobre los derechos fundamentales», Carbonell, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2003, pp. 70-75.

<sup>57</sup> LATORRE, M., «Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 31-34.

<sup>58</sup> SANDEL, M., «Liberalismo y comunitarismo», *op. cit.*, pp. 8-9.

<sup>59</sup> Una propuesta plausible en esta línea es el denominado modelo dialógico de juez constitucional, *vid.*, Farrelly, C., «Civic Liberalism and the «dialogical model» of judicial review», *Law and Philosophy*, núm. 25, (2006), pp. 489-531.

<sup>60</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., «¿Es necesario un giro aretaico de la argumentación jurídica?», *Doxa*, núm. 40, 2017, pp. 337-354.

<sup>61</sup> AMAYA, A., «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Dianoia*, núm. 67, 2011, pp. 137-139.

trar en la prudencia y la sabiduría nacidas del estudio del caso concreto y las circunstancias individuales de la vida. Una ética construida desde la idea de la virtud y el método determinativo o de excepciones<sup>62</sup>. El modelo de racionalidad práctica de Aristóteles se sustenta en un método prudencial de actuar, en virtud del cual la conducta virtuosa es inseparable de las circunstancias particulares de la acción; pues, en función de éstas, se modulan los fines a perseguir y los medios o instrumentos para su realización. Además, el conocimiento o sabiduría ética es inseparable de la propia experiencia, tanto individual como social, del sujeto moral; pues, la prudencia se trata de un hábito que se perfecciona progresivamente con cada acción moral y, también, gracias a la imitación de modelos ejemplares de hombres virtuosos. Es decir, que la ética o conocimiento ético es inseparable de las experiencias de valoración y modelos de virtud de cada individuo.

La ética aristotélica llevada al terreno de la retórica forense significaría la necesidad de reflexionar prudencialmente acerca de los fines perseguidos por el derecho, de acuerdo con los diferentes profesionales jurídicos y las diferentes praxis o actividades que desarrollan. Buscar los mejores modelos de virtud que nos sean posibles y conforme a ellos ordenar racionalmente nuestras elecciones morales. No se trataría de una ética construida sobre valores ideales, más o menos realizados en la realidad; sino, de una ética que aspire a la excelencia, pero buscándola en la individualidad del acontecer o, dicho de otra manera, en los ejemplos reales de conductas dignas o virtuosas<sup>63</sup>. Esto no significa que el conocimiento acerca de los bienes o valores dignos de ser perseguidos sea indiferente, al contrario, el jurista ha de poseer un conocimiento profundo acerca de los bienes inherentes al derecho. Si bien, este conocimiento debe ser crítico, formado prudencialmente en función de las variables circunstancias de la vida humana y construido a imitación de los mejores modelos o ejemplos que se puedan hallar<sup>64</sup>. Una formación o desarrollo ético del jurista requiere, en consecuencia, un profundo estudio de la historia del derecho y de los diferentes oficios jurídicos (abogados, jueces, fiscales, notarios, secretarios judiciales, etc.); igualmente, deben ofrecérsele modelos reales y ejemplares de virtud como el juez virtuoso, el abogado virtuoso, notario virtuoso, entre otros; por supuesto, requerirá un profundo conocimiento de los instrumentos del arte y de los medios necesarios para la acción<sup>65</sup>; finalmente, exigirá la habilidad de la prudencia para saber adaptar esta sabiduría a las singularidades y eventualidades del acontecer.

Este modelo de jurista elocuente sería muy similar al ofrecido por el pensamiento estoico, que tiene en Cicerón y Quintiliano sus máxi-

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 139-140.

<sup>63</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., «¿Es necesario un giro aretaico...», *op. cit.*, p. 353.

<sup>64</sup> AMAYA, A., «La coherencia en el Derecho», *Doxa*, núm. 35, 2012, pp. 86-88.

<sup>65</sup> AMAYA, A., Virtudes y razonamiento probatorio», *Diálogos Jurídicos*, núm. 2, 2017, pp. 32-36.

mos artífices. Efectivamente, de acuerdo con Cicerón el hombre elocuente es aquel que usa de la retórica con fines pedagógicos y domina la sabiduría propia de los filósofos sin dejar de ser un hombre de acción, vigilante del bien de la comunidad<sup>66</sup>. La virtud en el sentido ciceroniano es tanto teórica como práctica, en el primer sentido supone la sabiduría extraída de la naturaleza de las cosas y en consecuencia solo el sabio puede ser virtuoso (*vir sapiens*); en el sentido práctico, el virtuoso debe presentarse valeroso, bueno, justo, etc (*vir bonus*)<sup>67</sup>. Esta doble vertiente está perfectamente reflejada en la vida y obra de Cicerón: como filósofo en su obra *De Legibus* defendiendo una concepción del derecho, que brota del orden natural y que tiene como ley común en todos los pueblos los dictados de razón<sup>68</sup>; como abogado y cónsul en su firme compromiso con la *res* pública romana y en su constante defensa de las tradiciones y dignidad romanas<sup>69</sup>. Quintiliano, recogiendo el legado ético estoico y siguiendo el modelo de Cicerón, define al orador como *vir bonus dicendi peritus*<sup>70</sup> ante la convicción de que los ánimos y la voluntad se mueven naturalmente hacia el bien, especialmente, cuando éste se presenta en el hombre virtuoso y honrado.

De nuevo, el orador perfecto no solo debe conocer los principios de la ética y la justicia inherentes al derecho, además, debe ser ejemplo de este conocimiento materializándolos en su conducta<sup>71</sup>. Continuamente, Quintiliano se reitera en su definición de orador como hombre honrado experto en el arte de hablar, haciendo necesario una estricta formación filosófica, sea en su dimensión dialéctica, lógica, física o moral<sup>72</sup>. Este hombre de Estado, el orador ideal y modelo ejemplar de ciudadano, demostrará su habilidad retórica en todas las facetas de su vida; pero tal virtuosismo solo es posible gracias a un dominio erudito de la Filosofía, el derecho y la Historia<sup>73</sup>. Esta independencia de escuela, la equiparación entre orador-rétor y el primado del conocimiento sobre el estilismo, tesis de ascendencia estoica, son las notas identitarias de la obra de Quintiliano<sup>74</sup>. Se considera perfectamente posible recuperar este modelo de jurista elocuente y virtuoso a imitación de los clásicos latinos y, de hecho, así ha sido propuesto con anterioridad por Aránguez Sánchez<sup>75</sup>.

<sup>66</sup> CICERÓN, *El orador*, Alianza editorial, Madrid, 2008, pp. 54-57.

<sup>67</sup> ALBERTE, A., *Historia de la retórica latina*, Hakkert Publisher, Ámsterdam, 1992, p. 9.

<sup>68</sup> CICERÓN, *Las Leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pp. 67-95.

<sup>69</sup> LLANO ALONSO, F. H., *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2017, p. 67.

<sup>70</sup> QUINTILIANO, *Obras Completas, Instituciones Oratoria*, XII, Tomo IV, *op. cit.*, p. 288.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 301-308.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 315-320.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>74</sup> ALBERTE, A., *Historia de la retórica latina, op. cit.*, pp. 44-48.

<sup>75</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., «¿Es necesario un giro aretaico...», *op. cit.*, p. 352. «la retórica sería la virtud de virtudes, es decir, la praxis consistente en vivir de modo

## 2.5 El proceso judicial: contexto dialéctico y confrontación retórica

La retórica forense, de conformidad con el planteamiento propuesto, no puede entenderse sin su exteriorización o realización escénica en el marco del proceso judicial<sup>76</sup>. Pero, conviene precisar que la retórica juega un papel netamente instrumental dentro del proceso; el cual, en cambio, resulta una manifestación de la esencia dialéctica del propio derecho. Retórica y dialéctica son disciplinas íntimamente unidas, pues, la habilidad retórica será la principal herramienta que encuentra la razón para hacerse valer en un procedimiento reglado y dialéctico, es decir una disputa controvertida<sup>77</sup>. Por esta razón, Aristóteles definía la retórica como antístrofa de la dialéctica<sup>78</sup>, para resaltar que existen similitudes y también diferencias entre ambas disciplinas. Entre sus similitudes está el versar sobre cuestiones comunes a todos los hombres y que no constituyen materia de ciencia. Igualmente, se aprecian similitudes entre dialéctica y retórica en cuanto a los medios o instrumentos al servicio de ambas. No obstante, las diferencias se hallan en la diferente finalidad de una y otra: a) la retórica busca la persuasión y merced a ella mover la voluntad o las emociones del auditorio; b) la dialéctica busca la solución más verosímil, unas conclusiones comunes que pongan fin a una controversia teórica o práctica<sup>79</sup>. Ambas son formas no demostrativas de conocimiento, pseudo-saberes<sup>80</sup>; si bien, el método dialéctico enriquece la argumentación y alcanza unas conclusiones comunes, gracias a la contraposición antitética de posiciones<sup>81</sup>.

Ciertamente, toda decisión jurídica se encuentra condicionada en el mundo del derecho por su carácter controversial. La idea de alteridad no solo está en la misma esencia de la idea de derecho, sino que, además, cobra toda su fuerza en la consideración procedimental de toda operación jurídica<sup>82</sup>. En este sentido, la presencia del «otro» determina la necesidad de un procedimiento dirigido a refutar y confutar las voluntades y pasiones de las partes<sup>83</sup>. Esto convierte a las diversas clases de procedimientos jurídicos en los cauces naturales que orientan y conducen hacia su meta el innumerable contraste de voluntades de la

---

conforme con las virtudes que configuran este ideal de vida del mundo clásico. La retórica constituye un ideal político, moral y educativo, pero también se constituye en un ideal de realización humana y de vida óptima».

<sup>76</sup> HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 192-195.

<sup>77</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación...*, op. cit., pp. 111-114.

<sup>78</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1354a), op. cit., p. 161.

<sup>79</sup> VILLEY, M., *Seize essays de Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1969, p. 360.

<sup>80</sup> PUJANTE, D., *Manual de retórica*, op. cit., p. 49.

<sup>81</sup> MORO, P., «Libertà indisponibile. Un percorso critico», ZANUSO, F., *Custodire il fuoco*, FrancoAngeli, Milán, 2013, p. 152.

<sup>82</sup> CAVALLA, F., *L'origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2017, pp. 202-206.

<sup>83</sup> VILLEY, M., *Questions de Sain Thomas sur le droit et la politique*, París, Puf, 1987, pp. 44-55.

realidad social<sup>84</sup>. Conviene prevenir que el espíritu dialéctico de todo proceder jurídico no debe quedar reducido a la confrontación judicial ni a la elaboración legislativa; pues también cabe pensar en otros modos o procesos de manifestación de este diálogo intersubjetivo. Así podríamos hacer extensible este carácter dialéctico a la misma negociación, la conciliación y la mediación<sup>85</sup>.

Es claro, sin perjuicio de lo anterior, que el proceso judicial es el modelo o paradigma de confrontación dialéctica y respecto al mismo pueden individualizarse tres elementos esenciales u originarios: la controversia, la normativa o leyes que regulan este enfrentamiento y la decisión del juez. La controversia o disputa es el elemento material del proceso judicial y se traduce en la existencia de intereses enfrentados u opuestos sobre una cuestión concreta. Las normas configuran el aspecto formal del proceso y poseen un carácter instrumental, es decir, tienen por finalidad establecer las condiciones ópticas del proceso. El juez es la autoridad del proceso y a través de su decisión se exterioriza la voluntad que se impone sobre las partes resolviendo la disputa.

La controversia es una condición de la naturaleza social del hombre, pues su existencia está necesariamente condicionada por la alteridad, esto es, que su particular y subjetiva concepción del mundo y de su actuar está permanentemente sometida a la proyección y posible oposición de sus semejantes; ante la multiplicidad de posiciones intersubjetivas de las que no puede prescindir. El ser humano no puede lógicamente ni suprimir esta oposición, pues caería en el dogmatismo de pensarse poseedor de la única verdad; ni ignorar la oposición, porque su indiferencia desembocaría en el relativismo y la negación de la verdad. El hecho existencial y natural de la oposición o, más filosóficamente, la alteridad le muestra al hombre que el único medio razonable de alcanzar soluciones prácticas es el reconocimiento de otras posiciones y enfrentarlas contradictoriamente. La disputa entendida como la discusión pacífica entre posiciones diversas le muestra a la razón el camino de aproximación a la verdad<sup>86</sup>. La controversia es, además, un dato originario o una realidad dada de antemano al ser humano, que desde su temprana existencia percibe la multiplicidad de los sujetos y

---

<sup>84</sup> ZANUSO, F., «La fragile zattera di Ulisse», MORO, P., SARRA, C., *Positività e Giurisprudenza*, Milano, FrancoAngeli, 2012, p. 77.

<sup>85</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación...*, op. cit., p. 368. «En mi opinión, es posible conciliar una postura realista (que reconoce que hay formas racionales de argumentación dialéctica –jurídica– que no coinciden con las del discurso racional) con la atribución de cierta prioridad al discurso racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) la existencia de otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto».

<sup>86</sup> MORO, P., *La via della Giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, Al Segno Editrice, Pordenone, 2004, pp. 24-25.

la enorme complejidad de la coexistencia y, frente a esta complejidad o realidad problemática, busca su conciliación mediante el desarrollo de relaciones recíprocas y razones comunes<sup>87</sup>.

De acuerdo con esta fundamentación ontológica del carácter dialéctico del proceso judicial lo primero que el disputante deberá cuestionarse a propósito de esta confrontación jurídica será la elección de su estrategia procesal, en virtud de la cual levantará el conjunto de su discurso o actuación forense. Aunque existen muchas matizaciones y variaciones posibles, las estrategias procesales puede sintetizarse principalmente en tres: a) la negación del relato de hechos y fundamentación jurídica de la contraparte; b) la defensa de un relato de hechos y una argumentación jurídica alternativa a la de la contraparte; y c) combinar audazmente las dos anteriores<sup>88</sup>.

Otra de las condiciones necesarias para el correcto desarrollo del método dialéctico es el establecimiento de unas reglas comunes que ordenen y dirijan la controversia. Estas reglas constituyen una premisa del procedimiento dialéctico y tienen una naturaleza instrumental en la medida en que posibilitan alcanzar la solución, que dirima la controversia. Son normas procedimentales porque no tratan de solucionar directamente el conflicto, sino establecer las condiciones formales para su posible solución. Son normas de carácter formal o premisas necesarias del procedimiento dialéctico, que los participantes en el mismo han de aceptar para su correcto desarrollo. También se pueden denominar como normas ónticas, puesto que su objeto no es regular conductas humanas, sino establecer las condiciones necesarias para que exista el proceso judicial. Robles las encuadra dentro de las normas indirectas de la acción y pueden dividirse en: espaciales, temporales, subjetivas y competenciales<sup>89</sup>. Paralelamente al establecimiento del conjunto de reglas instrumentales que se ocupan del proceso judicial, es aún más necesario el establecimiento de una mirada de garantías o condiciones formales de justicia, que hagan posible el equilibrio entre las partes, así como la neutralidad e imparcialidad del órgano juzgador. En nuestro ordenamiento jurídico este conjunto de garantías para el correcto desenvolvimiento del proceso judicial se puede encontrar en el artículo 24 de la Constitución, donde aparecen sintetizadas: el derecho a la acción y a reclamar la tutela de los tribunales, el derecho de defensa, contradicción y prueba, así como la imparcialidad y oficialidad de los tribunales. Si se garantizan estas exigencias procedimentales de justicia estaremos creando las condi-

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>88</sup> TRAVERSI, A., *La defensa penal*, Thomson Aranzadi, 2005, pp. 39-42.

<sup>89</sup> ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. op. cit.*, pp. 223-229. Siguiendo la clasificación de Robles, las normas espaciales se ocupan de crear el espacio o territorio de la acción; las temporales delimitan las condiciones temporales de la acción; las normas subjetivas definen los sujetos relevantes para la acción; finalmente, las normas competenciales se ocupan de atribuir poderes o competencias a los sujetos de la acción.

ciones más idóneas para que la finalidad del proceso dialéctico se realice efectivamente. Únicamente desde el respeto escrupuloso de estos principios la solución alcanzada no solo será una solución formalmente válida, también lo será materialmente y, así, se habrá alcanzado el fin de la controversia<sup>90</sup>.

Desde la perspectiva de la retórica forense el cumplimiento de estas garantías procesales es inseparable del estudio minucioso y el ejercicio oportuno de las excepciones procesales de nulidad y recursos previos de competencia. Un buen uso de estas excepciones y recursos puede hacer que se ponga fin a la controversia, incluso antes de que tome comienzo<sup>91</sup>.

Finalmente, debe explicarse el elemento esencial, que da nombre al proceso judicial y lo diferencia de cualquier otro proceso dialéctico, este es la decisión del juez o, de otro modo, la figura del juez como autoridad del proceso y llamado a darle fin con su decisión última sobre el mismo. En efecto, el juez es el garante último del buen fin del proceso que tiene su desarrollo ante él y la autoridad que despliega sobre las partes se define por tres características o rasgos: a) impersonalidad, b) mediación y c) ejecutividad<sup>92</sup>.

a) Al afirmar que la jurisdicción se define por su impersonalidad, por supuesto, se hace referencia a la necesaria imparcialidad del juzgador; pero, también, a la necesaria distancia que debe existir entre el asunto discutido por las partes y el juzgador, que debe ser una figura extraña a la cuestión litigiosa y, por ello, capaz de examinarla desde fuera. Además, esta función de examen y estudio de la cuestión no la realiza el juez por invitación o designación de las partes; al contrario, la desarrolla el juez porque resolver disputas es su quehacer profesional.

b) La mediación define por esencia la actividad judicial, pues básicamente consiste en mediar entre intereses contrapuestos con la finalidad de ponerle solución. Esta mediación exige del juez la capacidad de equilibrar los diferentes relatos aducidos por las partes de la controversia y determinar los aspectos comunes de los mismos; igualmente, el juez debe discriminar los hechos y alegatos infundados y sopesar prudentemente la verosimilitud y fuerza persuasiva de los alegatos y hechos sólidamente argumentados<sup>93</sup>. Esta función de mediación es inconcebible fuera de la naturaleza dialógica del proceso judicial y, en consecuencia, solo se puede desempeñar correctamente esta función mediadora en el mismo momento del juicio, cuando las pretensiones de las partes se hacen valer. La

---

<sup>90</sup> VIOLA, F., «Una teoria deliberativa della giurisdizione?», *Ars Interpretandi*, VII, núm. 1, 2018, p. 21.

<sup>91</sup> TRAVERSI, A., *La defensa penal*, op. cit., p. 46.

<sup>92</sup> MORO, P., *La via della Giustizia...*, op. cit., pp. 42-46.

<sup>93</sup> UBERTIS, G., «Dialettica probatoria e terzietà del giudice», *Ars Interpretandi*, VII, núm. 1, 2018, p. 66.

actividad de mediar en el caso del juez va indisolublemente unida al principio de inmediación.

c) la ejecutividad es otro rasgo característico de la autoridad judicial y se define por el poder conferido por el ordenamiento jurídico al juez para imponer su decisión sobre las voluntades de los pleiteantes, incluso, por medio de la coactividad o fuerza del derecho. En este último caso, realmente lo que se producirá será un segundo proceso que tendrá por finalidad ejecutar la decisión judicial y, en él, las posibilidades de contradicción ya están únicamente limitadas a la validez de esta decisión y el respeto a las reglas procesales de los procedimientos ejecutivos.

Conforme a este método dialéctico el jurista teórico percibe el carácter esencial de la controversia y comprueba que el sentido del derecho solo es accesible empíricamente por medio del proceso de disputa forense<sup>94</sup>. Entonces, comprenderá que el derecho muestra su positividad a través de la discusión procesal, la cual no solo cumple el valor ético de resolver conflictos intersubjetivos; sino, igualmente, el valor teórico de mostrar el sentido del derecho en las múltiples situaciones de la vida<sup>95</sup>. En definitiva, el sentido del derecho su positividad real solo es aprehensible en el marco necesario del litigio y se observará que todos los aspectos fundamentales del mismo se determinan con arreglo al más elemental principio dialéctico de la contradicción: demanda y contestación, pruebas y hechos, la calificación, las normas y el uso del precedente.

### III. CONCLUSIONES

Como se ha tenido la ocasión de comprobar, las consecuencias de considerar la retórica como un verdadero arte o hábito racional devienen en el primado de la intelección o sabiduría acerca del objeto de la digresión, por encima de su desarrollo técnico. Quiere esto decir, que una retórica bien empleada exige un esfuerzo del conocimiento no indiferente y sin el cual las operaciones técnicas de argumentar y refutar carecen de fundamento. Más, la argumentación bien construida no es la que se proyecta y agota para el momento de su confrontación erística o para la seducción del auditorio; sino, más profundamente, aquella que nace del apetito de sabiduría y de una prudente conciencia ética<sup>96</sup>. La intelección es una operación esencial para el desarrollo retórico de toda cuestión y le corresponde una primacía genética. De este modo, en la acción retórica convergerían armónica-

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>95</sup> CAVALLA, F., *L'origine e il diritto*, *op. cit.*, p. 410.

<sup>96</sup> PLATÓN, *Obras completas, Fedro*, 268 d), Aguilar, Madrid, 1979, pp. 878-884

mente, como lo hace en la acción musical o en cualquier otra exteriorización artística, la tríada: *subtilitas intellegendi, subtilitas explicandi y subtilitas aplicandi*<sup>97</sup>.

La retórica forense es así, concebida como una disciplina total que exige una formación y desarrollo integral del jurista, tanto desde su proyección estrictamente técnica, como didáctica, teórico-dogmática, humanista o ética y, por supuesto, dialéctica. En una época, como la que vivimos, de excesiva tecnificación del derecho un proyecto de esta envergadura pudiera resultar reaccionario y nostálgico de un pasado, que nunca regresará. Sin embargo, este progreso no meditado y esta naturalización de los avances tecnológicos<sup>98</sup> requieren, más que nunca, de una revisión humanista y cívica<sup>99</sup>. Esto sí que supondría una renovación del conocimiento jurídico y, como en épocas preteritas, esta tarea vendría acompañada de la resurrección de la retórica en las aulas universitarias.

Quizás la praxis de los tribunales pudiera contradecir la oportunidad de un programa de formación como el que se propone, pues los juicios cada vez dejan menos tiempo para la elocución virtuosa y para una argumentación desarrollada. No obstante, un análisis más detenido del fenómeno revelaría que estos cambios no son sino manifestaciones de la transformación retórica del proceso judicial, ahora mucho más formalizado o encorsetado. Los tiempos de los actores y las vistas han sido excesivamente reducidos dada la carga de trabajo de los tribunales. La actividad probatoria está muy determinada por la aparición de tecnologías cada vez más precisas y parece alejarse de una ingeniosa argumentación sobre los hechos. Incluso el juez parece abandonar progresivamente su rol expectante y cada vez tiene más presencia y protagonismo en el desarrollo del proceso. Ahora bien, estos y otros cambios, no deben conducirnos al error de pensar que la retórica y el discurso bien construido ya no tienen cabida en el oficio del jurista. Todo lo contrario, quizás estos cambios no signifiquen más que la revitalización de la actividad retórica de la *inventio*, *compositio* y *dispositio*, descuidándose la *elocutio*. De modo que el estilo retórico del profesional del foro se alejaría de ese asianismo centrado en la estética y en el adjetivo, para dibujar un modelo más ático de jurista.

<sup>97</sup> GADAMER, H. G., *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, 1984, p. 378.

<sup>98</sup> ORTEGA Y GASSET, J. A., *Ensimismamiento y alteración, Obras Completas*, Vol. V. Alianza Editorial-Revista de Occidente, Madrid, 1983, p. 368. Esto Ortega lo denomina «sobrenaturalidad», que se revela en la convicción social acerca de la naturalidad y normalidad de los avances técnicos y cuya superación exige recuperar la vocación ética de toda praxis humana

<sup>99</sup> LLANO ALONSO, F., «El hombre y la técnica en Ortega y Gasset», Pérez Luño, A. E., *Nuevas tecnologías y Derechos Humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 148-150.

# Economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyes

## *Economics and Politics in the Revolutionary Discourse of Abbé Sieyes*

Por PABLO SCOTTO  
Universidad de Barcelona

### RESUMEN

*En ¿Qué es el tercer estado?, el abate Sieyes hace depender la legitimidad política de los aportes en la esfera productiva, creando un discurso o una retórica al servicio de la Revolución: es porque el pueblo llano realiza todos los trabajos realmente útiles, y porque la nobleza no es más que una carga para la sociedad, que el tercer estado es una nación completa, y que los privilegiados –a no ser que dejen de serlo– no pueden formar parte de ella. Sin embargo, al mismo tiempo que hace de la utilidad económica del tercer estado su mayor argumento político, Sieyes pretende que las desigualdades de riqueza y de propiedad queden fuera del terreno de la política. Se opone, además, al reconocimiento de derechos políticos a las clases trabajadoras. Estos dos puntos de tensión, por ahora insertos en el discurso universalista del abate, saldrán pronto a la luz, haciendo girar la rueda de la Revolución Francesa.*

Palabras clave: Sieyes. Revolución Francesa. Economía política. Trabajo útil. Desigualdad social. Ciudadanía. Derechos naturales y civiles. Derechos políticos.

### ABSTRACT

*In What Is the Third Estate?, abbé Sieyes makes political legitimacy dependent on contributions in the productive sphere, creating a discourse*

*or a rhetoric at the service of the Revolution: it is because the common people perform all the really useful work, and because nobility is nothing but a burden to society, that the Third Estate is a complete nation, and that the privileged – unless they cease to be so – cannot be part of it. However, while making the economic usefulness of the Third Estate its major political argument, Sieyes claims that inequalities of wealth and property are outside the realm of politics. Moreover, he opposes the recognition of political rights for the working classes. These two points of tension, for now inserted in the abbé's universalist discourse, will soon come to light, turning the wheel of the French Revolution.*

*Keywords: Sieyes. French Revolution. Political economy. Useful work. Social inequality. Citizenship. Natural and civil rights. Political rights.*

**SUMARIO:** 1. LOS TRABAJADORES ÚTILES Y LOS PRIVILEGIADOS. – 2. LA NACIÓN Y EL INDIVIDUO. – 3. LOS PRIVILEGIOS Y LA PROPIEDAD. – 4. GENTE RESPETABLE E INSTRUMENTOS DE TRABAJO. – 5. CIUDADANOS ACTIVOS Y PASIVOS. – 6. CONCLUSIÓN.

**SUMMARY:** 1. USEFUL WORKERS AND THE PRIVILEGED. – 2. THE NATION AND THE INDIVIDUAL. – 3. PRIVILEGES AND PROPERTY. – 4. RESPECTABLE PEOPLE AND INSTRUMENTS OF WORK. – 5. ACTIVE AND PASSIVE CITIZENS. – 6. CONCLUSION.

## 1. LOS TRABAJADORES ÚTILES Y LOS PRIVILEGIADOS

El clima de efervescencia política existente en la víspera de la Revolución Francesa favorece la aparición de numerosos panfletos. El más difundido e influyente es *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, escrito por el abate Sieyes<sup>1</sup>. Publicado de forma anónima en enero de 1789, tiene un gran éxito desde bien temprano, como atestiguan las diversas ediciones que se suceden durante los meses siguientes: la segunda, aparecida al poco tiempo con ligeros cambios; la reimpresión de la segunda edición; y, finalmente, la tercera, firmada por

---

<sup>1</sup> Tanto la grafía como la pronunciación de «Sieyes» han sido objeto de muchas variaciones. El propio Sieyes escribe su nombre de forma distinta a lo largo del tiempo: primero «Sieyes», y después «Sieys»; también se conservan algunos autógrafos en los que firma «Siéyes». Es probable, aunque sea difícil saberlo con seguridad, que Sieyes haya eliminado la segunda «e» para evitar errores de pronunciación. En cualquier caso, firma «Sieyes» en la mayoría de las obras que publica en vida, y nunca acentúa la segunda «e». Esta tilde, que aparece en la grafía más habitual hoy, «Sieyès», se populariza en el siglo XIX, cuando se empieza a escribir «Siéyès». Mathiez dedica tres breves notas a la cuestión (1908: 346-347; 1925a: 487; 1925b: 583). Véase también: TROUX (1932: 66-67), CALVET (1933: 538), SEWELL (1994: 2).

el autor y notablemente modificada, y cuya publicación es posible datar antes de junio de 1789<sup>2</sup>.

Antes de continuar, conviene aclarar que no es mi intención dar cuenta de la totalidad del pensamiento político de Sieyes<sup>3</sup>. Me voy a centrar, básicamente, en *¿Qué es el tercer estado?* Me referiré también, a fin de precisar algunas cuestiones, a sus manuscritos – que no publicó en vida–, así como a su proyecto de declaración de derechos.<sup>4</sup> Ahora bien: tampoco pretendo abarcar, en su totalidad, la cuestión –más concreta– de cuál es la relación entre las ideas políticas y económicas del abate<sup>5</sup>. No me ocuparé, en particular, de la importancia que tiene la idea de la división del trabajo en su teoría de la representación<sup>6</sup>. Lo que me interesa de Sieyes es algo más específico, pero que a mi juicio es muy importante para entender la influencia continuada de su panfleto, no solo durante la Revolución Francesa, sino también en el siglo XIX: me refiero a la forma en que, a través de una novedosa conexión entre la esfera

---

<sup>2</sup> Emplearé la edición crítica a cargo de Roberto Zapperi, la única que recoge las diferentes variantes del escrito (Sieyes, 1970). En castellano, la traducción más recomendable es, en mi opinión, la de Ramón Máiz, entre otras razones porque fue realizada en base a la tercera edición del texto. Para consultarla, véase SIEYES (1990; 1991; 2007; 2020). En cualquier caso, hay al menos otras cuatro traducciones, más que solventes, a cargo de Francisco Ayala, José Rico Godoy, Francisco González Aramburu, y Marta Lorente Sariñena con Lydia Vázquez Jiménez. Para más información, consúltese el apartado de referencias: SIEYES (1942; 1950; 1989a; 1989b). La primera (1942), aparecida en América Lee, fue reproducida posteriormente por Aguilar (1973) y por Orbis (1985). La segunda (1950), del Instituto de Estudios Políticos, fue editada también por la Universidad Nacional Autónoma de México (1973) y por el Centro de Estudios Constitucionales (1988). La tercera (1989a) fue publicada por el Partido Revolucionario Institucional de México. La última (1989b), de Alianza, cuenta con una edición revisada de 2019, preferible a la original, pues toma como base la tercera edición del texto de Sieyes. Esta última traducción (a cargo de Lydia Vázquez Jiménez) tiene la ventaja añadida de que incluye algunas notas a pie de página que no son recogidas por Máiz.

<sup>3</sup> Dos textos clásicos sobre Sieyes son los de John Harold CLAPHAM (1912) y Paul BASTID (1970 [1939]). Más recientemente, Sieyes ha sido objeto de una atención renovada. Una buena edición de los principales textos políticos del abate es la de Michael SONENSCHER (2003). La edición más completa de sus manuscritos corre a cargo de Christine Fauré (1999 y 2007). Sobre la importancia de Sieyes en el desarrollo de la Revolución Francesa, véase Jean-Denis BREDIN (1988). Sobre el carácter innovador de su pensamiento en materia de Derecho Constitucional, véase Pasquale PASQUINO (1998). Sobre su contribución a la creación del vocabulario político moderno, véase Jacques GUILHAUMOU (2002). Sobre Sieyes como precursor de la sociología, véase Jean-Louis MORGENTHAUER (2007). Sobre la teoría política de Sieyes en general, y sobre su idea de nación en particular, véase Ramón MÁIZ (2007).

<sup>4</sup> Citaré estos textos a partir de la edición de sus escritos políticos elaborada por Zapperi (Sieyes, 1985).

<sup>5</sup> Véase REINHARD BACH (s.f., 2008), quien explica la forma en que Sieyes pone los conceptos políticos de Rousseau al servicio de las tesis económicas y sociales defendidas por los fisiócratas. Sobre la formación del pensamiento económico de Sieyes, véase Marcel Dorigny (1988).

<sup>6</sup> Véase: MÁIZ (2007: 157); LARRÈRE (2008: 195-211); FLORES RENTERÍA (2013: 60-61).

económica y la esfera política, el abate crea un discurso o una retórica al servicio de la Revolución<sup>7</sup>.

Vayamos, ahora sí, con el texto, que como es sabido empieza con tres incisivas preguntas y tres contundentes respuestas:

1. ¿Qué es el Tercer Estado? Todo.
2. ¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? Nada.
3. ¿Qué pide? Ser algo (Sieyes, 1970 [1789]: 119).

El tercer estado es todo, es «una nación completa», porque no necesita para nada a los privilegiados, mientras que estos dependen del trabajo del tercer estado para existir. Es esta primacía económica del tercer estado, que no se ve correspondida en el plano político, lo que hace urgente un nuevo contrato social, a fin de que el pueblo llano empiece a «ser algo».

Como señalaba hace un momento, una de las aportaciones de Sieyes a la filosofía política es precisamente el haber integrado el discurso de la economía política, que toma de Turgot y los fisiócratas, pero también de Smith, en su teoría del contrato social, que bebe de Locke, Rousseau o Montesquieu. El resultado es un producto original, en el que las ideas y conceptos prestados de aquí y allá adquieren un sentido propio. Este sustrato económico de su pensamiento político, que no siempre se ha destacado como se merece, es evidente desde el comienzo del panfleto:

¿Qué se necesita para que una nación subsista y prospere? Trabajos *particulares* y funciones *públicas*.

Todos los trabajos particulares pueden clasificarse en cuatro grupos:

1. Puesto que la tierra y el agua suministran las materias básicas de las necesidades humanas, la primera clase, en el orden de las ideas, será la de todas las familias vinculadas a los trabajos del campo.
2. Entre la venta inicial de las materias y su uso o consumo, una nueva mano de obra, más o menos numerosa, añade a estas materias un valor adicional más o menos complejo. De esta manera la industria humana consigue perfeccionar los dones de la naturaleza, y el valor del producto bruto se multiplica por dos, por diez o hasta por cien. Tales son los trabajos de la segunda clase.
3. Entre la producción y el consumo, así como entre las diferentes fases de la producción, intervienen multitud de agentes intermedios, tan útiles para los productores como para los consumidores; son los comerciantes [*marchands*] y los mercaderes [*négocians*]. Los mercaderes, quienes comparan constantemente las necesidades de los diferentes lugares y momentos, especulan en base a los beneficios del almacenamiento y del transporte. Los comerciantes se encargan, por su parte, de la venta, ya sea al por mayor o al por menor. Tal género de utilidad caracteriza a la tercera clase de trabajos.

---

<sup>7</sup> Sobre esto –además de las introducciones a las dos ediciones de Zapperi–, véase la magnífica monografía de SEWELL (1994).

4. Junto a estas tres clases de ciudadanos laboriosos y útiles, que se ocupan de *objetos* destinados al consumo y al uso, la sociedad necesita también una multitud de trabajos particulares y de servicios que son *directamente* útiles o agradables para las *personas*. Esta cuarta clase de trabajos abarca desde las profesiones científicas y liberales más distinguidas, hasta los servicios domésticos menos estimados.

Tales son los trabajos que sostienen la sociedad. ¿Sobre quién recaen? Sobre el Tercer Estado (Sieyes, 1970 [1789]: 121-122).

A la sociedad jerárquica de su tiempo, dividida en tres órdenes o estados claramente separados, Sieyes opone una sociedad de iguales, en la que los individuos se distinguen solamente por el tipo de trabajo que realiza cada uno. Como explica Sewell, el panfleto de Sieyes supone una auténtica revolución en la forma de entender la sociedad:

El espíritu era la fuente del orden en el esquema tradicional: por tanto, el clero, que se dedicaba a asuntos puramente espirituales, era el Primer Estado; la nobleza, que defendía magnánimamente el reino y servía al rey con su consejo y como magistrados, era el Segundo Estado, y la gente común, que trabajaba con sus manos para obtener una ganancia material, era el Tercer Estado. Al descender por los órdenes se pasaba de los intereses más espirituales a los más materiales. En el esquema de Sieyes la fuente del orden no era el espíritu sino la naturaleza [...]. Cuando se pasa de la agricultura –la primera clase– a la industria, el comercio y finalmente los servicios, el esquema se aleja progresivamente de la naturaleza: del cultivo directo de los productos de la naturaleza, la transformación de esos productos mediante el trabajo humano, el intercambio de los bienes producidos mediante el trabajo, a los servicios, que no implican productos físicos (Sewell, 1992: 121).

Todas las actividades productivas que sostienen la sociedad y permiten su desarrollo corren a cargo del tercer estado. Los campesinos, los artesanos, los comerciantes y los prestadores de servicios –desde los profesionales liberales hasta los domésticos–, a pesar de su diversidad, están unidos por el trabajo útil que todos ellos realizan, y que los distingue de la ociosidad de los privilegiados. Algo muy similar sucede con los servicios públicos:

De la misma manera, las funciones públicas pueden clasificarse, en la actualidad, en base a cuatro conocidas denominaciones: la Espada, la Toga, la Iglesia y la Administración. Resultaría superfluo analizarlas en detalle para demostrar que el Tercer Estado ocupa diecinueve de cada veinte puestos, con la diferencia de que se encarga de las tareas más penosas, de los servicios que el Orden privilegiado rechaza desempeñar. Solamente los puestos lucrativos y honoríficos están ocupados por Miembros del Orden privilegiado (Sieyes, 1970 [1789]: 122).

Igual que sucedía con los trabajos privados, el tercer estado realiza el grueso de los trabajos públicos. En este caso, sin embargo, los mejores puestos están reservados a los privilegiados. Ello no se debe, dice Sieyes, a su mayor capacidad, sino a una pura y simple exclusión, que constituye un auténtico «crimen social». Este monopolio no es solamente una injusticia, sino que resulta perjudicial para la cosa pública: al quedar fuera de la libre competencia, estos servicios se realizan peor y de forma más cara. El abate lo resume con la siguiente metáfora: el tercer estado es un hombre fuerte y robusto, un hombre completo, de la cabeza a los pies, pero que tiene un brazo encadenado; si se prescindiera del orden privilegiado, ese hombre no perdería nada, y se liberaría en cambio de sus cadenas (Sieyes, 1970 [1789]: 124).

Cuando Sieyes habla del «orden privilegiado» se refiere principalmente, como él mismo precisa a pie de página, a la nobleza. El clero, dice, no es un verdadero orden o estado. Los clérigos, siempre que desempeñen funciones útiles a la sociedad, no pertenecen a la casta de los privilegiados (*caste privilégié*), sino que forman parte de un cuerpo profesional que realiza un importante servicio para la sociedad. Recordemos que Sieyes considera que la Iglesia es la encargada de una de las cuatro funciones públicas principales, junto con el ejército, el sistema judicial y la Administración. En su «Projet d'un décret provisoire sur le clergé», de febrero de 1790, propondrá, en efecto, que los eclesiásticos se conviertan en funcionarios públicos, asalariados a cargo de la nación. Por lo tanto, puede decirse que, al menos en el plano de las ideas, los clérigos forman parte de ese cajón de sastre que es para Sieyes el tercer estado, conformado por todos aquellos que desempeñan una profesión útil a la sociedad, sea esta pública o privada. Los privilegios a los que Sieyes se opone con más vehemencia son los privilegios hereditarios de la nobleza, en la medida en que van en contra del mérito individual.

Más allá de esta precisión, lo que nos interesa destacar es la oposición inicial que Sieyes establece en el panfleto entre los privilegios y la prosperidad de la nación, así como la conexión de esta última con el trabajo útil, sea público o privado. Si los trabajos útiles son los que sostienen la nación, la nobleza es extraña a la nación en razón, precisamente, de su ociosidad. Los nobles consumen la mejor parte del producto social, sin haber contribuido en nada a hacerlo crecer. Este carácter extranjero de la nobleza en sentido económico es inseparable de su carácter extranjero en sentido jurídico-político:

¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados viviendo bajo una ley *común*, y representados por el mismo *legislativo*.

¿No es cierto, sin embargo, que el orden de la nobleza posee privilegios y dispensas, que se atreve a denominar sus derechos, separados de los derechos del gran cuerpo de los ciudadanos? Se sustrae por ello al orden común, a la ley común. Así, sus derechos civiles lo convierten en un pueblo aparte en el seno de la gran nación. Se trata de un verdadero *imperium in imperio*.

En cuanto a sus derechos *políticos*, también los ejerce aparte. Posee sus representantes particulares, que en modo alguno se ocupan de los intereses del pueblo (Sieyes, 1970 [1789]: 126).

Los nobles viven bajo leyes privadas, que los distinguen del orden común, siendo justamente estos privilegios los que los eximen de trabajar. Lo que separa a la nobleza del pueblo en el plano jurídico-político coincide exactamente con aquello que la separa en el plano económico: los derechos exclusivos que posee son los mismos que provocan su no participación en los trabajos útiles que contribuyen al bienestar general. Además, los nobles acaparan los mejores puestos en las funciones públicas, explotándolos en su beneficio particular. Dichos puestos son de su propiedad, de forma que pueden transmitirlos a su descendencia. El resultado es que no solo no trabajan, sino que además corrompen activamente la cosa pública. En definitiva: la nobleza posee prerrogativas tanto civiles como políticas; si las primeras establecen su inutilidad económica, las segundas consagran directamente su desutilidad.

Es porque el pueblo llano realiza todos los trabajos realmente útiles, y porque los privilegiados no son más que una carga para la sociedad, que el tercer estado es una nación completa, y que los privilegiados –a no ser que dejen de serlo– no pueden formar parte de ella. Recordemos: no son más que las cadenas que oprimen a un hombre fuerte y robusto. Sieyes finaliza el texto con otra metáfora más inquietante, pero que tiene el mismo sentido. Ahora el hombre no está encadenado, sino enfermo:

No preguntéis qué lugar deben ocupar las clases privilegiadas en el orden social: sería tanto como preguntar qué lugar se quiere asignar en el cuerpo de un enfermo al humor maligno que lo mina y lo atormenta. Hay que *neutralizarlo*, hay que restablecer la salud y el equilibrio de todos los órganos, lo suficientemente bien como para que no se vuelvan a formar esos malos humores [*combinaisons morbifiques*], que pueden viciar los principios más esenciales de la vitalidad. Pero se os dice que aún no sois capaces de soportar la salud; y vosotros escucháis este aforismo de la sabiduría aristocrática como los pueblos orientales reciben los consuelos del fatalismo. ¡Permaneced, pues, enfermos! (Sieyes, 1970 [1789]: 218).

## 2. LA NACIÓN Y EL INDIVIDUO

Junto a esta crítica radical al privilegio de los nobles, hay en el panfleto otra crítica, más soterrada, referida a los privilegios en el seno del tercer estado. En una sociedad sana, dice Sieyes, no existen más que trabajos privados y servicios públicos. Más allá de estos no hay sino «meras vacuidades, peligrosas quimeras». ¿Qué lugar corresponde en esta sociedad a los privilegios gremiales? Siendo el

objetivo del panfleto aglutinar a todo el tercer estado contra los privilegios de la nobleza, esta cuestión no aparece de forma clara en la superficie. Tendremos que buscar la respuesta, pues, a un nivel un poco más profundo.

Hay fragmentos que, si bien no se refieren a los privilegios gremiales, permiten afirmar que estos no tienen un fácil acomodo en el esquema de Sieyes:

Todo privilegio, nunca se repetirá lo suficiente, se opone al derecho común; por lo tanto, todos los privilegiados, sin distinción, forman una clase diferente y opuesta al Tercer Estado. Al mismo tiempo, hago notar que esta verdad no debe tener nada de alarmante para los amigos del pueblo. Por el contrario, apela al gran interés nacional, al dejar claro que deben ser eliminados inmediatamente todos los privilegios no hereditarios [*privilèges à terme*] que dividen al Tercer Estado y que condenan a este orden a poner su destino en manos de sus enemigos (Sieyes, 1970 [1789]: 130-131).

La crítica a los privilegios que dividen al tercer estado no es una crítica directa, sino a través de un rodeo muy interesante, que tiene que ver con el carácter performativo del panfleto. Como enseguida veremos con más detalle, Sieyes argumenta del siguiente modo: a) el tercer estado *es* una nación completa; b) hay quienes, para dividir al tercer estado, se empeñan en ver intereses contrapuestos dentro del mismo; c) en realidad, el tercer estado *tiene* un interés común o compartido; d) como la comunidad política solo puede fundarse sobre aquellos intereses compartidos por todos, solamente el tercer estado, en tanto que nación, puede dotarse de una ley y una representación comunes. La existencia de corporaciones de oficios, con sus intereses contrapuestos, pone en riesgo esta estructura argumental, y es precisamente debido a ello que permanece en la sombra.

Hay que tener en cuenta que Sieyes no pretende describir la realidad social de su tiempo, sino proponer una alternativa a la misma. El éxito del panfleto ha ocultado, en ocasiones, la complejidad de la sociedad de 1789, llevando al lector contemporáneo a no percibir otra cosa que una sociedad dividida en tres órdenes, siendo el clero y la nobleza los órdenes privilegiados. Hay quien ha hablado, en este sentido, de un «triunfo de la desinformación» (Durand, 1992: 295-323). La mayor crítica que hace Sieyes a las corporaciones es, precisamente, su ocultamiento. En el panfleto, los *cuerpos* y comunidades de oficios (*corps et communautés de métiers*), cada uno con su interés particular (*intérêt de corps*), son sustituidos por el gran *cuerpo* de la nación: el tercer estado.

Me parece que no es casualidad, en efecto, que Sieyes utilice varias veces expresiones como «gran cuerpo del pueblo», «gran cuerpo de la nación» o «cuerpo de representantes», o que defina la nación como un «cuerpo de asociados». Tampoco que emplee dos

metáforas corporales, al principio y al final del panfleto (el hombre encadenado y el cuerpo enfermo), para hablar de la forma en que los privilegios oprimen al tercer estado. Para que el gran cuerpo de la nación funcione correctamente, para que pueda desarrollarse libremente, los diferentes cuerpos que lo componen deben olvidarse de sus intereses de parte e integrarse en él, como en la famosa portada del *Leviatán* de Hobbes.

Para entender esta crítica velada, insistamos en ello, es necesario tener en cuenta que el tercer estado de Sieyes no es una categoría sociológica, sino (al mismo tiempo) económica y política. Es decir: el tercer estado no es una clase social específica, con unas características concretas o una identidad compartida, sino el conjunto de aquellos que realizan trabajos útiles a la sociedad.

Quando, por el contrario, se desea sembrar la división en el seno del Tercer Estado, se procede a distinguir en su interior diferentes clases, excitando y sublevando unas contra otras, intentando oponer los habitantes de las ciudades a los del campo, los ricos a los pobres. [...] Se diga lo que se diga, no es la diferencia de profesiones, ni la de fortunas, ni la de niveles de educación [*lumières*] lo que divide a los hombres, sino la diferencia de intereses. Ahora bien, en la cuestión que nos ocupa no hay más que dos intereses, el de los privilegiados y el de los no privilegiados; todas las clases del Tercer Estado están vinculadas por un interés común contra la opresión de los privilegios (Sieyes, 1970 [1789]: 143).

Este interés común, fundado en la utilidad social del trabajo que realizan los miembros del tercer estado, debe dar lugar al establecimiento de una ley común:

Debe entenderse por Tercer Estado al conjunto de los ciudadanos que pertenecen al orden común. Todo lo que es privilegiado por la ley, de la manera que sea, está fuera del orden común, es una excepción a la ley común y, en consecuencia, no pertenece al Tercer Estado. Como ya hemos señalado: una ley común y una representación común son lo que constituye *una* nación (Sieyes, 1970 [1789]: 128).

Entre el interés común del tercer estado –contra los privilegiados– y los intereses particulares de cada ciudadano no debe haber ningún interés intermedio:

Observemos en el corazón de los hombres tres tipos de intereses: 1) aquel por el cual los ciudadanos se asemejan entre sí; da la justa medida del interés común; 2) aquel por el cual un individuo se alía solamente con algunos; es el interés de corporación [*intérêt de corps*]; y finalmente, 3) aquel por el cual cada uno se aísla, pensando solo en sí mismo; es el interés personal.

El interés por el cual un hombre está de acuerdo con todos sus coasociados es evidentemente el *objeto* de la voluntad de todos y el de la asamblea común.

Cada votante puede llevar a la asamblea sus otros dos intereses; de acuerdo. No hay nada que temer del interés personal; está aislado. Cada uno tiene el suyo. Su diversidad es su verdadero remedio.

La gran dificultad proviene del interés por el cual un ciudadano está de acuerdo solamente con algunos. Este hace posible organizarse, aliarse; a través de este interés se preparan proyectos peligrosos para la comunidad; se forman los enemigos públicos más temibles. La historia está llena de ejemplos que ilustran esta triste verdad.

No nos sorprendamos, pues, si el orden social exige con tanto rigor que no se permita a los ciudadanos corrientes disponerse en *corporaciones* (Sieyes, 1970 [1789]: 206-207).

La centralidad que otorga Sieyes al concepto de «interés» probablemente se debe a la influencia de Smith, aunque el tratamiento que hace este último de los intereses existentes en una sociedad comercial es mucho más complejo y matizado que el del abate (véase Méndez Baiges, 2004: 345-376). Para Sieyes, no debe haber ningún tipo de interés intermedio entre el interés individual y el interés general de la nación. Su crítica a las diferentes clases de corporaciones se debe a que son los vehículos por los que se expresan y desarrollan dichos intereses intermedios:

Cuando, en lugar de rendir homenaje a estas primeras nociones, a estos principios tan claros y tan ciertos, el propio legislador crea corporaciones en el Estado, reconoce todas las que se forman y las consagra en virtud de su poder; cuando, finalmente, osa convocar a las más grandes, a las más privilegiadas y, por consiguiente, a las más funestas, para formar parte, bajo el nombre de órdenes, de la representación nacional, creo que estamos ante un principio erróneo que lo echa todo a perder, que lo arruina todo, que lo trastorna todo entre los hombres. Para colmar y consolidar el desorden social, ya solo quedaba dar a esos terribles *oficios jurados [jurandes]* una preponderancia real sobre el gran cuerpo de la nación (Sieyes, 1970 [1789]: 207-208).

En este pasaje, y a diferencia de lo que sucede en el resto del texto, Sieyes liga explícitamente la existencia de corporaciones de oficios a la jerarquía que divide la sociedad en tres órdenes. La división del reino en tres estados no es más que el resultado final de un conjunto de divisiones más pequeñas, que atraviesan todo el tejido social, y que dan lugar a una sociedad fragmentada en pequeños grupos, cada uno con sus intereses y privilegios particulares. Es por ello que, al oponerse a los privilegios, Sieyes está yendo en contra no solo del clero y de la nobleza, sino también de la forma en que está estructurado el propio tercer estado. Su panfleto no es tanto una toma de partido por una clase social frente a otras, como una propuesta de reforma social profunda, basada en unos intereses que –al menos en opinión del abate– son compartidos por la inmensa mayoría de la población.

### 3. LOS PRIVILEGIOS Y LA PROPIEDAD

Recordemos que los privilegios de los nobles son políticamente inadmisibles porque consagran su ociosidad, su existencia al margen de la nación útil y laboriosa. Como acabamos de argumentar, se puede deducir del texto, aunque el abate no lo diga de forma tan explícita, que los privilegios de los gremios son inadmisibles por una razón muy similar: refuerzan los intereses de parte, dividiendo con ello al tercer estado y no permitiendo el florecimiento de la industria y del comercio. No sucede lo mismo con las diferencias de propiedad: estas tienen que ver no con intereses intermedios, sino con simples intereses individuales. El juego de los mismos, siempre que no vaya en contra del interés común, no solo no impide el desarrollo económico, sino que contribuye activamente a la riqueza de la nación.

Las diferencias que existen entre los ciudadanos en cuanto a sus beneficios [*avantages*] están *más allá* del carácter de ciudadano. Las desigualdades de propiedad y de industria son como las desigualdades de edad, sexo, estatura, color, etc. No desnaturalizan la *igualdad* de la ciudad [*l'égalité du civisme*]; los derechos de la ciudad [*les droits du civisme*] no pueden estar vinculados a las diferencias. No cabe duda de que estos beneficios *particulares* están bajo la salvaguarda de la ley; pero no corresponde al legislador crear beneficios de esta naturaleza, dar privilegios a unos y negárselos a otros. La ley no concede nada; protege lo que existe, hasta el momento en que comienza a perjudicar al interés común. Solamente entonces empiezan los límites de la libertad individual. Yo me imagino la ley en el centro de un globo inmenso; todos los ciudadanos, sin excepción, están sobre la circunferencia, a la misma distancia de ella, ocupando lugares iguales; todos dependen igualmente de la ley, todos le ofrecen su libertad y su propiedad para que la proteja; a esto es a lo que yo llamo los *derechos comunes* de los ciudadanos, aquello en lo que todos se asemejan. Todos esos individuos se comunican entre ellos, negocian, establecen compromisos unos con otros, siempre bajo la garantía común de la ley. Si en ese movimiento general alguno pretende dominar a la persona de su vecino o usurpar su propiedad, la ley común reprime este atentado, pero no impide en modo alguno que cada cual, según sus facultades naturales y adquiridas, y según los azares más o menos favorables, haga crecer su propiedad con todo lo que el próspero destino o un trabajo más fecundo puedan añadirle, ni tampoco que cada cual pueda, sin *salirse* de la legalidad [*déborder sa place légale*], construirse o componerse de forma particular aquella felicidad más acorde con sus gustos, la más digna de envidia. La ley, al proteger los derechos comunes de todo ciudadano, protege a cada ciudadano en todo lo que este puede ser, siempre que sus iniciativas no perjudiquen los derechos de los demás (Sieyès, 1970 [1789]: 208-209).

La unión social solo es posible en base a los intereses compartidos de todos los ciudadanos. Estos intereses son los únicos que pueden dar lugar a derechos políticos, es decir, a la participación activa en la for-

mación de la ley social. Los intereses particulares de cada individuo, siempre que no vayan en contra de los derechos de los demás, y siempre que no degeneren en intereses corporativos, deben ser protegidos por la ley. En cualquier caso, en tanto que meramente particulares, estos intereses no son representables. Las circunstancias singulares de cada individuo no interesan a la comunidad política y no pueden influir en ella. Las instituciones sociales, por lo tanto, deben limitarse a permitir que los intereses de todos puedan desplegarse libremente, sin interferir activamente en ellos.

Unos son jóvenes, otros son viejos; unos son altos, otros son bajos; unos son blancos, otros son negros... de la misma manera, unos son ricos y otros son pobres. Todas estas diferencias están más allá de la comunidad política. La igualdad ante la ley consiste precisamente en que su existencia sea compatible con una esfera de ciudadanos igualmente libres.

A aquellos que cuestionan esta equiparación entre las desigualdades de propiedad y las desigualdades de edad, sexo, estatura o color de piel, Sieyes les responde con una sorprendente nota a pie de página:

No asumo la tarea de responder a las simplezas discursivas [*pauvretés verbeuses*], tan agradables a veces por su ligereza [*par le non-sens*], pero tan despreciables por su intención, que pequeñas mujeres y pequeños hombres vomitan [*débitent*] ridículamente en nombre de la espantosa palabra de la *igualdad*. Estas maliciosas puerilidades solo tienen sentido en un tiempo muy concreto; una vez que ese tiempo haya pasado, un escritor se avergonzaría mucho de haber usado su pluma para refutar tan lamentables divagaciones, que entonces sorprenderían incluso a aquellos que hoy se enorgullecen de ellas, haciéndoles decir con desprecio: ¡*Este autor nos toma por tontos!* (Sieyes, 1970 [1789]: 209-210).

A diferencia de lo que pretenden unos infantiles cantos de sirena hechos en nombre del *petit peuple*, las desigualdades de riqueza deben ser tan indiferentes para la ley como las diferencias físicas, raciales o de género. Ambas son igualmente inevitables, y por lo tanto deben ser igualmente irrelevantes desde un punto de vista político. Las instituciones públicas deben limitarse a proteger lo existente, restaurando el estado inicial en caso de que este se vea alterado por alguna ilegalidad; pero no deben intentar cambiar dicha realidad social. Deben proteger la propiedad, no redistribuirla igualitariamente. Intentarlo sería tan antinatural como pretender corregir las diferencias de altura existentes entre la población, tan monstruoso como aquello que hacía Procusto con los viajeros que se tumbaban en su lecho.

El ideal de Sieyes es una sociedad escindida en dos planos claramente distintos. Por un lado, un espacio en el que rige la libre competencia, donde los individuos aislados, movidos únicamente por su interés particular, procuran progresar a través de su trabajo. Por otro lado, la esfera de la representación política, en la que deben tratarse

únicamente aquellas cosas que comparten todos los ciudadanos, de forma que se asegure el interés general de la sociedad. Las leyes del mercado deben regir el primer espacio, la ley común de la ciudad debe limitarse a gobernar el segundo.

Esta postura encierra una tensión, que saldrá a la superficie en el curso de la Revolución. Sieyes, al mismo tiempo que hace de la utilidad económica del tercer estado su mayor argumento político, pretende que las desigualdades económicas queden fuera del terreno de la política. El trabajo útil, recordemos, es aquello que aglutina al tercer estado frente a los privilegiados, a quienes su ociosidad inhabilita para formar parte de la nación. Esta lógica retributiva, que hace depender la legitimidad política de los aportes en la esfera productiva, no se aplica a las desigualdades que existen en el seno de esta última. Las desigualdades de riqueza son el resultado de la capacidad de cada uno para hacer valer su interés individual en unos mercados abiertos y competitivos. No tienen nada que ver con los privilegios, unos derechos exclusivos que premian la incapacidad de sus tenedores y desalientan el talento de los demás. El fantasma de que estas desigualdades de riqueza puedan deberse a que unos se están enriqueciendo a costa del trabajo de otros permanece encerrado en un arcón.

#### 4. GENTE RESPETABLE E INSTRUMENTOS DE TRABAJO

Hay otra tensión en el texto de Sieyes, más evidente, que puede considerarse directamente una contradicción, y que también se irá clarificando a medida que avance la Revolución: la nueva importancia política otorgada al trabajo no se ve correspondida con el reconocimiento de derechos políticos a aquellos que realizan dicho trabajo.

Recordemos que, para el abate, los derechos políticos no pueden basarse en las diferencias, sino solamente en aquello que los ciudadanos comparten entre sí. Se opone con ello a una sociedad dividida por normas intermedias e intereses de parte. Propone, en cambio, una sociedad de ciudadanos iguales ante la ley, un círculo en el que todos ocupan la misma distancia respecto a la ley común. Lo que no se hace explícito en el panfleto es si esos puntos equidistantes se corresponden con el conjunto de la población o solamente con una parte de la misma. Sieyes no se pronuncia al respecto. Se limita a señalar, sin entrar a valorarlo, que el estatus de elector y el de elegible están vetados a las mujeres, los menores de edad, los mendigos, los domésticos y los extranjeros (Sieyes, 1970 [1789]: 139 y 147)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En sus «Observations sur le rapport du Comité de Constitution concernant la nouvelle organisation de la France» (octubre de 1789), Sieyes se refiere a la exclusión de las mujeres de la ciudadanía activa como una «extraña contradicción» (*contradiction bizarre*) y como un prejuicio. Se muestra favorable, además, a una cierta exten-

¿Son estas exclusiones reconducibles al argumento principal del panfleto, según el cual el trabajo útil es aquello que habilita para la ciudadanía? A bote pronto, no lo parece. Solamente la exclusión de los mendigos es comprensible a partir de este esquema: desde el punto de vista del trabajo útil, los vagabundos y la nobleza pertenecen a la misma categoría. La exclusión de los extranjeros que trabajan en Francia, de los sirvientes, de las mujeres y de los niños (muchos de ellos trabajan también) debe estar basada en otras razones.

Sieyes no nos dice cuáles son, pero no es difícil intuir por dónde van los tiros. Se trata de exclusiones que, aunque se encuentran en tensión con la idea general de que el trabajo útil habilita para la ciudadanía, son explicables sin renunciar a la estructura argumental del panfleto. De acuerdo con unos presupuestos que no se hacen explícitos, pero que pueden suponerse, el trabajo de las mujeres, los niños y los domésticos no tiene entidad propia, sino que está incluido en el trabajo del director del *oikos*. De la misma manera, los intereses de todos ellos no son intereses propios, sino que dependen del interés del padre de familia. Es solamente el trabajo de la unidad productiva en su conjunto, a la cabeza de la cual está el maestro, lo que otorga el derecho a estar en el círculo de los igualmente libres. Algo similar sucede con los extranjeros no naturalizados: su lealtad a la nación no es plena, porque conservan intereses ligados a su lugar de origen, y esto les inhabilita para entrar en la comunidad política. Explicados estos presupuestos, parece que la ciudadanía de Sieyes estaría apoyada en tres patas: ser francés, ser padre de familia y realizar un trabajo útil.

Siguiendo con la metáfora del abate, podría decirse que los puntos situados a lo largo de la circunferencia ocultan una pirámide privada en su interior, en la que los diferentes miembros de la casa se hallan bajo la dependencia del ciudadano-maestro. Como dice Sieyes en sus «Observations sur le rapport du Comité de Constitution concernant la nouvelle organisation de la France», no pueden ser ciudadanos aquellos a quienes «una dependencia *servil* tiene apegados, no a un determinado trabajo, sino a las voluntades arbitrarias de un maestro» (Sieyes, 1985 [1789]: 256).

El argumento de Sieyes, aunque renqueando, está todavía en pie. Hay un pasaje del panfleto, en cambio, en el que se produce una inversión de los principios que venimos exponiendo hasta ahora. Para res-

---

sión de los derechos políticos a las «clases inferiores» (*clases infimes*), que hace depender del progresivo desarrollo de la «educación nacional» (SIEYES, 1985 [1789]: 255-256). Sobre el primero de estos dos asuntos, es interesante notar que, como ha explicado Jacques GUILHAUMOU (1996: 693-698), Sieyes defiende la extensión de la ciudadanía activa a las mujeres, pero muestra muchos más recelos respecto a su capacidad para formar parte de esas élites ilustradas que, por dominar el «arte social», son las encargadas de la elaboración de las leyes. En el próximo apartado quedará más clara esta distinción entre la esfera de los ciudadanos activos y el círculo, más restringido, de los representantes públicos.

ponder a la objeción de que el tercer estado haría mejor en escoger a sus representantes entre los miembros de la nobleza –debido a su mejor educación–, Sieyes no responde rechazando la mayor. Sin negar que *les lumières* sean el factor decisivo para ser elegible, afirma que estas no son patrimonio exclusivo de la nobleza:

Considerad las clases *disponibles*<sup>9</sup> del Tercer Estado; como todo el mundo, llamo clases disponibles a aquellas en las que una cierta holgura [*une sorte d'aisance*] permite a los hombres recibir una educación liberal, cultivar su razón a fin de interesarse por los asuntos públicos. Estas clases no tienen otro interés que el del resto del pueblo. Decidme si no contienen suficientes ciudadanos instruidos, honestos, dignos en todos los aspectos de ser buenos representantes de la nación (Sieyes, 1970 [1789]: 143-144).

Las clases disponibles son aquellos propietarios que, al tener suficientes ingresos como para cubrir sus necesidades personales sin trabajar, pueden dedicar todos sus esfuerzos a las necesidades generales de la sociedad. Estos individuos esclarecidos son capaces de elevarse por encima de los intereses individuales de cada productor, y de reconocer el interés común que une a todo el tercer estado en tanto que nación. Su riqueza les libera de la presión diaria del trabajo y les da suficiente tiempo libre para ocuparse de los asuntos públicos. Estos son, dice el abate, los representantes naturales del tercer estado.

Ahora bien: al tiempo que vincula la representación política del tercer estado con los ciudadanos instruidos, Sieyes no plantea de forma abierta que deba excluirse de la política a aquellos que no posean esa holgura de la que disfrutaban las clases disponibles. De hacerlo, estaría introduciendo una consideración claramente incompatible con el principio general de que el trabajo implica ciudadanía y la ociosidad implica exclusión. Acudir a la obra no publicada de Sieyes puede ayudarnos a despejar la duda sobre si existe o no tal contradicción.

En un perturbador manuscrito titulado «Esclaves. D'une autre espèce qui ait moins de besoins et moins propre à exciter la compassion humaine», ese hombre fuerte y robusto que es el tercer estado aparece dividido en dos:

Una gran nación se compone necesariamente de *dos pueblos*, los productores y los instrumentos humanos de producción, la gente inteligente y los trabajadores que solo tienen fuerza pasiva, los ciudadanos educados y los auxiliares, que no tienen ni el tiempo ni los medios para recibir una educación (Sieyes, 1985 [1770s-1780s]: 75).

---

<sup>9</sup> La expresión «clase disponible», poco común, aparece en las *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses* de TURGOT [1914 (1766), 2: 541]. Es probable que Sieyes la haya tomado prestada de aquí.

En «Grèce. Citoyen-Homme», Sieyes duda de que ese pueblo pasivo y auxiliar pueda formar parte de la comunidad política:

Entre los desdichados dedicados a los trabajos penosos, productores de los goces de otros, que apenas reciben lo suficiente para sustentar sus cuerpos sufrientes y llenos de necesidades, entre esta inmensa multitud de instrumentos bípedos, sin libertad, sin moral, sin intelecto, que poseen solamente sus manos, con las que ganan poco, y tienen el alma absorta, que solo les sirve para sufrir... ¿están allí los que vosotros llamáis hombres? ¿Se les llama civilizados [*policés*]! ¿Hay uno solo entre ellos capaz de entrar en sociedad? (Sieyes, 1985 [1770s-1780s]: 81).

En otra nota, que lleva el largo título de «La Nation. Une grande nation est nécessairement composée de deux espèces d'hommes, les citoyens et les auxiliaires. De deux peuples distingués par le fait de l'éducation», Sieyes añade:

Por más que soñemos con el bien general de la especie humana, esta estará siempre dividida en dos partes esencialmente separadas por la diferencia de educación y de trabajo. Si en un plazo breve queréis establecer la igualdad, condenáis a la nación a una simplicidad de industria y de bienestar que solo se puede sostener a costa de la degradación de las facultades imaginativas y volitivas. Supondría hacer retroceder a la especie humana. No es posible. Hay que volver a la distinción entre gente respetable [*gens honnetes*] e instrumentos de trabajo. Ya no son los hombres iguales quienes se han reunido, sino los *jefes* de producción. La unión se basa en la perfección de la moral, y esta moral pertenece únicamente a una parte del pueblo [*peuplade*]; el resto queda admitido en la sociedad únicamente como auxiliar.

No quiero dividir a mis hombres en espartanos e ilotas, sino en ciudadanos y oficiales de trabajo [*compagnons du travail*] (Sieyes, 1985 [1770s-1780s]: 89).

Los intereses comunes que están en grado de fundar una comunidad política no pueden basarse simplemente en el trabajo. Existe un abismo insalvable quienes dirigen a los trabajadores y toman las decisiones, y quienes se limitan a ejecutar pasivamente aquello que se les ordena<sup>10</sup>. Los primeros son el verdadero pueblo industrial, con iniciativa propia, con un interés común. Son los verdaderos ciudadanos. Los segundos son simples instrumentos de trabajo: más que trabajar,

---

<sup>10</sup> No puedo entrar a discutir en profundidad si esta concepción del pueblo trabajador se corresponde con la realidad francesa de finales del XVIII, o si se trata más bien de una representación sesgada que bebe de la literatura fisiocrática. Baste con señalar que, por lo general, los ricos de la época son o bien grandes propietarios de tierras que viven de rentas, o bien mercaderes. Los campesinos no propietarios y los artesanos son quienes tienen el conocimiento técnico necesario para la organización de la producción. Los grandes directores de fábricas y el proletariado industrial no existen todavía, como explica REDDY (1984).

permiten la industria de los primeros, igual que los animales y las máquinas. Deben permanecer, pues, en la esfera privada.

En definitiva: si atendemos a los papeles privados de Sieyes, la exclusión del círculo de los ciudadanos afecta, además de a las mujeres y a los domésticos, a buena parte del tercer estado. Esto, aparentemente, encuentra difícil acomodo en la ecuación enunciada al inicio de su famoso panfleto, según la cual el trabajo útil equivale a la ciudadanía. Lo único que permite salvar la contradicción es tener en cuenta que el trabajo útil de Sieyes está profundamente influenciado por el concepto de trabajo de la economía política. El fundamento de la comunidad de los igualmente libres no lo constituyen las ocupaciones concretas de los trabajadores, sino un trabajo abstracto, creador de riqueza, cuyo desarrollo depende del buen hacer de los capitanes de industria.

## 5. CIUDADANOS ACTIVOS Y PASIVOS

El 20 y 21 de julio de 1789, Sieyes presenta su proyecto de declaración de derechos ante el Comité constitucional, ofreciendo una solución novedosa a la cuestión de los límites de la ciudadanía. El proyecto se titula «Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen». En la exposición razonada que precede al articulado, el abate empieza hablando del estado de naturaleza, para explicar, a continuación, el paso al estado social. Se centra especialmente en la libertad del individuo. Su tesis principal es que dicha libertad no solo queda garantizada con el tránsito al estado de civilización, sino que incluso se ve aumentada. Justo después, Sieyes hace algo que no es nada habitual en su época: coloca los derechos naturales junto con los civiles, oponiendo ambos a los derechos políticos.

Hasta ahora solamente hemos expuesto los *derechos naturales y civiles* de los ciudadanos. Nos falta identificar los *derechos políticos* (Sieyes, 1985 [1789]: 199).

A finales del XVIII, la sociedad civil no posee todavía el sentido que le dará Hegel, sino que conserva el significado que tenía para Locke: es la sociedad civilizada, la ciudad; es aquello que se opone al estado de naturaleza. Los teóricos del contrato de la Ilustración ya no usan habitualmente el término y hablan más bien de estado social o estado de civilización. La contraposición, en cualquier caso, sigue siendo la misma: una cosa son los derechos ligados a la naturaleza humana, que todo ser humano tiene por el hecho de serlo, y otra distinta los derechos de ciudadanía, o derechos civiles (en el estado de civilización), o derechos sociales (del hombre en sociedad), siendo estas tres expresiones intercambiables.

Si se lee con atención, se observa que Sieyes mantiene esta concepción tradicional. Cuando dice que hasta el momento se ha ocupado de los derechos naturales y civiles no los está equiparando, sino simplemente diciendo que se ha ocupado de los derechos en el estado de naturaleza y de la manera en que estos se trasladan al estado de civilización. Sin embargo, justo después, y aquí está la novedad, opone estos derechos naturales y civiles a los derechos políticos. No queda muy claro cuál es para Sieyes el origen de estos últimos: ¿están presentes de algún modo en el estado de naturaleza o bien surgen *ex novo* en el estado de civilización? No podemos profundizar aquí esta cuestión, que nos llevaría a examinar las razones por las que Sieyes distingue tres etapas, y no dos, en su teoría del contrato social<sup>11</sup>. Simplificando, la clave está en que los derechos políticos no son la traslación de unos derechos naturales del hombre al estado social, sino que son fruto de una convención voluntaria entre ciudadanos ya asociados (que ya han salido del estado de naturaleza). Estos deciden positivizar y precisar las condiciones de un acuerdo ya existente *de facto*.

En cualquier caso, lo que nos interesa ahora es la forma en que Sieyes opone los derechos naturales y civiles a los derechos políticos. Inmediatamente después de establecer la distinción, la reafirma en los siguientes términos:

La diferencia entre estos dos tipos de derechos consiste en que los derechos naturales y civiles son aquellos *para* cuyo mantenimiento y desarrollo se formó la sociedad; y los derechos políticos, aquellos *mediante* los cuales se formó la sociedad. Es mejor, en aras de la claridad del lenguaje, llamar a los primeros derechos *pasivos* y a los segundos derechos *activos*.

Todos los habitantes de un país deben disfrutar de los derechos de ciudadano *pasivo*: todos tienen derecho a la protección de su persona, de su propiedad, de su libertad, etc., pero no todos tienen derecho a participar activamente en la formación de los poderes públicos; no todos son ciudadanos *activos*. Las mujeres, al menos en el estado actual de las cosas, los niños, los extranjeros, aquellos que no contribuyen en nada a sostener la entidad pública, no deben influir activamente en la cosa pública. Todos pueden disfrutar de los beneficios [*avantages*] de la sociedad; pero solo los que contribuyen a la entidad pública son los verdaderos accionistas de la gran empresa social. Solo ellos son los verdaderos ciudadanos activos, los verdaderos miembros de la asociación (Sieyes, 1985 [1789]: 199).

En sus papeles privados, Sieyes distinguía claramente entre los empresarios y los instrumentos bípedos, reservando la condición de ciudadanos a los primeros. Ahora, en cambio, afirma que la ciudadanía (pasiva) abarca al conjunto de la población. El problema de esta categoría de ciudadano pasivo es su excesiva amplitud: las mujeres y los

---

<sup>11</sup> Para una buena explicación del contractualismo del abate, véase SOMMERER (2011: 5-25).

mendigos son ciudadanos pasivos, pero también lo son los niños, e incluso los extranjeros. La inclusión de los niños en la categoría impide que esta pueda entenderse como el ejercicio de derechos tales como la capacidad para firmar contratos o para desplazarse libremente por el territorio nacional. La inclusión de los extranjeros impide que la categoría pueda identificarse con la nacionalidad. Hay que concluir, pues, que la ciudadanía pasiva es una categoría básicamente retórica. Por mucho que el abate pretenda ligarla al disfrute de los derechos civiles (de la ciudad), con exclusión de los derechos de participación política, cabe sospechar que su alcance es incluso menor<sup>12</sup>.

Por otra parte, Sieyes no aclara si los trabajadores son ciudadanos meramente pasivos o también activos. Su no inclusión en la lista de los ciudadanos pasivos podría dar lugar a pensar que, *a contrario sensu*, forman parte del otro grupo. La condición para ser ciudadano activo es, recordemos, contribuir a sostener la entidad pública. No queda claro si es suficiente con contribuir a través de un trabajo útil a la prosperidad de la nación o si es necesario, además, ser propietario y pagar una determinada cantidad de impuestos.

La duda queda despejada, aunque solo parcialmente, en el artículo 26 del proyecto<sup>13</sup>. En él Sieyes reduce el número de electores a quienes tienen interés y capacidad (*intérêt avec capacité*) en la cosa pública, añadiendo que la Constitución deberá determinar con precisión en qué consisten estas dos cualidades. Aunque el proyecto no lo especifique, parece que el abate tiene en mente a las «clases disponibles».

Sin embargo, cuando Sieyes se pronuncia de forma más específica sobre la cuestión de los límites de la ciudadanía, su solución no es tan elitista como se podría pensar a la luz de todo lo dicho hasta ahora. Las tensiones en su discurso político existen, como hemos intentado mostrar, pero se encuentran imbricadas en un conjunto que, aun con algunas aristas, resulta razonablemente coherente y ordenado. En «*Quelques idées de constitution, applicables a la ville de Paris*», aparecido también en julio de 1789, así como en otros escritos posteriores, Sieyes propone una pequeña contribución voluntaria (tres libras)<sup>14</sup> para ser ciudadano activo, y otra contribución voluntaria más elevada (doce libras) para ser además elegible (no tener solamente derecho a votar, sino a ser votado).

---

<sup>12</sup> En base a la distinción jurídica contemporánea entre ciudadano, persona con capacidad de obrar y persona, se podría decir que la ciudadanía pasiva no solo no incluye los derechos propios del ciudadano, sino que tampoco incluye los derechos propios de las personas con capacidad de obrar. Los derechos civiles que disfrutaban los ciudadanos pasivos son, únicamente, los derechos ligados al respeto de la persona.

<sup>13</sup> En una versión revisada y extendida, publicada el 22 de julio, se trata del artículo 30; en un segundo proyecto, con una exposición de motivos muy breve y titulado «*Déclaration des droits de l'homme en société*», que Sieyes presenta ante la Asamblea el 12 de agosto, el artículo ocupa el lugar 28.

<sup>14</sup> Que equivalen a unos treinta euros actuales. Utilizo un convertidor elaborado por Thomas Fressin: <http://convertisseur-monnaie-ancienne.fr>. La metodología empleada por el autor se puede consultar en la propia web.

Esta propuesta de Sieyes de hacer depender los derechos políticos de una contribución voluntaria a las instituciones públicas es muy significativa. El ciudadano activo lo es para el abate en su sentido literal. Es el que *decide* serlo, el que tiene la voluntad de participar en la cosa pública y emprende acciones para hacer efectiva dicha voluntad. La objeción más evidente a esta forma de ver las cosas es que hay un salto entre querer participar y poder hacerlo realmente. No es solo una cuestión de dinero. Muchos no están «disponibles» no por falta de interés, sino porque carecen del tiempo o de los apoyos necesarios. Esta dificultad queda oculta bajo la confianza en el poder generador de una sociedad de mercado que, en ausencia de trabas, permitirá a los individuos demostrar su talento y recibir una recompensa acorde a sus méritos. Los trabajadores, si se esfuerzan, por muy modesta que sea su condición, podrán llegar a tener algún día una posición desahogada. Si se forman adecuadamente y permanecen alerta, interesados por el bien común de la nación, podrán llegar a ser auténticos ciudadanos activos. En definitiva: la ecuación entre trabajo y ciudadanía permanece en pie, pero en un sentido muy particular: en un contexto de competencia generalizada entre individuos, solamente aquellos que demuestren su capacidad económica e intelectual serán los que puedan influir activamente en la cosa pública.

El trabajo útil otorga a todos la posibilidad de ascender socialmente, lo cual a su vez permite formarse y disponer de ocio, elevarse por encima de los intereses particulares y ser, en fin, un ciudadano entregado al interés general de la nación. La solución de Sieyes no deja de ser elitista, pero se inscribe en un proyecto de sociedad meritocrática que da a todos la posibilidad de alcanzar la cima, a través del esfuerzo individual. Este proyecto, más allá de lo que pueda tener de proyección al conjunto de la sociedad de las aspiraciones (finalmente cumplidas) de un clérigo de orígenes modestos, es compartido, con más o menos matices, por una parte importante de los actores revolucionarios. Es una de las ideas motoras de una utopía mercantil que hoy, dos siglos después de su triunfo, puede parecernos demasiado ingenua o, siendo menos generosos, un poco cínica. Sin embargo, en su época, y aunque seguramente pueda ser ya acusada de cierta complacencia interesada, bebe, sobre todo, de la admiración hacia unas nuevas fuerzas sociales en pleno desarrollo, de un dinamismo y potencia sin precedentes.

La solución finalmente adoptada por la Asamblea nacional a los límites de la ciudadanía es más excluyente. Los derechos políticos se hacen depender de los impuestos ordinarios, y no de contribuciones voluntarias. Mediante decretos sucesivos, se establecen las siguientes condiciones para ser ciudadano activo: ser varón mayor de 25 años, no ser sirviente doméstico, haber residido en una misma localidad durante al menos un año, estar inscrito como guardia nacional en dicho municipio de residencia, haber prestado juramento cívico y haber pagado una contribución impositiva equivalente al valor local de tres

jornadas de trabajo. Esta última condición, el pago de un impuesto directo equivalente a tres jornales, no la cumplen solamente los ricos: es una contribución que se exige a todos aquellos que tienen una propiedad, aunque sea modesta, y también a quienes, sin tenerla, perciben una renta superior al salario medio de un trabajador no cualificado. No es, pues, un tipo impositivo muy elevado. Al establecerse en función del territorio de residencia, es una condición que resulta más excluyente en las ciudades que en el campo, donde hay más pequeños propietarios, y donde los salarios son más bajos –y menor es, en consecuencia, el nivel de impuestos exigido–. Es probable que, en la práctica, resultaran más excluyentes tanto la condición de la residencia fija –la movilidad de las clases populares por el territorio es entonces muy considerable– como la de no ser doméstico –especialmente en el campo, donde los sirvientes son muy numerosos–. Las cifras son estimativas, pero se puede suponer que están excluidos de la participación en la vida política unos 2.700.000 franceses, más de la tercera parte de los hombres mayores de 25 años.

De todas formas, la principal fuente de exclusión se establece por una vía diferente. A propuesta, entre otros, del propio Sieyes, se crea un sistema electoral indirecto, de forma que las elecciones en las «asambleas primarias» sirven solamente para elegir a los electores secundarios, siendo estos últimos quienes eligen a los representantes nacionales. Las condiciones que se establecen para poder ser votado como elector secundario y como representante nacional varían a lo largo del tiempo. En un primer momento se plantea la condición de pagar unos impuestos equivalentes a diez jornadas de trabajo para lo primero, y por valor de un marco de plata (unas 50 libras) para lo segundo. Esta última condición solo la reúnen los grandes propietarios de tierras. Posteriormente se rebajan los requisitos de propiedad para los diputados, pero a cambio se aumentan considerablemente las exigencias para ser elector secundario, de forma que su número queda restringido a unas 50.000 personas. La Asamblea nacional, en definitiva, construye un sistema escalonado de derechos políticos basado en umbrales fiscales: excluye a los pobres y da a los menos pobres el derecho a designar a una minoría de electores ricos, quienes a su vez eligen a los representantes de la nación entre las clases más acaudaladas del reino.

Hay un abismo entre los meros ciudadanos activos y los electores, y otro salto considerable entre los electores y los potenciales representantes nacionales. Las exclusiones relacionadas con el sufragio censitario, por lo tanto, van más allá de la distinción entre ciudadanos activos y pasivos ideada por Sieyes. En cualquier caso, su importancia reside en que es una forma de justificar teóricamente la aparente contradicción que existe entre fundar la comunidad política en el trabajo de la nación y no reconocer, después, derechos políticos a los trabajadores. Ya hemos dicho que esta contradicción se salva parcialmente si se tiene en cuenta que ese trabajo no es para

Sieyes el esfuerzo físico de los trabajadores, sino el trabajo culto de la economía política, al frente del cual se sitúan los directores de empresa: la exclusión de los trabajadores se debe a que son meros auxiliares, instrumentos que facilitan la industria de los emprendedores. A quienes no les convenza esta explicación, el abate les intenta persuadir mediante otra estrategia, que en esta ocasión consiste en resignificar el concepto de ciudadanía: se puede ser ciudadano (pasivo) sin tener derechos políticos.

La distinción entre ciudadanía activa y pasiva, aunque expresada en otros términos, estará en el centro de muchos de los debates teórico-políticos de los años siguientes. La diferencia que Benjamin Constant [1874 (1819)] observa entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, o la dicotomía que Isaiah Berlin [1969 (1958)] establece entre libertad positiva y libertad negativa, son sin duda deudoras de la distinción del abate. Es una innovación que va en contra de toda la tradición de la filosofía política desde Grecia, según la cual ser un ciudadano libre consiste básicamente en ser, a la vez, gobernante y gobernado.<sup>15</sup>

Una buena respuesta a la interesada dicotomía de Sieyes, que anticipa incluso el peligro de sus derivas posteriores, la encontramos ya en la propia Revolución Francesa. Afirma Maximilien Robespierre:

No osando negar la cualidad de ciudadano a aquellos que desheredan políticamente, se han limitado a eludir el principio de igualdad que esa cualidad supone necesariamente, a través de la distinción entre ciudadanos activos y pasivos. Confiando en la facilidad con la que se gobierna a los hombres a través de las palabras, han tratado de ocultar, con esta expresión novedosa, la violación más manifiesta de los derechos del hombre.

Pero quién puede ser tan estúpido como para no percibir que esta palabra no puede ni cambiar los principios, ni resolver la dificultad; porque declarar que tales ciudadanos no serán activos, o decir que ya no ejercerán los derechos políticos vinculados al título de ciudadano, es exactamente lo mismo en el idioma de estos políticos sutiles. Ahora bien, yo no dejaré de preguntarles con qué derecho pueden condenar a la inactividad y a la parálisis a sus conciudadanos y comitentes: no dejaré de oponerme a esta expresión insidiosa y bárbara, que ensuciará al mismo tiempo nuestro código y nuestra lengua si no nos apresuramos a borrarla del uno y de la otra, a fin de que la palabra libertad no sea ella misma insignificante e irrisoria [Robespierre, 1952 (1791), 7: 162-163].

Añade, un poco más adelante: «No hay dos maneras de ser libres: es preciso serlo enteramente o volver a ser esclavo» [Robespierre, 1952 (1791), 7: 164]. Ser libre pasivamente, modernamente, negativamente, es ser un esclavo.

---

<sup>15</sup> Para una crítica del olvido de esta tradición en la filosofía política del siglo xx, véase MÉNDEZ BAIGES (2010: 9-43).

## 6. CONCLUSIÓN

El panfleto de Sieyes representa, mejor que ningún otro en su época, esa conjunción de espíritu universal y contradicciones latentes tan propia del discurso revolucionario. No se trata solamente de que Sieyes teja un relato que es, a la vez, un discurso de exclusión (de la nobleza) y un discurso de los orígenes (de la nación francesa), como afirma Máiz (véase Sieyes, 1991: 20). Eso es así, no cabe duda, pero ¿en qué consiste exactamente la exclusión de aquellos que no pueden participar en el nuevo orden social? ¿Y a qué se debe esa capacidad del texto para unir lo diverso y apuntar hacia algo nuevo?

Como he intentado mostrar a lo largo de estas páginas, la fuerza del panfleto en tanto que discurso de exclusión y su eficacia en tanto que discurso de los orígenes descansan, ambas, en el vínculo que Sieyes establece entre la utilidad económica del tercer estado y la recompensa que por ello le corresponde en el terreno político. Sieyes excluye a los privilegiados de la nueva comunidad política porque no participan del trabajo útil que realiza el pueblo llano. Pero la exclusión afecta también a toda organización del trabajo que favorezca la aparición de intereses intermedios entre el simple interés individual y el gran interés de la nación. En efecto, la idea del trabajo útil es inseparable de un proyecto social en el que, eliminadas las corporaciones, todos tienen la posibilidad de prosperar gracias a su mérito individual. Es justamente este mérito lo que faculta para convertirse en un ciudadano con derechos políticos y, en última instancia, en un ciudadano «disponible» para representar a la nación.

La habilidad de Sieyes para hacer de la utilidad económica del tercer estado su mayor argumento político constituye lo que más arriba he llamado el «espíritu universal» del panfleto. Es un discurso universal, a pesar de la exclusión de los privilegiados, porque dicha exclusión no está fundada en los intereses particulares de una clase social (el tercer estado) frente a otras (clero y nobleza), sino en la injusticia que supondría el mantenimiento de los actuales privilegios, así como en la promesa de una sociedad en la que las ventajas sociales se distribuirían únicamente en función del mérito de cada uno.

No cabe duda de que Marx –en la «Introducción» a la *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel*, en un momento en el que contrapone la Revolución Francesa a la posibilidad de una futura revolución en Alemania– está pensando en el célebre texto del abate cuando escribe:

En Alemania, a cada clase particular le falta [...] esa grandeza de espíritu capaz de identificarse, aunque sea por un momento, con el alma de la nación, ese ingenio que hace de la fuerza material un poder político, esa audacia revolucionaria que lanza al adversario las desafiantes palabras: *No soy nada y debería serlo todo* [Marx, 1975 (1843), 3: 185].

Esta grandeza de espíritu, por la que el tercer estado se identifica con el alma de la nación, encierra inevitablemente algunas tensiones. En el artículo he destacado las que son, a mi juicio, las dos más importantes.

Empiezo por la segunda: la lógica retributiva del panfleto casa mal con la falta de reconocimiento de derechos políticos a las clases trabajadoras. Como ya hemos dicho, la contradicción se salva parcialmente si se tiene en cuenta que el trabajo que legitima para exigir derechos políticos no es, para Sieyes, el simple esfuerzo físico, sino el trabajo culto de la economía política, al frente del cual se sitúan los directores de empresa. Es una contradicción que Sieyes pretende salvar, además, afirmando que la ausencia de derechos políticos no implica la exclusión del círculo de ciudadanos: ya no hay esclavos ni siervos, sino ciudadanos pasivos, titulares de derechos civiles. Será Robespierre quien se opondrá con más tino a esta innovación lingüística y política, que sin duda influirá en el posterior desarrollo de la idea liberal de libertad.

La primera tensión se refiere a la separación que pretende establecer Sieyes entre los privilegios y la propiedad: los primeros premian la incapacidad de sus tenedores y desalientan el talento de los demás, mientras que la segunda no es más que el reflejo del mérito individual de cada uno. Ahora bien: ¿qué sucede con aquellos que trabajan pero no tienen propiedad? ¿Cómo incluir en el nuevo pacto social a aquellos que sudan, día sí y día también, pero no reciben a cambio los frutos de su trabajo? ¿Deben ocuparse las instituciones públicas de corregir activamente esta desigualdad? Eso sería tanto como pretender corregir la desigual estatua de las personas, viene a decir Sieyes en el panfleto, pero pronto habrá otros que no serán de la misma opinión. En un panfleto menos conocido, publicado de forma anónima el 23 de abril de 1793, los *sans-culottes* hacen suya esa pregunta que el abate lanzaba en nombre del tercer estado. El texto se titula, precisamente, «Respuesta a la pregunta impertinente: ¿Pero qué es un *sans-culotte*?», y dice así:

Es un ser que va siempre a pie, que no tiene millones, como todos vosotros quisierais tener, ni castillos, ni criados para servirle, y que vive sencillamente con su mujer y sus hijos, si los tiene, en un cuarto o quinto piso.

Es útil, pues sabe labrar un campo, forjar, serrar, limar, cubrir un tejado, hacer zapatos y verter hasta la última gota de su sangre por la salvación de la república.

Y porque trabaja, podéis estar seguros de no encontrar su figura ni en el Café de Chartres, ni en los casinos donde se conspira y se juega (Markov y Soboul, 1957: 2).

El *sans-culotte* es, en primer lugar, un pobre que está orgulloso de su modesta condición. No aspira a convertirse en rico, sino a vivir tranquilamente junto a su familia. En segundo lugar, es aquel que trabaja con sus manos, el que realiza tareas necesarias y beneficiosas para la sociedad. Esta laboriosidad, recordemos, era aquello que Sieyes empleaba para caracterizar al tercer estado. Pero si para Sieyes todo el pueblo

llano se dedica a trabajos útiles, incluidos los grandes comerciantes y mercaderes, los *sans-culottes* reservan esta denominación a aquellos que ejercen un oficio que les permite vivir dignamente y sin hacer daño a nadie, lo cual excluye según ellos a las diversas clases de intermediarios y especuladores. Es precisamente esta vinculación de su actividad privada con el bienestar de la comunidad política la que los convierte en los verdaderos patriotas, en los ciudadanos más virtuosos. Son ellos, y no los propietarios, quienes defenderán la República en caso de peligro. Por último, el *sans-culotte*, precisamente porque trabaja, está alejado de los lugares de ocio, donde la inactividad va ligada al vicio moral (juegos de azar) y político (conspiración).

Esos instrumentos bípedos que estaban ocultos en el panfleto de Sieyes saben hablar, y no solo eso: tienen la osadía de afirmar que, al ser ellos la verdadera nación útil y laboriosa, son también los ciudadanos más comprometidos con la buena marcha de la comunidad política.<sup>16</sup> Como es sabido, su programa político tiene la pretensión de corregir no solamente las desigualdades heredadas del viejo orden feudal, sino también aquellas que derivan de las actividades de la nueva «aristocracia de la riqueza».

En definitiva: a medida que la Revolución avanza, y que las contradicciones internas del discurso revolucionario se clarifican, la audacia inicial de las élites ilustradas es reeditada por otros. Los ciudadanos pasivos y sus representantes se sirven de la retórica desplegada por Sieyes para reclamar el verdadero cumplimiento de los principios anunciados. En la Gran Revolución Francesa, y tantas otras veces después.

## REFERENCIAS

- BACH, R., «Du contrat social à l'art social: l'aliénation physiocratique de Rousseau», *Rousseau Studies*, s.f., disponible en: <http://rousseaustudies.free.fr/ArticleBach.htm>.
- «Sieyès et les origines de la “science naturelle de l'état social”», *Révolution Française. L'Esprit des Lumières et de la Révolution*, 2008, disponible en: <https://revolution-francaise.net/2008/12/27/275-sieyes-origines-science-naturelle-etat-social>.
- BASTID, P., *Sieyès et sa pensée*, París, Hachette, 1970, 671 pp.
- BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Nueva York, Oxford University Press, 1969, 213 pp.
- BREDIN, J. D., *Sieyès: La clé de la Révolution française*, París, Éditions de Fallois, 1988, 612 pp.
- CALVET, H., «Sieyès ou Sieyes», en HUBRECHT, G., CALVET, H., POUTHAS, C.-H., SCHNERB, R. Y GODECHOT, J., «Glanes», *Annales historiques de la Révolution française*, 60, 1933, p. 538.

<sup>16</sup> A principios del siglo XIX, Saint-Simon actualizará la retórica revolucionaria de Sieyes, y la prensa obrera volverá a hacer suyo, radicalizándolo, esta clase de discurso (véase SCOTTO, 2021).

- CLAPHAM, J. H., *The Abbé Sieyès: An Essay in the Politics of the French Revolution*, Londres, King, 1912, vii + 268 pp.
- CONSTANT, B., «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (Discours prononcé à l'Athénée de Paris)», en Constant, B., *Œuvres Politiques*, introducción y notas de Ch. Louandre, París, Charpentier et Compagnie, 1874, pp. 258-286.
- DORIGNY, M., «La formation de la pensée économique de Sieyès d'après ses manuscrits (1770-1789)», *Annales historiques de la Révolution française*, 271, 1988, pp. 17-34.
- DURAND, Y., «Les privilèges selon Sieyès ou le triomphe de la désinformation», *Histoire, économie et société*, 11 (2), 1992, pp. 295-323.
- FAURÉ, C. (dir.), *Des Manuscrits de Sieyès (1773-1799)*, tomo 1, con la colaboración de J. Guilhaumou y J. Valier, París, Honoré Champion, 1999, 577 pp.
- *Des Manuscrits de Sieyès (1770-1815)*, tomo 2, con la colaboración de V. Challéat, J. Guilhaumou y F. Weil, París, Honoré Champion, 2007, 726 pp.
- FLORES RENTERÍA, J., «Emanuel Joseph Sieyès: el gobierno representativo», *Política y Cultura*, 39, 2013, pp. 53-72.
- GUILHAUMO, J., «Sieyès, les femmes et la vérité. Un document inédit», *Annales historiques de la Révolution française*, 306, 1996, pp. 693-698.
- *Sieyès et l'ordre de la langue*, París, Kimé, 2002, 242 pp.
- LARRÈRE, C., «Sieyès, lecteur des physiocrates: droit naturel ou économie?», en Salem, J., Denis, V. y Quiviger, P. -Y. (dir.), *Figures de Sieyès*, París, Éditions de la Sorbonne, 2008, pp. 195-211.
- MAÍZ, R., *Nación y revolución. La teoría política de Emmanuel Sieyès*, Madrid, Tecnos, 2007, 216 pp.
- MARKOV, W. y SOBOUL, A., *Die Sansculotten Von Paris: Dokumente Zur Geschichte der Volksbewegung (1793-1794)*, Berlín, Akademie-Verlag, 1957, 531 pp.
- MARX, K., «Contribution to the Critique of Hegel's Philosophy of Law», en MARX, K. y ENGELS, F., *Collected Works. Volume 3 (1843-1844)*, Moscú, Progress Publishers, en colaboración con Lawrence and Wishart (Londres) e International Publishers (Nueva York), 1975, pp. 3-129.
- MATHIEZ, A., «Sieys ou Sieyes», en A. C., C. V., y MATHIEZ, A., «Notes et glanes», *Annales révolutionnaires*, 1 (2), 1908, p. 346.
- «L'orthographe du nom de Sieys», en MATHIEZ, A., VAUTHIER, G. y LAURENT, G., «Notes et glanes», *Annales historiques de la Révolution française*, 2 (11), 1925a, p. 487.
- «L'orthographe du nom de Sieys», en MATHIEZ, A. y VAUTHIER, G., «Notes et glanes», *Annales historiques de la Révolution française*, 2 (12), 1925b, p. 583.
- MÉNDEZ BAIGES, V., *El filósofo y el mercader. Filosofía, derecho y economía en la obra de Adam Smith*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2004, 411 pp.
- «¿Necesitan los ciudadanos más derechos?», en Bermudo Ávila, J. M. (coord.); *Derechos, libertades, emancipación*, Barcelona, Horsori, 2010, pp. 9-43.
- MORGENTHAUER, J. L., «Condorcet, Sieyès, Saint-Simon et Comte. Retour sur une anamorphose», *Socio-logos*, 2, 2007, disponible en: <https://journals.openedition.org/socio-logos/373>.
- PASQUINO, P., *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, París, Odile Jacob, 1998, 262 pp.

- REDDY, W. M., *The Rise of Market Culture: The Textile Trade and French Society, 1750–1900*, Nueva York, Cambridge University Press, 1984, xii + 402 pp.
- ROBESPIERRE, M., «Œuvres complètes de Maximilien Robespierre», Tome VII: *Discours* (2ème partie, Janvier-Septembre 1791), editado por la VI Section de l'École des Hautes Etudes y la Société des Études Robespierriennes, a cargo de M. Bouloiseau, G. Lefebvre y A. Soboul, París, Presses Universitaires de France, 1952, 768 pp.
- SCOTTO, P., *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en prensa (publicación prevista para 2021).
- SEWELL, W. H., Jr., *Trabajo y revolución en Francia. El lenguaje del movimiento obrero desde el Antiguo Régimen hasta 1848*, traducción de E. Gavilán, Madrid, Taurus, 1992, 417 pp.
- *A Rethoric of Burgeois Revolution. The Abbé Sieyès and What Is the Third Estate?*, Durham y Londres, Duke University Press, 1994, xxiii + 221 pp.
- SIEYÈS, E. J., *¿Qué es el Tercer estado?*, traducción, estudio preliminar y notas de F. Ayala, Buenos Aires, AméricaLee, 1943, 161 pp.
- *¿Qué es el estado llano? Precedido del Ensayo sobre los privilegios*, prólogo de V. Andrés Álvarez, versión castellana de J. Rico Godoy, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 203 pp.
- *Qu'est-ce que le Tiers état?*, edición crítica a cargo de R. Zapperi, Ginebra, Librairie Droz, 1970, 229 pp.
- *Écrits politiques*, edición y presentación de R. Zapperi, Bruselas, Éditions des Archives Contemporaines, 1985, 277 pp.
- *Programa para una revolución. Ensayo sobre los privilegios. ¿Qué es el tercer Estado?*, estudio preliminar de R. Cardiel Reyes, traducción de F. González Aramburu, Ciudad de México, Partido Revolucionario Institucional, 1989a, 237 pp.
- *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, traducción, introducción y notas de M. Lorente Sariñena y L. Vázquez Jiménez, Madrid, Alianza, 1989b, 185 pp.
- *Escritos y discursos de la Revolución*, estudio preliminar, traducción y notas de R. Máiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 320 pp.
- *El tercer estado y otros escritos de 1789*, edición y traducción de R. Máiz, Madrid, Espasa Calpe, 1991, 252 pp.
- *Escritos y discursos de la Revolución*, edición, traducción y notas de R. Máiz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 463 pp.
- *Escritos de la Revolución de 1789*, traducción y edición de R. Máiz, Madrid, Akal, 2020, 304 pp.
- SOMMERER, E., «Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant», *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 33 (1), 2011, pp. 5-25.
- SONENSCHER, M. (ed.), *Sieyès: Political Writings. Including the Debate Between Sieyès and Tom Paine in 1791*, Cambridge, Hackett, 2003, 256 pp.
- TURGOT, A. R. J., «Œuvres de Turgot et documents le concernant», Tome II: *Turgot, intendant de Limoges (1761-1767)*, a cargo de G. Schelle, París, Librairie Félix Alcan, 1914, 719 pp.
- TROUX, A., «L'orthographe du nom de Sieyès», en MATHIEZ, A., TROUX, A., ROY, L., NAVAND, P., JUSSELIN, M. y TROUX, A., «Glances», *Annales historiques de la Révolution française*, 49, 1932, pp. 66-67.

# La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados

## *Subdiscrimination and vulnerability of the unaccompanied immigrant minors*

Por LUCÍA SERRANO SÁNCHEZ

### RESUMEN

*Los niños, niñas y adolescentes, y dentro de ellos, las y los menores extranjeros no acompañados, representan, el grupo social más afectado por las cegueras cognitivas y los silencios del discurso de los derechos humanos, lo que los somete a graves causas de subdiscriminación (género, etnia, cultura, nacionalidad, etc.). El hecho de centrarse este trabajo en las y los menores migrantes, responde a la necesidad de mostrar las violencias sistemáticas y las conexiones dadas entre la subdiscriminación que padecen y las situaciones de vulnerabilidad que se generan durante todo el proceso migratorio, o que se suman a las ya existentes en sus países de origen. Detenernos especialmente en los menores extranjeros no acompañados obedece a una terrible realidad: a la creciente desaparición de menores en territorio europeo y español, a su relevante presencia en los actuales procesos migratorios y a la urgencia de desarrollar a nivel nacional e internacional medidas y sistemas adecuados de protección para responder con igualdad y justicia a la diversidad de situaciones que oculta la denominación común de estos menores.*

**Palabras clave:** *Subdiscriminación. Extranjería. Diversidad. Menores extranjeros no acompañados. Vulnerabilidad.*

## ABSTRACT

*Children and adolescents, and within them, the unaccompanied immigrant minors, represent the social group most affected by the cognitive blindness and silences of the human rights discourse, which subjects them to serious causes of subordination (gender, ethnicity, culture, nationality, etc.). The fact of focusing this work on migrant minors responds to the need to show the systematic violence and the connections between the subordination that they suffer and the situations of vulnerability that are generated during the entire migratory process, or that add to those already existing in their countries of origin. Stopping especially in the unaccompanied immigrant minors is due to a terrible reality: the growing disappearance of minors in European and Spanish territory, their relevant presence in current migration processes and the urgency of developing adequate protection measures and systems at the national and international level to respond with equality and justice to the diversity of situations that the common denomination of MENA hides.*

**Keywords:** *Subdiscrimination. Immigration law. Diversity. Unaccompanied immigrant minors. Vulnerability.*

**SUMARIO:** 1. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS Y LOS MENORES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL. – 2. DESMITIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA. – 3. POR UNA CIUDADANÍA JUVENIL NO EXCLUYENTE DE LOS Y LAS JÓVENES INMIGRANTES. – 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

**SUMMARY:** 1. THE HUMAN RIGHTS OF MINORS IN THE CONSTITUCIONAL FRAMEWORK. – 2. DEMYTIFICATION AND PROTECTION OF UNACCOMPANIED IMMIGRANT CHILDREN. – 3. FOR A YOUTH CITIZENSHIP NOT EXCLUSIVE OF THE YOUNG IMMIGRANTS. – 4. CONCLUSIONS AND PROPOSALS.

### 1. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS Y LOS MENORES EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La pérdida de soberanía por parte de los Estados nos obliga a situar el debate sobre los derechos humanos de las y los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA) en un marco internacional y nacional a la vez, lo que abre la reflexión a un escenario complejo. El objetivo de este trabajo es analizar críticamente la fundamentación y el desarrollo de los derechos humanos a nivel constitucional, a fin de mostrar cómo son excluidos las y los menores del reconocimiento de la subjetividad y la ciudadanía. Una situación que dificulta el reconoci-

miento de derechos a las y los menores inmigrantes, y hace difícil el desarrollo de sistemas adecuados de protección para los MENA. Hemos centrado nuestro interés en las y los MENA porque en ellos concurren situaciones de subdiscriminación y de vulnerabilidad que hacen evidentes todos los límites e incorrecciones que hoy presentan los sistemas de protección de la infancia, y de la infancia migrante.

Debemos comenzar afirmando que no existe un catálogo de derechos iguales y válidos para todas las personas con independencia de la raza, nacionalidad, género o identidad sexual, etnia, edad, etc., que nos permita hablar de la universalización de los derechos humanos<sup>1</sup>. Al contrario, lo que es verificable es una fuerte desigualdad social, jurídica y política entre las personas en el seno de los Estados<sup>2</sup>. La positivización de los derechos y libertades individuales a nivel constitucional vino a recoger los ideales e intereses jurídico-políticos de un reducido grupo de personas (hombres, adultos, heterosexuales, nacionales, etc.), dejando fuera del discurso de los derechos a gran parte de la población, entre ellos a los menores de edad y a los extranjeros<sup>3</sup>.

En lo que respecta a España, en la Constitución Española de 1978 se persigue la instauración de una sociedad homogénea, de «individuos titulares de derechos», donde los menores no fueron reconocidos como sujetos de derechos, quedando reducidos al estatus de meros sujetos naturales<sup>4</sup>. Esta consideración deja fuera del discurso de los derechos humanos a las y los menores, al tiempo que desarrolla una representación idealizada de la infancia (occidental, rica y dependiente/sostenida por sus progenitores hasta cumplir la mayoría de edad). El impacto más negativo de esta representación lo sufren aquellas infancias que no se dejan subsumir bajo este paradigma idealizado, y que no están contempladas en las Constituciones. Esas infancias ignoradas en la Carta

---

<sup>1</sup> SAAVEDRA, M., «La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas» en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 243.

<sup>2</sup> FACIO, A., *De qué igualdad se trata*. Ponencia presentada en varios foros, 1995. Disponible en: <http://observatoriojy.org/index.php/280-doctrina/1-derecho-de-humanas/2-igualdad/692-de-que-igualdad-se-trata>. Consultado a 29 de octubre de 2020.

<sup>3</sup> MACHADO, J. A., «Young People, Citizenship and Leisure», en *Youth Transitions: Processes of social inclusion and patterns of vulnerability in a globalised world*, Opladen; Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2018, p. 231.

<sup>4</sup> Rubio Castro señala que esta calificación la encontramos en Hobbes, en *El Leviatán*, para referirse a todos aquellos seres humanos que no tienen voz propia, por lo que quedan sometido al poder y a la voluntad de quienes sí son reconocidos como sujetos con derechos y capacidad para representarse a sí mismos y a los demás (RUBIO CASTRO, A., «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja», en *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Universitat de Barcelona, 2017a, pp. 65-96).

Magna son: las infancias indígenas<sup>5</sup>, africanas, populares, orientales<sup>6</sup>, e infancias independientes o emancipadas.

La exclusión en España de los menores como sujetos de derechos a nivel constitucional los reduce a meros cuerpos estereotipados, cuyos efectos negativos trascienden al propio derecho, pues su impacto se hace sentir también en el mundo del conocimiento y de la ciencia, al ser excluidos como sujetos de observación<sup>7</sup>. La paradoja de este reduccionismo es que, pese a ser meros cuerpos, son asimilados, cuando se trata de menores inmigrantes, a los adultos, primando su consideración de inmigrantes irregulares frente a su minoría de edad. Aunque esta consideración del menor como objeto de protección y no sujeto de derechos fue modificada en virtud de la Convención de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>8</sup> (en adelante CDN<sup>9</sup>),

<sup>5</sup> En la Constitución de El Salvador de 1983 no se reconoce a los pueblos indígenas hasta el año 2014 fecha en la que se reforma el artículo 63, incorporando un inciso segundo disponiendo «El Salvador reconoce a los pueblos indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad» (DL núm. 707, del 12 de junio de 2014, DO núm. 112, tomo núm. 403, de 19 de junio de 2014).

<sup>6</sup> La Organización para la Cooperación Islámica (OCI), fundada en 1969, es el segundo organismo internacional con mayor número de Estados miembros tras la ONU. En el año 2004 aprobó la «Convención sobre los derechos del niño en el islam de 2004» que introduce otro tipo de discurso sobre los derechos humanos de la infancia, otra cultura de infancia distinta a la «Convención de los derechos del niño de 1989» de la ONU (SERRANO SÁNCHEZ, L.; y LÓPEZ CANO, A., «Un estudio comparado de la ciber-regulación en el S. XXI: ¿Realidades nacionales, regionales o internacionales?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 39, 2015, p. 62).

<sup>7</sup> CLAVERO, B., *Happy Constitution*, Trotta, 1997, pp. 16, 18, 20, y 23.

<sup>8</sup> España incorpora este reconocimiento del menor como sujeto con derechos en el ordenamiento jurídico interno con el Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 5 de enero de 1991).

<sup>9</sup> Desde la aprobación de la Convención de los derechos del niño de 1989 el debate doctrinal sobre la infancia gira en torno a la pregunta de si el niño es sujeto social, sujeto de derechos, o ciudadano. Todos estos conceptos jurídicos derivan de los discursos contemporáneos en torno a la infancia y a la adolescencia. Para nosotros el niño primero debe ser reconocido como sujeto social antes que sujeto de derecho. En ese sentido, nos adherimos a Jaime Jesús Pérez al definir al niño no como «sujeto de derecho», sino como «sujeto social de derecho» (PÉREZ, J. J., «El niño como sujeto social de derechos: una visión del niño para leer la Convención» en *La participación de los niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño: visiones y perspectivas*, Actas del seminario Bogotá, UNICEF, 1998, pp. 45 y 46). Esto es, solo en la medida que el niño vaya desarrollándose como sujeto social, podrá ir afirmándose como sujeto de derecho. La visión del niño que se propone se basa en la socialización de este. Esto es en un proceso en el que el niño como persona va relacionándose con otras personas y su medio en general. Se busca el reconocimiento del rol activo del niño y de su capacidad para contribuir al desarrollo propio, al de su familia y al de su comunidad. Y un entorno que está conformado no solo por sus vínculos directos con otras personas que influyen en él, sino también por las instituciones que crean la ley como consenso de la sociedad y que determinan su conducta. Esto significa que entre el sujeto social y la sociedad se establece una relación recíproca en la que apenas se llega a distinguir entre cuales

su influencia no permeó en la Carta Magna española, ni tuvo efectos en la noción de ciudadanía<sup>10</sup>.

La segunda cuestión para tomar en cuenta y que afecta a los MENA especialmente y a todos los menores y adolescentes en general es que su protección tiene como contexto clave a la familia. La familia como núcleo esencial de la sociedad asume un papel protagonista como instancia de protección de la infancia. Un modelo en el que el padre asume el rol de proveedor económico de la familia y la titularidad principal del derecho al trabajo (art. 35 CE), mientras que la madre desempeña la función de cuidadora y educadora de las hijas e hijos (art. 39.2 CE)<sup>11</sup>. Sirva como ejemplo decir que la Constitución Española no reconoce ni menciona a menores y/o adolescentes como sujetos titulares de derechos fundamentales con capacidad progresiva para ejercerlos<sup>12</sup>. El hecho de considerar a la familia el núcleo esencial de protección de menores y adolescentes dificulta la protección y el reconocimiento de otros tipos de infancias y adolescencias, en las que prima la autonomía y la capacidad de decisión. Pensemos en todas las decisiones y contra-tiempos que han debido padecer los MENA. Estas otras infancias reclaman y reivindican el derecho a la educación, al trabajo y a la autonomía personal, rompiendo la imagen del menor irracional y dependiente<sup>13</sup>. Esta realidad nos lleva a sostener que no es posible considerar

---

son las características innatas del hombre y aquellas que adquiere socialmente. Autores como Shamgarhadelman (1994) y Lee (2005) establecen que la posición del niño en la sociedad, así como la idea de infancia que la sustenta, se encuentra estrechamente ligada a la capacidad y necesidades de los Estados y gobiernos, en términos políticos». En este caso estaríamos apostando por la implementación del discurso de los derechos en la política nacional de los Estados. El discurso de los derechos, como tal, es muy reciente. Se fundamenta a partir de la actividad desarrollada por la sociología de la infancia para categorizar las personas menores de edad como seres autónomos (KING, 2007, 195 y 200), y en el establecimiento del niño como sujeto legal independiente en la Convención de los derechos del niño (CASAS, F., «Infancia y representaciones sociales», *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 1, 2006: 34-35; JAMES, A. y JAMES, A., *Constructing childhood. Theory, police and social practice*, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 83-84; KIRBY, P. y WOODHEAD, M., «Children's participation in society», en *Changing Childhoods: Local and Global*, Chichester, 2003, p. 266; LANDSDOWN, G., *Innocenti Insight. La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005; MONTGOMERY, H., BURR, R. y WOODHEAD, M., *Changing Childhoods: Local and Global*, Chichester: Wiley/Open University, 2003; MOOSAMITHA, M., «A difference-centred alternative to theorization of children's citizenship rights», *Citizenship Studies*, vol. 9, núm. 4, 2005, pp. 369-388; NEALE, B., «Dialogues with children: children, divorce and citizenship», *Childhood*, vol. 9, núm. 4, p. 456; ROCHE, J., «Children: Rights, participation and citizenship», *Childhood*, vol. 6, núm. 4, 1999, p. 484).

<sup>10</sup> VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍS, J. L., «La familia en la Constitución Española», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 58, 2002, pp. 11-43.

<sup>12</sup> ALONSO SANZ, L., *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 40 y 41.

<sup>13</sup> HADJAB BOUDIAF, H., *Las nuevas generaciones de personas menores migrantes*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2016, p. 21.

a menores y adolescentes inmigrantes como sujetos irrelevantes a nivel social, sino como protagonistas sociales y como individuos que deben tener la capacidad de construir, con ayuda de la sociedad de acogida, su propio destino.

La tercera cuestión que afecta a los MENA por su condición de menor y no nacional es el discurso mono-cultural existente sobre los derechos humanos, el cual ignora la dimensión esencialmente histórica y la diversidad de lo humano<sup>14</sup>. Se hace necesario un nuevo discurso de los derechos superador de la homogeneización humana dominante y consciente de la diversidad de infancias que coexisten actualmente en las sociedades. Solo de este modo se podrá poner fin a las violencias estructurales y a los límites que genera el pensamiento único en los sistemas de protección de infancias y adolescencias<sup>15</sup>.

A diferencia de la mayoría de los Estados, las organizaciones internacionales están promoviendo cambios significados respecto a los menores y los sistemas de protección de sus derechos. En esta línea cabe destacar el extraordinario papel que viene desempeñando el Comité de los derechos del niño, el Comité de los derechos de los trabajadores migratorios, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, el TEDH, el TJUE, y la CIDH. Como muestra del valor de su trabajo cabe reseñar el Dictamen del Comité de los derechos del niño respecto de la Comunicación número 16/2017, de 31 de mayo de 2019, y la Comunicación número 22/2017 de la misma fecha, por las que se obliga a España a que los menores dispongan de un representante en el procedimiento de determinación de la edad.

La cuarta cuestión que afecta a los MENA por su condición de menor y de no nacional es su exclusión de la ciudadanía, en cualquiera de sus vertientes: jurídico-política, civil, social<sup>16</sup> y económica<sup>17</sup>. Esto produce una separación radical entre los menores nacionales necesitados de protección (sí reconocidos como ciudadanos) y los MENA. Nuestra Carta Magna, a pesar de ser una Constitución social, mantiene vinculados estrechamente los términos nacionalidad y ciudadanía; siendo la ciudadanía el estatus de pertenencia que da acceso a los derechos y libertades constitucionales<sup>18</sup>. El no reconocimiento de estos menores como parte de la ciudadanía, en tanto no nacionales, los deja fuera de la protección de derechos civiles y sociales básicos, un reconocimiento como sujetos con derechos, que sí existe a nivel

<sup>14</sup> *Op. cit.*, FIORAVANTI, 2009.

<sup>15</sup> CUSSIÁNOVICH VILLARÁN, A., *Paradigmas de las Culturas de la infancia como forma de poder*, Ilefant Perú, 2010, p. 7.

<sup>16</sup> MARSHALL T. H., y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, 1998, pp. 19-22.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Ciudadanía, identidades complejas y cultura política en los manuales escolares andaluces de educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2011, p. 45.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, 2009, p. 30.

internacional, como ya hemos expuesto<sup>19</sup>. Recordemos algunos de estos derechos: los menores tienen derecho a ser oídos en todos aquellos asuntos que les afecten<sup>20</sup>; tienen derecho a la participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE)<sup>21</sup>; y se debe tomar en cuenta la evolución de sus facultades a la hora de desarrollar las garantías necesarias para el ejercicio de tales derechos<sup>22</sup>. En el caso de los adolescentes en edad laboral destaca sobre todo la necesidad de reconocerles el derecho al trabajo, cuando la legislación española así lo permite, al igual que la libertad de asociación y reunión<sup>23</sup>.

La «ciudadanía objetivada» a la que fueron condenados los menores de edad en el marco del Estado-nación, con independencia de su edad y desarrollo de sus facultades, entra en clara contradicción con el nuevo catálogo de derechos y libertades desarrollado a nivel internacional, pero también con la voluntad de los adolescentes y muy especialmente de los adolescentes inmigrantes cuyo objetivo vital es integrarse activamente en la ciudadanía económica y social<sup>24</sup>. Las y los adolescentes inmigrantes no acompañados no esperan todo del «Estado-providencia», solo desean tener un papel protagonista, de manera temporal o permanente, en la sociedad y el Estado de acogida<sup>25</sup>.

La nacionalidad de origen solo conecta a estos menores con un sentimiento teórico de pertenencia, al tiempo que los vincula a una determinada identidad cultural. Pero el sentido de pertenencia no se adquiere por el solo hecho de haber nacido en un país u ostentar o adquirir una nacionalidad determinada, ni tan siquiera por ser hijo de un nacional, se conforma desde la pertenencia y el reconocimiento como un sujeto con derechos y con voz propia. No podemos ignorar que, aunque el vínculo de la persona con el Estado es ante todo de carácter emocional y sensorial, estas emociones y sentimientos los proporcionan la familia, la sociedad y el Estado, en la medida que hacen sentir al

---

<sup>19</sup> ANTJUSTEGI IGARTUA, E., Ciudadanía y derechos sociales, *Lan Harremnak*, 22, 2010, pp. 151-165.

<sup>20</sup> ARCE JIMÉNEZ, E., «El derecho del menor extranjero no acompañado a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», *CEFD*, núm. 38, 2018, p. 3.

<sup>21</sup> ZELAIA GARAGARZA, M., «Art. 48 CE», en *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario: de 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, coord. Montesinos Padilla, C. 2018, pp. 885-892.

<sup>22</sup> LANDSDOWN, G., *Innocenti Insight. La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005.

<sup>23</sup> CORDERO ARCE, M., *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Ifejant, 2015, pp. 87-127.

<sup>24</sup> ORELLANA, C., «Migración irregular de niños y niñas: ejercicio y búsqueda de ciudadanía desde la invisibilidad. El Salvador», *Estudios Centroamericanos ECA*, vol. 69, 739, 2014, p. 364.

<sup>25</sup> CORTINA, A. (1998), «Ciudadanía social», *Tribuna El País*. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1998/08/08/opinion/902527203\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1998/08/08/opinion/902527203_850215.html). Consultado a 11 de agosto de 2019.

individuo que forma parte de una familia, una sociedad y un Estado. Todos los menores de edad necesitan sentirse parte de un proyecto común y de un grupo humano. Por este motivo, son claves las estructuras familiares o asimiladas, el contacto con los otros que conforman la sociedad y la participación activa en las estructuras e instituciones sociales. Cuando todo esto se niega los MENA se les impide que puedan sentirse parte de la sociedad. De ahí la importancia de flexibilizar la rígida conexión nacionalidad/ciudadanía, en aras de alcanzar una mejor y mayor inclusión de toda la población<sup>26</sup>.

Si el acceso a la ciudadanía es importante y esencial para cualquier menor, lo es aún más para los menores y adolescentes inmigrantes, al estar a ella conectados derechos tan relevantes como son la educación y el trabajo<sup>27</sup>. Pensemos que la migración de los MENA tiene como objetivo esencial la búsqueda de trabajo y autonomía económica. Dificultar o impedir el acceso a la educación de estos menores, o el acceso al trabajo de las y los adolescentes, es frustrarles su proyecto vital, al tiempo que su desarrollo personal y autonomía, lo que los envía directamente a la marginalidad o a la delincuencia. Es imprescindible que los sistemas de protección estatales tengan como prioridad, tratar a los MENA como lo que son: menores, proporcionándoles las herramientas necesarias para hacer real su integración y desarrollo personal. Con esa finalidad, en virtud del principio de igualdad efectiva, se tendrá que reconocer el derecho al trabajo a los adolescentes inmigrantes equiparándolos a los adolescentes nacionales (art. 6 RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)<sup>28</sup>. Un derecho que hasta el momento le ha sido negado a los menores extranjeros no acompañados. Un hecho que consideramos discriminatorio al establecerse una clara diferencia entre menores nacionales y extranjeros en edad laboral.

La negación del derecho al trabajo de los adolescentes extranjeros no es la única discriminación que padecen. Arce Jiménez señala a la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado español, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que preten-

---

<sup>26</sup> RUBIO CASTRO, A.; y MOYA ESCUDERO, M., «Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 37, 2003, pp. 105-153.

<sup>27</sup> FERERINO BASURTO, M.<sup>a</sup> A., «Trabajo y ciudadanía», *Revistas de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, vol. 19, 2015, p. 30

<sup>28</sup> El derecho al trabajo y la obligación de protección del menor se extiende a los menores inmigrantes trabajadores legales, en virtud del artículo 6 del Convenio sobre los trabajadores migrantes núm. 97, de 1 de julio de 1949, al incorporar el principio de no discriminación al trabajador inmigrante legal y el principio de igualdad de trato en materia de trabajo de los menores, siempre que estuviera reglamentado por la legislación del Estado receptor o dependiera de las autoridades administrativas foráneas del ejercicio del derecho al trabajo por parte de los menores. España ratificó este Convenio el 21 de marzo de 1967, y aún (Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 97, 1949. Disponible en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312242](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242).

dan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, como la máxima expresión de la exclusión que sufren los MENA mayores de 16 años<sup>29</sup>. Estos menores son discriminados por el hecho de ser extranjeros, y de haber violado las normas adultocentristas de no viajar o de permanecer solos en un país ajeno, sin la compañía de sus progenitores o tutores legales correspondientes, y de querer trabajar para su auto sostenimiento y el sostenimiento de sus familiares. La última prueba de la denegación de la titularidad del derecho al trabajo de los MENA es la Instrucción 1/2020 de la Secretaria de Estado de Migraciones, por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral, aprobada el pasado 6 de marzo de 2020<sup>30</sup>. En esta norma se reconoce expresamente que a los MENA hasta ahora se les está tramitando la autorización de residencia, pero no la exceptuación para trabajar. La Secretaría de Estado de Migraciones afirma que el artículo 36.1 LOEx reconoce el derecho al trabajo de los adolescentes inmigrantes en edad laboral, e instruye a las Oficinas de Extranjería a que «La concesión de la autorización de residencia, expedida a favor de los menores extranjeros, habilite para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena en el momento en el que éstos alcancen 16 años, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo en materia de extranjería. Esta habilitación quedará reflejada expresamente en la documentación expedida a su favor, mediante la siguiente leyenda “habilita a trabajar por cuenta ajena”».

Sin embargo, en el RDL 13/2020, de 7 de abril por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario<sup>31</sup>, se han ignorado de nuevo a los MENA al no contemplarlos en el artículo 2 como beneficiarios de las medidas extraordinarias de flexibilización laboral. Por el contrario, sí contempla a los extutelados en el artículo 2.1.d) de la citada norma. Igualmente, la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> del RD-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 vuelve nuevamente a referirse a los extutelados al comprender a jóvenes de 18 a 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario. Una exclusión de los MENA que vuelve a reiterarse en la Instrucción DGM 9/2020 sobre el régimen aplicable a los jóvenes, nacionales de terceros países, que se encuentren en situación irregular entre los 18 y 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario

---

<sup>29</sup> ARCE JIMÉNEZ, E. Panorama legislativo de los menores no acompañados y maltrato institucional. En *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados en España*, Akal, 2005, pp. 153-159.

<sup>30</sup> Instrucción disponible en: [http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2020/report\\_final\\_200305\\_Instruccion\\_MENAS.pdf](http://extranjeros.mitramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf). Consultado a 12 de abril de 2020.

<sup>31</sup> BOE núm. 98, de 8 de abril de 2020.

con base en el RD 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, cuando finalice su vigencia, de 29 de septiembre de 2020.

Todo lo argumentado nos permite sostener, junto a Ana Rubio Castro, que los retos actuales del pensamiento jurídico político pasan por recuperar la centralidad de los derechos sociales y económicos junto a los derechos civiles y políticos, al tiempo que se hace importante volver a redefinir las viejas categorías personales básicas sobre las que se asentaron los discursos de los derechos, y su posterior constitucionalización, para avanzar en la superación de las actuales situaciones de subdiscriminación que padecen determinados grupos sociales<sup>32</sup>.

## II. DESMITIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA

Las estructuras de poder conformadas en el marco del Estado-nación se han visto afectadas por los altos flujos migratorios de la niñez migrante, la incorporación de los Estados a organismos regionales e internacionales de control, y la globalización de la producción, los mercados e incluso la cultura<sup>33</sup>. Estos cambios han motivado la extensión de los derechos, constitucionalmente reconocidos a los nacionales, a los no nacionales. Un cambio cuyo impacto es fuerte en los Estados receptores de migración, y en concreto en los receptores de MENA<sup>34</sup>.

La niñez migrante no acompañada ha generado el reajuste del sistema internacional de derechos humanos, al tiempo que la actualización de los sistemas estatales de protección de los derechos humanos a través de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados con respecto a la niñez y la adolescencia. Uno de los cambios a destacar es el ensanchamiento en los sistemas de protección nacional de menores para dar cabida a la niñez inmigrante que accede a su territorio, ya sea regular o irregular. Observamos en la mayor parte de los Estados una legalidad cambiante que trata de readaptarse a los requerimientos internacionales con respecto a los menores en general, y a los no nacionales en particular.

Las tensiones y retos de futuro que observamos a la luz de los recientes acontecimientos políticos (retorno de los viejos nacionalismos ante las tensiones de los mercados internacionales, crecimiento

<sup>32</sup> RUBIO CASTRO, A., «Los retos actuales del pensamiento jurídico-político», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 48, 2017b, pp. 193-209.

<sup>33</sup> PRATS I CATALÀ, J., «Capítulo III Gobernabilidad y globalización», en *Democracia en déficit: Gobernabilidad en desarrollo en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 93

<sup>34</sup> CALDUCH CERVERA, R., *Relaciones Internacionales*, Ediciones de las Ciencias Sociales, 1991, pp. 139-146.

de la ultraderecha en Europa y España, cambio climático, pandemias) no nos permiten ser optimistas respecto a la influencia profunda que puedan tener las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos estatales. Viviremos en los próximos años un incremento de las medidas de control fronterizo, sobre todo en el contexto europeo, al tiempo que fuertes presiones humanitarias, lo que hace presagiar graves violaciones a los derechos humanos de los inmigrantes, y en concreto de los MENA. Estos cambios perjudiciales para los menores inmigrantes ya se sienten en Comunidades Autónomas como Andalucía, donde se ha anunciado el recorte de la mitad de las plazas que acogen estos menores en centros de protección<sup>35</sup>, y donde se han quedado más de 150 jóvenes ex tutelados en la calle sin alternativa habitacional durante el estado de alarma<sup>36</sup>.

A pesar de lo anterior, desde el ámbito internacional se han creado obligaciones internacionales, las cuales se imponen al desiderátum de los Estados respecto a la niñez inmigrante irregular, y tienen como fin propiciar la libertad de circulación y residencia de éstos, lo que implica: la prohibición del rechazo en frontera de la niñez inmigrante irregular, devolución en caliente y la expulsión colectiva; la no devolución de la niñez beneficiaria de protección internacional y la no detención de la niñez inmigrante irregular; así como la defensa del interés superior del menor<sup>37</sup>.

La primera de estas obligaciones internacionales ha supuesto que los Estados y sus autoridades no puedan rechazar en frontera a la niñez inmigrante no acompañada e imposibilitarle la entrada en el país con el objeto de poder solicitar asilo<sup>38</sup>. Una obligación internacional que ha sido desarrollada recientemente por el Tribunal Europeo de derechos humanos en el Asunto N. D. y N. T. contra España por una devolución en caliente de dos menores extranjeros no acompañados en frontera que querían solicitar asilo y que no fueron identificados por las autoridades españolas (STEDH, de 13 de febrero de 2020).

---

<sup>35</sup> CÁRCELES, M., «La Junta recorta casi la mitad de las plazas en los centros de residencia de niños patera», *Diario Ideal*, 17 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.ideal.es/almeria/almeria/junta-recorta-mitad-plazas-centros-ninos-patera-menores-no-acompanados-20200516223823-nt.html>. Consultado a 24 de mayo de 2020.

<sup>36</sup> Asociación Pro-Derechos Humanos Andalucía. «APDHA denuncia que la Junta dejará en la calle sin alternativa a 150 jóvenes ex tutelados durante el estado de alarma», *apdha.org*, 22 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.apdha.org/apdha-denuncia-junta-dejar-calle-150-jovenes-ex-tutelados-estado-alarma/>. Consultado a 24 de mayo de 2020.

<sup>37</sup> UNICEF, *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y en el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre Niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013, pp. 13-102.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, I., *Rechazos en frontera: ¿Fronteras sin derechos?*, informe jurídico, 2016, pp. 23-24. SOLANES CORELLA, A. «Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras», *AFD*, Vol. XXXII, 2016, pp. 145-184.

La segunda obligación internacional, íntimamente relacionada con la anterior, implica que existen límites al derecho de los Estados a controlar a la población que permanece en su territorio<sup>39</sup>. Los Estados no podrán devolver a la niñez inmigrante, esté acompañada o no, y que sea beneficiaria de protección internacional (Observación General núm.22 (2017) del Comité de los derechos del niño)<sup>40</sup>. Tampoco a los menores extranjeros no acompañados que estén en situación irregular y que no puedan retornados al país de origen en un tiempo prudencial<sup>41</sup>.

La tercera obligación internacional tiene que ver con el principio de no detención de la niñez inmigrante irregular, lo que implica un límite al Estado receptor que no puede alegar el principio del interés superior del menor interpretándolo de tal modo que se le pueda privar de libertad o aprehenderlo para su «ingreso forzoso» en un centro de protección de menores, o peor aún internarlo en un CIE (de adultos) para proceder a su inmediata expulsión<sup>42</sup>. En este contexto, el principio del interés superior del menor no puede en modo alguno implicar que con base en el mismo se nieguen derechos a estos menores o se incumplan obligaciones internacionales aceptadas. El interés superior del menor obliga a escuchar al menor inmigrante no acompañado, e impide privarlo de libertad y expulsarlo<sup>43</sup>. La obligación de no detención es muy importante para los MENA que consiguen permanecer en el país de acogida, porque les devuelve la independencia, y el poder decidir si quieren permanecer en el centro de acogida, si prefieren un piso tutelado o cualquier otra medida de protección, en la que tengan libertad ambulatoria y puedan ejercer, entre otros, el derecho a la educación y al trabajo<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> ARLETTAZ, F., «La déclaration UE-Turquie de mars 2016 et le principe de non refolement», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 41, 2016, pp. 71-96.

<sup>40</sup> ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del niño*, mayo de 2008.

<sup>41</sup> Véase Conclusiones del Abogado General del TJUE, de 2 de julio de 2020, en el Asunto C-441/19. Aún no hay Sentencia, pero todo indica que el Tribunal podría adoptar esta posición.

<sup>42</sup> GALEANO BARRALAGA, I. E., «Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias», *Revista Internacional de derechos humanos*, núm. 5, 2015, pp. 63-80.

<sup>43</sup> La privación de libertad es definida en la regla 11b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad al establecer «por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública». Asamblea General de Naciones Unidas, «Resolución 45-113 de la Asamblea General de la ONU, del 14 de diciembre de 1990». Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/113&Lang=S>. Consultado a 4 de marzo de 2019.

<sup>44</sup> En relación al internamiento de niños véanse artículo 11 de la Directiva sobre normas de acogida (2013/33/UE); artículo 17 de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales (2008/115/CE); y las correlativas sentencias del TEDH: TEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, núm. 13178/03 (internamiento con vistas a expulsión), TEDH, *Popov contra Francia*, núms. 39472/07 y 39474/07

La cuarta obligación internacional impuesta a los Estados y ya mencionada es el respeto al interés superior del menor (Observación General número 14 (2013) del Comité de los derechos del niño). Se trataría de un principio rector de la política y la normativa estatal que concierne a los menores migrantes no acompañados. Esta exigencia, estrechamente relacionada con la anterior, obliga al Estado receptor a estudiar de forma individualizada el caso de cada MENA, buscando siempre el bienestar del menor en su vertiente física, psíquica y social en cualquier procedimiento administrativo o judicial que les afecte<sup>45</sup>. En ese sentido, nos adherimos a la Fiscal Consuelo Madrigal Martínez-Pereda al afirmar que el interés superior primordial del MENA en situación irregular debe conducir a la imposición del plazo límite de 3 meses en el que, si no se ha optado por la reintegración familiar del MENA en el país de origen, se debería constituir formalmente la tutela para que no exista inseguridad jurídica y no se perturbe la salud psíquica del menor. La asunción de la tutela del menor por parte de la Administración empujaría a su documentación con una autorización de residencia sin que se produzca una dilación indebida del procedimiento. En ese sentido, afirma Madrigal Martínez-Pereda que el Fiscal debe promover ante la jurisdicción civil, en defensa de los derechos fundamentales del MENA, las acciones recogidas en el art. 158 Cciv<sup>46</sup>.

Esta obligación internacional de asunción del principio del interés del menor como principio rector, que aún no ha penetrado en las normas de extranjería, nosotros entendemos que debe interpretarse en el sentido establecido en el Fundamento Jurídico de Derecho 5.º de la STS 2676/2011 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2011: «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad».

---

(internamiento con vistas a expulsión), y TEDH, *Kanagaratnam contra Bélgica*, núm. 15297/09 (internamiento con vistas a expulsión). Y en relación con la expulsión de niños véase Preámbulo (considerando 24, arts. 7, 12, 13, y 28.3.b) de la Directiva sobre libre circulación y residencia (2004/38/CE), y TEDH, *Gül contra Suiza*, núm. 23218/94, 1996 (deportación de una familia); TEDH, *Boultif contra Suiza*, núm. 54273/00, 2001 (deportación de niños); y TEDH, *Tarakhel contra Suiza* (GS), núm. 29217/12, 2014 (deportación de niños).

<sup>45</sup> BEN-ARIEH, *et al.*, «Multifaceted concept of child well-being», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, Springer, 2014, pp. 1-27.

<sup>46</sup> MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., y GARCÍA HERNÁNDEZ, G., «IV. La protección de derechos fundamentales concretos», en *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*, Fundación Aranzadi Lex Nova, 2013, pp. 83 y 84.

Consideramos que a la hora de interpretar este principio se debería tomar en consideración las situaciones de vulnerabilidad que estos menores han desarrollado durante todo el proceso migratorio, sumadas a las adquiridas en su país de origen<sup>47</sup>. En el caso de los menores migrantes no acompañados las obligaciones internacionales (asumidas mediante la Convención de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 así como las múltiples Observaciones Generales emitidas por el Comité de los derechos del niño, y definidas jurisprudencialmente), nos sitúa frente al conjunto de obligaciones internacionales establecidas para proteger a los menores que se encuentran en situación de doble o triple factor de vulnerabilidad, así como de discriminación múltiple<sup>48</sup>, con el fin de reducir las barreras que impiden u obstaculizan el ejercicio de sus derechos<sup>49</sup>.

Una interpretación difícil de alcanzar si partimos de una imagen incorrecta de la niñez, y limitada del alcance y sentido de los derechos humanos. La diversidad de infancias y la diversidad de situaciones que subyacen bajo las siglas MENA, enfrentan el principio del interés superior del menor a un complejo esfuerzo interpretativo tanto por parte de la Administración como del Estado<sup>50</sup>. La interpretación correcta del principio del interés superior del menor requiere además una adaptación cultural para alcanzar a entender la diversidad de situaciones y aristas que encierran los MENA. El bienestar de todos los menores sin distinción, debería ser una exigencia ética y política de cualquier país<sup>51</sup>. Estamos en una coyuntura en la que se está pasan-

<sup>47</sup> KALVERBOER, *et al.*, «The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures», *The International Journal of Children's Rights*, 1, 2017, pp. 114-139.

<sup>48</sup> La discriminación múltiple la identificamos con la pertenencia del MENA a varios grupos discriminados y con la acumulación de situaciones de vulnerabilidad. Estos grupos discriminados son configurados, entre otros, por sociólogos y politólogos. La respuesta política y jurídica a las poblaciones discriminadas en el caso de los MENA sería paternalista y estigmatizadora al tratarse de un colectivo de personas asistencial. Las expresiones de vulnerabilidad y grupos vulnerables, de reciente utilización en la teoría crítica de los derechos humanos, vienen a sustituir a las nociones de discriminación y grupos discriminados que se usaron a mediados del S. XX en EEUU para la construcción del Derecho antidiscriminatorio como propuesta alternativa al sistema social, jurídico y político de los Estados-nación. Sin embargo, creemos, que la noción de vulnerabilidad debe ser sustituida por la de subdiscriminación de Barrère, para quién la resiliencia no puede sustituir a la obtención de derechos y poder. Esta autora, para acabar con la vulnerabilidad sistemática, considera esencial reconocer y transformar las estructuras de poder. Solo así se podría conseguir la igualdad jurídica (BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> A., «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. discriminación?», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 34, 2016, pp. 17-34).

<sup>49</sup> CARDONA LLORENS, J., «La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos», *Educatio*, Siglo XXI, núm. 2, 2012, pp. 47-68.

<sup>50</sup> BREEN, C., *The standard of the best interests of the child. A western tradition in international and comparative law*, Kluwer law international, 2002.

<sup>51</sup> WEISNER, T. S., «Culture, Context, and Child Well-Being», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, Springer, 2014, pp. 87-103.

do de un orden social y un discurso de los derechos humanos monocultural a uno multicultural, en cuyo interior conviven múltiples discursos de los derechos humanos de la niñez, y a los cuales deben adaptarse las legislaciones y las prácticas administrativas de los Estados. Esto supone un cambio profundo a nivel estructural, conceptual y competencial para las sociedades y los Estados, lo que provoca problemas sociales, jurídicos y políticos como consecuencia de las tensiones entre el viejo y el nuevo modelo. Ante esta realidad compleja nos parece aconsejable la propuesta que defiende la profesora Ángeles Solanes: el acomodo razonable<sup>52</sup>. Una medida arbitrada para prevenir o remediar la discriminación, así como para favorecer la cohesión social de la niñez inmigrante que, en este caso, consistiría en otorgar a los MENA al menos los mismos derechos y libertades que poseen el resto de los menores, pero ajustándolos a las necesidades específicas individuales y colectivas de cada uno de ellos. Dada la inexistencia de una niñez o adolescencia única, el desafío está en cómo integrar la diversidad de infancias existentes y cómo darles cabida en la legislación y en los sistemas de protección estatales<sup>53</sup>. Un cambio que exige a su vez el traslado de esta diversidad al discurso jurídico-político de los derechos humanos<sup>54</sup>. Para evitar los posibles conflictos Stephen Castles propone conectar el término migrante al de ciudadanía, a fin de superar las desigualdades y discriminaciones existentes, y poner fin a la estratificación social que produce la identificación nacionalidad/ciudadanía, al tiempo que al androcentrismo y adultocentrismo que rigen en los modelos humanos imperantes en el tradicional discurso de los derechos humanos<sup>55</sup>.

Matías Cordero Arce sostiene que la niñez y la adolescencia deben tener «el derecho a no ser definidos por los adultos». Esto es, que no deben ser los adultos quienes impongan el rol social que han de ocupar los menores en la sociedad, negándoles de forma absoluta voz y capacidad de decisión. Debe regir el reconocimiento de los hijos como sujetos sociales independientes de sus progenitores, lo que supondría poner fin a la cultura de la propiedad sobre la descendencia<sup>56</sup>. Además, se ha de tener en cuenta que la niñez y la adolescencia no son grupos homogéneos, ni es universal. Estos errores han conformado un sistema de creencias sobre los menores que mantiene la idea de la universalización de la

---

<sup>52</sup> SOLANES CORELLA, Á., «Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51, 2017, pp. 307-325.

<sup>53</sup> CORTÉS RAMÍREZ, E. E., «La hegemonía cultural hoy: la hegemonía como método analítico en los estudios culturales», *Pensamiento Actual*, vol. 14, 22, 2014, pp. 13-28.

<sup>54</sup> KEESING, R., «Teorías de la cultura», en *Lecturas de Antropología Social y Cultural*, UNED, 1993, pp. 51-82.

<sup>55</sup> CASTLES, S., «Migration policies are problematic-because they are about migration», *Ethnic and racial studies*, vol. 40, 9, 2017, p. 1543.

<sup>56</sup> CORDERO ARCE, M., *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Ijeant, 2015, pp. 223-227.

infancia etnocéntrica, androcentrista y capitalista. En atención a todos los argumentos expuestos, consideramos que en todo sistema de protección estatal se ha de atender a las necesidades particulares de cada tipo de niñez, en atención a su origen cultural, su edad y género<sup>57</sup>. Entre los elementos básicos para alcanzar este objetivo está construir un lenguaje común en el que nadie esté excluido<sup>58</sup>.

No podemos pensar en la niñez migrante desde los parámetros de la niñez en los países ricos y democráticos, ni tampoco pensar en la niñez migrante como un grupo uniforme. En cada territorio y momento histórico las infancias son diversas y coexisten<sup>59</sup>. La filosofía posestructuralista, encabezada por Stephen Epstein e Iris Marion Young (quienes analizan la triple dimensión del multiculturalismo: social, político y ético y su impacto sobre los individuos y los grupos sociales), nos ayuda a comprender el modo en que conviven las diferentes culturas de la infancia y la relación existente entre ellas en cualquier sociedad. El posestructuralismo analiza la forma en que cada individuo construye su identidad y el modo en que ésta está condicionada por el grupo social de pertenencia.» No existe un sujeto con un origen autónomo o una sustancia subyacente a la que se pueden adosar atributos de género, nacionalidad, edad, rol familiar, inclinación intelectual, etc., la identidad es siempre un sentido socializado de la individualidad. Es una organización interna de la autopercepción acerca de la relación del «yo» con las categorías sociales, unas categorías que incorporan las visiones que otras personas tienen sobre el «yo»<sup>60</sup>. Con base en estos argumentos dejar a menores y adolescentes inmigrantes solos, a su libre albedrío en una sociedad desconocida, es éticamente reprochable, pero también lo es convertirlos en simples apéndices de sus progenitores<sup>61</sup>.

La integración social o adaptación a la sociedad de acogida de los menores inmigrantes no acompañados se hace muy difícil cuando no se les tiene en cuenta a la hora de establecer las políticas migratorias o al desarrollar el discurso de los derechos humanos. Los errores más comunes han sido ignorar su desarrollo personal y sus específicas capacidades y potencialidades, aplicándoles una política de asimilación cultural, que les obliga a abandonar las prácticas y valores adquiridos de origen, para aceptar otros sobre los que aún no tienen conoci-

<sup>57</sup> GRENBY, M. O., «Introduction: Children, Childhood, and Children's Culture in the Eighteenth Century», *British Journal For Eighteenth-Century Studies*, 29, 2006, pp. 313-319.

<sup>58</sup> COBO, R., «Ellas y nosotras en el diálogo intercultural», en *Interculturalidad, feminismo y educación*, Catarata, 2006, pp. 11-33.

<sup>59</sup> WOODHEAD, M., «Psychology and the cultural construction of children's needs», en *Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, Routledge, 2014, pp. 63-77.

<sup>60</sup> YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Taurus, 2000, pp. 81-82. EPSTEIN, S. G., «Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of social constructionism», *Socialist Review*, 93, 1987, pp. 9-54.

<sup>61</sup> TURNER, B., «Classical sociology, and cosmopolitanism: a critical defense of the social», *The British Journal of Sociology*, 57, 2006, pp. 133-151.

miento<sup>62</sup>. Las huidas y suicidios en los centros de protección de menores son en gran parte debido a estas violencias.

No puede ignorarse que todos estos menores han realizado un largo viaje vital desde el momento mismo en que toman la decisión de emigrar, y que han vivido experiencias que la gran mayoría de los adultos de la sociedad de acogida nunca vivirán. Ignorar estos hechos o minusvalorarlos impide avanzar hacia una política migratoria lo más cercana posible a los ideales de justicia que las sociedades democráticas deben promover, aunque lo imperante en estos momentos sea el control y la seguridad sobre la igualdad y la justicia. Pero hay algo más, no podemos cerrar los ojos a la diversidad de lo humano y a las diferentes etapas de desarrollo que se producen en todo ser humano. El Derecho no puede menospreciar los requerimientos sociales de una sociedad multicultural y heterogénea, en la que coexisten diversos grupos sociales, y entre ellos diversas infancias. Hacer política o regular al margen de la realidad debilita la legitimidad de la Política y del Derecho, y a través de ellos pierde legitimidad el Estado democrático y de bienestar<sup>63</sup>.

### III. POR UNA CIUDADANÍA JUVENIL NO EXCLUYENTE DE LOS Y LAS JÓVENES INMIGRANTES

Las críticas realizadas a la vieja categoría política de ciudadanía son varias, mereciendo una mención especial: las elaboradas por la teoría comunitarista, las teorías pluralistas culturales y de la migración, las teorías feministas, las teorías de la gobernanza global y las teorías de la infancia moderna. Todas ellas comparten un objetivo común, superar las exclusiones, pasadas y presentes de los grupos sociales más vulnerables o desfavorecidos a los que pertenecen, entre otros, los MENA<sup>64</sup>. Todos y cada uno de estos planteamientos han tratado de resignificar el viejo modelo de ciudadanía desde distintas perspectivas, pero solo las teorías de la infancia moderna han sido capaces de destacar el papel social de los menores en los Estados actuales, aunque para referirse solo a niñas, niños y adolescentes nacionales. Consideramos que ninguna de estas críticas ha sido capaz de visibilizar adecuadamente a los menores migrantes como grupo subdiscriminado y vulnerable. Por esta razón no han incorporado los requerimientos sociales de las y los menores inmigrantes en las políticas públicas o en los cambios normativos. A pesar de ello, estimamos esencial detenernos en sus aportaciones en

---

<sup>62</sup> PAVEZ SOTO, I., «Los significados de ser “niña y niño migrante”: conceptualizaciones desde la infancia peruana en Chile», *Polis, Revista Latinoamericana*, 35, 2013, p. 17.

<sup>63</sup> CASSESE, S., *El derecho global: justicia y democracia más allá del Estado*, Derecho global, 2011, pp. 267-290.

<sup>64</sup> QUESADA, F., *Ciudad y ciudadanía: senderos contemporáneos de la filosofía política*, Trotta, 2008.

cuanto pueden ser utilizadas para diseñar una nueva representación de la subjetividad y ciudadanía de menores y adolescentes. El reconocimiento de sus aportaciones no elimina la necesidad de mostrar sus insuficiencias y silencios, entre los que cabe destacar las demandas de la niñez y adolescencia migrante.

El problema fundamental que hemos hallado en la teoría comunitarista<sup>65</sup> y en las teorías multiculturales que toman a la migración como un elemento clave para superar la visión limitada y localista que encerraba la noción de ciudadanía en el marco del Estado-nación, entre cuyos autores cabe destacar Will Kymlicka<sup>66</sup>, Yasemin Nuhoglu Soysal<sup>67</sup>, José Carlos Luque Brazán<sup>68</sup>, Stephen Castles y Alastair Davidson<sup>69</sup>, Rainer Bauböck<sup>70</sup>, y Saskia Sassen<sup>71</sup>, es que sus propuestas solo toman como modelo de referencia la

<sup>65</sup> Con respecto a la teoría comunitarista Santiago Juárez afirma «la concepción del ciudadano que surge es muy distinta a la liberal, y se caracteriza por otorgar una importancia fundamental a la pertenencia del individuo a una comunidad específica» (SANTIAGO JUÁREZ, R., «El concepto de ciudadanía en el comunitarismo», *Revista Mexicana de derecho constitucional*, 23, 2010, pp. 153-174).

<sup>66</sup> Kymlicka destaca entre los pluralistas culturales al centrarse en contradecir la existencia de una ciudadanía mono cultural. Su propuesta más significativa fue la ciudadanía multicultural, una ciudadanía en la que tienen cabida y reconocimiento múltiples culturas, en especial de los grupos marginados [KYMICKA, W. (1996), *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós Ibérica, 1996].

<sup>67</sup> La noción de ciudadanía posnacional de Soysal trata de resignificar la ciudadanía a partir del fenómeno migratorio. Defiende la necesidad de incluir a los inmigrantes en la noción de ciudadanía, en cuanto que el modelo del Estado-nación está agotado como factor de cohesión y sentido de la ciudadanía ante los fenómenos migratorios (SOYSAL, Y. N., *Limits of citizenship: migrants and postnational membership in Europe*, University of Chicago Press, 1994).

<sup>68</sup> Luque Brazán propone una ciudadanía que se adecue a la diversidad de categorías de migración que existen entre las que menciona la migración laboral, política y poscolonial, y con cada una de las estratificaciones de emigrantes entre los que señala a los legales temporales o definitivos, refugiados políticos, emigrantes ilegales, ciudadanos de las excolonias, y ciudadanos de los mercados comunes [LUQUE BRAZÁN, J. C., «De la Ciudadanía Nacional a la Ciudadanía Postnacional: Globalización, Derechos Humanos y Multiculturalismo», *Fusda*, 2006, p. 118].

<sup>69</sup> Castles y Davidson sostienen que la población migrante no es la única que vive y construye su identidad desde diversas comunidades, la de origen y la de acogida, también lo hacen los miembros de las comunidades nacionales, pues al viajar, al negociar, al estudiar en otros países traspasan fronteras y viven en más de una sociedad, lo que da lugar a individuos que encierran en sí múltiples identidades. Una realidad que no puede ser ignorada al analizar el sentido que debe tener la ciudadanía en plena globalización (CASTLES, S., y DAVIDSON, A., *Citizenship and Migration. Globalization and the politics of belonging*, Macmillan Press, 2000).

<sup>70</sup> Bauböck propone la noción de ciudadanía desnacionalizada que trata de desvincular la nacionalidad de la ciudadanía, de tal manera que la residencia se convierta en el vínculo entre la persona y el Estado, para que éste le garantice sus derechos, incluidos los políticos (BAUBÖCK, R., *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam University Press, 2006).

<sup>71</sup> Sassen apuesta por una ciudadanía vinculada esencialmente a la dignidad humana y a los derechos humanos en un contexto de gobernanza económica global en el que ha surgido la sociedad internacional. Defiende que el orden social y la protección de los derechos humanos de sus componentes debe ser objeto de negociación y acuerdo con la economía global como única salida para paliar las nuevas lógicas de

migración adulta, sin distinguir por razón de sexo o edad. La ignorancia de estos dos relevantes factores de subdiscriminación y vulnerabilidad los lleva a no ver la especificidad que presentan las personas migrantes en las que concurren estas dos causas discriminatorias, y la imposibilidad de asimilar la migración de adultos hombres con la migración de niñas, adolescentes y mujeres, y la de menores no acompañados. Estas teorizaciones repiten la misma representación de la migración que tienen las teorías tradicionales. Olvidando que los niños, niñas y adolescentes se ven más afectados que los adultos migrantes por la economía global, y por las violencias sociales y estructurales del Estado de acogida. Además, dada su condición de menor y de ser una persona en desarrollo, las medidas erróneas adoptadas afectarán a su futuro y destino personal. De ahí que reivindicemos que los MENA deben ser tratados jurídicamente ante todo como lo que son, menores, y no como simples inmigrantes irregulares.

Tampoco las teorías feministas que ponen en valor las diferencias, como es el caso de Iris Marion Young<sup>72</sup>, toman en consideración la especificidad que tienen los menores, y en especial los MENA. Young destaca la importancia del género, la raza, la cultura, el mercado, como elementos significativos a la hora de determinar las violencias estructurales o institucionales que sufren los grupos subdiscriminados, pero no introduce la edad, ni toma en consideración la necesidad de dar reconocimiento en la ciudadanía a niñas, niños y adolescentes. Igual ocurre con las críticas llevadas a cabo por Robert Dahl<sup>73</sup> con respecto al modelo actual de democracia y ciudadanía. Ni siquiera las teorías de gobernanza global, entre cuyos autores críticos destacamos David Held<sup>74</sup>, Claudia Sofía Parada Barrera<sup>75</sup>, y Adela Cortina<sup>76</sup>, logran incor-

---

expulsión de masas de personas en sociedades donde se produce una selección salvaje de quiénes las conforman (SASSEN, S., *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Rústica, 2015, pp. 11-14).

<sup>72</sup> Crea la noción de ciudadanía diferenciada intentando acabar con la noción androcentrista de ciudadanía y dar entrada a la diferencia en la política (*op. cit.* YOUNG, I. M., 2000, p. 286 y 296).

<sup>73</sup> Dahl inventa la noción de ciudadanía democrática. Visibilizó al colectivo de las mujeres como la mitad de los adultos excluidos de pleno derecho de la noción de ciudadanía utilizada hasta hace 4 generaciones, en torno al final de la 1.ª Guerra Mundial (DAHL, R., *La democracia una guía para los ciudadanos*, Taurus, 1998, p. 9).

<sup>74</sup> Held incorpora la noción de «ciudadanía cosmopolita». Esta noción de ciudadanía toma en consideración los múltiples ámbitos de gobernanza de los derechos humanos. Considera que los líderes políticos son responsables por sus decisiones políticas en los distintos planos de gobernanza global ante los ciudadanos, y la cultura nacional se ve difuminada en este ámbito de gobernanza global (HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, 1997, pp. 265-334).

<sup>75</sup> Complementado a la anterior tipología de ciudadanía surge la ciudadanía global en la que se destaca la incursión de nuevos actores sociales y políticos que superan la noción de ciudadanía restringida al ámbito del Estado, en cuanto que ahora son ciudadanos del mundo (PARADA BARRERA, C. S., «Hacia un nuevo concepto de ciudadanía global», *Via Iuris*, 2009, pp. 98-111).

<sup>76</sup> Cortina crea la noción de ciudadanía intercultural tratando de visibilizar la realidad social actual en la que se hace necesario modificar la ciudadanía para sol-

porar en sus críticas a los menores de edad y sus reivindicaciones, a pesar de centrar sus críticas en la ciudadanía y en la necesidad de diluir el nacionalismo dominante, para dar entrada a la diversidad de culturas y a los nuevos actores sociales y políticos que ha generado la gobernanza global. También se ignora un hecho relevante, el incremento constante de personas que poseen, fruto de la migración, la doble nacionalidad en las sociedades actuales.

En cuanto a las teorías de la infancia moderna todas tienen como objetivo poner fin a las políticas neoliberales, al Estado mínimo y al adultocentrismo hegemónico en las categorías personales básicas a nivel jurídico-político. La relevancia de estas teorías radica en que pretenden de-construir la vulnerabilidad jurídica que sufren menores y jóvenes, en cuanto no son ciudadanos. Entre los retos a los que se enfrentan cabe destacar la necesidad de conformación de un nuevo vínculo entre política, juventud y cultura para atender a las necesidades de las sociedades y Estados actuales<sup>77</sup>. Para alcanzar este objetivo Jens Qvortrup propone utilizar la misma estrategia y discurso utilizado por el feminismo para ensanchar la ciudadanía y dar en ella entrada a las mujeres. Al igual que en su momento hizo el sufragismo, se destaca que las niñas, niños y jóvenes representan la mitad de la población sobre todo en zonas como Iberoamérica, y que llevan a cabo tareas relevantes y responsabilidades en el seno de la familia y en la sociedad, aunque las políticas se hacen sin ser escuchados e incluso en contra de sus intereses, necesidades y derechos<sup>78</sup>.

Las y los menores y adolescentes, se defiende, no deben ser considerados una minoría, ni un colectivo, son una parte importante y fundamental de la sociedad, es más, son el futuro. Por consiguiente, el Estado para fortalecer su legitimidad no puede ignorarlos y menos aún no otorgarles estatus de ciudadanía. Argumentan que minusvalorar a esta parte de la sociedad deslegitima los argumentos incluso de aquellos que tratan de justificar la obediencia debida al Derecho y a las decisiones de las instituciones públicas con base en el principio de las mayorías.

Debemos tener en todo momento en cuenta que las categorías jurídicas y políticas y los conceptos y teorías que las conforman no son estáticos, son históricos y por esta razón están sometidos a conti-

---

ventar los conflictos sociales ocasionados por la existencia de personas con doble ciudadanía en comunidades transnacionales, en Estados con subunidades políticas que pretenden ser nacionales, y en Estados en los que la presencia migrante es muy significativa (CORTINA, A., «Ciudadanía Intercultural», *Philosophica*, 27, 2006, pp. 7-15).

<sup>77</sup> OCAMPO, A. M., «Ciudadanía juvenil, juventud y Estado: Discursos de gobierno sobre sus significados», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 1 (9), 2011, pp. 287-303.

<sup>78</sup> QVORTRUP, J., «Sociology: Societal Structure, Development of Childhood, and the Well-Being of Children», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, Springer, 2014, pp. 663-707.

nuas resignificaciones, tanto desde el poder como desde la sociedad. No existe ninguna cultura incontaminada o propia a proteger, o a salvaguardar de la influencia de otras, porque todas las culturas que existen en el mundo, incluso aquellas que se presentan como naturalizadas, están influidas por otras, y ninguna encierra esencias humanas a proteger. Lo que debemos hacer es promover y salvaguardar los principios éticos y políticos que encierran las diferentes narrativas sobre derechos humanos, los consensos políticos internacionales establecidos en los Tratados y Convenciones sobre ellos, porque simbolizan y son el marco ético y político mínimo para proteger por todos los Estados. Es decir, son las líneas rojas que no pueden atravesarse, porque el hacerlo supondría poner en riesgo a la familia humana en su dignidad y derechos básicos.

Debemos poner fin a la creencia de que el bienestar de unos pocos es suficiente garantía para la seguridad de todos. La injusticia, la desigualdad y la discriminación son los acelerantes que hacen prender las violencias sociales y fomentan la inseguridad ciudadana. Fomentar una buena vida en común, para todas y todos, es la mejor garantía para la seguridad y el bienestar de cualquier sociedad, con independencia de la edad, sexo o grupo étnico al que se pertenezca. Si queremos seguir manteniendo vinculada la democracia a un sistema de mayorías es necesario que resignifiquemos los viejos conceptos de ciudadanía e identidad cultural para dar entrada en ellos a las y los jóvenes, permitiéndoles participar de forma activa en la vida social y política<sup>79</sup>. En este marco de reivindicaciones se sitúan las teorías sobre la ciudadanía juvenil. Unas teorías que denuncian la exclusión de las niñas, niños y jóvenes de la vida social y política, al considerarlos un proyecto de persona y no como una persona en sí. Además, revisan la noción de autonomía y la construcción identitaria de las chicas y chicos jóvenes, diferenciándolos de las niñas y niños<sup>80</sup>. Estas teorías debaten sobre los derechos que deben serles reconocidos a los adolescentes, entre los que mencionan los derechos políticos, incluido el derecho al voto, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho al trabajo<sup>81</sup>. También realizan una crítica al vínculo entre ciudadanía y titularidad de derechos y libertades, y mencionan que la ciudadanía juvenil está aún en construcción reconociéndoles el derecho a recibir información, a la libertad ideológica, el derecho de asociación, y la dimensión política de la ciudadanía del menor de edad. Los menores deben ser reconocidos como sujetos titulares de dere-

---

<sup>79</sup> ERIKSON, E., *Identity: Youth and Crisis*, Norton & Company, 1994.

<sup>80</sup> HARTUNG, C., *Conditional Citizens Rethinking Children and Young People's Participation*, Springer, 2017, pp. 11-76.

<sup>81</sup> LIEBEL, M., «Sobre la historia de los derechos de la infancia», en *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Ifejant, 2011, pp. 23-40.

chos constitucionales<sup>82</sup>. Esto supone: «pensar hoy el tema de la ciudadanía y particularmente de la ciudadanía juvenil, exige serias reflexiones y reconstrucciones críticas en torno a saberes y conceptos edificados históricamente, sobre las bases de unas particulares maneras de comprender la cultura, la sociedad y la política»<sup>83</sup>. En otras palabras, superar las viejas construcciones del pasado para integrar en ellas a los grupos sociales excluidos.

El hecho de que los textos internacionales actuales hayan incorporado nuevos enfoques sobre la niñez y la adolescencia con respecto a los tradicionales nos lleva a plantearnos si éstos son o no suficientes<sup>84</sup>. Hemos defendido la necesidad no solo de transformar el concepto tradicional de ciudadanía y de sujeto con derechos, también la necesidad de llevar a cabo la construcción del concepto propio de «ciudadanía juvenil», donde queden integrados los cambios de desarrollo del ser humano y los derechos reivindicados por menores y adolescentes, especialmente los MENA. El concepto de ciudadanía juvenil además de dar acceso y reconocimiento a las y los jóvenes a la ciudadanía y a la participación activa en el diseño de las políticas públicas relacionadas con la niñez y la adolescencia, también incorpora de forma implícita un nuevo modelo social y político en el que la diversidad y la heterogeneidad no son reprimidas.

#### IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A modo de conclusión general, sostenemos que hay que desarrollar cambios jurídicos y políticos en el seno de los Estados en los que se interrelacionen las políticas anti-subordinación en el tema de los MENA con las políticas que tratan de paliar las vulnerabilidades de estos menores y adolescentes. No podemos confundir una situación con otra, aunque en muchas ocasiones tengan causas comunes.

Para realizar dichos cambios habrá que tener en cuenta los múltiples factores de vulnerabilidad y de discriminación de cada sujeto como individuo y como parte de un grupo discriminado. En primer lugar, consideramos que se debe apostar por una política migratoria juvenil adaptada a la realidad de los nuevos flujos migratorios actuales y por una ciudadanía juvenil intercultural. Y, en segundo lugar, se deben tomar como principios rectores los establecidos en el seno del marco internacional porque son los únicos que rompen con las violencias estructurales estatales que golpean a los menores y en particular a

<sup>82</sup> VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *op. cit.*, 2009.

<sup>83</sup> HERRERA, M. C., y MUÑOZ GAVIRIA, D. A., «¿Qué es la ciudadanía juvenil?», *Acciones e investigaciones sociales*, 26, 2008, p. 191.

<sup>84</sup> ZUKAUSKIENE, R., «Adolescence and well-being», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, 2014, pp. 175-177.

los menores migrantes. Entre estos principios caben destacar: el de no discriminación, igualdad, derecho a ser escuchado, interés superior del menor, y seguridad jurídica. Estos principios mencionados deben ser el motor de cambio en cada uno de los procedimientos administrativos o judiciales que afectan a los menores migrantes no acompañados. Sirva a modo de ejemplo recordar que no hay establecido por la legislación de protección de menores ningún límite temporal para la asunción de la tutela de un menor extranjero no acompañado que no sea retornado en el plazo máximo de 3 meses (Capítulo VI, apartado 3.1, letra a del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados). Un vacío jurídico que les genera la incertidumbre y ansiedad a los adolescentes con edades cercanas a la mayoría de edad, repercutiendo en su salud mental.

La inseguridad jurídica junto con el alto nivel de desprotección en el acceso al derecho de residencia de los adolescentes extranjeros no acompañados, y la dilación indebida en este derecho, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores. El interés superior del menor extranjero no acompañado en situación irregular en este caso está en el establecimiento del límite legal máximo de 3 meses para que, si no se ha llevado la reintegración familiar del menor en el país de origen, desde Fiscalía, tal y como considera la Fiscal del Tribunal Supremo Consuelo Madrigal, se empuje a la Administración autonómica a la declaración de desamparo. Un plazo de 3 meses que está avalado también por la legislación administrativa (art. 21.3 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas). Además, este límite temporal está en consonancia con las conclusiones del Abogado General del TJUE, de 2 de julio del 2020, en el Asunto C-441/19 (pendiente de Sentencia), quien afirma: «los Estados miembros deben velar por la disponibilidad de procedimientos de determinación del estatuto de los menores no acompañados que no sean retornados. Este enfoque puede reducir las zonas grises y mejorar la seguridad jurídica de todas las partes interesadas. Más aún, el enfoque propuesto representa una solución duradera dirigida a ofrecer a los menores cierta normalidad y estabilidad a largo plazo» (Conclusiones Abogado General. Asunto C-441/19, párr. 106).

No solo defendemos la agilización de la documentación de estos menores que no son retornados en un plazo máximo de 3 meses, sino que también consideramos que, a los adolescentes de 16 y 17 años, tal y como viene establecido en la Instrucción DGM 9/2020, se les documente con una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. De esta manera se les estaría reconociendo la ciudadanía económica para que tengan garantizado el desarrollo de su personalidad y la integración social.

## **II**

# **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**

**CREGO, Jorge: *La forma del Derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del Rule of Law*, Madrid, Marcial Pons, 2020, 237 pp.**

El objetivo del libro en cuestión es evaluar la relación entre los *desiderata* que conforman las concepciones formales del *rule of law* y la promoción de la libertad de los sujetos jurídicos en el pensamiento de John Rawls. En este sentido, quedan claros los márgenes de la investigación. No se consideran las concepciones materiales del *rule of law* ni otras propuestas que lo fundamentan en otras conexiones, sino solamente esta que lo conecta con la libertad.

La relevancia del trabajo reside en el hecho de que el *rule of law* goza de aprobación general pero sigue siendo discutido. Se detiene por eso en una concepción formal del *rule of law* porque es esta la que tiene mayor apoyo y, cabría añadir, es en el fondo la base de la concepción material. El hecho de dedicar la atención a Rawls tiene que ver con el indudable impacto presente que la obra del profesor de Harvard sigue teniendo, así como por ser quien precisamente ha conectado *rule of law* y promoción de la libertad. En este punto la obra de Fuller está en la inspiración de Rawls, lo que hace imprescindible su referencia para comprender el pensamiento del propio Rawls.

Para conseguir su objetivo, este estudio comienza en primer lugar por presentar la versión de Rawls del *rule of law* a partir de la necesaria referencia a Fuller y su descripción de la moral interna del Derecho. A partir de ahí se expone y se valora la noción rawlsiana de libertad distinguiendo las dos etapas propias de su pensamiento: liberalismo comprensivo y liberalismo político. Para una comprensión más aguda del problema, no faltan en este punto las referencias al sentido que la libertad tiene en la visión fulleriana del *rule of law*.

Una vez desarrollado lo anterior, el trabajo examina los argumentos de Rawls para defender la relación entre *rule of law* y promoción de la libertad. Para entenderlo se distingue entre la interpretación extrínseca y la interpretación intrínseca del valor del *rule of law*. La extrínseca lo asocia a la garantía de las libertades básicas postuladas como contenido del Derecho. La intrínseca pretende demostrar que los *desiderata* de Fuller promueven la libertad en cierto grado, con independencia del contenido del sistema jurídico.

Por último, se lleva a cabo la correspondiente valoración crítica del intento de Rawls a la que vamos a hacer mención detallada más adelante. Antes de eso hay que traer a colación el hecho de que el libro supone también una serie de

aportes a la interpretación del pensamiento de Rawls que son fuertemente originales y que no pueden dejarse pasar. Entre ellas, destaca una comprensión de la posición original y una interpretación de la idea de libertad en Rawls.

La posición original se presenta como la interpretación predilecta de la situación inicial del contrato social. Para el autor, el mejor modo de caracterizarla es bajo una doble perspectiva: como mecanismo de representación y como mecanismo de deducción. Como mecanismo de representación, en palabras de Rawls, «capta conceptualmente tanto la libertad como la igualdad» de las personas morales, que constituyen la base de los preceptos que la conforman. Como mecanismo de deducción, emplea las premisas formuladas a partir de dichos presupuestos con el objetivo de facilitar el descubrimiento de los principios de la justicia.

Esta caracterización permite comprender la teoría de Rawls como un conjunto de tres etapas. La primera, «de indagación», se dirige a aprehender las bases filosóficas de las sociedades liberales contemporáneas. La segunda, «de representación», rearticula estas bases conformando los preceptos que componen la posición original. La última etapa, «de deducción», es la verdaderamente constructivista. Se dirige a determinar los principios de la justicia a partir del contrato social. Debido a esto, se ha denominado a la posición original «etapa intermedia».

Esta consideración de la posición original le ha permitido concluir que la inserción de las restricciones formales de lo justo como uno de sus preceptos es equívoca. Su propuesta es considerar las restricciones formales como «conclusiones parciales», y excluirlas de la «etapa intermedia» de la posición original. Dichas restricciones son una caracterización inacabada de los propios principios de la justicia, rasgos de los mismos, y no premisas para su deducción.

Con respecto a la interpretación de la libertad rawlsiana, el autor la elabora a partir de la idea de autoautenticación, destacando el rol de la capacidad para elaborar, revisar y promover una concepción del bien a partir del deseo del individuo.

Defiende entonces que el elemento fundamental de la libertad, tal y como la entiende Rawls, es la capacidad para autoautenticar una concepción del bien. Es decir, para convertir los planes de vida propios en la idea del bien del individuo que los sostiene. Esto es así, siempre y cuando se respeten los principios de la justicia.

La libertad rawlsiana implica que el sujeto es capaz de convertir su plan de vida deseado en su idea de lo bueno. El sujeto es verdaderamente libre cuando lleva a cabo dicha determinación subjetiva de su concepción del bien.

Hechas estas aclaraciones podemos centrarnos en describir ahora las conclusiones del trabajo en lo relativo a la relación entre libertad y *rule of law*. En este marco, se ha partido de la concepción de la libertad apuntada: su comprensión como la capacidad de elaborar, revisar y promover una concepción del bien o un plan de vida propios. La idea de *rule of law* se ha identificado con los canónicos *desiderata* de Fuller.

La primera conclusión sería la siguiente: el respeto al *rule of law*, tal y como lo conciben las concepciones formales, promueve simplemente la racionalidad deliberativa, porque permite al sujeto jurídico evaluar debidamente las consecuencias jurídicas de la elección de su plan de vida. Partiendo de estas coordenadas se debe constatar que la relación entre *rule of law* y libertad descansa en un equilibrio precario. La subjetividad jurídica se identifica con el ser racional-deliberante de Rawls, un individuo que dista mucho de la idea plena de persona moral libre e igual.

El *rule of law* permite supuestamente al sujeto autoaplicar las reglas del sistema jurídico, es decir, plasmar en la realidad los mandatos jurídicos a través de su propia acción. También le permite predecir las consecuencias jurídicas de sus actos, decidiendo consiguientemente qué conductas llevará a cabo. Consigue así reducir las posibilidades de interferencias inciertas en el curso de su acción y, más en general, de su plan de vida. Por otro lado, esto configura una posibilidad de elección sobre cómo cumplir las órdenes jurídicas. Incluso asegura, en cierto modo, que dicha posibilidad de elección sea independiente del capricho de terceras personas.

Así, el *rule of law* genera un «lenguaje de interacción» que habilita un punto de orientación para las acciones recíprocas constantes entre los individuos de la sociedad. Pero esto no se identifica con la libertad tal y como Rawls la concibe, sino con la racionalidad deliberativa. La racionalidad deliberativa permite al sujeto elegir un plan de vida «con plena conciencia de los hechos importantes, y tras una cuidadosa reflexión acerca de las consecuencias». De este modo, dicho plan se convierte en el bien del sujeto. Este rasgo se puede asociar a la seguridad jurídica, pero no a la libertad.

La segunda conclusión señala que la racionalidad deliberativa es necesaria para que el sujeto pueda actuar libremente, pero esta, por sí misma, no puede asegurar siquiera un mínimo de libertad.

En efecto, la investigación realizada pretende mostrar que el elemento esencial de la idea de libertad rawlsiana reside en la facultad de autoautenticar un determinado deseo razonable, convirtiéndolo en la propia concepción del bien o en el plan de vida del individuo. Si bien es cierto que sin la racionalidad deliberativa asegurada por el *rule of law*, el sujeto se ve abocado a abrazar un bien «aparente», que difiere del que hubiese elegido de haber podido deliberar sobre las verdaderas consecuencias jurídicas de sus actos. De este modo, se puede afirmar que un orden social que no respeta el *rule of law* supone una afrenta a la personalidad moral de los sujetos jurídicos, una afrenta que afectará directamente a su libertad. Todo ello porque el sujeto se ve privado externamente de ciertos conocimientos esenciales para el correcto ejercicio de las facultades intelectuales necesarias para desarrollar las facultades morales.

Sin embargo, a pesar de todo lo anterior, la mera elección planificada con conocimiento de las consecuencias no puede en absoluto identificarse con la libertad. Y ello por tres motivos al menos. En primer lugar, porque las elecciones que Rawls considera «libres» son un tipo especial de elecciones. En sus propias palabras, la libertad se ejerce «en la elección de un sistema de objetivos finales». Es decir, en la elección de la propia concepción del bien, o del plan de vida que se desarrollará.

En segundo lugar, porque nada impide que las consecuencias jurídicas previsibles por el sujeto jurídico gracias al *rule of law* tengan tal naturaleza que imposibiliten al sujeto elaborar su propia concepción del bien y, por tanto, actuar con libertad.

En tercer lugar, porque el respeto a la racionalidad deliberativa del sujeto puede fundamentarse en intereses instrumentales, dirigidos únicamente a aprovecharse de su capacidad de acción para satisfacer los planes de vida de terceros.

La relación existente entre la racionalidad deliberativa y la libertad encuentran su proyección en la relación entre el *rule of law* y la libertad de los sujetos jurídicos. El *rule of law* es la estructura institucional necesaria para promover la racionalidad deliberativa. Del mismo modo que la racionalidad deliberativa

es un ejercicio de la facultad intelectual necesario para poder actuar libremente, pero insuficiente para ello por sí mismo, el *rule of law* es un ideal fundamental para poder producir una subjetividad jurídica respetuosa con la libertad. Sin embargo, un sistema jurídico que incorpore los *desiderata* del *rule of law* no implica necesariamente el respeto a la libertad.

La última conclusión es que, a juicio del autor, la única forma de sostener la existencia de una relación entre libertad y *rule of law* es mediante la consideración de que este garantiza las libertades básicas reconocidas en el ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de una conexión extrínseca. Por ello, si se quiere seguir caracterizando al *rule of law* como una libertad básica, deberá hablarse de una libertad básica formal y coadyuvante.

Si con el simple respeto al *rule of law* se consiguiese la promoción de la libertad, cabría cuestionarse qué tarea le queda reservada al contenido del Derecho. Puede recuperarse la idea de que el sistema jurídico promueve diferentes virtudes. En este caso, la virtud de la forma sería simplemente la garantía de la racionalidad deliberativa de los individuos, no de la libertad. Solo con concepciones mínimas de libertad, como la idea de libertad negativa, se puede afirmar la suficiencia del *rule of law* para su promoción.

Por todo lo anterior, se debe concluir que un individuo no puede acudir a la estructura formal de la relación en la que se inserta para saber si se le reconoce su naturaleza de persona moral libre e igual. El respeto a los *desiderata* del *rule of law* no asegura la libertad del individuo, de modo que una evaluación del contenido del sistema jurídico se hace absolutamente necesaria si se pretende indagar sobre esto último.

El libro se cierra con una bibliografía tanto de fuentes primarias como secundarias. Esta última, por más que se nos haya avisado que es selectiva, parece realmente completa cuando menos a los efectos de la presente investigación.

Pedro RIVAS  
Universidad Austral (Argentina)

**DE FAZIO, Federico: *Teoría principalista de los derechos sociales*,  
Barcelona, Marcial Pons, 2019, 178 pp.**

*Teoría principalista de los derechos sociales* es un libro escrito por Federico De Fazio, investigador y docente en las Universidades de Buenos Aires y La Plata, publicado por la colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons.

La obra se centra en el estudio de los derechos sociales incorporados al catálogo de los derechos fundamentales de las Constituciones. Frente a las líneas de investigación que abordan el área, De Fazio se inscribe en una línea de investigación específicamente jurídica, desarrollada en el ámbito de la teoría general del derecho, dirigida a determinar cuáles son los derechos sociales que se encuentran ordenados a nivel constitucional.

Los cuatro capítulos que componen la presente obra constituyen un trabajo exhaustivo de reconstrucción conceptual, estructural y metodológica, dirigidos a responder la pregunta referida a si existe algún procedimiento de argumentación que permita adscribir, como significado de las cláusulas constitucionales, normas que ordenen realizar derechos sociales en un grado exacto de cumplimiento. Las hipótesis que constituyen el punto de partida de De Fazio plantean que efectivamente existe un procedimiento semejante, y que éste se compone de dos grupos de argumentos: por un lado, los argumentos basados en la interpretación del texto constitucional, en el uso de casos precedentes o análogos y, por el otro, los argumentos basados en el uso del examen de proporcionalidad por omisión.

A fin de justificar su hipótesis, De Fazio hace uso del método analítico a los fines de reconstruir racionalmente el concepto y la estructura de: (I) las normas que prescriben derechos sociales, (II) los derechos sociales en sí mismos, así como (III) los argumentos que permiten su adjudicación judicial.

En el primer capítulo, De Fazio se ocupa de precisar una definición de norma de derecho social, lo cual presupone, además, una definición de norma en general. Al adoptar una definición semántica, distingue entre los conceptos de formulación normativa y norma, siendo una formulación normativa un enunciado que contiene –ya sea de forma explícita o implícita– expresiones deónticas y es utilizado para prescribir. Las normas, por su parte, constituyen el significado de las formulaciones normativas. A su vez, De Fazio delimita los alcances de la definición de norma de derecho social que presupone, al circunscribirla a aquellas normas que cuentan con rango constitucional. De acuerdo con la concepción semántica, las normas alcanzan el rango constitucional cuando pueden ser fundamentadas como parte del significado de, al menos, una cláusula constitucional. En este punto, retoma una discusión proveniente de la dogmática jurídica a fin de precisar cuáles son las normas de derecho social que pueden ser fundamentadas como parte del significado de los textos constitucionales. Al respecto, sostiene que son normas constitucionales válidas tanto aquellas extraídas literalmente del texto constitucional –siendo éstas, directamente estatuidas– como aquellas fundamentadas a través de argumentos no literales, tales como otros argumentos interpretativos, provenientes de la dogmática jurídica, casos precedentes o análogos, juicios de proporcionalidad o juicios prácticos en general –siendo éstas, indirectamente estatuidas–.

Asimismo, las normas de derecho social, plantea el autor, son tales cuando ordenan realizar un derecho social. En este sentido, los derechos sociales son

entendidos como derechos subjetivos –en tanto expresan una relación triádica entre un titular que, frente a un destinatario, tiene derecho a un objeto– a una acción positiva fáctica –es decir, a la entrega de un bien material o la prestación de un servicio-. Por su parte, la acción positiva fáctica puede ser definida –cuando la misma resulta ser la única idónea para realizar el derecho-, o bien alternativa cuando existe más de una medida idónea para realizar el derecho-. En este sentido, la indeterminación en torno a la acción positiva fáctica prevista no resulta problemática en tanto, o bien se define a partir de la precisión del grado de cumplimiento, o bien, si se mantiene la misma, supone un margen de discrecionalidad para el obligado que facilita su realización.

Por su parte, en el segundo capítulo De Fazio profundiza la categorización de las normas de derecho social. La validez de una norma de derecho social en sí misma no siempre es suficiente para justificar la premisa normativa mayor de una decisión jurídica que adjudique derechos sociales. La fundamentación requiere, además, que la norma ordene realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento. Por lo tanto, resulta necesario definir las propiedades estructurales de las normas de derecho social en general. En tal sentido, se plantea la distinción estructural entre dos clases de normas: las reglas, que son las normas constitucionales que ordenan realizar un derecho social en un grado exacto de cumplimiento, y los principios, que son las normas constitucionales que ordenan optimizar un derecho social. Dicha clasificación implica dos presupuestos. Por un lado, que existe una distinción fuerte entre reglas y principios. Por el otro, que esa diferencia puede explicarse conceptualmente en razón del tipo de mandato que las normas prescriben. La distinción fuerte postula que la diferencia no es meramente de grado sino entre dos clases de normas: reglas y principios.

En cuanto al criterio demarcatorio para fundamentar dicha distinción, el autor retoma la discusión en el marco de la teoría de norma. Asumiendo parcialmente a la teoría de Ronald Dworkin, De Fazio demuestra que los principios tienen un atributo que no existe en las reglas: la dimensión del peso. Esta dimensión es perceptible en los casos de contradicción normativa. Así, en los conflictos entre reglas, la resolución se da en la dimensión de la validez: o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando la invalidez de una de las normas en pugna. En cambio, la colisión entre principios se resuelve en la dimensión del peso: se determina una relación de precedencia de un principio por sobre el contrario, condicionada por las circunstancias del caso. En estos casos, los principios no pierden validez, e incluso pueden preceder a los principios que primaron en situaciones de colisión anteriores. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en tomar el caso concreto, identificando las circunstancias por las cuales un principio debe preceder a otro y, por tanto, debe seguirse la consecuencia jurídica consecuente del mismo.

En un segundo orden, De Fazio asume un determinado concepto de los principios, no sin antes someterlo al análisis crítico a partir de distintas discusiones que retoma. Conforme la teoría de Alexy, los principios exhiben una dimensión del peso por tratarse de mandatos de optimización; que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible. Por el contrario, las reglas no exhiben una dimensión del peso porque son mandatos de cumplimiento exacto que solo pueden ser o bien cumplidas o bien incumplidas.

Una vez establecida la distinción estructural entre reglas y principios, De Fazio se ocupa de extrapolar dicho esquema categorial al caso de las normas de derecho social, a fin de reconocer dicha distinción en las prácticas jurídi-

cas reales. Para ello, el autor apela a una argumentación contrafáctica, que analiza modelos dogmáticos puros de principios o reglas. Analizando casos de normativa y jurisprudencia de Colombia y Sudáfrica, De Fazio demuestra que los modelos dogmáticos puros no resultan explicativos de las propiedades estructurales de las normas de derecho social provenientes del plano empírico. Concluyentemente, el autor defiende la pertinencia de un modelo dogmático combinado, el cual implica la posibilidad de considerar la coexistencia de normas con estructura tanto de principios como de reglas. Asimismo, el autor presenta las principales objeciones que se presentan al concepto de principios de derecho social provenientes de la teoría constitucional, que se ocupa de desarticular.

Una vez reconstruidos el concepto y la estructura de las normas de derecho social, en el tercer capítulo, De Fazio desplaza en su argumentación hacia el plano de la metodología jurídica. La cuestión a resolver pasa a ser la de los argumentos que permiten fundamentar racionalmente que una regla de derecho social forma parte del significado de una o varias cláusulas constitucionales. En este punto, comienza ocupándose de los argumentos que exigen de explicitar la relación de precedencia condicionada entre principios.

En primer lugar, los argumentos interpretativos, que permiten extraer reglas de derecho social a partir de la interpretación del texto de una o varias cláusulas constitucionales. Al respecto, De Fazio articula posibles objeciones en cuanto a los alcances y limitaciones de esta clase de argumentos. Por un lado, se plantea la dificultad para establecer cánones interpretativos para todos los contextos. Al respecto, sostiene que es posible pensar un criterio pragmático de admisibilidad. Este criterio pragmático es aquel proporcionado por la teoría del discurso, según el cual el uso de cánones es racional cuando representa una razón que, en su debido contexto, debería ser aceptada por cualquier participante de un discurso jurídico. Por el otro, se hace referencia a la incidencia práctica de esta forma de argumentación. En este caso, De Fazio analiza dos casos provenientes de Sudáfrica y Alemania, en los cuales se hace uso de argumentos teleológico-objetivos y sistemáticos respectivamente, para fundamentar la validez de reglas de derecho social. Si bien no se trata del supuesto más frecuente, De Fazio considera necesario reconstruir formalmente el argumento, teniendo en cuenta que es una forma plausible de fundamentación.

La segunda forma de argumentación de este grupo es el uso de precedentes jurisprudenciales. Un precedente es una norma, expresa o implícita, que se extrae de una sentencia judicial anterior de una misma jurisdicción, y que resulta suficiente para justificar la toma de una decisión judicial. La norma –o *ratio decidendi*– que se extrae de la decisión judicial tiene por definición la estructura de una regla. Dicha regla puede utilizarse para fundamentar decisiones con independencia de la forma de argumentación mediante la cual se fundamentó su validez en primer término. En este sentido, De Fazio focaliza en las reglas resultantes de un juicio de proporcionalidad anterior, siendo ésta la forma de argumentación más habitual en la adjudicación de derechos sociales. La validez de dichas reglas en tanto precedentes se presume, pero la fuerza vinculante no es definitiva.

A fin de exponer la estructura de dicha argumentación, el autor presenta dos sentencias de la Corte colombiana donde la validez de la regla se fundamenta en primer término a partir de un juicio de proporcionalidad, y que luego es utilizada en un caso posterior que presenta las mismas propiedades relevantes por medio de la remisión al precedente.

En tercer lugar, De Fazio reconstruye la forma de los argumentos por analogía. Los efectos de las reglas resultantes de las sentencias judiciales anteriores pueden extenderse a casos similares aunque no se den las mismas propiedades relevantes que configuran el supuesto de hecho, cada vez que se presenta: (I) un idéntico problema normativo –en cuanto a la calificación deóntica de la acción fáctica que conforma la regla en cuestión– y (II) una idéntica constelación de principios –en tanto los principios en conflicto en el caso son los mismos que entraron en juego en el juicio de proporcionalidad del cual derivó la regla aplicada en el precedente judicial-. De cumplirse estos dos supuestos, la regla de derecho social puede ser extendida en su consecuencia jurídica en el caso similar. Una vez más, De Fazio expone dos antecedentes jurisprudenciales que permiten identificar las propiedades estructurales desarrolladas. A pesar de tener supuestos de hecho distintos –las enfermedades eran diferentes y la medicación demandada también–, ambos casos resultan similares, ya que el problema a resolver en cuanto a la calificación de la acción positiva fáctica –el carácter facultativo u obligatorio de otorgar el medicamento correspondiente– y la colisión entre principios –del derecho a la salud y previsibilidad presupuestaria– eran idénticos. Dicha correspondencia posibilitó la fundamentación de una nueva regla de derecho social, partiendo de la relación de precedencia condicionada entre principios establecida en el juicio de proporcionalidad del caso análogo.

El cuarto capítulo se centra en la reconstrucción racional del examen de proporcionalidad por omisión. Esta forma de argumentación fundamenta la validez de reglas de derecho social a partir de la determinación de una relación de precedencia condicionada entre principios. El supuesto de hecho se conforma por las propiedades relevantes que fundamentaron la precedencia y la consecuencia jurídica de la regla es la exigida por el principio de derecho social. De Fazio se ocupa de desarrollar las reglas y formas de argumentación que lo constituyen. El examen de proporcionalidad permite determinar, en caso de conflicto normativo, cuándo un principio de derecho social es realizado en un grado menor al grado de cumplimiento óptimo. Esto sucede cuando se omite al menos una acción positiva fáctica que lo limita y que, o bien ello no es idóneo para fomentar un fin legítimo, o bien no es necesario, o bien la persecución del fin legítimo es desproporcionada con relación a la afectación del principio de derecho social en juego. En tal sentido, una omisión es desproporcionada (I) cuando no contribuye en absoluto al fomento del fin legítimo; (II) cuando la omisión es idónea pero existen acciones positivas fácticas alternativas que fomentan el fin legítimo, al menos, en el mismo grado, a la vez que al menos una de las medidas alternativas fomenta el principio de derecho social en un mayor grado o (III) cuando la intensidad de la afectación del principio de derecho social es mayor a la satisfacción del fin legítimo, dando lugar a la suboptimización del principio con relación a sus posibilidades jurídicas y normativas. La relación entre la intensidad de la afectación del principio y la importancia de la satisfacción del fin legítimo no se analiza de forma aislada, sino más bien relativa. La variable para evaluarlos es el peso relativo abstracto, que se gradúa de acuerdo a la vinculación del principio con otro principio material importante, o bien un principio formal. Los grados de limitación de un principio o realización de un fin legítimo se determinan comparando los grados actuales de realización con los grados de su realización total, mediante criterios cuantitativos, cualitativos o probabilísticos. Frente a las posibles objeciones en torno a la inexistencia de parámetros estables para efectuar la ponderación, De Fazio procura delimitar la estructura del argu-

mento y su alcance, lo cual resulta fundamental. Siendo que a partir de principios de derecho social no es posible justificar una decisión jurídica, es necesario efectuar el juicio de proporcionalidad a fin de establecer la precedencia condicionada a partir de la cual se fundamenta la validez de una regla de derecho social. Al final del capítulo, De Fazio confronta las tesis formuladas contra la racionalidad de la ponderación.

A modo de conclusión, lo que resulta destacable de la investigación de De Fazio es la sistematicidad del desarrollo en torno a la delimitación conceptual y estructural de las normas de derecho social, así como de los argumentos que justifican su adjudicación judicial. Asimismo, el registro de la obra representa un aporte a la discusión teórica desde su perspectiva crítica, a la vez que constituye una herramienta analítica que puede resultar provechosa para los operadores jurídicos que se vinculen con la materia, al establecer criterios de evaluación de la racionalidad en la argumentación jurídica de los participantes del discurso jurídico en general. Por otra parte, puede decirse que la obra puede resultar útil para la formación jurídica en general dada su vocación pedagógica.

Matías MANELLI  
Universidad de Buenos Aires

**DE LUCAS, Javier: *Decir No. El imperativo de la desobediencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 334 pp.**

Esta época parece marcada como el tiempo de la desobediencia, como si lo progresista, incluso lo postmoderno, fuera lo reivindicativo, la indignación y la denuncia, mientras que la obediencia se entendería como una mera forma de sumisión, constantemente sometida a sospecha. En ese escenario, la desobediencia se presentaría como una exigencia imprescindible de la política democrática que, además, se alinearía con el atractivo de la negación propio de quienes consideran que se encuentran en un mundo que han recibido y perciben como impuesto. Pero ¿cualquier tipo de desobediencia tiene cabida en los Estados democráticos?, o más bien, ante los insistentes argumentos de los disidentes, ¿por qué obedecer?, ¿a quién? y, en su caso, ¿cómo desobedecer?

La respuesta a ese interrogante exige una profunda reflexión sobre la desobediencia en democracia, es decir, sobre la desobediencia civil entendida como expresión genuina del espíritu de la democracia y del Derecho. Esa es la propuesta que nos ofrece el excelente ensayo de Javier de Lucas, que culmina el trabajo de cuatro décadas de análisis y reflexión sobre este tema. En defecto, desde que en 1980 publicara su trabajo «¿Por qué obedecer las leyes de la mayoría?», el autor ha dedicado buena parte de su extensa obra a analizar, con claridad y lucidez, la interconexión entre obediencia y autoridad del derecho.

Este libro se estructura en dos partes, compuestas por dos capítulos respectivamente, que van precedidas de un capítulo inicial en el que se aborda la preocupación fundamental de la dialéctica entre obediencia y desobediencia que constituye en buena medida al ser humano. Desde el argumento de Montaigne, de la necesidad de evitar el daño y crueldad como condición imprescindible de la convivencia, hasta los planteamientos de Mill, Shklar y Margarit acerca de la democracia como ausencia de miedo y como sociedad decente, se revisa el recurso legítimo a la protesta, tanto desde la perspectiva que la considera como herramienta política que a lo largo del siglo XIX da lugar a un derecho, cuanto desde el enfoque más anarquista que ve en la desobediencia un deber.

La incógnita acerca de por qué desobedecemos remite a la dicotomía entre autoridad y obediencia. El magistral estudio de la obra de Fromm que realiza el profesor De Lucas, permite retomar el vínculo entre desobediencia y ansia de libertad, tan invocado en las modernas democracias, y, al mismo tiempo, revisar el valor de la autonomía. A partir los planteamientos de La Boétie, Spinoza, Nietzsche y Camus se retoma la idea de autonomía como justificación del poder y, al tiempo, se señala la importancia de la rebeldía como dimensión constitutiva de lo humano.

Sin embargo, es el análisis de Fromm el que mejor evidencia la gran ambigüedad de la autonomía que exige conocimiento, pero al mismo tiempo conlleva angustia y miedo. La alternativa no puede ser, en todo caso, la obediencia ciega, más bien al contrario, la capacidad de dudar, de criticar y de desobedecer, que van unidas a la propia esencia de la autonomía, son según Fromm imprescindibles para el futuro de la humanidad. La tendencia a la sumisión, a la pasividad de las masas permite explicar la parte más siniestra de la historia de la humanidad, tal como apuntaron La Boétie, Hobbes o Arendt. Efectivamente, como señala Froamm y como puede se

constata en nuestros días «el hombre ordinario con poder extraordinario es el principal peligro para la humanidad».

La primera parte de este libro, que aglutina los dos capítulos centrales del estudio, se ocupa de la relación entre ciudadanía, desobediencia y democracia desde los retos que plantea el pluralismo inclusivo en sociedades multiculturales. Ciertamente, el actual contexto difiere de aquel sobre el que se articula la idea teórica y la práctica de la desobediencia civil. Múltiples elementos han influido en el cambio radical de escenario, entre ellos, resulta especialmente significativo el impacto de la globalización junto al incremento de la multiculturalidad. Ambos nos llevan a la necesidad de nuevas vías de reconstrucción del vínculo social y político, a lo que puede considerarse, en la terminología de Bovero la necesidad de reescribir «la gramática de la democracia». Esa transformación exige hacer frente, al menos, a dos grandes desafíos que atraviesan nuestra democracia. Por una parte, la dimensión multicultural de las sociedades de «diversidad profunda», a la que se refiere Taylor, que apela a la necesidad de inclusión igualitaria y al reconocimiento del otro, con todos los interrogantes que se han suscitado a propósito esta teoría del mencionado autor canadiense. Por otra parte, la dificultad de construir la igualdad sobre la profunda diferencia y en el contexto de la globalización. ¿Cómo conseguir esos objetivos en sociedades en las que se extiende el menosprecio (Honneth), en la sociedad del riesgo (Beck) o en el mundo líquido (Bauman) en el que todo se diluye? Sin duda hay que poner bases sólidas que permitan superar esa situación que puede ser considerada como de «recesión democrática» (Diamond).

La acertada propuesta de Javier de Lucas para buscar una alternativa a ese reto fundamental del pluralismo inclusivo al que debe enfrentarse la democracia, es acudir a los planteamientos de quienes apuestan por el reempoderamiento del sujeto de la democracia, que no es otro que la ciudadanía. Se trata de repensar a fondo la categoría a través de la cual se construyen los seres en sociedad, ahora bien ¿desde qué perspectiva? ¿desde el principio de universalidad de los derechos humanos? Ciertamente, la universalidad significa igualdad en el reconocimiento, y es la antítesis de la globalización como hábilmente ha evidenciado el profesor De Lucas en varios de sus trabajos, pero no puede obviarse el abismo entre la aspiración de universalidad y la cruda realidad que obliga a reflexionar. Para fortalecer la universalidad de los derechos humanos es necesario profundizar en las exigencias del pluralismo que lleva al diálogo intercultural, con el límite claro que supone la satisfacción de las necesidades básicas de todos los seres humanos y la prohibición de daño a esas necesidades.

Si asumimos la imposibilidad de seguir apelando sistemáticamente a un consenso ampliamente mayoritario e indiscutible, y se asume que la diversidad exige tomar en cuenta los marcadores primarios de identidad (tales como la religión, la lengua, los valores, etc.) de los grupos minoritarios para superar las consecuencias de la exclusión, no cabe duda de la necesidad de renovación de la democracia. Esa transformación exige entender cómo se manifiesta el pluralismo social y la diversidad cultural en las democracias actuales. No se trata de insistir en una retórica de integración, profundamente marcada por una voluntad asimiladora que continúa viendo al otro como un presencial temporal que ataca a la cohesión entendida como homogeneidad (que, en realidad, no existe). Si no se entiende que esa visión de la integración, y con ella de la imprescindible cohesión, se asienta en un postulado de inferioridad de los otros, como se ve claramente en las políticas que apuestan por la inte-

gración «de» los inmigrantes y no «con» ellos, negando incluso en el plano formal, la bidireccionalidad que debería regir en tal proceso. Ese enfoque no es compatible con la democracia pluralista. Esta, si se toma en serio, como argumenta desde múltiples perspectivas Javier de Lucas, reclama tener en cuenta las asimetrías existentes entre los miembros de la comunidad política debido a la diversidad cultural o a la nacionalidad.

Afrontar los conflictos jurídicos y políticos en sociedades multiculturales, con una profunda diversidad, exige al menos tres condiciones metodológicas. En primer lugar, una buena dosis de realismo que no polarice el discurso y permita reconocer que existen conflictos que, como tales, hay que gestionar desde la igualdad en los derechos. Para ello es imprescindible aceptar, y hacer frente a la situación que conlleva, la diversidad cultural de nuestras sociedades, lo que exige, como segunda condición, un ejercicio de paciencia. Por último, realizar un esfuerzo de negociación sin exclusiones, desde el derecho a ser iguales cuando las diferencias crean inferioridad, y a ser diferentes cuando la norma uniformice.

La necesidad de una nueva ciudadanía se presenta en este contexto como acuciante, a esta cuestión se dedica el capítulo tercero de este libro. El autor destaca en este punto el acierto de Honneth al revisar la teoría del reconocimiento e insistir en que solo es posible establecer relaciones igualitarias en la sociedad «si la ciudadanía percibe, como fundamento de las mismas, expectativas cumplidas de reconocimiento social». Cuando dichas expectativas se presentan como imposibles por la injusta estructura del poder y el diferente valor que se otorga a los individuos, entonces se consolida la «sociedad del desprecio».

El desafío que comporta pasar de una ciudadanía que, hasta el momento, parece que más bien ha funcionado como un instrumento de domesticación, a otra que suponga una forma de emancipación, requiere cambios estructurales básicos que impactan, por ejemplo, en lo que ha sido el tradicional eje vertebrador de las políticas de inmigración y ciudadanía. En efecto, en la esencia del cambio que De Lucas propone se aúnan aspectos como el paso de una ciudadanía basada en la residencia estable en lugar de la nacionalidad, como hasta ahora, o la apuesta por una ciudadanía plural o múltiple, la ciudadanía en términos de Balibar.

Surge aquí la pregunta recurrente acerca de por qué no hemos sido capaces de nacionalizar o transnacionalizar la ciudadanía. La respuesta nos lleva a la configuración de base de esa idea desfasada de lo que es (debe ser) el ciudadano en las modernas sociedades multiculturales. En efecto, el error reside en buena medida en las tradiciones occidentales que han concebido la ciudadanía como la pertenencia a una comunidad política. Dicha comunidad se ha definido desde el Estado-nación, de tal manera que, ser miembro de él garantiza un acceso limitado desde el exterior y una homogeneidad sociocultural en el interior, aunque en realidad sea una premisa más bien teórica.

En todo caso, no se trata de ahondar en un debate teórico sobre la ciudadanía, sino más bien de volver sobre la propia raíz del concepto para reinterpretar y ampliar los derechos. Sin duda, uno de los ejemplos que apela a la dimensión activa de la ciudadanía, como pleno estatus jurídico, es el relativo al debate del reconocimiento de las personas inmigrantes como sujetos. Si la mera presencia del inmigrante tensiona la unidad nacional, el vínculo social y la tradicional concepción del Estado-nación, insistir en que sean considerados como sujetos activos (no pasivos, meros receptores de una determinada política), condiciona la posibilidad de transformar las democracias en inclu-

sivas y plurales. La plena ciudadanía debe incluir la total igualdad en los derechos civiles, políticos y sociales. Así lo defiende con lúcidos argumentos Javier de Lucas, desde la solidez y el rigor propios de quien es uno de los referentes intelectuales en esta materia.

La necesidad de construir esa una nueva ciudadanía no es una cuestión nueva, más bien, al contrario, el debate sobre el papel pasivo de los ciudadanos, con enfoques diferentes, se encuentran desde Rousseau y Tocqueville, hasta en las actuales redes sociales, pasando por los diferentes movimientos sociales que históricamente han apelado a una ciudadanía activa. Precisamente las redes sociales abren la posibilidad de múltiples iniciativas y manifestaciones que van de lo particular a lo universal y conjugan reivindicaciones acerca de la identidad, el reconocimiento, la redistribución y la participación. Esas redes, como apunta Castells, crean un «espacio de autonomía» que aúna lo virtual con el espacio urbano clásico, y sostienen significativos movimientos de autorganización ciudadana para canalizar la desobediencia civil entendida como un instrumento de lucha por los derechos. La autonomía se evidencia en el hecho de que la ciudadanía se organiza con independencia del sistema político.

Esta apuesta por las redes no está exenta de los consabidos problemas que se asocian a las TIC en cuanto a su capacidad para impulsar o frenar la democracia y, especialmente, si se tiene en cuenta el papel que han jugado en la distorsión de la opinión pública que fue de vital importancia en la construcción del espacio público que permitió, tal como ha señalado Habermas, el desarrollo de las democracias.

Entre estos movimientos de protesta que pueden ser vistos como una forma de buscar una «reciudadanización» o una «redemocratización», Javier de Lucas se detiene, como muestra, en el de la *banlieu* de otoño de 2005 en Francia. Estas revueltas ponían de manifiesto un estado de indignación colectiva, una crisis marcada por diferentes elementos (Mauger): un fracaso de los mecanismos básicos de inclusión de la integración republicana (la escuela, el trabajo, la familia y la participación social y política); la aparición de una nueva dialéctica en el recurso a la violencia entre quienes tienen su monopolio y quienes lo desafían; y, en tercer lugar, la reivindicación del reconocimiento como motor social desde dimensión negativa, como resentimiento. Esa frustración latente que estalló con las revueltas, según explica De Lucas, no se centró en la lucha para seguir apelando a la ciudadanía y a los derechos, sino que hizo de la identidad un aspecto central. En este escenario, los jóvenes franceses protagonistas de las revueltas evidenciaron que la ciudadanía republicana no funcionaba para ellos que, más allá de los tradicionales procesos de exclusión, se veían afectados por el desprecio como claro ejemplo, también, del rotundo fracaso del modelo asimilacionista francés.

Estas protestas constataron la representación dual de la sociedad, en especial, el aumento progresivo de la desigualdad y la exclusión que conectan con el debilitamiento de las razones de la obediencia y el recurso a la desobediencia.

La segunda parte de este ensayo, compuesta por lo capítulos cuarto y quinto, aborda la relación entre resistencia, protesta y desobediencia civil. Para ello, Javier de Lucas retoma la pregunta acerca de por qué aumenta hoy el prestigio de la desobediencia que genera un efecto estigmatizador de la dimensión institucional de la democracia y, al tiempo, evidencia la pérdida de la *auctoritas* en la política actual. El análisis de los motivos por los cuales los agentes clásicos de la política experimentan un evidente desgaste que compro-

mete los propios principios democráticos y tensionan la *razón de obligar*; hace imprescindible una revisión desde el derecho individual de resistencia hasta el moderno derecho de desobediencia civil.

La tesis que De Lucas sostiene, a partir de la conocida propuesta de Ihering acerca de la lucha por los derechos, se centra en considerar que la desobediencia, la resistencia y la rebelión contra el poder ilegítimo son una forma de «lucha por mi derecho», la reacción propia contra la injusticia. Un repaso histórico pone en evidencia los múltiples enfoques de esta cuestión, desde Herodoto, Sófocles, Sócrates, Rousseau, Althusius, y Weber, entre otros, hasta Thoreau que considera la disidencia como elemento esencial de la democracia, ya que, permite expresar el desacuerdo político.

En la relación entre derecho a la resistencia y democracia, es posible concebir la desobediencia como un derecho a la protesta que permite mantener vivos el resto de derechos (Rawls y Gargarella), y como un instrumento de renovación de la democracia, por ejemplo, si esta se entiende como un proceso de lucha (Balibar). Ahora bien, no todo tipo de desobediencia encaja con los postulados democráticos. Al menos en el plano teórico es conveniente distinguir entre la concepción jurídica y la política de la desobediencia civil, aunque en la realidad ambas estén entrelazadas. Para los partidarios de la primera, la desobediencia encaja en esa lucha por los derechos apuntada, de tal forma que desobedecer la ley supone que no existen razones para obedecer al Derecho. En cambio, la concepción política de la desobediencia la concibe como el ejercicio de resistencia del pueblo contra el poder. El autor de este ensayo se posiciona dentro de la concepción jurídica de la desobediencia civil, siempre que esta no suponga una «domesticación» que conlleve formalismo y resistencia al cambio.

En la doctrina contemporánea, la definición que propone Bedau de desobediencia civil permite identificar los rasgos que la caracterizan. En primer lugar, su alcance colectivo, político, a diferencia de la objeción de conciencia que pretende la exención de un deber individual. En segundo lugar, su carácter directo (en cuanto se desobedece el mandato impugnado), aunque suele ser indirecta. Por último el calificativo como civil que se desdobra a su vez en varias exigencias: el carácter pacífico de la desobediencia, que permite distinguir entre daño y violencia; su dimensión pública o abierta, que aleja la desobediencia civil de la criminal porque lo que persigue es apelar a la opinión pública para que revise la pertinencia de revertir una decisión que ha sido adoptada legalmente; y la disposición a aceptar el castigo, que hace que el disidente no sea un delincuente porque en el fondo en su acción subyace la legitimidad del sistema y su objetivo es mejorarlo.

Es fundamental en este punto insistir, como evidencia De Lucas, en la contraposición que supone el proceso expansivo democrático que acoge la disidencia y la protesta en aras de la garantía de los derechos y el populismo punitivo que supone una involución democrática al interrumpir la comunicación entre gobernantes y gobernados, entre el orden legal y sus posibles respuestas. Desde esa perspectiva, es posible analizar de modo crítico, como propone este ensayo, los diferentes factores que han contribuido al renacimiento de los movimientos de desobediencia civil y volver así a la pregunta crucial de si es posible defender la existencia de un derecho, incluso básico, a la desobediencia civil.

Para el autor de este trabajo, la respuesta a dicho interrogante es negativa, pero con matices. Solo puede entenderse que existe un derecho genérico a la desobediencia si se concibe este como derecho moral o natural, como resis-

tencia. Ello no supone afirmar que el recurso a la desobediencia civil sea ilegítimo en democracia, más bien al contrario, esa aceptación puede interpretarse como un síntoma de autocontención y una forma de reconocimiento tanto de los límites del Estado como del carácter procesual de las constituciones. Por eso, en los Estados democráticos, la justificación de la desobediencia civil es más bien de índole ético-política, dentro de la ética de la responsabilidad pública, para fortalecer una cultura democrática.

Esa dimensión política de la desobediencia permite acercarse a las múltiples causas que se intentan justificar en ella, por ejemplo, los movimientos «glocales», es decir, protestas de ámbito universal cuya actuación es local. Reaparecen así causas universales, transversales e intergeneracionales que recurren a la desobediencia civil y que se caracterizan por la utilización de las nuevas tecnologías y las redes sociales, y por el hecho de recuperar ese sentido originario de lucha por lo derechos. Diferentes movimientos permiten evidenciar esa justificación global de estrategias de desobediencia civil, entre ellos, el feminismo y el ecologismo.

En la evolución reciente de la desobediencia civil, sostiene De Lucas, subyacen dos paradojas. En primer lugar, la aparente contradicción que existe en el hecho de la desobediencia civil se conciba como la herramienta necesaria para que la democracia se ponga a prueba a sí misma, para renacer fortalecida. Es imprescindible, en este punto, asumir que la democracia es inacabada e imperfecta. En segundo lugar, la conciencia de que la comunidad política «ya no es la del nosotros», hay que pensar también en los otros, no solo los hasta ahora excluidos, si no también en las futuras generaciones.

El capítulo quinto de este libro se dedica a analizar diferentes manifestaciones de resistencia y desobediencia civil en España. Entre ellas están la campaña por la sanidad universal, surgida por el rechazo a la legislación que recortaba el derecho a la asistencia sanitaria; el movimiento contra los desahucios frente a la privación del derecho básico a la vivienda; y los movimientos de solidaridad con los inmigrantes para defender sus derechos desde el salvamento y el rescate, hasta la atención a los menores y las campañas por el cierre de los centros de internamiento.

Ciertamente la campaña por una sanidad universal, especialmente en lo relativo al derecho a la salud de las personas inmigrantes en situación irregular, puso en evidencia la fuerza de la desobediencia civil (ya que finalmente la normativa cuestionada fue modificada). Asimismo, dicha movilización evidenció el alcance de la acción de una sociedad civil organizada, que cuestionó esa condición de infrasujetos tan asentada en el ámbito de la extranjería que insiste en presentar a los inmigrantes como aquellos a los que solo corresponde sufrir la ley sin participar en su elaboración (con lo que ello supone para el reconocimiento y garantía de los derechos).

Todos estos movimientos tienen un carácter polivalente y plural que los distingue de los partidos políticos o de las organizaciones de trabajadores. Ciertamente un rasgo que les define es el ser «redes que dan libertad» (Fernández Buey y Riechman) o «redes de indignación y esperanza». Estos movimientos completan y revisan los mecanismos institucionales de los que disponen los ciudadanos para su participación que, hasta ahora, había sido asumida en buena medida por los partidos políticos y los sindicatos. Se retoma así, ese rasgo distintivo de la democracia que apuntara Tocqueville respecto a la capacidad asociativa y participativa de los ciudadanos. Al mismo tiempo, se pone de manifiesto la necesidad de repensar la relación entre el

disenso y la democracia, como forma de comprender y afrontar los déficits de la democracia representativa.

Otro de los rasgos distintivos de estos movimientos en la actualidad es el papel central que en ellos ocupa la solidaridad para reivindicar los derechos de las personas que forman parte de los grupos más vulnerables, como punto imprescindible para consolidar una ciudadanía democrática. Se toma así conciencia de que no hay integración ni cohesión social que sea posible sin igualdad jurídica, o lo que es lo mismo, que la universalidad de los derechos humanos implica esa lucha por el reconocimiento de la igualdad en derechos.

El último apartado de este capítulo se dedica a las reivindicaciones del independentismo catalán. Con esta cuestión el autor retoma el tema abordado en el capítulo anterior acerca de si las diferentes formas de movilización ciudadana vinculadas históricamente a la resistencia (siempre sin violencia) constituyen desobediencia civil, o más bien insurrección y rebeldía. En su opinión, el mencionado movimiento secesionista no puede considerarse desobediencia civil sino, en el mejor de los casos, una muestra de resistencia no violenta.

En la interesante revisión de las acciones que han ido acompañando a dicho movimiento y los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, De Lucas se detiene en cuestiones de gran alcance jurídico-político. Entre ellas, la apelación a la mal denominada «desobediencia institucional», que considera carente de sentido, ya que, está marcada por la arbitrariedad, por definición, incompatible con la propia razón de ser del Estado de Derecho. Retoma así la cuestión fundamental acerca de la desobediencia civil que exige que esta sea no solo pacífica, si no que además debe tener como objetivo impugnar un mandato que no se considera conforme con las reglas de juego que ha sido aceptadas por todos. Ello no significa, negar la posibilidad de impugnar la Constitución por considerar que no sería legítimo, puesto que, esto es posible si se prueba que carece de legitimidad democrática de origen. En opinión del autor, nuestro modelo constitucional no es el de una democracia que permita estrechar el pluralismo, más bien al contrario, intenta albergar el máximo de pluralidad y disidencia posible. En ese sentido, modificar la Constitución de 1978 en lo relativo a aspectos sustanciales, como el modelo territorial o la financiación de las Comunidades Autónomas, es una solución buena para todos. Puede así hacerse frente a la manifiesta insatisfacción ciudadana e impulsar un acuerdo que permita votar realmente qué pacto social se quiere. La unilateralidad no tiene cabida en esta propuesta. Si no puede aplicarse a la democracia española y a su sistema constitucional la tesis de la pérdida de esa legitimidad de origen a la que se aludía anteriormente, no está justificado el recurso a la autodeterminación de un territorio.

El repaso crítico a la sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, permite reflexionar sobre la pretendida estrategia de desobediencia civil utilizada en el secesionismo catalán desde las tesis del recurso a la violencia, incluso como legítima defensa, como respuesta proporcional frente a la violencia estatal; y detenerse en los límites de las actuaciones colectivas de ejercicio de las libertades de reunión, expresión y manifestación. Una de las principales discrepancias del autor con la mencionada sentencia tiene que ver con la cuestión, ya abordada en el capítulo cuarto, de la pertinencia del castigo de los actos de desobediencia civil. En este caso, para el Tribunal Supremo procede el castigo de los actos llevados a cabo, ahora bien, como se defiende en este trabajo, no puede obviarse que, aunque haya infracción de disposiciones

jurídicas en quienes realizan actos de desobediencia civil, no es necesario recurrir siempre y en el mismo grado a la sanción. En caso de hacerlo, entre las sanciones resulta más aconsejable acudir a las de carácter administrativo (multas o inhabilitaciones) que a las de índole penal, como la privación de libertad. Una crítica fundamental tiene que ver con la interpretación que hace la sentencia de la desobediencia civil, ya que, establece unos límites que pueden potenciar el efecto disuasorio del recurso a dicha desobediencia, cuando, en realidad, sería clave preservar el valor de las manifestaciones de protesta y de la propia desobediencia civil en democracia.

Con estas últimas reflexiones se cierre un trabajo de enorme calado jurídico, político y social, que aborda múltiples interrogantes, invita a la discusión y ofrece respuestas desde el rigor de quién ha dedicado décadas a la investigación de las cuestiones que se trata. En efecto, este ensayo muestra la inquietud y el compromiso de Javier de Lucas, patente en toda su obra, con la lucha por los derechos para la articulación de esa «nueva gramática de la democracia».

Ángeles SOLANES CORELLA  
Universitat de València

**GARCÍA LÓPEZ, Daniel J.: *La máquina teo-antropo-legal. La persona en la teoría jurídica franquista*, Madrid, Dykinson, 2020, 130 pp.**

Es un lugar común entre juristas las problemáticas que suscitan al concepto *persona*. Hay quienes dedican páginas a su etimología teatral, quienes se preocupan de cuándo surge o hasta cuándo existe, o, incluso, si es responsable penalmente cuando hablamos de una persona jurídica. Las problemáticas que rodean este concepto parecieran repetirse una y otra vez. Pero aún queda espacio para la reflexión sin reiterar discursos *ab infinitum*. La propuesta que nos trae el profesor Daniel J. García López (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada) quizás pueda ser enmarcada en ese espacio para la reflexión aún por pensar.

*La máquina teo-antropo-legal* es una sugerente apuesta por introducir en el campo de la ciencia jurídica la especulación filosófica en torno a la biopolítica y la gubernamentalidad. No es el primer trabajo en el que el profesor García López insiste en esta conexión. Otros libros tejidos por el autor desde los marcos de la biopolítica son *Organicismo silente. Rastros de una metáfora en la ciencia jurídica* (2013), *Sobre el derecho de los hermafroditas* (2015), *Rara avis. Una teoría queer impolítica* (2016), *Poder, derecho y justicia. Reflexiones desde el espacio discursivo de Michel Foucault* (2019, en coautoría con Domingo Fernández Agis) y *Bioestado de excepción. Suspensión del derecho e insurgencia de las corporalidades vivientes*, así como la traducción del libro de Laura Bazzicalupo *Biopolítica. Un mapa conceptual* (2016).

En esta nueva obra, el autor parte de la imagen de la máquina antropológica que Furio Jesi ideó y que Giorgio Agamben construyó en *L'aperto*. Se trata de «un mecanismo que produce imágenes de hombres, que establece modelos antropológicos, que plantea una antropogénesis» (p. 30). Esta máquina mantendrá un espacio de indiferenciación en el que, a partir de la excepción, se produce la decisión sobre si la vida queda dentro o fuera del ordenamiento jurídico. Por eso el libro no se centra en procesos propiamente de soberanía (como sería la represión penal), sino de gubernamentalidad: cómo se crearon los amigos (y, por tanto, los enemigos) desde la normalización. Es por ello que el centro del libro esté ocupado por la persona como el producto de aquella máquina en la que interseccionan teología política y biopolítica. Es lo que el autor ha venido a llamar *teo-antropología jurídica*, desarrollada en el primer capítulo del libro.

La máquina que propone el profesor García López viene pergeñada por dos disciplinas aparentemente lejanas: el derecho civil y la psiquiatría. A partir del estudio de protagonistas de ambas áreas de conocimiento, el autor traza la concepción de la persona engendrada durante la dictadura franquista. Estos protagonistas son José Castán Tobeñas y Antonio Vallejo-Nágera, aunque no faltarán secundarios como Luis Díez-Picazo o Federico de Castro. Juristas y psiquiatras coincidirán en la producción de un *hombre íntegro-total, católico y situado en la hispanidad*. Es esta concepción la que se hace compatible con lo que el autor expone en el segundo capítulo *El cuerpo de la dictadura* o de cómo el Estado nuevo se articuló sobre una base orgánica. Esta concepción orgánica del Estado, que se materializó tanto en el plano discursivo como en la práctica jurídica, necesitó articular una serie de mecanismos de inmunización para proteger y garantizar su supervivencia.

Los capítulos tercero y cuarto estarán dedicados específicamente qué concepción de la persona producen la iuscivilística (capítulo tercero) y la

psiquiatría (capítulo cuarto). Ambas disciplinas partirán de una idea común: la crisis civilizatoria. Entenderán que, debido a varias causas *degenerativas* (la democracia, el liberalismo, el marxismo, incluso el capitalismo y Kelsen), España se encontraba en un grave peligro. Ante esta situación, el derecho civil asumirá una función salvífica, una suerte de *katechon* para evitar que el mal triunfara. Pero un *katechon* exportable a otras latitudes. Pues tanto civilistas como psiquiatras incorporarán una concepción racial. Si bien es cierto que no hablarán expresamente de una eugenesia negativa al modo nazi, sí que promoverán una eugenesia positiva sobre la idea de reproducir por medios de los mejores las virtudes del héroe hispano y cristiano. En última instancia, la teoría jurídico-psiquiátrica franquista trató de reconstruir la idea de un imperio sobre la base cultural. Es curioso cómo incluso vetaron por decreto, nos recuerda el autor (p. 77), el uso mismo del concepto hispanidad en tanto se postularon como los únicos y verdaderos portadores de la verdad eterna en la que cristianismo e hispanidad iban de la mano. La hispanidad se convirtió en una política racial (p. 90).

Entre tanto, ¿qué ocurría con aquellas subjetividades que no encajaban en la concepción de la persona postulada por iuscivilistas y psiquiatras? El último capítulo, bajo el título *Al margen del ser*, nos señala las consecuencias de no cumplir con la norma. Personas homosexuales, prostitutas, mujeres que trataran de abortar, quienes vivían en la calle o hablaban otra lengua que no fuera el español, fueron sometidos a dispositivos de disciplina que iban desde el campo de concentración/trabajo al confinamiento en la casa. La idea última era mantener una pureza en aquella producción que era la persona. Toda subjetividad que pudiera ponerla en peligro había de ser bien situada en un espacio de seguridad en cuarentena, bien dejada morir.

En definitiva, si bien el estudio de Daniel J. García López queda articulado sobre un marco teórico demasiado *eurocéntrico* (quizás fuera interesante analizar cómo se están realizando esas mismas lecturas sobre la biopolítica y la gubernamentalidad desde otros espacios geo-epistémicos del sur global), lo cierto es que nos pone ante el espejo de una realidad que pareciera no quisiéramos ver. Y es que en los últimos años, estamos viviendo una violencia discursiva sobre determinados territorios del Estado español sobre la base de una concepción inmunitaria de la hispanidad que hunde sus raíces en lo que en este libro se cuenta. Quizás es hora de replantear abiertamente las continuidades y discontinuidades con la dictadura para poder construir una sociedad democrática.

Luisa WINTER PEREIRA  
Universidade de Coimbra

**HOREL, Stéphane: *Lobbytomía: cómo los grupos de presión envenenan nuestras vidas y la democracia* (L. Sancho, trad.). San Sebastián de los Reyes, Morata, 2019, 416 pp.**

El libro de Stéphane Horel no es un libro académico en sentido estricto. El trabajo analiza, con profusión de datos y ejemplos, la influencia de las grandes industrias en las agencias de regulación, en el conocimiento que sustenta sus decisiones y las normas que establecen o promueven. En ocasiones se trata de una influencia directa pero la autora dedica muchas más páginas a considerar cómo estos agentes llegan a reconfigurar los dispositivos de producción de conocimiento que son la base empírica que funda la regulación y las decisiones adoptadas a causa de la misma.

Más que profundidad en la delimitación de conceptos y sus conexiones, es perceptible que el objetivo de Horel es sostener su hipótesis y sus argumentaciones principales sobre una sólida base empírica, que no se podrá trasladar aquí. A este *ethos* periodístico, en el mejor sentido, conviene añadirle una actitud activista, en cuanto a una intervención directa sobre la realidad, buscando un cambio de percepción y de los mecanismos de transparencia y control de esta influencia. El trabajo tiene la principal virtud de que, en la maraña de informaciones y publicidades del presente, estas relaciones están lejos de brillar y la autora asume la tarea de delimitarlas y engranarlas en una narrativa comprensible.

Stéphane Horel, periodista de *Le Monde*, investiga en funcionamiento de las instituciones europeas y estadounidenses, así como sus relaciones con la investigación científica y corporativa. De este modo concentra su periodismo de investigación en la creciente influencia de los *lobbies* de las grandes industrias sobre las decisiones de los poderes públicos, lo que le valió por ejemplo el Premio de la Prensa Europea de 2018 al mejor reportaje de investigación por su trabajo, junto a Stéphane Foucart, respecto a los Monsanto Papers, un conjunto de documentos internos de la compañía revelados en el contexto del proceso judicial seguido contra esta a partir de una demanda colectiva iniciada por 42.700 personas que reclamaban por los supuestos efectos perjudiciales causados por su exposición al glifosato, un pesticida de amplísimo uso que ha comercializado hace décadas<sup>1</sup>.

La hipótesis principal del libro es que un conjunto de grandes corporaciones industriales, a través de un complejo sistema de *lobbies*, gabinetes de relaciones públicas y expertos en ciencia y *márketing* están influyendo de manera creciente sobre la producción de conocimiento científico, la percepción de la opinión pública y finalmente sobre las decisiones y normativas reguladoras de distintas Administraciones en la dirección de su propio interés y no del interés general, sea este la salud pública o la objetividad del conocimiento científico.

## 1. La captura de la ciencia

Como es sabido, el siglo XX vio desarrollarse un conjunto de técnicas jurídicas para la regulación y su posterior implementación, el control y la resolución

---

<sup>1</sup> HOREL, S., y FOUCCART, S., «The Monsanto Papers», *Le Monde*, 2 de junio de 2017. Disponible en <https://www.europeanpressprize.com/article/monsanto-papers/>. También puede verse un resumen y análisis de estos documentos en la web de la ONG estadounidense Right to Know: <https://usrtk.org/monsanto-papers/>

de eventuales conflictos de distintos sectores de actividad «con fines de protección de la salud y la seguridad (...), el medio ambiente (...), la salvaguardia frente a los nuevos riesgos tecnológicos y naturales (...), [la] superación de las discriminaciones en la educación, el empleo y el acceso a la vivienda, etc.»<sup>2</sup>, agrupadas bajo la denominación de *derecho regulativo*, para destacar este carácter minucioso e instrumentalista, en contraste con el enfoque abstracto y minimalista del derecho liberal, que había sido hegemónico desde las revoluciones positivistas de finales del siglo XVIII. A consecuencia de esta pragmatidad, tanto el proceso de producción normativa como de adopción de decisiones jurídicas propios de este derecho se abrieron a la participación de las ciencias experimentales y los saberes expertos, capaces de conformar la verdad fundante de la regulación adecuada, así como de la oportunidad e intensidad de las decisiones posteriores. Dicho de otro modo, la *ratio decidendi* de la comercialización o no de un nuevo producto depende de las evidencias científicas sobre su lesividad para la salud humana o el ambiente. Así, el conocimiento científico desempeña un rol primordial en la concreción del supuesto de hecho de estas normas y en la modulación de sus consecuencias jurídicas.

Esta situación traslada la clave de la regulación al campo científico y la hace objetivo de los distintos tipos de *lobbies* que articulan los intereses que compiten en cualquier sociedad compleja. En los primeros capítulos de su libro, Horel se centra en las estrategias de las grandes corporaciones industriales para conseguir que la verdad producida por las instituciones científicas y en general el discurso y los datos calificados de científicos estuvieran alineados con su interés. Se desatallarán a continuación algunas de las más interesantes.

En primer lugar, la consistente en asegurar la prevalencia o al menos la equivalencia de las pruebas específicas que se realizan para testar productos o sustancias respecto a las investigaciones de organismos de investigación independientes, ligados a universidades. La cuestión es que se trata de pruebas costosas, que solo pueden realizar (y lo que es más importante para la ciencia, replicar) las grandes corporaciones y que suelen ser menos rigurosas y más favorables al interés de las corporaciones<sup>3</sup>. Para subsanar este desequilibrio, la autora propone constituir un fondo común de gestión científica independiente, al que contribuyan especialmente estas corporaciones, que sea el encargado de realizar los ensayos necesarios para comprobar los efectos de los productos o sustancias analizadas<sup>4</sup>.

En segundo lugar, el uso de un conjunto de empresas e iniciativas dedicadas a la producción de material científico a demanda de las corporaciones o sufragado por las mismas. En ocasiones esta producción adquiere la forma de productos científicos clásicos, como artículos o comentarios destinados a publicaciones especializadas y reconocidas, mientras que en otras se trata de espacios de divulgación, como el portal *GMO Answers*<sup>5</sup>, financiado por la industria biotecnológica, donde se pueden consultar dudas sobre los organismos modificados genéticamente o el *Science Media Center*, un espacio que provee de material

---

<sup>2</sup> CALVO GARCÍA, M., *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 144 pp.

<sup>3</sup> Ver capítulo 3.

<sup>4</sup> Ver pp. 245 ss.

<sup>5</sup> Ver [gmoanswers.com](http://gmoanswers.com) y pp. 216 ss.

divulgativo sobre los temas de actualidad científica, incluidas citas listas para su publicación<sup>6</sup> o actividades patrocinadas para distintos públicos.

En tercer lugar, merece especial atención la financiación de investigaciones científicas. Horel se muestra especialmente crítica con la falta de transparencia de las revistas científicas en los apartados de financiación, agradecimientos y conflictos de intereses, que no son de acceso abierto como los *abstracts*, y que impiden estar prevenidos acerca del sesgo de financiación que atribuye a la producción científica. Este sesgo se concreta en que los informes sobre medicamentos sufragados por las farmacéuticas tienen cuatro veces más probabilidades de emitir una buen valoración sobre los mismos que aquellos independientes; cifra que se eleva a noventa veces si se trata de investigaciones sobre el tabaco<sup>7</sup>. Con una perspectiva amplia, la autora señala la desviación de estos estudios no es necesariamente deliberada, sino que responde a una contraprestación difusa e involuntaria por parte de quien ha sido agasajado o reconocido por parte de la industria, con asistencia a congresos, honores o inclusión en organismos y paneles de expertos, y que se ve culturalmente compelido obrar de manera recíproca con la compañía<sup>8</sup>. Con todo ello, en el capítulo 8, se expone el funcionamiento práctico de todas estas técnicas a partir de la controversia relativa a la toxicidad del glifosato entre la industria bioquímica, el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer de la OMS, las agencias reguladoras europeas y un conjunto de afectados que reclamaron judicialmente y en cuyo contexto se hicieron públicos los citados *Monsanto Papers*.

Al pensar en la prevención de estas dinámicas, la autora sitúa en un lugar destacado la noción del *conflicto de intereses*. Adoptando la definición de Thompson, como «un conjunto de condiciones que provocan que un juicio profesional con relación a un interés primario (como el bienestar del paciente o la validez de una investigación) sea indebidamente influenciado por un interés secundario (como un beneficio financiero)»<sup>9</sup>, Horel propone reforzar en el ámbito científico este concepto destinado a salvaguardar la integridad del interés general en el ámbito de las decisiones públicas, lo que incluye la creación de una base de datos universal de los intereses y la detección de conflictos. Para ello recoge algunos de los debates recientes en el ámbito científico y regulativo a este respecto, como las consecuencias de su detección (desde la exclusión total a la simple publicidad), si el conflicto debe ser actual o potencial, de manera que se tomen prevenciones a partir del riesgo de conflicto, si las prevenciones deben limitarse al conflicto real o también al aparente (debido a la erosión que ello produce en la legitimidad de las instituciones) o si el conflicto debe limitarse a sus dimensiones materiales o ampliarse a las intelectuales, incluyendo marcos teóricos o ideológicos de las personas investigadoras, expertas y reguladoras<sup>10</sup>. Desde la crítica que se hace aquí, en cambio, quizá se le concede a este instituto un potencial excesivo para la prevención de la infracción deontológica, toda vez que la propia autora muestra cómo, de no acompañarse de políticas públicas que refuercen los rasgos de independencia de las agencias reguladoras y de las insti-

---

<sup>6</sup> Ver [sciencemediacentre.org](http://sciencemediacentre.org) y p. 219.

<sup>7</sup> Ver pp. 109 ss.

<sup>8</sup> Ver el capítulo 10.

<sup>9</sup> THOMPSON, D., «Understanding financial conflicts of interest», *New England Journal of Medicine*, 329, 8, 1993, p. 573.

<sup>10</sup> Ver el capítulo 12.

tuciones públicas o independientes de investigación, el conflicto de intereses cuenta con enormes resistencias y críticas que incluso arrastran a la cultura institucional de las agencias reguladoras y muchas instituciones científicas, al ser una isla contrahegemónica en el nuevo sentido común de la ciencia y la regulación. Una de esas condiciones estructurantes del campo es la creciente dependencia de la investigación respecto a los fondos de la gran industria, que en 2016 ya pasó el umbral de los dos tercios de la financiación en Estados Unidos<sup>11</sup> o el desequilibrio en materia de recursos y formación entre las plantillas y colaboradores de las grandes corporaciones y las de las Administraciones Públicas<sup>12</sup>.

## 2. Capturar la regulación del riesgo

Aunque la preocupación de Horel se centre en el deterioro del conocimiento científico que da base a la regulación, sea como datos a disposición de las agencias, sea como personas expertas que encarnan ese conocimiento en el asesoramiento de tales decisiones, la manera en que una determinada verdad no solo influye, sino que moldea la decisión regulativa merecerá atención aparte. El problema que con frecuencia ha preocupado a quien se aproxima a la integridad y ética de la decisión jurídica es el de mantener la independencia de esos órganos y responsables, delimitando las situaciones que pueden afectarla, desde las tipificadas como supuestos tradicionales de corrupción hasta relaciones más difusas, como las llamadas *puertas giratorias*, esto es, la circulación de responsables sobre una misma materia entre entidades del sector público y privado, que suele operar como una promesa de recompensa a quienes ocupan posiciones de responsabilidad pública si se muestran favorables a los intereses de esas corporaciones para las que trabajarán después<sup>13</sup>.

Si partimos de la hipótesis de que el ámbito público refleja en cierto sentido las disputas estratégicas de sus contornos<sup>14</sup>, la influencia de las grandes corporaciones es correlativa a la debilidad del resto de fuerzas sociales para obligar a los poderes públicos a inclinarse hacia el interés general. Solo en este contexto se puede entender la relevancia que han alcanzado técnicas de producción normativa impensables en la totalidad moderna del par Estado-Derecho, como la *autorregulación*. Espacio de autonomía que permite a determinados sujetos darse sus propias normas conforme a un esquema de horizontalidad contractual, mientras el resto se rige por normas promulgadas verticalmente. Conforme a este modelo, los Estados aceptan compromisos de las grandes corporaciones, como rebajar un 10 % el azúcar de los cereales infantiles o establecer un nuevo sistema de etiquetado de alimentos<sup>15</sup>, en lugar de establecer cuál sea el interés general en el caso y adoptar las medidas que conducen al mismo, sean eliminar el consumo de determinados azúcares en la infancia, hacer transparentes los efectos de la comida procesada mediante un

<sup>11</sup> Ver pp. 248 ss.

<sup>12</sup> Ver pp. 283 ss.

<sup>13</sup> BETANCOR, A. (2016), «Puertas giratorias: regulación y control», en M. Villoria Mendieta, J. M. Gimeno Feliú, y J. Tejedor Bielsa (eds.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 157-183.

<sup>14</sup> Entre muchas referencias, ver JESSOP, B., *State power: a strategic relational approach*, Cambridge, Polity Press, 2008, 301 pp.

<sup>15</sup> Ver pp. 316 ss.

etiquetado semafórico, comprensible de forma intuitiva o restringir la publicidad y patrocinio de algunos productos dirigidos a un público infantil. Sin embargo esta técnica de «regulación delegada» no eliminaría al sector público de la consideración popular, que seguiría responsabilizándolo de la protección de su salud. De este modo, Horel analiza durante el capítulo 15 cómo, al compartir las funciones de regulación, se está forjando una alianza política de largo recorrido entre el sector público y las grandes corporaciones causante de que ambos se posicionen de manera conjunta frente a las exigencias crecientes de las poblaciones, lo que convierte a la actual *governabilidad reflexiva*<sup>16</sup> en más autorreferencial respecto a cualquier objetivo sustantivo, como la salud pública o los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, el impacto más profundo de la captura de la regulación no residiría en la clásica influencia y direccionamiento de la voluntad de las personas responsables de la decisión jurídica, sino en la redefinición del régimen de verdad en el que se valoran los riesgos. Ewald ya mostró cómo los procesos aparentemente exteriores a la producción normativa, de observación y estandarización de incertidumbres en determinados riesgos, mensurables y susceptibles de adopción de medidas, son estadios decisivos en la normativización de la sociedad<sup>17</sup>. A este respecto, la autora destaca cómo el peso de la industria ha llegado a redefinir los problemas de salud pública, en particular con el problema del sobrepeso que, a pesar de afectar ya en 2016 al 40 % de las personas adultas en todo el mundo se ha conceptualizado como una consecuencia del sedentarismo y la falta de actividad física y en absoluto como una consecuencia de la alimentación<sup>18</sup> o a redistribuir las responsabilidades, aumentando las de las propias personas afectadas por estos productos (afecciones que se distribuyen también conforme a sesgos de clase y otras desigualdades) y asumiendo un marco de valoración de riesgos que parte de haberse producido el daño y tener que mostrar la responsabilidad del causante en lugar de exigir demostrar *a priori* la inocuidad del producto<sup>19</sup>. Al mismo tiempo las grandes corporaciones tienen la pretensión de reconfigurar los estándares de medición del riesgo, dado que los organismos reguladores suelen partir de sus informes y datos preelaborados<sup>20</sup> o incluso aspiran a elaborar los índices para medir con carácter general la toxicidad de los productos<sup>21</sup>.

En último término, el libro resulta muy útil para comprender las amenazas que supone la acumulación de poder por parte de las grandes corporaciones respecto a la necesaria objetividad de la ciencia, que a su vez constituye la base fáctica para la elaboración de normas propias del derecho regulativo y la adopción de decisiones jurídicas en todos los niveles respecto a unos riesgos crecientes para nuestra salud y bienestar.

David VILA-VIÑAS  
Universidad de Zaragoza

---

<sup>16</sup> Ver, entre otras referencias, DEAN, M., *Governmentality: power and rule in modern society*, London, Sage., 2003, 229 pp.

<sup>17</sup> EWALD, F., «Norms, Discipline, and the Law», *Representations*, 30, 1990, pp. 138-161.

<sup>18</sup> Ver p. 312.

<sup>19</sup> Ver pp. 322 ss.

<sup>20</sup> Ver pp. 362 y 363.

<sup>21</sup> Ver pp. 153 a 155.

**RIVERO ORTEGA, Ricardo: *¿Para qué sirve el Derecho?*, Bogotá, Grupo Ed. Ibáñez, 2019, 120 pp.**

Ricardo Rivero, actual Rector de la Universidad de Salamanca, nos ha sorprendido agradablemente con la publicación de un libro, breve pero enjundioso, como lo suelen ser los manifiestos fundacionales que exhortan a recorrer caminos nuevos. Lo peculiar de esta obra es su decidido apoyo en los avances actuales de las diversas ramas del conocimiento del hombre y de la sociedad: antropología, neurociencia, psicología social, sociología, sin excluir la filosofía o las humanidades en general; todo ello con el objetivo de iluminar enfoques nuevos en la comprensión y la práctica del derecho. Frente a la propuesta aislacionista de los estudiosos que conciben el orden jurídico como un sistema cerrado de normas, ejemplificada por la Teoría pura del derecho de H. Kelsen y en general por el positivismo jurídico más estricto, Rivero propone un enfoque abierto a la influencia de todas las aportaciones aprovechables de las ciencias actuales que permitan el desarrollo del derecho como manifestación privilegiada de la cultura al servicio de una humanidad más solidaria y madura.

El libro se inicia con una franca declaración de la hipótesis principal que se pretende poner a prueba: «El derecho puede cambiar la mente de las personas, produciendo un impacto cognitivo y biológico de largo plazo sobre los individuos en sociedades reguladas» (p. 11). Lo que el ser humano es y será en su constante evolución viene condicionado, entre otras cosas, por su derecho y sus formas de hacer justicia. Resulta evidente que la trayectoria evolutiva del ser humano habría sido diferente si, en vez de regirse por normas restrictivas de ciertos comportamientos juzgados como dañinos, se hubiera dejado impulsar por los instintos, como ocurre con los animales. Subyace aquí la sugestiva insinuación de que es precisamente (aunque no solo) el derecho, el sometimiento a reglas de conducta coactivamente reforzadas que refrenan los impulsos naturales, lo que nos configura como seres humanos. Cuando la conducta de los individuos se ajusta a normas previamente establecidas que permiten prever las consecuencias de los actos propios y ajenos, haciendo viable la planificación de la vida social, se hace posible la convivencia social pacífica y ventajosa para todos. El derecho puede concebirse como un instrumento social de heterocontención, tendente a garantizar el cumplimiento efectivo de la moral, «entendida como mecanismo cultural para sintonizar intereses múltiples» (p. 12). Uno de los efectos de esa práctica sobre la mentalidad individual es el desarrollo de actitudes más consideradas y respetuosas hacia los demás, que permiten el despliegue de la libertad de todos. Por eso puede suscribir Rivero la afirmación clásica de que gracias a las normas somos libres.

Cuatro son los aspectos del derecho, destacados y analizados a lo largo de los cuatro capítulos que integran el libro, en los que se manifiesta más claramente su contribución al desarrollo de los rasgos constitutivos de una humanidad cada vez más capacitada y colaborativa: «la aceptación de la libertad individual en forma de autonomía de la voluntad, el perfeccionamiento de las decisiones a través del procedimiento, el fomento de la colaboración recíproca por el contrato, y el respeto a la disidencia» (p. 13). Se trata de conquistas que han ido modelando la realidad del derecho a lo largo de su historia. Sin embargo, los valores subyacentes a ellas: libertad, racionalidad, altruismo y tolerancia, han sido cuestionados y pueden ser redefinidos a partir de los

nuevos descubrimientos psicológicos o neurológicos que hacen posible una comprensión más profunda y fecunda de los mismos.

La libertad, fundamento de la dignidad humana y de la capacidad jurídica de las personas como únicos seres capaces de asumir responsablemente derechos y deberes, está condicionada por impulsos neurológicos y fisiológicos inconscientes que parecen anularla. Sin embargo, en alguna medida que debe reivindicarse y ensancharse, somos dueños de nuestro destino y responsables de nuestros actos. Tenemos capacidad para elegir y hemos de ejercerla y respetarla en los demás, evitando el excesivo intervencionismo prohibitivo o prescriptivo, y confiando en el autocontrol responsable, siempre que sea posible.

En el primer capítulo del libro, titulado *Libertad individual, conciencia social y límites de la prohibición*, el autor se pregunta cómo fomentar el desarrollo de un ser humano libre y al mismo tiempo comprometido con su comunidad. Responde que eso puede lograrse mediante educación y normas. Ambas cosas se combinan formando al individuo en principios, valores morales y derechos propios y ajenos, que le lleven al íntimo convencimiento de la necesidad de autodomínio. La autocontención se convierte así en un producto cultural que crece con especial vigor en las sociedades que promueven la libertad y la responsabilidad. Se evita de este modo el peligro de que el derecho, imponiendo coactivamente las conductas que se suponen correctas y beneficiosas socialmente, anule la libertad individual. Además, las estrategias basadas exclusiva o principalmente en la represión radical de las conductas calificadas como ilícitas han fracasado históricamente y han lastrado el desarrollo de las sociedades que las adoptaron.

En todo caso, aun cultivando el ideal del autocontrol y de la responsabilidad sobre las consecuencias de los propios actos, no puede prescindirse por completo del refuerzo que supone la presión social tendente a garantizar el cumplimiento de las normas. Se trata de encontrar un equilibrio entre las exigencias de la autocontención y de la heterocontención. Es función del derecho corregir las desviaciones de la conducta social, pero al mismo tiempo y paradójicamente, esta heterocontención propicia la autocontención, en la medida en que las normas jurídicas anuncian las consecuencias desagradables de la conducta ilícita, e invitan a los obligados a abstenerse de realizarla.

¿Pero puede confiarse en el autocontrol y la responsabilidad individual cuando la psicología y las neurociencias actuales parecen inclinarse cada vez más por el determinismo de la conducta humana? Por más que en muchas circunstancias la autonomía del obrar humano se vea casi anulada por fuertes condicionamientos biológicos y sociales, no podemos renunciar a la libertad. «No somos hormigas. Cabe afirmar que la autonomía (relativa) de la voluntad es una institución jurídica de derecho natural, pues solo quien se siente libre puede realizarse plenamente» (p. 53). La libertad es una conquista cultural, civilizatoria, en la que se apoya nuestra más alta concepción del ser humano. Es la base de nuestra dignidad y de nuestros derechos y hemos de luchar por ellos. La existencia misma de la moral como producto cultural es una evidencia que permite descartar el determinismo, pues si la conducta humana estuviera totalmente determinada, carecería de sentido tratar de moralizarla. Lo cierto es que, como afirma Rivero, «moral y derecho armonizan libertad y conciencia social» (p. 61).

También la racionalidad, el segundo de los valores antes mencionados, es un presupuesto de la dirección de la conducta social mediante el derecho. Se presupone que el individuo actúa como un ser racional movido por sus intere-

ses. El problema es que puede percibirlos errónea o sesgadamente, como demuestra convincentemente la psicología cognitiva. De ahí la necesidad de que la regulación jurídica tenga en cuenta ese riesgo, para evitar posibles abusos. Es lo que pretende, por ejemplo, la minuciosa regulación de los procedimientos jurídicos (jurisdiccionales, legislativos, etc.), tendente a incorporar la mayor cantidad posible de información y puntos de vista relevantes, como pasos previos a la adopción de cualquier decisión jurídica. De todo esto trata el segundo capítulo, titulado *Racionalidad limitada, prevención de errores y procedimiento*. Aquí se profundiza en los problemas que plantean las limitaciones de la racionalidad humana, y en los mecanismos jurídicos ideados para paliar sus peores efectos: el prejuicio y el error. Todas las culturas jurídicas han desarrollado mecanismos pretendidamente imparciales de resolución de conflictos de intereses. Como ya advertía L. Recaséns, esta es una de las funciones básicas del derecho, y no es extraño que lo sea, porque sin un sistema neutral, racional y seguro de resolución de las controversias que enfrentan a los individuos, no sería posible asegurar la paz social; objetivo que requiere, entre otras cosas, impedir la venganza privada, la autocomposición brutal conducente a la violencia generalizada entre los miembros del grupo.

Frente al impulso natural de los seres humanos hacia el comportamiento irracional, muy estudiado en la literatura reciente, que Rivero maneja con admirable erudición, es necesario tomar medidas tendentes a contrarrestar sesgos y errores que pueden afectar a cualquiera, incluyendo gobernantes, legisladores y jueces. En el ámbito del derecho, esas medidas se proyectan de forma paradigmática en la institución del proceso. Es este un mecanismo de pacificación social en el que se expresa la necesidad de resolver los conflictos jurídicos de forma tal que los miembros del grupo puedan aceptar como equitativa. De ahí la exigencia de publicidad del proceso, así como de imparcialidad y apertura a los diversos puntos de vista; y sobre todo de objetividad, como forma de corregir posibles sesgos y errores «basando los procesos en los hechos» (p. 72). Pero no solo en la actividad judicial es importante el procedimiento para evitar que los prejuicios personales contaminen las decisiones colectivas. Cualquier decisión de trascendencia comunitaria debe realizarse en el marco de un procedimiento adecuado que permita contemplar la decisión como justa o aceptable por cualquier persona razonable. Solo así se logrará la pacificación de las relaciones conflictivas derivadas de la inevitable colisión de los intereses particulares.

El tercer valor antes mencionado, el altruismo, la capacidad humana de colaborar con los demás, es limitado y se debilita a medida que disminuye la familiaridad y aumenta la distancia social entre unos y otros, hasta reducirse a mero intercambio de conveniencias. Es esta una tendencia, dice Rivero, que el diseño de instituciones jurídicas y redes de solidaridad no debe pasar por alto, sino que ha de mitigarse promoviendo constantemente la consideración y el respeto recíproco, la buena fe y la colaboración desinteresada.

Sobre el supuesto altruismo o disposición cooperativa del individuo versa el capítulo tercero, que lleva por título *Colaboración, reciprocidad, altruismo y contrato*. En él se intenta demostrar que una de las instituciones jurídicas más características, el contrato, «institucionaliza la tendencia natural de los seres humanos al altruismo recíproco» (p. 77). Aquí nos encontramos con otra de las funciones que pueden atribuirse al derecho: organizar la colaboración solidaria entre los miembros de cada sociedad. Es cierto que en los contratos se realiza una colaboración interesada que busca la contrapartida equivalente a la propia prestación, más que la entrega puramente altruista. Pero también

contribuye a la armonía social que cada individuo sea capaz de alcanzar acuerdos y cumplirlos, siendo consciente y respetuoso con las expectativas y necesidades de la otra parte. En eso consiste básicamente la capacidad colaboradora, clave del éxito o del fracaso, no solo de los individuos, sino también de las sociedades, como certeramente observa F. Fukuyama en su libro sobre *La confianza*, oportunamente citado por el Profesor Rivero (p. 80).

A través del contrato, institución que presupone comunicación, confianza recíproca y sociabilidad, y cuyo cumplimiento está y debe estar protegido por la fuerza sancionadora del derecho, se realiza la necesaria colaboración social. «Incrementar la colaboración propicia tendencias evolutivas favorecedoras del desarrollo de la empatía como sentimiento propenso a la reciprocidad. El altruismo sería la abstracción perfecta de una economía infinita de intercambio de favores, sin saber ni cuándo ni quién nos los devolverá» (p. 85).

Finalmente, la tolerancia frente a la disidencia ideológica o de otro tipo es un valor que propicia el progreso social, porque sin disenso la sociedad tiende al inmovilismo y al estancamiento; mientras que la posibilidad de optar por modelos alternativos a los existentes hace posible la adaptación a los constantes cambios que ha de afrontar cualquier sociedad. Este es el tema que se aborda en el cuarto y último capítulo, titulado *Control del poder, respeto de las minorías y necesaria protección de la disidencia*. Parte de la constatación, por parte del análisis de grupos, de la existencia de dos tendencias opuestas en el comportamiento social. La primera es la de rechazo instintivo al abuso del poder. La segunda, la cómoda inercia de quienes se suman acríticamente a la actitud mayoritaria, aunque vulnere los derechos de ciertas minorías, que pueden acabar sacrificadas como chivos expiatorios de los males y frustraciones colectivas.

Para evitar tales abusos es preciso educar en la tolerancia y el respeto a la diversidad; además de diseñar instituciones y normas que hagan posible, protejan y canalicen el disenso. Habrá quien piense que así se debilita el consenso ético-político básico que está en la base de cualquier sociedad sólidamente constituida, pero paradójicamente puede ocurrir todo lo contrario. Las sociedades monolíticas e intolerantes tienden al anquilosamiento, mientras que las abiertas al disenso son más flexibles y adaptables a las circunstancias cambiantes del sistema social. Los primeros derechos humanos que se reivindicaron y conquistaron trabajosamente a comienzos de la modernidad, se encaminaron a garantizar la libertad religiosa de ciertas minorías disidentes. A partir de ahí fueron arrancándose otras libertades afines, como la libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, etc., hasta completar el cuadro de derechos esenciales, no solo de libertad, sino también sociales y económicos, que constituyen la piedra de toque de la justicia y legitimidad de los sistemas jurídicos actuales. Es una prueba evidente de cómo la tolerancia y el respeto a las minorías disidentes se tradujo, con el tiempo, en una enorme mejora de las condiciones de vida y de la justicia del orden jurídico-político que a todos beneficia. Por otra parte, como observa certeramente nuestro autor, muchas veces ocurre que quienes no piensan igual que los demás son personas innovadoras que, con sus iniciativas creadoras, contribuyen al bienestar colectivo. Para S. Page, en su obra *The Difference*, citada por Rivero (p. 95), la diversidad cognitiva de los individuos enriquece la calidad de las decisiones colectivas, al incorporar nuevos puntos de vista que amplían el horizonte de posibilidades.

En ocasiones, en contraste con la habitual actitud acomodaticia de la mayoría, se impone la reacción de una parte más o menos amplia de la población frente al abuso de poder de los gobernantes, que desgraciadamente es un

fenómeno recurrente en las sociedades humanas. Con frecuencia, esta reacción natural de rebelión frente a la tiranía (que, por cierto, también es uno de los derechos humanos primigenios: el derecho de resistencia a la opresión) prendió la mecha de importantes transformaciones sociales que mejoraron de forma perdurable la vida social. Otras veces es la represión la que se impone, sumiendo a las sociedades esclavizadas «en un pozo depresivo humano, a veces por décadas. Para evitar llegar a tales extremos, necesitamos normas y educación. La educación de la democracia, de los derechos fundamentales y las libertades» (p. 90).

En síntesis, la cultura de la libertad, el procedimiento, el contrato y la garantía del disenso demuestran que las normas pueden transformar al ser humano, orientando su evolución hacia formas de organización social más eficientes y solidarias. Pero esas normas que nos humanizan ¿son las que dicta el poder político o las que reclama nuestra propia naturaleza? Para responder a esta pregunta, Rivero hace un ágil recorrido por la historia de la idea del derecho natural, reconociendo sus aciertos, así como la existencia de ciertos «universales jurídicos», como la mediación en los conflictos, la herencia, la ley como expresión de obligaciones y derechos, las sanciones por daños a otras personas o a la comunidad, la resistencia frente a los abusos del poder, etc. Se trata de instituciones jurídicas tan necesarias para el desarrollo de la vida social en cualquier época y lugar que pueden considerarse naturales. Recuerda esta tesis la idea del contenido mínimo del derecho natural, que defendió en su día H. L. A. Hart, pese a su declarada adscripción al positivismo jurídico. El Profesor Rivero termina reivindicando el concepto funcional del derecho natural propuesto por el filósofo moral J. L. Aranguren, que lo entiende como impulso hacia un bien siempre buscado, cuyo efecto sería la apertura del derecho a la totalidad de la cultura y a las aspiraciones sociales. Ese sería el iusnaturalismo necesario, el que, partiendo del conocimiento de las tendencias innatas del ser humano, alienta la búsqueda de la regulación jurídica más adecuada para orientar la vida humana social hacia la empatía, el respeto mutuo y la asistencia recíproca.

¿Cómo promover esa actitud respetuosa y colaborativa entre los seres humanos? Entre los muchos factores que han influido, especialmente a partir del neolítico, para disciplinar la conducta humana hacia la comunicación y colaboración entre individuos, propiciando desarrollos cerebrales y posibles modificaciones genéticas que incorporan esa tendencia, destacan los condicionantes culturales y, entre ellos, las normas. Los imperativos biológicos se manifiestan en cambios culturales, y las innovaciones culturales tendentes a la heterocontención (las normas, básicamente) alteran, a su vez, la evolución genética, moldeando los caracteres individuales hacia tipos humanos cada vez más autocontrolados y colaborativos. Existe una relación evidente entre el desarrollo de ciertas normas e instituciones jurídicas y la reducción de las conductas agresivas y desconsideradas hacia los demás. Para eso ha servido el derecho: para orientar nuestra evolución convirtiéndonos en una especie colaborativa.

El libro finaliza con un epílogo en el que se sintetizan ideas expuestas anteriormente y se apuntan otras igualmente sugestivas que merecerían un desarrollo más detallado. Se ofrece aquí de forma esquemática una especie de programa para el perfeccionamiento de «un derecho humanizador», que es precisamente el título de este último apartado. La humanización progresiva de nuestra especie, moldeada incluso genéticamente, mediante la disciplina constante de la heterocontención, ha sido la secular aportación del dere-

cho a la civilización humana. Para que esa labor humanizadora pueda mantenerse y perfeccionarse, el jurista debe conocer y tener en cuenta las aportaciones de la antropología, la biología, la psicología, la historia, la filosofía, la economía, etc., pues el saber a propósito del derecho no es una ciencia independiente y autosuficiente, encerrada en sí misma, sino una pieza más del inmenso y unitario mosaico del saber. Se renuncia aquí expresamente a la pureza de la ciencia jurídica, tan fervorosamente predicada por H. Kelsen, y se abraza decidida y conscientemente el «sincretismo metódico» tan prejuiciosamente denostado por él.

¿Puede realmente el derecho mejorarnos como personas y como sociedades? Ciertamente, puede hacerlo, dado que a través de cualquier orden jurídico se perfila tendencialmente una civilización empática que propicia la interrelación personal entre sus miembros; que orienta prudentemente sus decisiones; y que les protege cuando hacen valer sus razones frente a los poderosos. El derecho no se creó para facilitar el dominio y la opresión de unos sectores sociales sobre otros, como suponía K. Marx, sino para posibilitar la convivencia pacífica entre todos. El Profesor Rivero cierra su visión del derecho presentándolo como un producto cultural que permite a las sociedades prosperar, y a las personas desarrollar libremente su personalidad y colaborar entre sí, respetándose y resolviendo sus conflictos pacíficamente. «Si la cultura permite adaptaciones evolutivas para la supervivencia, el derecho es clave en tal propósito» (p. 103).

Creo que la concepción del derecho que ofrece en este libro el actual Rector de la Universidad salmantina no desmerece en su ambición y altura de miras las enseñanzas clásicas de la Escuela de Salamanca, con Francisco de Vitoria a la cabeza, que él conoce bien y estima en su justa medida. El autor de esta recensión, no por pertenecer también al gremio universitario salmantino, sino por sincera sintonía con el planteamiento aquí presentado, lo suscribe ampliamente y recomienda la lectura y discusión del libro que lo contiene. Para que no parezca que me he excedido con el incensario, terminaré con un par de observaciones críticas. La primera apunta al esquematismo, inevitable en una obra tan condensada y al mismo tiempo tan ambiciosa teóricamente, que tiene más de manifiesto programático ilusionante, más de ágil y estimulante síntesis de pensamiento, que de sesudo tratado reposadamente desarrollado. La segunda se refiere a la escasa atención prestada en el libro a los abundantes estudios específicos sobre los fines o funciones del derecho elaborados en el ámbito de la filosofía del derecho (cabe citar, p. e., a N. Bobbio que se propuso desarrollar toda una teoría funcional del derecho) y en el ámbito de la sociología del derecho (V. Ferrari y tantos otros). Confrontar las tesis propuestas en estos ámbitos con las defendidas en el libro aquí recensionado sería sin duda un ejercicio fructífero.

José Antonio RAMOS PASCUA  
Universidad de Salamanca

**RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael: *Retos jurídico-políticos de internet*, Madrid, Dykinson, 2019, 198 pp.**

El impacto de Internet en la sociedad es algo que no parece cuestionable. Las ventajas que nos ofrece esta plataforma tecnológica abren posibilidades inimaginables hace pocos años en todos los ámbitos de la vida. En el mundo académico, esta tecnología ha facilitado la tarea investigadora, pero también puede verse su impronta en la docencia o en el establecimiento de comunicaciones más eficaces que han ayudado a una mayor conexión entre instituciones académicas. Internet es además una tecnología en movimiento y cambio. La revolución que ha supuesto el tratamiento de datos y las posibilidades que ofrece ha sido solo uno de sus últimos grandes hitos, a falta de la definitiva implementación del Internet de las cosas.

Todas estas mejoras y expectativas cuentan con un lado oscuro. Las intromisiones ilegítimas en la intimidad, los problemas de seguridad que pueden aquejar a estructuras críticas de un Estado, la explotación laboral de los más débiles, el reforzamiento de actitudes sexistas, racistas y, en general, atentatorias contra los derechos humanos o hasta un control ilegítimo de la infraestructura que da sustento material a internet, solo serían algunos de los signos más preocupantes. Como se suele decir, cualquier tecnología puede usarse bien o mal, pero, cabe añadir, que las propias características de Internet hacen de la misma un instrumento de singular ayuda para desarrollar algunas facultades, aunque limite otras. Los lados luminosos y oscuros de Internet son tan incuestionables como su impacto. Sin embargo, como señala Rafael Rodríguez Prieto en su libro *Retos jurídico-políticos de Internet*, no ha habido aún un debate social sobre el Internet que queremos y el papel que personas e instituciones deben jugar en el mismo. Que, hasta la fecha, se haya hurtado esa necesaria deliberación a la sociedad es tanto un déficit democrático, como una problema que puede tener consecuencias para el futuro de su regulación.

El uso de la palabra *reto* en el libro es clave. Nos indica la entidad que el autor otorga a Internet en el mundo jurídico y político. Estima que Internet, y las dinámicas que se desarrollan a su alrededor, afectan a concepciones clásicas del derecho o, lo que es preocupante, a derechos fundamentales, muy asentados entre nosotros, que están siendo erosionados. La idea de intimidad que tenían generaciones anteriores está cambiando cuando la gente joven, y no tan joven, publica fotos personales, cuya propiedad además pierde o cuando puede verse afectado a su futuro laboral. La propia democracia corre riesgos cuando la vigilancia de la ciudadanía se torna en una posibilidad real con la instalación de software espía en dispositivos electrónicos o, simplemente, cuando son los propios individuos los que ceden sus datos y se generan perfiles de los mismos con diferentes fines. Para el autor, los contratos de adhesión, bajo el rótulo de *términos y condiciones de uso* deberían ser objeto de una cuidadosa atención, por lo que puede suponer de indefensión para el ciudadano que los acepta, a veces hasta renunciando a derechos tan elementales como poder litigar en su propio país.

El autor considera que se trata de una labor de décadas que comenzamos a vislumbrar, pero que requiere del compromiso ciudadano, pues afecta a la esencia del Estado de Derecho y la democracia. Aunque el Reglamento de la UE 2016/679, de 27 de abril de 2016, de RGPD y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, en materia de protección de datos per-

sonales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) pueden valorarse como pasos en la buena dirección, aún queda mucho en el aspecto regulatorio y, sobre todo, en la contribución de la sociedad civil a un asunto crucial para la garantía de bienes jurídicos básicos, por los que se ha luchado durante siglos. Mientras que concepciones jurídicas o políticas, en demasiadas ocasiones ancladas en un mundo pre-internet, tratan de reaccionar, grandes empresas como Google, Amazon, Facebook o Apple actúan en un régimen muy cercano al monopolio. Las acusaciones de abuso de posición dominante en el mercado en Europa y EEUU no son nuevas. No obstante, todavía no existe una conciencia clara de las amenazas de una posible vulneración de derechos civiles y políticos, al procesar y controlar una ingente cantidad de datos provenientes de la propia ciudadanía. Como señala Rodríguez Prieto, nada en Internet es gratis y si no pagamos con dinero, pagamos con nuestros datos o, tal vez, de ambas formas. Al mismo tiempo, los Gobiernos pueden verse tentados a aprovechar la tecnología de vigilancia que ofrece Internet para extralimitarse en el control de la ciudadanía. En dictaduras como la China, existe un carnet de puntos cuyo fin es clasificar a los individuos para otorgarles derechos.

La idea básica que el autor trata de transmitir al lector es que Internet es un desafío que cambia radicalmente concepciones que se han ido aprendiendo durante décadas en las Facultades de Derecho y de Ciencias Políticas. No se trata de que Internet genere una dimensión más del derecho, la tecnológica, que debe atenderse. No. El caso es que Internet incide directamente en el propio derecho. El procesamiento masivo de datos constituye un desafío a la privacidad; la posibilidad de intervenir sobre infraestructuras claves de los Estados, supone un cambio radical en pilares básicos del Derecho Internacional; las plataformas de intermediación –cuyos falsos autónomos han sido identificados por tribunales de justicia españoles e internacionales– constituyen un reto para el futuro de la legislación laboral. En el libro se dan pasos para una toma de conciencia de esta complejidad y de la profundidad del impacto de internet. Es un trabajo en que se intenta ligar el rigor académico con ciertos elementos divulgativos que puedan interesar a un público más heterogéneo y hacer la lectura más sencilla. La obra cuenta con bastantes ejemplos, con el fin de que elementos tan abstractos como «infraestructura de la red», «neutralidad» o «abuso de posición dominante» puedan ser entendidos en el contexto de la relación entre Internet y derechos fundamentales. Pensar que los algoritmos son neutrales es ridículo. Sin ir más lejos, el sesgo patriarcal o racista también estaría presente en algoritmos que aparentemente parecen «asépticos».

El libro pretende incluir una amplia diversidad de temas, algo que entendemos que es tanto una debilidad como una fortaleza. A veces, se tratan temas que requerirían una mayor profundidad, pero la propia estructura y objetivos del libro lo impiden. Al mismo tiempo, el trabajo selecciona muy bien un conjunto de temas que son especialmente conflictivos y que precisan de atención por parte del legislador y de una reflexión concienzuda en todos los niveles de la sociedad. No es un libro ni pesimista, ni optimista. Simplemente, en él se analizan las condiciones materiales en las que se desarrolla la Red, ayudándose de otras disciplinas, como la sociología, la antropología o la economía política y se extraen consecuencias.

La obra está dividida en cinco capítulos, más la introducción y conclusiones. En el capítulo primero se estudia la penetración de la Red en derechos civiles y políticos y, especialmente, la incidencia que tiene en las democra-

cias o el caso de las campañas electorales. Se analizan algunos ejemplos, como el de *Cambridge Analytica*, en relación a la libertad ideológica y la participación. Se alerta de la importancia que tienen los contratos de adhesión que se firman a diario con un clic y los problemas que pueden ocasionar a los derechos fundamentales. En el segundo capítulo se analiza la economía colaborativa como una de las formas en que internet condiciona la economía. Se estudian casos concretos en el sector del transporte y de los alojamientos, analizando los puntos esenciales de la más reciente jurisprudencia sobre la materia. Como señala el autor, los Estados sociales y democráticos de Derecho deben adaptarse a los cambios que generan las nuevas tecnologías. No obstante, esta adaptación no puede significar una vía para abandonar las conquistas del mismo, así como sus pilares constitutivos. En el tercer capítulo se estudian las transformaciones que en principios como la no la injerencia en asuntos internos de los Estados o en la idea de soberanía sobre un territorio produce internet. La ciberguerra, junto con el uso de drones o del *malware* para atacar infraestructuras sensibles por grupos criminales, son amenazas y riesgos reales a la seguridad de Estados e individuos. Llama también la atención que el autor dedique una parte del capítulo a la seguridad que afecta a aspectos que conforman las condiciones materiales en las que las personas desarrollan sus vidas. El *outsourcing*, la precarización laboral y la automatización son elementos que, según Rodríguez Prieto, deben ser tenidos en consideración cuando se analiza la seguridad humana. En el cuarto capítulo se aborda la cuestión de la infraestructura o «cuerpo físico de Internet». El autor señala que «cuando nos preguntamos por cuestiones tan populares como la participación política gracias a la Red y las posibilidades que alberga, rara vez se discute sobre la propiedad de los servidores, de los cables o demás infraestructura material que precisa la Red para su funcionamiento». Estas cuestiones las concreta en un análisis sobre la neutralidad de la Red y las consecuencias que las últimas reformas legislativas han tenido en su preservación. Se plantea el interesante concepto de imparcialidad de la Red, como propuesta que supere los límites de la idea de neutralidad. Finalmente, el último capítulo se dedica a la educación sobre Internet. Se recuerda una propuesta que un grupo de profesores realizaron en 2015 para que se implantara una asignatura sobre Internet en primaria y secundaria. El objetivo no era enseñar al alumnado programación –algo que el autor considera que también sería necesario–, sino algo mucho más sencillo: mostrar a los y las jóvenes las posibilidades y beneficios de la Red, a la vez que sus peligros. Enseñarles cuáles son sus derechos y concienciarlos de un uso humanista de la tecnología, basado en el respeto y en el intercambio de conocimiento. Ninguna administración pública creyó necesaria esta asignatura. Además, el capítulo se dedica a la dimensión de Internet dentro de la educación cívica y la necesaria reflexión colectiva que a la que debiera someterse y que aún es inexistente. Como hemos señalado, este último elemento es una de las ideas centrales del libro. En este capítulo, el autor se hace eco del suicidio de una trabajadora de la fábrica de Iveco cuando se divulgó un vídeo íntimo entre sus compañeros de trabajo. Fue la humillación colectiva de una mujer, llevada a cabo por una acción, aparentemente tan banal como el envío de un mensaje por una aplicación de mensajería instantánea. Este terrible suceso resume bien dos de los aspectos que se tienen en mente cuando se afirma la importancia de educar. El primero es evitar incurrir en responsabilidades penales. El segundo, comprender el daño que una herramienta puede oca-

sionar a una persona y la propia colaboración de la misma en la perpetuación del patriarcalismo tanto en el mundo no virtual, como el virtual, del que el primero es un reflejo. Una regulación que proteja los derechos humanos y la democracia debiera ser la consecuencia de ese proceso reflexivo sobre el sentido de la Red.

En definitiva, se trata de un libro que nos ayuda a situar y ordenar cuestiones que observamos de forma fragmentaria, pero que afectan a nuestro trabajo en cualquiera de las áreas del derecho o la política en la que transitamos. Como el autor afirma en las conclusiones, son necesarias más regulaciones que protejan bienes jurídicos básicos y nos saquen de lo que denomina como «un neofeudalismo cibernético». «La ciudadanía debiera ser consciente de que cuando los poderes democráticos, aquellos en los que ellos pueden aún decir algo y tener una cierta influencia, no regulan, otros lo van a hacer. La diferencia es que optarán por aquellas normas que más les beneficien y que los sitúen en una mejor posición, especialmente antes los que deben rendir cuentas, los accionistas, en caso de las empresas de alta tecnología».

Laura FLORES ANARTE  
Universidad de Sevilla

# III

## NOTICIAS

## 30 aniversario del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

El pasado 10 de diciembre, Día Internacional de los Derechos Humanos, el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid celebró su 30 Aniversario y su cambio de denominación de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas a Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba (IDHPB) en homenaje a quien fuera su fundador y referente en la investigación y docencia de los derechos humanos.

El Instituto quiso celebrar este hito por todo lo alto con todas las personas e instituciones que le han ayudado a llegar hasta aquí. A principios de diciembre lanzó en redes sociales una campaña con las etiquetas #30AñosIDHBC, #30AñosIDHPB en la que se recibieron más de 50 vídeos en los que estudiantes, egresados y egresadas, personal del Instituto, colaboradores de la Universidad Carlos III y de otros centros de investigación, representantes de diversas instituciones y de la sociedad civil, felicitaban al IDHPB por su aniversario, recordaban momentos allí vividos o comentaban sus impresiones sobre el cambio de denominación. Esta campaña sirvió como preparación para el acto del 10 de diciembre, un evento celebrado on line dada la actual situación de pandemia, que tuvo como objetivo conmemorar las tres décadas de actividad del Instituto.

La bienvenida corrió a cargo de la actual Directora del IDHPB, María del Carmen Barranco, y del Rector de la UC3M, Juan Romo, quien destacó la labor realizada por el Instituto en estos 30 años, y durante la tarde se conectaron en total más de 300 personas.

La primera de las Mesas, «Los derechos humanos en el mundo de hoy», comenzó haciendo alusión a la noticia del incendio de una nave industrial en Badalona en la que habían llegado a vivir, según los medios de comunicación, más de 200 personas; muchas de ellas, migrantes en situación irregular. «Esta lamentable noticia» –señaló María del Carmen Barranco– «dota de sentido a nuestro quehacer y a nuestro acto en el día de hoy». Posteriormente, dio paso a Juan Méndez (Ex Relator Especial sobre Tortura) y a Felipe González, (Relator Especial sobre Migrantes) que reflexionaron sobre lo que, según la directora, ha unido desde el primer momento a quienes trabajamos en el Instituto, lo que nos une hoy y en lo que quisiéramos seguir

trabajando: la defensa de los derechos humanos. Los profesores Méndez y González, que de un modo u otro han tenido relación con el IDHPB, son referentes para el Instituto porque, como afirmaba Barranco, «comparten su compromiso en muchos sentidos y son firmes creyentes en que los lazos entre la academia y la acción son imprescindibles en la tarea de defensa de los derechos humanos». En su intervención destacaron algunos de los retos y desafíos a los que se enfrentan los derechos humanos en la actualidad, con especial énfasis en sus respectivos ámbitos de trabajo y también en la incidencia de la pandemia, e identificaron algunos aspectos estratégicos en los que centrar la colaboración entre el mundo académico, las instituciones y la sociedad civil en los próximos años.

A continuación, Eusebio Fernández García, Rafael de Asís Roig y Francisco Javier Ansuátegui Roig, anteriores directores del Instituto, repasaron su historia: los inicios del Instituto, la puesta en marcha del Doctorado y de otros títulos de postgrado, los proyectos más importantes como la Historia de los Derechos o El Tiempo de los derechos, los premios y reconocimientos obtenidos, las publicaciones más prestigiosas, como la Revista *Derechos y Libertades*, la creación de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach etc. También recordaron a las personas que han trabajado en el Instituto en distintos momentos y pusieron en valor las alianzas tejidas durante este tiempo con otros centros de investigación y el mundo asociativo. Los tres coincidieron en sentirse satisfechos con la labor que el Instituto ha desarrollado en estas 3 décadas y en que nada de lo que se ha hecho habría sido posible sin el impulso, apoyo constante y enseñanzas de Gregorio Peces-Barba.

El Instituto, insistieron, son sobre todo las y los estudiantes y por eso Gabriela Velásquez Crespo, intervino como Presidenta en nombre de la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del IDHPB, fundada en abril de 2020 con el objetivo de ser una comunidad internacional defensora de los derechos. La Asociación es resultado, indicó la Presidenta, del esfuerzo de todas y todos. Actualmente cuenta con más de 200 asociadas y se ha convertido en una red que engloba 28 generaciones, liderada principalmente por mujeres y convencida de que la defensa de los derechos se debe dar desde la diversidad, la solidaridad y la igualdad.

La Mesa sobre «El futuro» comenzó con unas emotivas palabras de Ángel Llamas para Gregorio Peces-Barba. Para el profesor Llamas el Instituto «es un espacio que se ha ido haciendo más grande fruto de lo que un día imaginó un hombre grande» y su andadura es el resultado de la presencia de alguien que transformó la vida y los espacios de aquellos que tuvieron la suerte de caminar a su lado.

María del Carmen Barranco intervino también en esta mesa para agradecer las muestras de cariño que recibidas en esos días y recordó que el Instituto es algo más que el lugar en el que trabajan. «No seríamos los mismos sin compartir una historia institucional que es la historia de nuestras vidas» y subrayó «la importancia de hacer este merecido homenaje a quien puso los cimientos de esta casa que hoy nos acoge».

El acto finalizó con un brindis virtual en el que se deseó una larga vida al Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba. Por nuestro futuro en común.

Lara CUENCA GÓMEZ  
Universidad Carlos III de Madrid

## El Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona cumple 25 años

El Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona acaba de cumplir su primer cuarto de siglo. Su creación en 1995 fue impulsada por la profesora María Casado, quien ha sido su directora desde entonces. Ya desde el principio se propuso el desarrollo de una bioética vinculada con los derechos humanos, una apuesta que podía parecer novedosa en aquel momento, pero que ha acabado siendo un planteamiento generalmente aceptado. Esa conexión con los derechos humanos y una concepción laica, social y global de la bioética constituyen el sello distintivo del OBD.

Durante estos 25 años el OBD ha llevado a cabo una actividad intensa y múltiple tanto en el ámbito de la formación como en el de la investigación. En el primero, cabe destacar las 23 ediciones ininterrumpidas del *Máster en Bioética y Derecho*, por las que han pasado centenares de alumnos españoles y extranjeros y en el que han impartido clase decenas de profesores. En los últimos años se ha puesto en marcha también el *Máster en Alimentación, Ética y Derecho*, que va por su cuarta edición y que es pionero en el campo de la ética y el derecho alimentarios. Además, el OBD ha organizado un buen número de cursos a medida sobre temas bioéticos diversos.

En el ámbito de la investigación, el OBD alberga el grupo de investigación consolidado «Bioética, derecho y sociedad», que ha ejecutado numerosos contratos y proyectos de investigación competitivos nacionales e internacionales. El OBD formado parte de varias redes internacionales de investigación y transferencia, siendo el promotor principal de algunas de ellas, y estableciendo lazos con otras instituciones académicas o profesionales, tanto europeas como iberoamericanas, que se han consolidado y se mantienen vivos.

A caballo entre la formación y la investigación hay que situar la línea específica de doctorado en Bioética, dentro del Programa de la Facultad de Derecho de la UB. A lo largo de estos años se han defendido más de una docena de tesis doctorales, la mayor parte de las cuales han sido después publicadas en forma de libro, y que en varios casos han constituido el primer paso de carreras académicas ya consolidadas.

También en el ámbito de las publicaciones, junto a un elevado número de artículos publicados en revistas académicas, hay que destacar la colección de *Documentos del OBD*, textos que aportan argumentos y propuestas sobre temas controvertidos, a partir de la reflexión y el debate entre los miembros del Observatorio. En la colección pueden encontrarse documentos sobre la investigación con embriones, las voluntades anticipadas, el aborto, la eutanasia, la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, el trasplante de órganos, la edición genómica o la nanotecnología, entre otros muchos. En muchas ocasiones, estos documentos han tenido un impacto normativo efectivo, y sus recomendaciones han pasado a formar parte de leyes, códigos éticos o protocolos de actuación. Además, el OBD ha promovido distintas colecciones bibliográficas en coedición con distintas editoriales, entre ellas la actual *Colección de Bioética*, que disfruta de la acreditación de calidad de la ANECA.

El Observatorio edita desde 2004 la *Revista de Bioética y Derecho*, de aparición trimestral, que ha llegado este año a su número 50. La revista tiene formato electrónico y es de acceso abierto y gratuito. Sus artículos se publican

tras una doble revisión por pares, y la revista reúne un buen número de indicios de calidad. A partir de 2016 ha absorbido a la revista argentina *Perspectivas bioéticas*, del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), generando así una revista más potente en contenidos y de mayor difusión. Los anteriores números de *Perspectivas bioéticas*, así como la colección completa de la *Revista de Bioética y Derecho* se hallan disponibles, junto con muchos otros materiales bibliográficos, a través de la web del OBD, que constituye una fuente de mucho valor para cualquier interesado en cuestiones bioéticas.

Desde 2007, el OBD es la sede de la Cátedra UNESCO de Bioética, concedida a la Dra. María Casado. Con este motivo, el OBD organiza anualmente las Jornadas Internacionales sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, que van ya por su decimoquinta edición, y que son herederas de las anteriores Jornadas sobre bioética y nuevas tecnologías genéticas.

En la actualidad, el OBD está constituido por una treintena de profesores universitarios y profesionales sanitarios, que forman un equipo interdisciplinar que permite trabajar temas muy distintos desde perspectivas igualmente distintas, aunque sin dejar nunca de lado una especial conexión con la Filosofía del Derecho, área a la que pertenece una buena parte de sus miembros. Los proyectos en marcha son muchos y es de esperar que el relevo generacional permita que sigan adelante y que el OBD siga constituyendo así un entorno adecuado para el fomento y el desarrollo de la formación, la reflexión y la investigación en bioética.

Ricardo GARCÍA MANRIQUE  
Universitat de Barcelona

**IV**

**OBITUARIO**

## Manuel Calvo García En el recuerdo

Ha fallecido Manuel Calvo García (Aretxabaleta 1956-Zaragoza, 21 de junio de 2020), catedrático de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Nunca hubiera pensado realizar esta tarea necrológica, entre otras muchas razones por la diferencia de edad, pero no se debe eludir esta responsabilidad. Quien lo quisiera, que cavile si lo desea sobre el carácter insondable de los designios del Señor. Mas el crudo destino, los hechos incontestables que desentrañan su sentido tantas veces nada deseado ni presagiado, no asemejan estar escritos de antemano ni, con todos mis respetos, sometidos a ninguna predestinación.

Aún y todo, la sorpresa fue relativa. Sabíamos sus allegados que padecía una muy grave enfermedad. Estuvimos en contacto por correo electrónico hasta las últimas semanas de su vida. La penúltima comunicación se debió al fenecimiento de nuestro común amigo, y profesor mexicano-argentino, Óscar Correas. Lo sentimos ambos: «¡qué palo!» exclamó Manolo, en lenguaje coloquial y de confianza pero con harto dolor de corazón. De inmediato vino a la cabeza que los tres participamos en muchas actividades en la órbita de la sociología jurídica; en Buenos Aires, México, Bogotá, Oñati y Zaragoza, entre otros lugares. El último correo de Manolo fue su contestación, precisa y matizada, a una consulta sobre el papel del Mito de Georges Sorel en la obra del argentino Laclau con Chantal Mouffe y, ¡ay!, su proyección en el ideario de la formación política española *Unidas Podemos*. Porque Manolo nunca fue un ser apolítico y opinábamos también, con la normalidad y buen trato del que parecen carecer los representantes de nuestro sistema político, de todas esas cosas.

Fue a fines del mes de febrero cuando tuvimos nuestro último encuentro físico. Se despidió de mí, me agarró bien fuerte del brazo y me dijo: «¡cuídate!», con un tono que tenía más de mandato fraternal que de consejo. Yo iba de viaje a Colombia y la recomendación, él lo sabía muy bien por su propia experiencia, tenía pleno sentido. Ya estaba tocado por la agravada enfermedad y, sin embargo, se preocupaba por mí y por mis cuitas. Así era el rasgo fundamental de la manera de ser de Manolo, que algún compañero zaragozano ha descrito con sencillez como *generosidad*. Yo

creo que iba bastante más lejos esta actitud porque esa perspectiva teñía toda su actividad profesional y vital. Pensar en los demás es un talante clave para cimentar el *principio de igualdad* al cual se adhería muy por encima de cualesquiera otras consideraciones. El interés general en el campo jurídico, la violencia de género o la situación del pueblo migrante entre nosotros, son reflexiones igualadoras y antidiscriminatorias que Manolo impulsó desde su sólida acción en el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza.

Manolo entró en 1980 a organizar su quehacer profesional en el área de Filosofía del Derecho de Zaragoza. O sea que son nada menos que cuarenta años de trabajo conjunto del que se desprenden mejores recuerdos. Esos años ochenta conocieron también la presencia en el área de Antonio Serrano, Jesús Ignacio Martínez García, siempre con su inteligente y fino humor, y José María Martínez de Pisón. Lo pasamos bien, nos esforzamos mucho, publicamos lo suyo y nos reímos con ganas. Manolo practicaba ya su aguda ironía contenida, sin carcajadas ni estridencias, un tanto a lo Buster Keaton, quien también en sus películas se reía con los ojos, y los demás hacíamos lo que podíamos porque aquello no era un concurso de chanzas sino un buen ambiente laboral abierto y cotidiano.

Que conste que Manolo se hizo conocer en nuestra Facultad antes de 1980, cuando era un activista estudiantil y portaba consigo un macuto –varias personas lo recuerdan así– de estilo militar. El catedrático de Derecho Administrativo Antonio Fanlo, compañero de curso de Manolo, en una preciosa nota escrita estos días, lo retrata en primero de carrera durante una lucha colectiva, previa asamblea, por la mejora de los servicios de los comedores universitarios. No me parece algo secundario ni una mera anécdota, pues Manolo siempre se preocupó por el bienestar general de todas las personas, en los dichos y en los hechos.

Manolo y yo pertenecemos al mismo sector de la izquierda antifranquista. Y, ya que estamos en 1980, a partir de esa fecha más o menos, él dejó todo compromiso militante organizado. Pasó a tener una posición independiente para forjarse su propio criterio y la voluntad de una persona todavía muy joven. Nunca quise hablar con él de esta decisión, por razones que no vienen al caso, pero se pueden tener hipótesis de aproximación a sus acertados motivos. En *El otro Kelsen*, cuyo compilador es el ya mencionado y añorado Óscar Correas (Ed. Coyoacán, México, 2003), aparece un Hans Kelsen en el período de entreguerras, estudioso de Sigmund Freud y crítico de algunos partidos políticos con derivas totalitarias en su comportamiento; en su artículo de 1922/23 «Dios y Estado» (pp. 265-290) desvela conductas sociales que surgen con el mismo aspecto de las devociones religiosas de corte fanático. Con la adoración del jefe de la iglesia respectiva, sus banderas, himnos y demás liturgias de exaltación compartida. Allí se afirma que «someterse es someter» y eso es algo muy peligroso para la libertad de cada cual. Creo que en la mente de Manolo anidaban este tipo de sanas preocupaciones psicológicas y una ya establecida madurez de carácter.

Desde luego, en el plano intelectual siempre tuvo en cuenta las tesis de Freud sobre la autoridad del padre y la formación de la conciencia de la infancia, de las que habla Kelsen en el artículo antes citado, reforzadas por Manolo con su estudio nada ocasional del ideario de Jean Piaget en su representación del mundo del niño. Niñez decisiva en las biografías de todas las personas, como lo ha demostrado de manera brillante nuestro querido y común compañero Carlos Alarcón en su análisis sobre Hitler.

En su vertiente humana, entre ese tránsito de los años ochenta desde el *nosotros* hasta el *yo*, proceso adobado con un madrugador estudio de las propuestas de Ludwig Wittgenstein, no es aventurado pensar que Manolo no abandonó en toda su vida restante la conciencia de ese *nosotros*. En esos medios sociales, sindicales y estudiantiles de aquellos años setenta, la solidaridad era un valor cotidiano siempre en alza, la praxis concreta de aquella manera de ser. Y las conductas insolidarias, valga la ironía, instituyeron un pecado mortal merecedor de la excomunión fulminante. Es realista sostener que Manolo Calvo jamás prescindió de esa finalidad solidaria y hasta conservó los lazos afectivos con algunas personas de esos tiempos, como el cirujano José Antonio Fatás, dirigente de la sanidad pública y sus asociaciones, quien, no por casualidad, es uno de los mejores y más próximos amigos del que esto escribe.

El despliegue de su misión como docente fue impresionante. Un bromista de cara seria en sus clases, quien se constituyó sin duda en «maestro de varias generaciones de estudiantes» de la Facultad de Derecho de Zaragoza. Tal como lo describe, en un logrado artículo titulado «Algo así como una escuela» (*Heraldo de Aragón*, 3 de julio de 2020), el profesor Andrés García Inda.

La producción científica de Manuel Calvo es bastante amplia y por eso se va a intentar aquí una agrupación sistemática que, con seguridad, quedará algo incompleta. Por un lado están sus trabajos que consideran al derecho desde un punto de vista *interno*; escritos, llamémosles así, normativistas, atentos a la interpretación jurídica, a la argumentación y sus teorías. Por otro, se sitúan sus reflexiones desde el punto de vista *externo* al derecho, con resultados adscritos a la Sociología del Derecho, a la cual Manolo dedicó cada vez más tiempo y denuedo teórico y práctico.

Entre las dos perspectivas metodológicas, interna y externa, se ubican aquellas investigaciones, como él quería denominarlas bajo la influencia de Michel Foucault, *genealógicas*. Como su ensayo *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre*, que él mismo subtítulo *genealogía de la hermenéutica moderna de control social*. Una publicación de Prensas Universitarias de Zaragoza de 1989, de primoroso formato en la colección «Morellianas», que todavía hoy da gusto ver y releer sobre el hallazgo del autocontrol de las pasiones, la introspección, como refuerzo del ejercicio del poder (siglos XVI y XVII).

Los años ochenta fueron decisivos para la hoja de vida profesional de Manuel Calvo. A fines de los mismos, leyó su tesis doctoral «Justificación y objetividad en la interpretación de la ley», dirigida por Juan José Gil Cremades y examinada, con la máxima calificación, por Juan Ramón Capella, Jesús Delgado Echeverría, José Delgado Pinto, Andrés Ollero y un servidor. Esa tesis, revisada, aligerada en unos aspectos con inclusión de otros nuevos, engendró su libro *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, editada por Tecnos (Madrid, 1994). Una obra, a decir del autor en su Presentación, rigurosa y nada fácil. Por sus páginas desfilan con detenimiento desde Jean Domat a Kelsen, pero brotan también Savigny, los hermeneutas Betti y Gadamer, Ronald Dworkin o, el inevitable en nuestra asignatura, Robert Alexy. Una producción la del profesor Calvo, lo he visto en Iberoamérica, a la que acceden también juristas que no son iusfilósofos pero se enfrentan a tareas de cierta complejidad en la interpretación del derecho.

En este apartado normativista, fabricado en parte con materiales procedentes de la tesis doctoral y siempre con una intención de auxilio a la docen-

cia, lo que incluye casos prácticos de la asignatura, publicó en 1992, así mismo en Tecnos, su libro *Teoría del Derecho*. Con una muy interesante Presentación (pp. 13-16) que explica bastante a fondo la evolución metodológica del profesor Manuel Calvo. Quien es consciente aquí de los límites del positivismo jurídico, para pasar a denominar al suyo, de modo significativo, *positivismo atemperado*. El autor no propugna la neutralidad de la teoría, sabe que una excesiva armonía conceptual puede ser riesgosa para la misma axiología jurídica, que algunos fenómenos jurídicos relevantes restan ocultos ante tanta abstracción y, lo más importante, el profesor Calvo abre aquí la puerta a –así le llama– «la revalorización del papel de la crítica al derecho»; propuesta que es perceptible hasta en las referencias bibliográficas de obras básicas del propio libro, así como en la orientación metódica de los casos prácticos que se incluyen en el texto.

La realización de ese sentido crítico al derecho y su conexión con la realidad social le vino más bien a Manuel Calvo desde el punto de vista *externo* al derecho, desde la Sociología Jurídica. Para empezar, conocía muy a fondo la reflexión sociológica clásica, el funcionalismo, Parsons, Max Weber, Durkheim, Bourdieu y otros formaban parte hacía tiempo de su bagaje intelectual. Amén de haber sido discípulo directo del gran Renato Treves. E incluso al ejercer como Director del célebre Instituto de Sociología Jurídica de Oñati, donde apuntaló sus relaciones profesionales con no pocas personas iberoamericanas dedicadas a esas investigaciones. Y esa materia sociológica aplicada al campo jurídico, se puede deducir que fue la que más le acercó a Iberoamérica y por la que es allí más conocido. No solo por su trabajo desplegado en Brasil, y las tesis doctorales dirigidas por él de varias profesoras brasileñas, sino también por su actividad recibida en México y Colombia.

El 25 de junio de este año, el profesor Sergio Matias, quien así mismo explica entre otras materias sociología jurídica en la Universidad Libre de Bogotá, me comunicó: «Recibo con profundo dolor la mala noticia del fallecimiento de Manuel Calvo García, humanista, docente, investigador y hombre de altas cualidades personales y profesionales, de quien tuve la suerte de recibir sus clases en la Universidad Externado de Colombia». Donde, dice, en las sesiones de doctorado empleaban el libro de Manolo *Transformaciones del Estado y del Derecho*, número 1 de la colección de Sociología Jurídica y Política de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 2005).

Pero ahora se deben finalizar estas para mí dolorosas líneas y, más allá de las consideraciones de carácter científico o académico, se ha de señalar que, en el ámbito de su familia y de sus afectos íntimos, Manolo era muy pudoroso; había cavado una especie de cortafuegos ético por donde nadie debía pasar. Tampoco aguantaba, con toda razón, que se entrase en la vida privada del prójimo, de las demás personas. Digamos que, permítase la imagen, era un anglosajón que residía entre los chismes de la sociedad española, a los que no son del todo ajenas las instituciones universitarias. Y creo que, aunque en España no se respeta mucho la voluntad de los muertos, en estos renglones es obligado tener ese miramiento cierto con nuestro fallecido.

En la dimensión personal de quien esto escribe, no puedo ni quiero olvidar a Manolo Calvo. El fenomenal escritor Góngora contemplaba la muerte como una sucesión de idas sin venidas: «yo soy el que se va» decía nuestro poeta. Lo que acompañaba con otra proposición magnífica, casi oriental, ya que: «el tiempo es el que se queda». Que podría relacionarse con aquel aser-

to del fundador de las introspecciones exteriorizadas que fue Agustín de Hipona (Manolo le llamaba siempre así a este autor): «no hubo un tiempo en el que no había tiempo».

Porque, creyentes o no en la otra vida, no es verdad ese lugar común que asegura que el tiempo todo lo borra. Y a éste hay que bajarlo del cielo de Agustín de Hipona a la empírica tierra, donde no es sino una más de las condiciones dadas que tenemos que franquear en esta vida, con paso seguro o vacilante, los seres humanos. Se ha de aspirar a no desentenderse jamás en nuestros medios del ejemplo de modestia inigualable que puso en práctica todos los días ese excelente universitario que fue Manuel Calvo García.

Chía de Cundinamarca (Colombia), 10 de julio del año 2020.

José Ignacio LACASTA-ZABALZA  
Universidad de Zaragoza

## En recuerdo del profesor José Calvo González (1956-2020). Por sus discípulos y amigos

El 23 de junio de este extraño año 2020 nos dejó nuestro maestro y amigo José Calvo González, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Málaga (Sevilla, 1956-Málaga, 2020). Es tarea ardua y emocionalmente compleja resumir en pocas páginas su trayectoria y sus aportaciones académicas, y desde luego su legado en lo personal. La dificultad reposa en la amplísima diversificación de su obra, infatigable en la apertura de temas e intereses. Durante su carrera, abordó cuestiones de Historia del Pensamiento Jurídico y Político español, Pedagogía Jurídica, Literatura Jurídica, Etnología Jurídica, Teoría General del Derecho, Interpretación y Razonamiento Jurídico, Sociología Jurídica y Política, Semiótica Jurídica, Derecho Electoral o Derecho Financiero y sin duda de Teoría Narrativista del Derecho, que es el ámbito al cual se dedicó con mayor intensidad, generando textos ya clásicos dentro del movimiento Derecho y Literatura, y acuñando en él como corrientes independientes los conceptos de Teoría Literaria del Derecho y Cultura Literaria del Derecho. No exageramos afirmando que se nos ha ido, además de un maestro, de un amigo, un absoluto y genuino intelectual, culto y afanado, de los pocos que quedaban en nuestra área.

El profesor Calvo se formó en la Universidad de Sevilla y en 1980 se incorporó a la Universidad de Málaga (de entonces muy reciente creación), siendo protagonista de los primeros impulsos de la facultad de Derecho de esta universidad. El profesor Calvo, Pepe como le gustaba que lo llamaran, hizo su investigación para la obtención del Grado de Licenciatura con el título En torno a la vida, labor pedagógica y obras del Prof. M. Giménez Fernández (2 vols., 463 pp.), investigación que profundizó en su tesis *Pensamiento filosófico-jurídico y político de Manuel Giménez Fernández, 1896-1968* (5 vols., 2000 pp.). Este trabajo vio la luz parcialmente en un volumen firmado junto a Javier Tusell –*Giménez Fernández precursor de la democracia española*, que obtuvo el Premio Archivo Hispalense.

De estos primeros años es de especial mención la formación investigadora recibida en el *Istituto Cicu, Facoltà di Giurisprudenza*, de la *Università degli Studi di Bologna*, bajo la dirección del catedrático de *Filosofia del Diritto* de Bolonia, Dr. Enrico Pattaro, gracias a la beca del Ministerio de Educación y Ciencia (Dirección General de Investigación científica y Técnica), y en la que trabajó sobre las corrientes modernas y contemporáneas del institucionalismo jurídico, y en particular sobre la doctrina del institucionalismo jurídico trascendental de Guido Fassò.

Comenzaba una carrera de producción incesante, reflejo de ideas e intereses innovadores en el amplio terreno del fenómeno jurídico, que lo alejaban de la tradición frecuentada en la Facultad de Málaga. La interpretación jurídica y la argumentación fueron desde el inicio uno de sus principales intereses. A estos temas dedicó sus primeras monografías: *La institución jurídica. Interpretación y análisis del lenguaje filosófico* (1986), su primera monografía publicada; *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa: Un modelo de juego intertextual para el Derecho* (1992), y *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa* (1993; 2.<sup>a</sup> ed. 1998).

En *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa* atendía en el ámbito de la interpretación operativa los problemas de coherencia, consistencia y armonía normativa, a través de las posibilidades descriptivas que proporcionaban los juegos de ingenio. En la exposición del debate sobre preferibilidad y razonamiento que esas páginas acoge, anticipaba –la razonabilidad como relato– la atención que entendía que exigía la construcción del relato de hechos. Había que tomar los hechos en serio, por usar la expresión de Dworkin.

Un año después veía la luz el esencial *El discurso de los hechos*, casi un opúsculo por tamaño pero de vital importancia en el ámbito de los estudios Derecho y Literatura para entender todo su desarrollo investigador y su producción posterior, no solo del profesor Calvo, sino de todos los investigadores en ese campo. Ese viraje a los hechos tomados y analizados en su condición discursiva, desde una perspectiva narrativista, ocupará junto a cuestiones más clásicas vinculadas a Derecho y Literatura y la apertura de nuevas propuestas el resto de su investigación. Se sucederán así *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho* (1996) y *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces* (1996; 2.ª ed. revisada 2002), y llegarán un centón de artículos en libros colectivos y revistas que van conformando un corpus de la materia, corpus que él mismo acabó por sintetizar en un libro que puede ser leído como suerte de manual, *Proceso y Narración. Teoría y práctica del narrativismo jurídico* (2019). Otra gran parte de esos artículos terminarán aglutinados en sendos volúmenes que atienden al concepto por él acuñado, *El escudo de Perseo. La Cultura Literaria del Derecho* (2012) y *La destreza de Judith. Estudios de Cultura Literaria del Derecho* (2019). Asimismo había antes reunido otros trabajos de varia mirada en *Occasio iuris. Estuche de miniaturas y extravagantes* (2012).

El cubismo aplicado al paradigma jurídico, las intersecciones entre Kelsen y Picasso mientras se camina entre las arquitecturas de Oscar Niemeyer, darán lugar a uno de sus más brillantes hallazgos, la idea y teoría del Derecho Curvo-*Direito Curvo* (2013), publicado originalmente en portugués-, una imagen provocadora, quizás deliberadamente provocadora, para los operadores jurídicos. Pues Pepe Calvo no era sino esencialmente un erudito descomunal, apasionado, vehemente, incapaz de generar indiferencia; era un provocador incansable de nuevas perspectivas y abordajes, producto de la comprensión de que la vida, y por tanto el Derecho, se aloja en las intersecciones, y que fuera de ellas todo se petrifica. La línea recta, fría, dogmática, esa línea –escrita– que pretendía por ejemplo separar iusnaturalismo y positivismo– concluye siempre en catástrofe, por íntima que ésta sea. El jurista ha de figurarse modelos, diseñar nuevos paradigmas; el de Calvo, recuperando el carácter volumétrico de la geometría kelseniana, era el de un Derecho curvo.

A cuestiones de construcción constitucional dedicó también sendos libros, con abordajes distintos, *Justicia constitucional y Literatura* (2016) y *Iura et poemata. Versos y constitucionalismo de tradición liberal* (2019). En producción editorial está ahora mismo el primer volumen de un proyecto colectivo que deberá abarcar dos más, *Constitucionalismo y Literatura Hispanoamericana I*.

Y como decíamos, desde el amplio y sugerente espacio relacional entre el Derecho y las Humanidades en sentido amplio, y con vocaciones múltiples, dedicó publicaciones a diversas pasiones personales y bibliófilas –su biblio-

filia era casi patológica, como acaso deben ser algunos amores–, como las marginalias en su lectura jurídica –*Marginalias jurídicas en el Smithfield Decretal* (2016)–, la imprenta y el mundo del libro –*Letra y duelo. Imprentas de viudas en Málaga (siglos xvii-xix)* (2006)–, el cante flamenco y sus relaciones con el krausismo y el etnofolclorismo –*El Cante por Derecho. Las «Carceleras» y el krausfolclorismo andaluz. Un estudio de Etnología Jurídica y Filosofía Penal* (2003)–, o la filatelia de contenido jurídico –*Criminología visual. Selos postais como artefatos imagéticos de aculturação ideológico-jurídica* (2019)–.

Dos de los autores a los que mayor número de horas de apasionada lectura y análisis dedicó, hallaron también espacio impreso en sus afanes. Sobre Lev Tolstói comisarió una singular exposición y publicó un libro centrado en su recepción jurídica –*El Alma y la Ley. Tolstói entre juristas. España 1890-1928* (2010)–. De Jorge Luis Borges, tras cuyas huellas fatigó incansables anaqueles y que habita un abundante espacio de citación en sus trabajos, se ocupó al asumir la edición de un libro colectivo, quizás el primero dedicado al argentino con tal filiación jurídica, *Borges en el espejo de los juristas. Derecho y literatura borgeana* (2016).

Pepe Calvo era no solo un investigador acérrimo, sino igualmente un docente consciente de que tal dedicación formaba parte indispensable e irrenunciable de su condición y su trabajo. Ese magisterio es responsable de la dedicación de quienes firman estas líneas. La huella entre sus alumnos de la Universidad de Málaga, al igual que entre aquellos a los que impartió docencia en seminarios y cursos, así como entre quienes asistían a sus conferencias, es profunda; sus modos y maneras generaban el interés sin rebajar un ápice el contenido. Aun cuando era habitual que desarrollase prácticas relacionadas con las intersecciones del Derecho y las Humanidades, desde 1996 y hasta la actualidad sistematizó un sistema práctico docente mediante Seminarios de Derecho y Literatura, en los cuales los alumnos han dedicado atención a decenas y decenas de títulos literarios de la más variada índole en los cuales era posible hallar Derecho en la Literatura y atención literaria a las cuestiones jurídicas; en tales Seminarios no solo se han formado muchos centenares de juristas como tales, sino aún más importante, tal y como él subrayaba una y otra vez no sin cierto pesimismo acerca del papel contemporáneo de la Universidad, se han creado lectores. Como en su día el juez norteamericano Felix Frankfurter recordaba a un aspirante a jurista, Calvo compartía que el tesoro mayor, que quien desee dedicarse al Derecho puede acumular, tiene que ver con la formación de un *deposit of much good reading*, conformado en la atención a la belleza de todas las artes. Ello proporciona la vida al Derecho, en tanto conexiona la escritura del mundo con la escritura del Derecho. Las ficciones, también las del Derecho, nos construyen a la vez que nos defienden.

Para ordenar las actividades que se realizaban en la UMA así como en otras instituciones de formación, tanto universitarias como judiciales (José Calvo atendió también desde 2005 la formación de jueces en Nicaragua, Perú y Brasil), se creó en 2015 en el seno del área de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de Málaga la Cátedra Abierta de Derecho y Literatura, dirigida por él, y cuyos miembros han llevado a cabo decenas de actividades anuales. Dentro de su operativa la Cátedra Abierta es responsable de la organización del *Simposio Internacional La Cultura Literaria del Derecho*, que con carácter bianual celebrará en 2021 su tercera edición, y cuyos contenidos han dado lugar a dos volúmenes colectivos: *La Cultura*

*Literaria del Derecho. Alianzas transatlánticas* (2019) y *La Cultura Literaria del Derecho. Escritura, Derecho, Memoria* (2020).

En la lectura de los relatos e imaginarios sociales Calvo entendió, desde el comienzo de su difusión como nuevos modelos comunicativos, la importancia de las redes. Su actividad en Facebook era incesante. Y con la creación del blog IURISDICTO LEX MALACITANA. Derecho y Literatura. Teoría narrativista del Derecho. Derecho y Humanidades. Pensamiento jurídico (<https://iurisdictio-lexmalacitana.blogspot.com.es/>), que acumula más de 3.000 entradas acerca de sus temas de estudio e interés dio a luz a una de las herramientas de información sobre tales cuestiones más visitada, de incuestionable referencia y obligada consulta.

Entre las orientaciones europeas y americanas del movimiento Derecho y Literatura José Calvo González actuó de puente e indispensable impulsor y animador. Desde 2005 las visitas académicas anuales a Brasil, Argentina, Perú o Colombia formaban parte de sus rutinas. Su pensamiento y su obra recorre las bibliografías de investigadores americanos desde New York a la Patagonia. Cumple el papel de bisagra intelectual que el espacio físico de la Península Ibérica desempeña en las relaciones América-Europa, pues a la vez no cesaban su atención y sus relaciones con investigadores italianos, belgas, alemanes o franceses, con conocimiento y traslación de los desarrollos que en cada uno de esos países se venían produciendo en todos los ámbitos de la Filosofía Jurídica, pero muy especialmente enfocados en la Cultura Literaria del Derecho. Examinar qué y cómo leen los juristas, o recordar la esencial importancia de la formación humanística en el estudio del Derecho son recomendaciones no nuevas, pero acerca de las cuales, como corresponde a un hombre de genio, el profesor Calvo crea a sus precursores, lo que permite imbricar en un continuo en ese particular al citado Tolstói, o Kafka, o Pessoa, con investigadores de un lado del Atlántico como M. P. Mittica, R. De Giorgi, A. Vespaziani, P. Ferreira da Cunha, J. Aguiar e Silva, y del otro a R. González Echevarría, A. Godoy, A. Karam Trindade, L. Luiz Streck, C. Ramos Nuñez, M. Agudelo Ramírez, E. Chávez Huanca, C. M. Cárcova, o J. Douglas Price.

Cuando se ocupaba de la formación de jueces y desde luego de las reflexiones en el campo de la interpretación operativa lo hacía con estricto y directo conocimiento de la labor jurisdiccional. Trascendiendo la ocupación teórica, desempeñó como magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con entusiasmo por las sesiones y la redacción de sentencias, desde el año 1996 hasta el 2016.

Desde 2011 era Académico Correspondiente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Nicaragua. En 2016 fue nombrado Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Ricardo Palma, de Lima, ciudad ésta en la cual era también miembro honorario de su Colegio de Abogados. En cuanto a su pertenencia a sociedades científicas, debemos destacar su condición de corresponsal en España de la *Società Italiana di Diritto e Letteratura (Centro Interdipartimentale di Ricerca dell'Università di Bologna)*, y sobre todo su condición de miembro correspondiente de la *Rede Brasileira de Direito e Literatura* ([www.rdl.org.br](http://www.rdl.org.br)). Su constante presencia académica en Brasil y la difusión allí de su obra han sido elementos decisivos en la consolidación del movimiento Derecho y Literatura en Brasil, y en tejer desde él las relaciones de quienes se dedican a tales investigaciones en todo el resto del espacio académico latinoamericano. Fue además vocal de la Junta Directiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y miembro del Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho.

En 2016 se concedió a José Calvo González la Cruz Distinguida de 1.ª Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

Y por último y en este recorrido por una tan amplia dedicación, en una faceta quizás menos conocida pero no de inferior calidad y a la que él tenía indudable estima, Pepe Calvo escribió cuatro libros de creación literaria: *Una mano de tinta* (2002), *Objetos de escritorio* (2006), *Trazos & Trizas* (2007), y *Micras* (2015).

La frase de Gide, «Escribir es para mí un acto complementario al placer de fumar», y desafortunadamente para su salud y su vida, podría haber sido firmada por Pepe. Si su trabajo era su vida, en ella la inserción del cigarro estaba en los gestos más cotidianos; y sin duda el más cotidiano de entre ellos era su trabajo, en sentido amplio; la lectura, la escritura, compartir el caminar o un café debatiendo acerca de una cita, en *pos* de una deriva, de una posibilidad de nuevo acercamiento a cualquier asunto, pues ninguno le era ajeno, todo ello solía tener de compañero al cigarro. El modo de trabajo de Pepe era colaborativo, era generoso, era atento a cualquier sugerencia mientras él enriquecía con las suyas cada idea de trabajo ajeno que se le sometía.

Quienes lo recuerdan en los congresos, coloquios y obras colectivas que en los últimos meses están homenajeando a su figura y estudios, destacan su filantropía, la lucha estajanovista por el Derecho y, lo más difícil de alcanzar, la capacidad de apasionar y sensibilizar al auditorio en torno al advenir de nuestras estructuras jurídicas. Profesional comprometido, provocador, incansable, nos deja como herencia el ejemplo a seguir en la construcción de sentido jurídico y una monumental biblioteca que sirve de antesala a la Ley.

Felipe NAVARRO MARTÍNEZ,  
Cristina MONEREO ATIENZA  
y María PINA FERSINI  
Universidad de Málaga

## En busca de la verdad. En recuerdo de Michele Taruffo

...il filo da disbrogliare che finalmente  
ci metta nel mezzo di una verità.

Eugenio Montale, *Ossi di seppia*, Torino:  
Piero Gobetti Editore, 1925.

### (I)

El día 10 de diciembre de 2020, en estos tiempos recios, nos dejó para siempre Michele Taruffo (Vigevano 1943-Milán 2020). Taruffo, como es sabido, ha sido uno de los mejores procesalistas y comparatistas de su generación, un gran jurista en mayúsculas. Un jurista de una inmensa *finezza*, de una gran cultura también. Comenzaré contando una anécdota de hace más de veinte años. Un día, en algún evento académico que mi memoria no alcanza a ubicar en una ciudad concreta, coincidí en un taxi con Michele y con Ernesto Garzón Valdés, se pusieron a hablar de sus últimos viajes por el mundo y de los museos que habían visitado, hasta que la conversación los llevó a la admiración, que compartían, por la obra de Johannes Vermeer, el gran pintor de Delft. Normalmente se atribuyen a Vermeer treinta y siete pinturas conocidas en el mundo (hay dudas sobre algunas de ellas), pues bien, Michele y Ernesto decían que habían visto uno veintiocho y el otro veintinueve de ellas. A mi, que era entonces un joven profesor, me produjo una gran admiración que su amor estético por el pintor holandés les llevase incluso a llevar la cuenta de los cuadros que habían visto. Ahora que, lamentablemente, ya no soy joven, no soy capaz de llevar la cuenta de los Vermeers que he visto, que son seguro en torno de una veintena, porque también comparto la admiración de estos dos maestros por la pintura del artista genial de Delft.

La contribución más imperecedera de Taruffo, según creo, consiste en una concepción articulada, tejida del inmenso conocimiento que tenía de las diversas tradiciones jurídicas y también de la filosofía –en especial de la epistemología y de la filosofía de la ciencia–, del razonamiento jurídico, en especial del razonamiento de los jueces.

Por dicha razón, dividiré esta breve nota de recuerdo en tres secciones: en la segunda, me referiré especialmente a su concepción de la prueba de los hechos en el proceso judicial, en la tercera esbozaré muy brevemente sus aportaciones al derecho comparado y en la sección final recorreré sucintamente su trayectoria académica, con especial énfasis en su influencia en España en estos últimos veinte años.

### (II)

Tal vez las dos obras más importantes de Taruffo sean *La motivazione della sentenza civile*<sup>1</sup> y *La prova dei fatti giuridici*<sup>2</sup>. En la primera se halla

<sup>1</sup> Padova, Cedam, 1975 (hay una versión española *La motivación de la sentencia civil*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2011).

<sup>2</sup> Milano, Giuffrè, 1991 (hay una versión castellana, *La prueba de los hechos*, trad. de Jordi Ferrer Bletrán, Madrid, Trotta, 2002).

una iluminante concepción del razonamiento judicial, antes de que la teoría de la argumentación pasara a ocupar un lugar crucial en la teoría del derecho<sup>3</sup>. Tal vez, sin embargo, sea la segunda la que más impacto ha tenido. En ella, Taruffo defiende una concepción racionalista de la prueba de los hechos, conforme a la cual los mecanismos procesales establecidos para determinar los hechos probados en un proceso, deben ser comprendidos como destinados a alcanzar la verdad de las proposiciones que los describen. Como es obvio, la verdad que es alcanzable en el *contexto* de un proceso judicial, sujeto a límites temporales y a límites jurídicos (principalmente aquellos establecidos por los derechos fundamentales de los procesados), pero el objetivo buscado ha de ser la determinación de la verdad. Con ello, se opone con contundencia a determinadas corrientes que insistían e insisten en que la descripción de los hechos en el proceso es solamente la confección de un *relato* o algo semejante.

Para llevar a cabo esta tarea, Taruffo recurre –por primera vez con tanta amplitud, me parece– a la mejor epistemología y filosofía de la ciencia que se había generado en el ámbito de la filosofía analítica desde comienzos del siglo xx. Después, ha habido filósofos procedentes de esta tradición que se han ocupado de las pruebas de los hechos en el proceso judicial con este *background*, entre los que destacan Susan Haack<sup>4</sup> y Larry Laudan<sup>5</sup>.

Ahora mismo, la mejor doctrina de la prueba de los hechos en el proceso judicial es un ámbito fecundo en el que convergen los procesalistas, los filósofos del derecho, los filósofos de la ciencia y los epistemólogos<sup>6</sup>. Taruffo fue un pionero de este ámbito.

### (III)

Dada la enorme cultura jurídica de Taruffo, y su profundo conocimiento de los maestros italianos del derecho procesal, que eran gigantes, sobre cuyos hombros vemos mejor y más lejos que ellos (pensemos en Francesco Carnelutti o Piero Calamandrei, por ejemplo), también se hallaba en las

---

<sup>3</sup> La obra es anterior a los dos libros que configuran el comienzo del *giro argumentativo* en la teoría jurídica, las dos del mismo año: Robert ALEXY, *Theorie der Juristische Argumentation*, Frankfurt: Suhrkamp, 1978, y Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978. Para todo ello puede verse, con un análisis de los precedentes de dichas teorías, en Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>4</sup> Véanse los trabajos recogidos en *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 o en *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*, trad. de Carmen Vázquez, Madrid, Marcial Pons, 2020.

<sup>5</sup> Los ensayos recogidos en *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 (versión castellana *Verdad, Error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013).

<sup>6</sup> Una idea más clara de todo ello puede obtenerse, por ejemplo, de la reciente publicación de las ponencias presentadas al *I Congreso mundial sobre razonamiento probatorio*, celebrado en Girona en 2018: Carmen Vázquez, Jordi Ferrer Beltrán (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

mejores condiciones de contribuir de manera relevante al derecho comparado. Por ejemplo, es coautor de una obra de referencia en inglés sobre el proceso civil en Estados Unidos<sup>7</sup>.

Sin embargo, aquí, como síntoma de lo que digo, solo me referiré a unos de sus trabajos recientes, «Un vértice judicial abstracto»<sup>8</sup>, en donde de un modo breve y perspicuo aborda algunos de los problemas más relevantes de la jurisprudencia del presente. ¿Cómo ha de entenderse la palabra final de la que disponen los Altos Tribunales de las diversas jurisdicciones (Tribunales de casación, Tribunales Supremos, Tribunales Constitucionales)?, ¿cómo ha de comprenderse el impacto que sobre las jurisdicciones nacionales tienen las decisiones de órganos jurisdiccionales internacionales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional, por ejemplo?, ¿la doctrina del *precedente* se comporta conceptualmente del mismo modo en el ámbito del *Civil Law* y en el ámbito del *Common Law*?; y, finalmente, termina con unas muy relevantes reflexiones acerca del problema medular de la jurisdicción, de la resolución de casos individuales mediante el uso de reglas generales y previas a los casos. Defiende, de un modo en el que no puedo detenerme aquí –pero que comparto– que hay una vía para hacer compatible el universalismo, la generalidad, que las reglas presuponen con el hecho de que los casos individuales son siempre particulares, una especie de generalismo particularista, aunque ello tenga sabor de *oxímoron*, y que también ha sido postulado en el ámbito de la filosofía moral<sup>9</sup>.

#### (IV)

Me referiré, para terminar, y de manera sucinta a la trayectoria académica de Michele Taruffo. En Italia, su trayectoria está íntimamente unida a la Universidad de Pavía, en la que cursó sus estudios de *Giurisprudenza* y en la que fue profesor de las diversas categorías, catedrático (*professore ordinario*) desde 1976 hasta su jubilación. Allí se iniciaron sus primeros contactos, que ya no abandonaría, con la filosofía del derecho analítica italiana, con Uberto Scarpelli que pasó fugazmente por Pavía y con Amedeo Conte, pero también con Giovanni Tarello de Génova y, claro, con Norberto Bobbio. Además, desde Pavía, ensanchó su mundo: en los años noventa del siglo pasado fue profesor visitante por varios cursos académicos en la Universidad de Cornell en los Estados Unidos, recuerdo que una vez me contó que le habían ofrecido

<sup>7</sup> Geoffrey C. HAZARD, Michele TARUFFO, *American Civil procedure. An Introduction*, New Haven, Co, Yale University Press, 1993 (con versiones en italiano *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993, y en español, *La justicia civil en los Estados Unidos*, trad. de Fernando Gascón, Madrid, Aranzadi, 2006).

<sup>8</sup> En trad. de Isabel Giménez Sánchez, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22 (2018), 71-86.

<sup>9</sup> V., por ejemplo, Sean Mckeever, Michael Ridge, *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford, Oxford University Press, 2006. He defendido esta posición aplicada al razonamiento judicial en J. J. MORESO, «Moral Complications and Constitutional Structures», en Martin Borowski, Stanley L. Paulson und Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, 359-374.

allí un puesto de profesor, pero que no se sintió con los ánimos de continuar su vida en Ithaca, al norte de Nueva York, en un pasaje nevado buena parte del año. Durante esos años comenzó también su enorme influencia en Latinoamérica, tenía una casa de veraneo en Brasil, incluso.

Su impacto e influencia fueron creciendo, enseñó también, por ejemplo, en Beijing, en la prestigiosa *China University of Political Science and Law*. Sin embargo, estas últimas líneas estarán dedicadas a su relación con España. Aunque la obra de Taruffo era conocida por nuestra doctrina procesal, la relación académica más intensa tuvo lugar con los filósofos del derecho. Los filósofos del derecho de lengua española no habían prestado demasiada atención a los problemas epistemológicos que plantea la prueba de los hechos en el proceso judicial, es decir cuáles son los criterios que hacen *confiables* los mecanismos disponibles en el proceso para acceder a la verdad de los hechos. Este panorama comenzó a cambiar durante los años noventa del siglo pasado. Familiarizados con la filosofía analítica, algunos autores comenzaron a prestar atención a esta relevante cuestión. Podemos nombrar aquí a Marina Gascón<sup>10</sup>, Juan Igartúa<sup>11</sup> y Daniel Mendonca<sup>12</sup>, por ejemplo, a los que hay que añadir al Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, que tiene el alma de académico<sup>13</sup>.

Entonces Taruffo comenzó a visitar España con asiduidad, invitado a múltiples seminarios y conferencias, mayoritariamente organizadas por filósofos del derecho en Alicante, Barcelona, Madrid, y otros lugares. Y, precisamente el año 2000, Jordi Ferrer, entonces un joven doctor, se trasladó a la Universidad de Girona, que yo acababa de dejar para ocupar mi nueva cátedra en la Universidad Pompeu Fabra, y ahí se produjo uno de esos azares de la vida que son afortunados. Fue Daniel Mendonca, lo recuerdo bien, el que le recomendó a Jordi Ferrer, que había escrito su tesis doctoral sobre las normas de competencia, que se dedicara a la cuestión de la prueba de los hechos en el proceso judicial, de la mano de la epistemología contemporánea, y que estudiara la obra de Taruffo. Jordi Ferrer siguió el consejo, y pocos años después ya había traducido al español el libro de Taruffo sobre la prueba (véase la nota 3). Comenzó a trabajar sobre la cuestión, hasta producir una obra muy sólida al respecto<sup>14</sup>. Jordi no solo es un académico sobresaliente sino que también es el ejemplar mejor que conozco de *emprendedor* académico, por lo tanto durante estos años se las apañó para crear en Girona una *Cátedra de Cultura Jurídica*, para unir un grupo de jóvenes investigadores de primera calidad, que ya han producido varias tesis doctorales sobre la cuestión y para incorporar como investigador durante varios años a Michele Taruffo. Con Carmen Vázquez, joven inves-

---

<sup>10</sup> *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

<sup>11</sup> *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

<sup>12</sup> *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1997.

<sup>13</sup> Puede verse un fructífero debate suyo con Taruffo, en Michele TARUFFO, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

<sup>14</sup> Con dos libros fundamentales: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, y *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007; al que hay que añadir uno sobre los estándares de prueba que tiene ya casi listo.

tigadora en Girona, editaron el resultado de un Congreso Homenaje a Taruffo en Girona, celebrado en enero de 2015, que es un testimonio fiel de esta cooperación intelectual<sup>15</sup>. La colección *Derecho y Filosofía* de la editorial Marcial Pons, que codirigimos Jordi Ferrer, Adrian Sgarbi y yo, y en la misma editorial la colección *Proceso y derecho*, que Taruffo codirigía, han contribuido también en buena medida a difundir esta línea de investigación y la propia obra de Taruffo.

Es decir, que el legado de Taruffo sigue vivo, el grupo de Girona, fruto en buena medida de la afinidad intelectual y personal de Michele con Jordi, garantiza que su obra ha de ser un ideal aspiracional para muchos investigadores en el futuro. *Sit sibi terra levis*.

José Juan MORESO<sup>16</sup>  
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

---

<sup>15</sup> Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid: Marcial Pons, 2016.

<sup>16</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. email: josejuan.moreso@upf.edu. Agradezco las observaciones de Carmen Vázquez, que me han librado de algunos errores.

## ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una publicación oficial anual del Ministerio de Justicia con contenido científico y vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), dirigida desde mayo de 2018 por D.<sup>a</sup> Ángeles Solanes Corella, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de València. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

### INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

#### I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y Filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y en su caso «times 10» para las notas al pie. Las notas al pie tendrán interlineado sencillo.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *keywords* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a seis páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres ni tener una extensión inferior a 15.000 caracteres.

Los artículos, reseñones y noticias han de enviarse por correo electrónico exclusivamente a la dirección del Anuario de Filosofía del Derecho: [afd@mjusticia.es](mailto:afd@mjusticia.es)

En el documento es imprescindible incluir los datos del autor o autora así como el título del trabajo, entre los que deberá figurar tanto una dirección electrónica como una dirección postal de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones. Deberá a su vez incluirse la relación del autor o autora con la institución pública o privada en la que desarrolla su cargo académico o actividad profesional (por ejemplo, en el caso de ser docente universitario, la universidad en la que ejerce su labor habitualmente).

## II. Sistema de citas:

Las notas a pie de página se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III y se entenderá que constituyen las referencias bibliográficas del artículo, sin que sea necesario añadir una bibliografía final, evitando así reiteraciones. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor o autora seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor o autora tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor, autora o documento, se indicará con *ibidem* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *idem*, *ibidem*, *infra*, *supra*, *apud* o *passim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente (*id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *pass. vid.*). Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas al pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda; siguientes se expresará como ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (cfr.), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será art. y solo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

## III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

### 1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

### 2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

### 3. Trabajo o capítulo del libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

## IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*» manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. El autor que remita un trabajo de investigación ya publicado pero que haya sido objeto de una revisión y actualización sustantiva deberá acreditar fehacientemente la calidad de inédito de su trabajo conforme a las directrices de la Cátedra Unesco para que en última instancia el Consejo de Redacción o Asesor pueda considerar su posible evaluación. El evaluador externo será decidido por el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. La deliberación «por pares» de los trabajos presentados se realizará entre los meses de abril y junio y la aceptación o rechazo de los originales, así como las posibles sugerencias de modificación de los *referees* a los autores, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores de los trabajos recibirán una comunicación motivada de la decisión editorial que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo así como los correspondientes informes emitidos por los expertos independientes.

Los evaluadores externos justificarán el dictamen emitido atendiendo a los siguientes criterios orientativos de evaluación de la Revista:

1. Idoneidad de la temática propuesta.
2. Originalidad o aportaciones novedosas.
3. Bibliografía y aspectos metodológicos.
4. Correcciones, recomendaciones y sugerencias de modificación.

Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos de evaluadores externos. Los evaluadores podrán hacer constar los aspectos a corregir o sugerencias de modificación, así como comentarios adicionales que consideren oportunos para mejorar la calidad del trabajo. En el caso de que uno de los informes sea negativo o positivo con modificaciones, se estará a lo que decida el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redacción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un período de tiempo suficiente para que los autores obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a los *referees*. En tal supuesto, la decisión sobre la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo de Redacción, y en su caso, al Consejo Asesor de la revista.

Serán criterios excluyentes para la no admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
6. Cualquier otra circunstancia que el Consejo de Redacción considere no adecuada a las instrucciones de la revista.

Los autores o autoras de los trabajos aceptados recibirán a través de correo electrónico, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los referees, una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores o autoras de los trabajos rechazados recibirán por correo electrónico una comunicación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

## V. Compromiso ético para la publicación de artículos:

El *Anuario de Filosofía del Derecho* se adhiere a las directrices del EASE (European Association of Science Editors) y del COPE (Committee on Publication Ethics) que pauta unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente de acuerdo a lo allí establecido:

A. Los autores y autoras se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores o revisoras respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la revista.

B. Los revisores y revisoras de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva sobre la calidad científica del texto dentro del ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C. El Consejo de Redacción y los editores y editoras se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y autoras y revisores y revisoras, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de las personas más cualificadas y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo, en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses así como cumplir estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.