

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXIX
2023



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

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

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Directora

Prof.^a Dra. ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Secretaria

Prof.^a Dra. TERESA PICONTO NOVALES
Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof.^a 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. ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València

Prof. Dr. NACHO HERNÁNDEZ MORENO
Universitat de València

Prof.^a Dra. SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE
Universidad de Santiago de Compostela

CONSEJO ASESOR

Prof.^a Dra. JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

Prof.^a Dra. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof.^a Dra. MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Prof.^a Dra. ISABEL LIFANTE VIDAL
Universidad de Alicante

Prof.^a 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.^a 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: 33,00 € (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

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXXIX
2023

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



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

Madrid, 2023

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.



<https://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 2023

El volumen XXXIX (nueva época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* es un homenaje a la propia revista, además de contener sus secciones habituales. En el setenta aniversario celebramos su historia, su impacto y su vitalidad con una sección especial titulada *70 Aniversario del Anuario de Filosofía del Derechos* en la que encontramos dos partes. La primera, recoge trabajos de tres de los recientes directores de la revista; y la segunda los estudios de autorías invitadas para conmemorar esta fecha desde diferentes perspectivas que se ocupan del «Presente y Futuro de la Filosofía del Derecho».

En el primer artículo, Javier de Lucas, director del Anuario entre 1996 y 2005, comienza señalando la vitalidad del debate filosófico jurídico, como lo muestra el incremento de revistas y publicaciones periódicas en nuestro ámbito, las publicaciones de investigadores de nuestro país en los principales medios de expresión de la comunidad científica, y el peso, la capacidad de resistencia y la mejora de revistas, como esta que es la más veterana. Este artículo titulado «Sobre las exigencias de la Filosofía del Derecho como tarea de la razón práctica» destaca los cambios vividos por la disciplina, resalta su espléndida salud y nos enseña que el papel del jurista ha de ser el de la búsqueda de soluciones a problemas sociales y el de garantizar los derechos humanos en un escenario marcado por la amenaza global contra un planeta que debe repensar su forma de proceder con respecto a los animales y su dignidad, así como una gestión de la movilidad humana cada vez más restrictiva.

Las dos propuestas siguientes recorren la historia del Anuario. En su aportación, María José Añón, que dirigió esta revista entre 2006 y 2015, de forma sucinta relata los objetivos que orientaron algunos de los cambios en la publicación, en particular en los procesos de edición y publicación y preservaron el legado que constituye esta revista iusfilosófica. Por otro lado, Ángeles Solanes revisa los setenta años de la publicación desde un análisis panorámico y abreviado para destacar el carácter pio-

nero en su ámbito. La finalidad no es otra que reconocer el esfuerzo de las personas que, con sus aportaciones a esta revista, contribuyen a que la Filosofía del Derecho, desde los múltiples temas que aborda, sea una materia y un ámbito de investigación imprescindible.

Echamos de menos, en este primer apartado, la valiosa aportación que hubieran podido realizar anteriores directores de la revista. Entre ellos, especialmente la de Mario Ruiz, que fue una parte fundamental de esta publicación desde el consejo de redacción y como secretario durante mucho tiempo, antes de dirigirla en los años 2016, 2017 y 2018. Su recuerdo nos acompaña en cada una de estas páginas.

La parte dedicada al «Presente y Futuro de la Filosofía del Derecho» se abre con el trabajo de Carlos Alarcón, partiendo de la tesis wittgensteniana según la cual el mundo y el lenguaje poseen una estructura común y que la expresión del pensamiento es perceptible mediante las proposiciones lingüísticas, reflexiona en «Filosofía del derecho, formas de vida y análisis lingüístico. Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho como filosofía del lenguaje normativo» sobre algunos aspectos en los que la filosofía del lenguaje incide en el ámbito jurídico: la validez normativa, la tipología de las normas, la jerarquía normativa, la lógica normativa y la semiótica normativa.

En «Una Filosofía del Derecho situada y posicionada: visibilizar el conflicto para disputar la celebración de la juridicidad», M.^a Ángeles Barrère recoge una visión particular de nuestra disciplina haciendo la distinción entre la filosofía como teoría y como práctica y abordando, respectivamente, la relación entre el derecho y poder, y el diseño de estrategias antisubdiscriminatorias.

El estudio de María Elósegui titulado «La necesidad de la Filosofía del Derecho en el presente y en el futuro desde la experiencia de una jueza filósofa del Derecho en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» incide en la necesidad de este campo de estudio tanto hoy como en el mañana resaltando para ello la perennidad de los temas que se abordan en esta materia como ciencia de lo razonable, entre las que destaca la importancia fundamental de la interpretación jurídica realizada por la magistratura.

Sobre la actualidad y lo que está por venir reflexiona también Javier García Medina en «Una Filosofía del Derecho para el presente y el futuro» con el objetivo de analizar las temáticas sobre las que se viene enseñando e investigando en el marco de la Filosofía del Derecho y así anticipar la hoja de ruta sobre la que se van a desempeñar aquellas personas dedicadas a las diversas temáticas que se abordan desde nuestra disciplina.

Las nuevas realidades, aun virtuales, ocupan también un espacio en el estudio de Juana María Gil y Ana Rubio titulado «¿La Filosofía del Derecho es un metaverso jurídico?» En este trabajo, sus autoras analizan el nuevo contexto ofrecido por el metaverso y la importancia de la Filosofía del Derecho para acompañar a la ciencia de forma que la sociedad digital no repita los errores existentes en el mundo analógico.

El análisis histórico con perspectiva de futuro es el objeto de estudio de Milagros Otero en «Pasado, presente y futuro de la Filosofía del Derecho. Una mirada retrospectiva». La autora comienza por el pasado para probar que la reflexión iusfilosófica ha existido siempre en la humanidad y advierte del inadmisibles riesgo de desaparición de esta materia en las universidades, y termina ensalzando los contenidos propios de esta disciplina con el fin de devolverle el lugar que por derecho le corresponde.

Esta parte se cierra con el trabajo «La Filosofía del Derecho y sus tareas: presente y futuro» de Antonio Enrique Pérez Luño. En él se exponen las tareas más apremiantes que, a su juicio, debe asumir la disciplina hoy y en el futuro inmediato, entre las que incluye el desafío tecnológico de la sociedad digital, el riesgo cultural que entraña la pretensión de determinados movimientos que se autoproclaman portavoces de los signos del universo tecnológico y el desarrollo de la tecnociencia como hitos que ponen en peligro el humanismo y desatan el inicio de la era posthumanista.

La sección habitual de «Estudios de Teoría y Filosofía del Derecho», recoge cinco artículos, ordenados alfabéticamente por autor, que constatan la variedad de ámbitos de atención que aglutina nuestra área de conocimiento y ponen en evidencia su riqueza. En primer lugar, el trabajo de Fernando Arlettaz, titulado «Notas sobre la efectividad del derecho y la seguridad internacional (enseñanzas de Ucrania)», busca mostrar que, contrariamente a lo que puede afirmarse desde una posición realista en Teoría de las Relaciones Internacionales, el derecho internacional influye de modo efectivo en las conductas de los Estados, incluso en cuestiones referidas a su seguridad.

Pablo Bonorino se plantea «¿Por qué deberíamos recuperar la crítica ideológica en la Teoría del Derecho?» Con ello intenta mostrar la importancia que tiene recuperar el concepto de «ideología» que, siendo central en las teorías positivistas de Kelsen y Ross, cayó en desuso en la segunda mitad del siglo pasado. En este trabajo se exponen algunos motivos por los cuales se dejó de emplear y se propone un concepto de «ideología» capaz de evitar esos cuestionamientos.

En «El deber de motivación de las sentencias judiciales: dimensiones y problemáticas», J. Alberto del Real analiza la doctrina que sustenta el deber de motivación de las sentencias judiciales en el Estado constitucional. En opinión del autor este deber se encuentra anclado al Estado de Derecho y a sus principios, valores y derechos recogidos por la Constitución, al sistema «político» de la democracia y al sistema «jurídico» del Estado constitucional. Desde esa perspectiva, se abordan las peculiaridades de la motivación judicial en cada una de estas dimensiones (Estado de Derecho y Constitución, sistema político y sistema jurídico), y en el ámbito del sistema jurídico. Igualmente se ocupa de las principales patologías de la motivación judicial que surgen en la actividad profesional de los jueces, juezas y tribunales de justicia.

El trabajo de Jesús García Cívico titulado «Cultura, identidad y nueva diversidad cultural: tentativas de revisión de los modelos de gestión de la diferencia» revisa críticamente los modelos de gestión de la diferencia a la luz de algunas novedades que afectan a los conceptos de cultura, identidad y diversidad cultural, y se propone una reflexión sobre el sentido de los términos acordes con un pluralismo y un cosmopolitismo crítico en el que la comprensión de algunas instituciones jurídicas y políticas forma parte de un marco universalizable de racionalidad en un sentido cultural.

Por último, Pablo Scotto, recién galardonado con el I Premio de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política a la mejor Tesis Doctoral, en su propuesta «El vínculo entre libertad política y trabajo de la Revolución Francesa a 1848» nos muestra cómo la extensión del ideal de una comunidad política de ciudadanos libres e iguales fue acompañada de una nueva concepción de trabajo en la Revolución francesa. La transición de una sociedad feudal a otra basada en la libertad de trabajo y el Estado asistencial sienta las bases para el surgimiento de la noción del derecho al trabajo.

El siguiente apartado rotulado «Crítica bibliográfica» incluye una serie de reflexiones sobre ensayos de materias iusfilosóficas y afines. Se ofrecen seis reseñas sobre publicaciones que reflejan una pluralidad de intereses como son el derecho laboral, el derecho internacional humanitario, el ciberderecho, la informática jurídica, la bioética, el racismo y la discriminación o la confianza misma en el derecho. Con ello pretendemos continuar con la costumbre en esta revista de aglutinar en este espacio literatura de referencia en nuestra disciplina e invitar a una lectura atenta y a una reflexión crítica sobre la diversidad de temas tratados.

La parte dedicada al obituario lamenta la pérdida del profesor Alberto Montoro Ballesteros que falleció el 28 de diciembre de 2022. Su recuerdo nos lo ofrece José López Hernández, desde la relevancia de su vocación a la filosofía del derecho, así como su trabajo riguroso en la docencia y la investigación.

Finalmente, quisiera mostrar mi agradecimiento a todas aquellas personas que hacen posible esta publicación y que con su esfuerzo permiten que el Anuario de Filosofía del Derecho siga renovando el sello de calidad editorial y científica de las revistas españolas FECYT y aumente su indexación. Además, en esta fecha especial en el 70 Aniversario, es imprescindible transmitir un profundo reconocimiento al trabajo de quienes nos precedieron e hicieron posible que esta revista sea tan longeva. Todas y todos los que nos dedicamos a la Filosofía del Derecho y las futuras generaciones que vendrán, tenemos una deuda de gratitud que solo podemos saldar fortaleciendo nuestra disciplina.

Enero 2023

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Directora del AFD

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DE LA DIRECTORA: ÁNGELES SOLANES CORELLA	5
I. 70 ANIVERSARIO DEL ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	
1. SOBRE EL ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	
DE LUCAS MARTÍN, Javier (Universitat de València). <i>Sobre las exigencias de la Filosofía del Derecho como tarea de la razón práctica</i>	17
AÑON ROIG, María José (Universitat de València). <i>El Anuario de Filosofía del Derecho de 2006 a 2016</i>	37
SOLANES CORELLA, Ángeles (Universitat de València). <i>Una reflexión sobre el Anuario de Filosofía del Derecho en su 70 aniversario (1953-2023)</i>	43
2. PRESENTE Y FUTURO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	
ALARCÓN CABRERA, Carlos (Universidad Pablo de Olavide). <i>Filosofía del derecho, formas de vida y análisis lingüístico. Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho como filosofía del lenguaje normativo</i>	71
BARRÈRE UNZUETA, María Angeles (Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea). <i>Una Filosofía del Derecho situada y posicionada: visibilizar el conflicto para disputar la celebración de la juridicidad</i>	99
ELÓSEGUI ICHASO, María (Universidad de Zaragoza). <i>La necesidad de la filosofía del derecho en el presente y en el futuro desde la experiencia de una jueza filósofa del derecho en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	123

	Pág.
GARCÍA MEDINA, Javier (Universidad de Valladolid). <i>Una Filosofía del Derecho para el presente y para el futuro</i>	145
GIL RUIZ, Juana María y RUBIO CASTRO, Ana (Universidad de Granada). ¿La Filosofía del Derecho es un metauniverso jurídico?	167
OTERO PARGA, Milagros (Universidad de Santiago de Compostela). <i>Pasado, presente y futuro de la filosofía del derecho. Una mirada retrospectiva</i>	197
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Universidad de Sevilla). <i>La Filosofía del Derecho y sus tareas: presente y futuro</i> ...	217
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
ARLETTAZ, Fernando (Universidad de Zaragoza). <i>Notas sobre la efectividad del derecho y la seguridad internacional (enseñanzas de Ucrania)</i>	237
BONORINO, Pablo (Universidad de Vigo). ¿Por qué deberíamos recuperar la crítica ideológica en la teoría del derecho?	261
DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (Universidad de Jaén). <i>El deber de motivación de las sentencias judiciales: dimensiones y problemáticas</i>	281
GARCÍA CÍVICO, Jesús (Universitat Jaume I). <i>Cultura, identidad y nueva diversidad cultural: tentativas de revisión de los modelos de gestión de la diferencia</i>	315
SCOTTO, Pablo (Universidad de Barcelona). <i>El vínculo entre libertad política y trabajo de la Revolución Francesa a 1848</i>	353
III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
CAMPIONE, Roger, RUSCHI, Filippo, y ALDAVE, Ana (Coords.), <i>Al borde del abismo. Guerra, tecnología y derecho</i> , Tirant lo Blanch, València, 2022. Nacho Hernández Moreno (Universitat de València)	369
DE ASÍS ROIG, Rafael, <i>Derechos y tecnologías</i> , Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2022. Fernando Llano (Universidad de Sevilla)	374
GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, <i>Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos</i> , Herder, Barcelona, 2021. Liubomir Nikiforov (Universidad de Barcelona)	384
GRECO, Tommaso, <i>La legge della fiducia. Alle radici del diritto</i> , Laterza, Bari-Roma, 2021. Rafael Ramis Barceló (Universitat de les Illes Balears - IEHM)	389
SOLANES CORELLA, Ángeles (Dir.), <i>Dinámicas racistas y prácticas discriminatorias</i> , Pamplona, Aranzadi, 2022. José María Garrán Martínez (Universidad de Salamanca)	392

	Pág.
VON ADAMOVICH, Eduardo y ZERNIKOW, Marcel (Eds.), <i>Philosophical and Sociological Reflections on Labour Law in Time of Crisis</i> , Cambridge Scholars Publishing, 2022. Alma Luna Ubero Paniagua (Universidad de Oviedo)	398
 IV. OBITUARIO	
MONTORO BALLESTEROS, Alberto (1941-2022) (José López Hernández. Universidad de Murcia)	405

I

**70 ANIVERSARIO DEL ANUARIO
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

1

**SOBRE EL ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

Sobre las exigencias de la *Filosofía del Derecho*
como tarea de la razón práctica*

*On the requirements of the Philosophy of Law
as a task of practical reasoning*

Por JAVIER DE LUCAS

RESUMEN

El Anuario de Filosofía del Derecho es una muestra significativa de la vitalidad de nuestra disciplina. La revisión del dogmatismo iusnaturalista dominante y del positivismo jurídico que le dio respuesta ha permitido la incorporación de estudios en el campo del razonamiento jurídico que han contribuido a concebir el Derecho como práctica argumentativa. En este sentido, la interpretación es esencial en el trabajo de todo jurista. Nuestra razón de ser es buscar y ofrecer soluciones útiles a problemas sociales. Ser buen profesional en este ámbito exige dar voz a quienes no la tienen y a contribuir en la garantía de los derechos humanos, en el derecho a tener derechos. La reflexión filosófica jurídica entendida en términos de razón práctica se encuentra con nuevos desafíos, de los cuales tres son analizados con mayor detenimiento: la amenaza global sobre la vida del planeta, la ampliación de las exigencias de justicia a otros seres no humanos, y la superación de un modelo de gestión migratoria que paradójicamente reduce las vías legales, seguras y ordenadas para la entrada y acogida de personas desplazadas conforme aumentan las causas que fuerzan dicha movilidad humana.

* Agradezco a la directora del *Anuario de Filosofía del Derecho*, la profesora Ángeles Solanes, su invitación a participar en este volumen conmemorativo de su 70 aniversario. Tuve el honor de dirigir entre 1996 y 2005 la revista, período en el que trabajaron en la redacción algunos de sus posteriores directores: Mario Ruiz, María José Añón y la propia Ángeles Solanes.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, razón práctica, amenaza global, animalismo, movilidad humana.

ABSTRACT

The Anuario de Filosofía del Derecho is a significant example of the vitality of our discipline. The revision of the dominant iusnaturalistic dogmatism and the legal positivism that gave it a response has allowed the incorporation of studies in the field of legal reasoning that have contributed to conceive Law as an argumentative practice. In this sense, interpretation is essential in the work of every jurist. Our fundamental purpose is to seek and offer useful solutions to social problems. Being a good professional in this field requires giving a voice to those who do not have one and to contribute to the guarantee of human rights, to the right to have rights. Philosophical-legal reflection understood in terms of practical reason is facing new challenges, three of which are analyzed in greater detail: the global threat to life on the planet, the extension of the demands of justice to other non-human beings, and the revision of a model of migration management that paradoxically reduces the legal, safe and orderly ways for the entry and reception of displaced persons as the causes that force such human mobility increase.

Keywords: Philosophy of Law, practical reasoning, global threat, animal's rights, human displacement.

SUMARIO: 1. EN EL VENERO DE LA RAZÓN PRÁCTICA. – 2. LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS. – 3. NUEVOS Y VIEJOS PROBLEMAS, VIEJAS Y NUEVAS PREGUNTAS PARA LA FILOSOFÍA JURÍDICA.

SUMMARY: 1. THE ORIGINS OF PRACTICAL REASON. – 2. LEGAL PHILOSOPHY IN THE FORMATION OF JURISTS. – 3. NEW AND OLD PROBLEMS, OLD AND NEW QUESTIONS FOR LEGAL PHILOSOPHY.

1. EN EL VENERO DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Está bien poder comenzar, siquiera sea una vez, con las buenas noticias. Lo es, a mi entender, la vitalidad del debate filosófico jurídico, como lo muestra el incremento de revistas y publicaciones periódicas en nuestro ámbito y, de forma relevante, de publicaciones de investigadores de nuestro país en los principales medios de expresión de nuestra comunidad científica, así como que el peso creciente de revistas y publicaciones en castellano, o español, como se prefiera.

Buen ejemplo de ello es la capacidad de resistencia y mejora de la revista más veterana, el *Anuario de Filosofía del Derecho*, que bien merece esta conmemoración¹.

Conviene recordar cómo, en el último tercio del siglo pasado, se consiguió revisar a conciencia la dogmática y mala tradición iusnaturalista que, con excepciones, había dominado en nuestro panorama académico, las más de las veces lejos de lo mejor del pensamiento iusnaturalista. Tuvo un papel importante en ello el giro que supuso incorporar otras tradiciones, sobre todo desde el campo del positivismo jurídico, ente los años 70 y 90 del siglo pasado. Por ejemplo, las aportaciones de la filosofía analítica y del lenguaje, y también la apertura a otras disciplinas, de la sociología jurídica a la antropología o la informática jurídica, por mencionar solo tres. Asimismo, la ruptura de nuestro aislamiento, gracias a un cambio cualitativo y cuantitativo en las relaciones con grupos de investigación europeos y americanos. La sombra es que, en no poca medida, ese proceso de revisión se hizo con una cortoplacista tabula rasa sobre la atención a la historia de las ideas filosóficas, jurídicas y políticas y, con mucha frecuencia, con un aislamiento del contexto real, de la propia experiencia jurídica, de los problemas que afectan a los juristas y un descuido de la imprescindible apertura del ámbito de lo jurídico a los otros campos de la razón práctica, la ética, la política. Omisiones –a mi juicio– imperdonables, porque supusieron dejar en sordina que nuestro quehacer tiene su punto de partida en la mejor tradición de la filosofía práctica, algo que, afortunadamente se ha recuperado, al hilo de las revisiones críticas del positivismo jurídico en los últimos veinte años. Sin caer en un ralo pragmatismo, lo cierto es que, en la medida en que la filosofía del Derecho es filosofía de la praxis –no sólo reflexión metajurídica, epistemológica y metodológica, también axiología y crítica–, resulta imposible mantener como sus principios aquellos que puedan ser conocidos con independencia de la experiencia, lo que viene a decir, ajenos a su realización, debido al carácter constitutivamente deficiente –mejor que relativo– de la propia praxis. Cabe recordar la advertencia de Horkheimer: la búsqueda de la mejor atribución de sentido a la acción no conduce a nada si no se descubren las contradicciones sociales concretas y se indica su superación práctica.

En esa revisión de la filosofía del Derecho como razón práctica ha tenido también un peso importante la aportación de los estudios que

¹ Junto al *Anuario* y a los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, las revistas de más larga tradición, hay que destacar la importante contribución que ha llevado a cabo desde 1984 la revista *Doxa*, en cuya fundación tuve la suerte de participar, junto a un buen número de compañeros que sería largo enumerar, pero entre los que quiero destacar a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y con la ayuda imprescindible de Ernesto Garzón. *Doxa* encabezó la lista de las nuevas revistas iusfilosóficas, hoy por fortuna numerosa, como *Derechos y Libertades*, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, *The Age of Human Rights Journal* o *Eunomía*. Sin olvidar otras que, desde fuera de la academia, tuvieron un papel importante en la renovación de la filosofía jurídica y política, como *Mientras Tanto*.

han renovado el campo del razonamiento jurídico, como la teoría de la argumentación, así como el impacto del neoconstitucionalismo, que han contribuido así a replantear la concepción del Derecho como una práctica argumentativa que, en una sociedad democrática se supone que arranca de lo que podríamos calificar como institucionalización normativa de la moral política de esa sociedad. Una práctica argumentativa que, si es democrática, ha de estar atenta a la experiencia de lo que viven y construyen como Derecho no solo el legislador o incluso la doctrina, sino muy especialmente los operadores jurídicos y, claro, los ciudadanos. Y, con el constitucionalismo global, la necesidad de pasar del plano estatal-nacional al que, con expresión clásica, podríamos calificar de cosmopolita.

2. LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

La concepción del Derecho como una práctica argumentativa obliga a primar otro modelo de formación del jurista. A ello debemos añadir que, en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, ya no hablamos de un ordenamiento jurídico estatal-nacional, sino de un complejo sistema polinormativo derivado de su definición como Estado «autonómico» y, al tiempo, de su condición de Estado miembro de la UE; un sistema polinormativo en el que, además, han adquirido cada vez más peso las decisiones judiciales y que obliga a integrar normas, principios e instituciones del ámbito jurídico internacional y no solo del comunitario. Pienso, por ejemplo, en la importancia del derecho internacional de los derechos humanos.

Por fortuna, hace tiempo que nos hemos alejado en las Facultades de Derecho de la ensoñación de una ciencia del Derecho concebida como prosaica dogmática –en realidad, una exégesis–, basada a su vez en la ficción de que el Derecho es un sistema exclusivamente normativo, completo y autosuficiente. De una parte, hemos entendido el significado más abierto, más radical diría, de la comprensión de que la principal herramienta con la que trabajamos los profesionales del Derecho es el lenguaje. Eso sí, un lenguaje dotado de una característica diferencial, como le explica Humpty-Dumpty a Alicia: los juristas sabemos bien lo importante que es ser el dueño de las palabras, tener la competencia para decidir e imponer coactivamente qué significado atribuirles y por eso estamos tan atentos a esa lección, la de saber quién manda, quién tiene esa capacidad que emula a la que el relato bíblico nos dice que Dios concedió al hombre: nombrar a las cosas. Como se ha recordado, eso se encuentra ya en la revisión propuesta por quienes, como Jhering, habían puesto en solfa esa «jurisprudencia de conceptos», que sometió a la ironía de su «Jurisprudencia en broma y en serio».

Por lo mismo, se ha abierto paso el reconocimiento de que la interpretación no es una actividad ocasional o supletoria, sometida a algunas pocas reglas «técnicas», orientadas en realidad a mantener la simplista identificación del derecho con la producción legislativa, sino el núcleo mismo del trabajo de todo jurista. Y lejos del arquetipo del profesional del Derecho como un «técnico» que debe apartarse de la impureza social, se impone reconocer que la razonable separación metodológica entre moral y Derecho no puede significar el desconocimiento de que el derecho se abre. La integración de valores y principios que obligan a reconocer su innegable dimensión ideológica, política, ética. Por lo demás, superada la visión de la dogmática jurídica como ciencia que descubre los axiomas –los dogmas, las verdades– que encerraría el Derecho, hemos redescubierto que nuestra razón de ser como juristas es ofrecer soluciones útiles a problemas sociales, desde un marco de legitimidad que, en un Estado democrático de Derecho, viene constituido, sobre todo, pero no solo, por la legalidad constitucional.

De este modo, recordaré, se recupera un ámbito de cuestiones que siempre ha sido objeto de la filosofía jurídica: junto a lo que podríamos denominar teoría general del derecho u ontología jurídica –consagrada al estudio de los conceptos más generales o básicos del derecho– y junto a la teoría de la ciencia jurídica –que reflexiona sobre las características y la metodología de las disciplinas que versan sobre el saber jurídico, la dogmática jurídica y las otras «ciencias del Derecho»–, los iusfilósofos siempre han consagrado atención a lo que, con diferentes denominaciones (ética jurídica, axiología jurídica, incluso, aunque esta más impropia, deontología jurídica) se puede entender como la presencia de la ética en el quehacer jurídico, un núcleo fundamental que se condensa en el concepto y teoría de la justicia. Y parece evidente que esa remisión a la justicia como idea regulativa del Derecho se concreta hoy en la noción de derechos humanos. Por eso, la tarea de los filósofos del derecho se aboca inevitablemente a lo que podríamos denominar filosofía de los derechos humanos.

En realidad, si bien, como en la famosa cita del juez Holmes, no hay que confundir hacer el Derecho con hacer la justicia, la pregunta acerca de en qué consiste lo que llamamos Derecho tiene mucho que ver con la versión negativa que nos ofrece a su vez la pregunta por el sentimiento de lo injusto, la que se expresa en la reclamación «¡no hay derecho!», verdadero *urphenomenon* del Derecho y aun de la política. Spinoza nos explicó que toda determinación es negación y la negación de lo que consideramos derecho es una pista que nos conduce al argumento de la justicia y al de los derechos humanos.

Como en el fragmento de Heráclito, que sostiene que el pueblo debe luchar por sus leyes como por sus murallas, la lucha por el Derecho, como explicó Jhering, es el alma del Derecho, de donde su afirmación de que todo derecho en el mundo tuvo que ser adquirido mediante la lucha. Las primeras manifestaciones, como la arquetípica de Antígona frente a Creonte, vienen de esa conciencia de humilla-

ción, de falta de reconocimiento de lo que es –de lo que creemos que es– nuestro derecho. El papel de los *cahiers de doléances*, esos cuadernos de quejas ciudadanas en los que encarnó el sentimiento de revuelta que llevó a la revolución de 1789, es solo un antecedente próximo de cómo para comprender lo que se hace y vive como Derecho es preciso tener en cuenta ese factor de la queja ante lo que experimentamos como injusto. Si usamos el Derecho, tal y como explica Jhering, tenemos necesidad de un instrumento que nos sirva para detectar y justificar con razones (eso es argumentar) cuál debe ser el interés preferente entre los diferentes intereses que entran en conflicto y requieren su protección reforzada, frente al riesgo de la imposición del interés del más fuerte. Bien es verdad que ésa es la mejor versión del Derecho, porque no es posible olvidar que indefectiblemente el Derecho se nos muestra, es vivido por una parte de la población, como un hecho de poder, que entraña burocracia y violencia. En el fondo, es dimensión de organización burocrática que entraña todo sistema jurídico político es el *leitmotiv* que expresara el brocardo *summum ius, summa iniuria*, que conocen bien los lectores del «Michael Kohlhaas», de Heinrich von Kleist, o, más prosaicamente, los espectadores de tantos filmes que nos explican la «necesidad» de la figura del justiciero extrajudicial y aun extralegal².

Desde el punto de vista académico, este vínculo del Derecho con la dialéctica que arranca del sentimiento de lo injusto ha sido explicado en profundidad por las teorías contemporáneas del reconocimiento, de Taylor a Honneth, con particular relevancia de éste en el ámbito filosófico jurídico³. Es el motor de la dignidad herida que empuja a luchas sociales que comportan sacrificios importantes, como en el caso del suicidio del vendedor ambulante Mohamed Bouazizi, que desencadenó la denominada revolución de los jazmines⁴.

En todo caso, hay que subrayar una importante matización: el Derecho no es solo el sentimiento de indignación. La razón debe encauzar esa respuesta instintiva y por eso, en el bien entendido de que la lucha por los derechos no consiste solo, aunque desde luego resulta imprescindible, en la confrontación social. Porque también se lucha por los derechos aplicándose en su conocimiento, esto es, en la pedagogía sobre la mejor forma de satisfacerlos y garantizarlos, de conjugar los derechos inevitablemente enfrentados. Por eso, la educación básica y especializada y la transferencia de conocimientos

² Que constituye un verdadero subgénero, marcado por el arquetipo de filmes de Charles Bronson o, con un poco más de sofisticación, los de *Dirty Harry*, encarnados por Clint Eastwood.

³ Señalaré solo dos de sus obras, *La sociedad del desprecio*, Trotta, 2011 y sobre todo *El derecho de la libertad*, Katz, 2014.

⁴ Lo explicó Sami Naïr en su *La lección tunecina. Cómo la revolución de la dignidad ha derrotado al poder mafioso*, Galaxia Gutenberg, 2011, en la que analiza esa revolución en clave de la respuesta de la dignidad –*karama*–, frente a la humillación –*hograh*–.

sobre los derechos humanos, un mandato de la ONU y la Unesco, forman parte de lo que nos gusta llamar cultura de los derechos, que muchos consideramos la base imprescindible para la tarea política por excelencia, esa permanente paideia que es la formación crítica de la ciudadanía. Las sociedades democráticas, que tratan de hacer y vivir más y mejor democracia, no son sostenibles sin el conocimiento de los derechos de los que son titulares los ciudadanos, sin la toma de conciencia de su condición de verdaderos señores del Derecho, de señores de los derechos. Pero en unas sociedades como las nuestras, en las que impera el atomismo individualista, es preciso educar en la distinción entre deseos, expectativa, intereses y derechos. Aprender que, incluso los que podemos considerar como nuestros derechos, entrarán muchas veces en conflicto con derechos de otros. Porque el verdadero test de los derechos es aprender a conocer, respetar y tomar en serio los derechos de los otros. De donde surge la prioridad política de educar en la necesidad de conjugarlos, desde el principio básico de evitar el daño a bienes jurídicos prioritarios, ya sean de los otros, ya sean comunes. Además, los derechos no se adquieren de una vez para siempre, sino que la lucha por su garantía es una tarea permanente, lo que compromete a todos los ciudadanos –no solo a los poderes públicos y los funcionarios–, a una actitud de vigilancia, de control que va más allá del mero uso y disfrute de los mismos. La cuestión, pues, es cómo formar y mantener despierta esa disposición y la propuesta ha de partir de la exigencia de fortalecer los instrumentos educativos y comunicativos para que arraigue en nuestras sociedades la cultura de los derechos⁵. Esa educación en los derechos, desde la enseñanza secundaria, es una necesidad básica y como tal debe ser una prioridad para los poderes públicos, pero también para los agentes sociales, sobre todo para todos los implicados en el proceso educativo. Para tomarnos en serio los derechos y aprender a actuar con y por ellos.

Una consecuencia tan concreta como importante de lo anterior es, a mi juicio, que el núcleo de lo que consideramos «deontología jurídica», como ha explicado David Luban, viene constituido por la centralidad del derecho a la tutela judicial efectiva, de la que forma parte el derecho a la asistencia letrada, que se convierte así en una tesis central para entender en qué consiste ser buen jurista: dar voz ante el Derecho a aquellos que no tiene voz por sí mismos. Una tesis que, insisto, muestra que el imperativo de contribuir a la garantía de los derechos humanos, preside los deberes profesionales de los juristas, la práctica jurídica pro-

⁵ De donde la necesidad de educar específicamente en derechos, como exigió en sus Observaciones finales (en marzo de 2018) al Gobierno español el comité de la ONU para la eliminación de las formas de discriminación de la mujer (CEDAW), que mostró su preocupación por la sustitución de la materia obligatoria de enseñanza en secundaria «educación en la ciudadanía y los derechos humanos» por materias optativas sobre «valores cívicos y sociales», o «valores éticos».

fesional. He tratado de explicar la centralidad de ese derecho en mi ensayo sobre la figura de Atticus Finch⁶. Si lo concebimos como ejemplo de en qué consiste «un hombre de derecho», no es porque se trate de un escrupuloso (incluso obsesivo) cumplidor de la más mínima de las normas jurídicas, que exige también a los demás su observancia, el hiperlegalista que quiere reglamentarlo todo. No: es porque sabe que la razón de ser de su trabajo como jurista –el «código Atticus», como se le ha llamado– consiste exactamente en eso, en el compromiso con garantizar a todos el más elemental de los derechos, el derecho a tener derechos, a encontrar justicia, que eso quiere decir ser «justiciable», el derecho a tener voz, a llevar ante los tribunales (ante las autoridades que deciden qué es Derecho) la lucha de los ciudadanos por el Derecho, por sus derechos, esto es, por sus necesidades e intereses. Si lo pensamos bien, esa es la tarea de todo jurista, no solo de los que trabajan en el foro, sino también otras profesiones jurídicas, como registradores, notarios, abogados del Estado, secretarios de corporaciones... Se trata de encontrar la razones que nos hacen decidir la pertinencia, la justificación de la cobertura que ofrece el Derecho ante las demandas de los ciudadanos, también las de la vida cotidiana.

3. NUEVOS Y VIEJOS PROBLEMAS, VIEJAS Y NUEVAS PREGUNTAS PARA LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Sigo pensando que conserva su validez el aserto de Hegel en el Prefacio de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*: «la filosofía es el propio tiempo aprehendido con el pensamiento». En ese sentido, como insiste el propio Hegel, es insensato pensar que alguna filosofía pueda anticiparse a su mundo presente, al igual que lo es pensar que cada individuo deje atrás a su época y salte más allá sobre su Rodas: la filosofía es la rosa en la cruz del presente.

Pues bien, como nos han puesto ante los ojos acontecimientos tan recientes y globales como la pandemia de la Covid-19, las evidentes alteraciones del equilibrio del sistema de vida de nuestro planeta (lo que se ha dado en llamar el impacto del «Antropoceno»), o los trágicos resultados de un deficiente –si no suicida– modelo de gestión de las manifestaciones de movilidad humana, la reflexión filosófico jurídica, entendida en términos de razón práctica, encuentra nuevos desafíos. Consignaré tres: la clara amenaza global sobre la vida del planeta (y no solo de los humanos en el planeta). En segundo lugar, y conectado con lo anterior, la ampliación de las exigencias de justicia –enunciadas en términos de derechos– a otros seres no humanos, una cuestión que se vincula con el animalismo y con la reflexión crítica sobre nuestro modelo civilizatorio de explotación ilimitada de cuanto consi-

⁶ *Nosotros que quisimos tanto a Atticus Finch*, Tirant, 2020.

deramos «incuestionable objeto de nuestra propiedad», es decir, el resto de los seres vivos, la naturaleza misma. Finalmente, la necesidad de superar el modelo de gestión de las manifestaciones del fenómeno de la movilidad humana, cuyas consecuencias trágicas no van a desaparecer, sino que se incrementarán en el futuro inmediato, como consecuencia de los cambios cualitativos y cuantitativos de esos desplazamientos, vinculados asimismo a las transformaciones que socavan el precario equilibrio ecológico y a la creciente desigualdad incentivada por el liberalismo fundamentalista de mercado.

Por lo que se refiere a la primera, se trata de un debate que ha experimentado un interesante desarrollo desde las argumentaciones más elaboradas de lo que algunos han denominado «constitucionalismo socioecológico», un desarrollo del constitucionalismo global que tiene en cuenta la prioridad de los «derechos de la naturaleza» o, si se prefiere, de un debate que, en rigor, no es novedoso, el relativo a la existencia de un *tertium genus* de bienes, junto a la tradicional dicotomía de bienes públicos y bienes privados: es la categoría de «bienes comunes».

Un buen punto de referencia de la actualización de ese debate es, a mi juicio, la propuesta de Luigi Ferrajoli sobre la existencia y protección de bienes fundamentales, que él denomina «bienes comunes vitales», tanto naturales (clima aire, agua), como artificiales (por ejemplo, las vacunas, la alimentación básica)⁷. En rigor, no es una novedad, puesto que podría remontarse a un concepto jurídico romano, relativo a bienes *extra commercium* y *extra patrimonium*, que no son *res nullius*, sino *res communes omnium*. Hablamos de bienes imprescindibles para todos, por su condición de esenciales para la vida (aire, agua, bosques, océanos, etc.) y que, por ello, que han de ser objeto de una protección jurídica especial frente al aparentemente imparable avance del proceso de mercantilización que está en la raíz de la destrucción de los ecosistemas. Ferrajoli habla así de la necesidad de establecer y garantizar un «demanio o dominio público planetario» para la tutela de los bienes vitales de la naturaleza, imprescindibles para la vida, junto al reconocimiento y garantía de los mencionados bienes vitales – naturales y artificiales– y la prohibición de la producción, comercio y posesión de los que llama «bienes mortíferos» (armamento, escorias radioactivas, etc.), que califica como ilícitos. Pero eso no agota la discusión sobre los bienes comunes, como lo muestra los mapas conceptuales en relación con los derechos humanos propuestos, por ejemplo, por Gordillo, Rodríguez Palop, o Lloredo,

⁷ Me refiero a su reciente libro *Por una Constitución de la tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, 2022. Sobre esos bienes, cfr. el capítulo 11, pp. 104 ss. y los artículos 48 a 51 del Título tercero, «Bienes fundamentales», del proyecto de Constitución de la tierra, en los que añade lo que denomina «bienes personalísimos».

entre nosotros⁸. En realidad, lo que se plantea es la dificultad de reconducir la exigencia de los bienes comunes a la «gramática de los derechos», pero a mi juicio, si se lee con atención la propuesta de Ferrajoli parece posible sostener que esa distancia irreconciliable obedece a una concepción estrecha de la lógica de los derechos, que la vincula a una supuestamente irrebasable dimensión individualista de la concepción liberal de los mismos, conforme a las críticas a la noción de derechos humanos presente en las primeras declaraciones de derechos, en su día enunciadas desde concepciones tan distintas como las de Bentham y Marx.

La polémica cuestión de los derechos de los animales no humanos, cuenta ya con un importante fundamento filosófico en las concepciones ecoanimalistas⁹. Desde el punto de vista de la teoría de los derechos humanos y fundamentales, la cuestión de quiénes son titulares de esos derechos está resuelta aparentemente en términos de una obviedad, que apenas oculta una tautología, por no decir una petición de principio: los seres humanos, todos y solo los seres humanos, son los titulares de los derechos humanos. Y eso porque, se nos dice, es sustancial a la dignidad, un atributo a su vez privativo de los derechos humanos, una condición ontológica del ser humano. Por eso, una mayoría de los filósofos morales sostienen que hablar de derechos de los animales es un ejemplo de confusión moral.

⁸ Así, GORDILLO, J. L. (ed.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*, Trotta, 2006; RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «Reformular los derechos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia», *Derechos y Libertades*, 36, pp. 135-166; LLOREDO, L., «Bienes comunes», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 214-236. Sobre la interpretación de la noción de bienes comunes de Ferrajoli, en clave muy diferente de la de Lloredo, cfr. la ponencia de Cristina García Pascual, «Nuevos paradigmas de los derechos humanos en un contexto de crisis global», en las XXVIII Jornadas de la SEFJP, 2022.

⁹ Baste pensar en las obras de Peter Singer, entre las que mencionaré *Liberación animal*, Taurus, 2018 y el más reciente (en coautoría con Paula Casal) *Los derechos de los simios*, Trotta, 2022; añadiré los ensayos de Donaldson y Kymlicka, entre los que destacaré su *Zoopolis. Una revolución animalista*, Errata Naturae, 2018, y los del abolicionista Gary Francione, como *Animals, Property and the Law*, Temple University Press, 1995; *Rain without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*, Temple University Press, 1996 y *Animals as Persons: Essays on the Abolition of Animal Exploitation*, Cambridge University Press, 2008. Entre nosotros, adelantaron esa ética biocéntrica FERNÁNDEZ BUEY, F., *Ética y filosofía política*, Edicions Bellaterra, 2000 y RIECHMANN, J., por ejemplo en su *En defensa de los animales. Antología*, Catarata, 2017 y más recientemente *Simbioética*, Plaza y Valdés, 2022. También, los ensayos de PULEO, A., *Claves ecofeministas. Para rebeldes que aman la tierra y los animales*, Plaza y Valdés, 2019 y TAFALLA, M., *Ecoanimal: una estética plurisensorial, ecologista y animalista*, Plaza y Valdés, 2019 y *Filosofía ante la crisis ecológica*, Plaza y Valdés, 2022. Sobre los derechos de los animales en la perspectiva filosófico jurídica, hay que destacar los ensayos de REY, J. L., *Los derechos de los animales en serio*, Dykinson, 2019, y AZPITARTE, V., *Nietzsche y los animales. Más allá de la cultura y la justicia*, Tirant, 2021.

Si se pregunta en qué consiste la dignidad y por qué es privativa de los seres humanos, la respuesta –insisto– suele ser circular: solo los seres humanos tienen dignidad y la dignidad es un atributo exclusivo de los seres humanos. Dicho de otra forma, solo los seres humanos tienen valor, y no precio y ello se ilustra con conocidas citas filosóficas, como la de Séneca, para quien el ser humano es algo sagrado para todo ser humano¹⁰, pasando por los humanistas, como Pico della Mirandola, el autor de la *Oratio de hominis dignitate*, también conocida como *Oratio elegantissima* (1478)¹¹, hasta llegar a su mejor formulación en la filosofía moral de Kant, para quien el ser humano, como ser autónomo, dotado de razón y libertad, siempre es un fin, no un medio: «siendo un fin en sí mismo, cada ser humano es único y no puede ser sustituido por nada ni por nadie, porque carece de equivalente... no posee un valor relativo, un precio, sino un valor intrínseco llamado “dignidad”»¹². Los filósofos de la moral y del Derecho sostienen mayoritariamente ese argumento: solo los seres humanos son agentes morales y por tanto solo ellos son titulares de derechos.

De ello se deduciría que el resto de los seres vivos son un medio y más específicamente un medio al servicio del ser humano, que debe disponer de ellos en términos de propiedad. No en balde esa construcción romana que es el derecho de propiedad y del que en rigor solo es titular el paterfamilias y se extiende a su propia familia, a los esclavos y a los animales y bienes, será el arquetipo sobre el que la dogmática iuspublicista alemana construirá la teoría de los derechos públicos subjetivos que está a su vez en la base de la teoría de los derechos humanos y fundamentales.

Hoy, sin embargo, sabemos bien que esa noción de derechos subjetivos y su atribución exclusiva al ser humano¹³, está cargada de un prejuicio ideológico, el que es propio de lo que MacPherson denominara la ideología del individualismo posesivo¹⁴, y, además y sobre todo, lastrada por una concepción que, en lugar de científica, se ha ido mostrando como propia de otro prejuicio, el antropocentrismo o, más exactamente, el especismo¹⁵. Desde el XVIII, con la referencia al famo-

¹⁰ SÉNECA, *Cartas morales a Lucilio*, Libro XV, epístola XCV. Orbis, 1984, vol. 2, p. 97: *homo res sacra homini*.

¹¹ *Discurso sobre la dignidad del hombre*, UNAM, 2004.

¹² Remito a la edición de la *Metafísica de las costumbres*, Tirant, 2022, preparada por Manuel Jiménez Redondo, con un imprescindible ensayo introductorio.

¹³ Durante siglos, al hombre, con los atributos de varón, mayor de edad, rico –*sui iuris*– y occidental, atributos que irán desapareciendo en las sucesivas luchas por hacer de los derechos como universales, hasta la DUDH que habla de seres humanos, hombres y mujeres y sin más adjetivos.

¹⁴ Cfr. MACPHERSON, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: From Hobbes to Locke* (1962); hay traducción al castellano, *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Trotta, 2005.

¹⁵ He presentado más pormenorizadamente esos argumentos críticos sobre la formulación de la noción de dignidad en «En el bicentenario de Darwin. Los derechos de

so alegato de Bentham¹⁶, se abre paso una consideración de los animales no humanos como sujetos con sensibilidad, conscientes del sufrimiento y, por tanto, con intereses moralmente relevantes, dignos del tipo de protección jurídica que llamamos derechos. Los progresos en neurociencias, etología y biología han puesto de relieve que no tienen fundamento las supuestas barreras diferenciales entre los animales no humanos (una gran parte y no solo los primates o los mamíferos superiores) y los humanos y con ello se abre paso una «ética biocéntrica»: comenzando por la autoconciencia, como puso de manifiesto la «Declaración de Cambridge sobre la conciencia», adoptada en 2012 en el curso de la *Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals*¹⁷, y a añadir la capacidad de adaptar y transformar el medio, la acción comunicativa, la valoración de las conductas y de los intereses de los otros, etc.

El argumento, pues, resulta sencillo de exponer. Los animales no humanos, en la medida en que son capaces de tener autoconciencia y, con ello, de rechazar el sufrimiento, son titulares de intereses morales relevantes, que se deben proteger. Eso es lo que llamamos derechos.

Ahora bien, a mi entender, la cuestión no es solo ni primordialmente de carácter técnico-jurídico, sino que nos obliga a plantearnos una dimensión radicalmente política, relativa al sentido de los fines y medios que definen una sociedad justa o decente. Porque, como señalan quienes proponen la mencionada «ética biocéntrica», como Fernández Buey o Riechman, es necesario superar la visión del mundo que nos lleva a construir, a ser partícipes de un orden de las cosas en el que resulta aceptable dominar y oprimir a otros: las mujeres, los niños, los negros, o los animales. Una concepción «civilizatoria» que trata a los animales

los animales y la barrera de la dignidad», *Teoría y Derecho*, 2009/6, pp. 6-19 y en «Human Nature and Dignity», *Métode Science Studies Journal*, 2011/1, pp. 138-144.

¹⁶ BENTHAM, J., *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. 18, sec.1: «Si todo se redujese a comerlos, tendríamos una buena razón para devorar algunos animales tal y como nos gusta hacer: nosotros nos hallaríamos mejor y ellos no estarían peor, ya que no tienen capacidad de anticipar como nosotros los sufrimientos futuros. La muerte que en general les damos es más rápida y menos dolorosa que la que les estaría reservada en el orden fatal de la naturaleza. Si todo se redujese a matar, tendríamos una buena razón para destruir a los que nos perjudican: no nos sentiríamos peor por ello, y a ellos no les sentaría peor estar muertos. ¿Pero hay una sola razón para que toleremos el que se les torture? No conozco ninguna. ¿La hay para que rechacemos atormentarlos? Sí, y muchas. [...] Quizá un día se llegue a reconocer que el número de patas, la vellosidad de la piel o la terminación del *os sacrum* son razones igualmente insuficientes para dejar abandonados al mismo destino a un ser sensible. ¿Qué ha de ser, si no, lo que trace el límite insuperable? ¿Es la facultad de la razón o quizá la del discurso? Pero un caballo o un perro adulto es, más allá de toda comparación, un animal más racional, y con el cual es más posible comunicarse, que un niño de un día, de una semana o incluso de un mes. Y aun suponiendo que fuese de otra manera, ¿qué significaría eso? La cuestión no es si pueden razonar, o si pueden hablar, sino ¿pueden sufrir?».

¹⁷ *The Cambridge Declaration on consciousness*, <https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>.

como medios a nuestro servicio (para nuestro placer, diversión, salud, o utilidad económica), y que ha erigido el modelo más abusivo de propiedad como el paradigma de lo que llamamos derechos. Por eso, la cuestión no es la pertinencia de utilizar o no lo que denominamos derechos cuando hablamos de los animales no humanos, sino precisamente las razones, los argumentos que nos presentan como obvia la impertinencia de los derechos cuando hablamos de animales no humanos. Y esto tiene importantes consecuencias. Por ejemplo, la que señalan quienes sostienen que la lucha por los derechos de los animales no humanos, en la medida en que significa básicamente el reconocimiento del derecho a no ser propiedad, exige la abolición de la explotación animal institucionalizada, como propone la Declaración de Montreal del GREEA¹⁸.

El problema, insisto, es que eso no es solo ni primordialmente una batalla legal, o jurídica, sino que exige un cambio revolucionario en la industria mundial de la alimentación y una revolución del espíritu humano, por muy descorazonador que esto suene para quienes apoyan esta causa, porque sitúa el objetivo más allá del alcance de las generaciones presentes. Por lo demás, la tesis del ecologismo profundo, que enunció Lovelock y han desarrollado filósofos como Bruno Latour, que insistió en que debemos pasar de la mirada que plantea que los seres humanos «vivimos de» la naturaleza, al reconocimiento de que «vivimos en» la naturaleza y en realidad somos parte de ella: «vivimos con los demás seres vivos»¹⁹.

En realidad, con la pandemia hemos aprendido que ideal de una sociedad justa es inseparable de las exigencias de una transformación ecológica que pasa por superar el especismo, desde de una concepción holista, global, de salud y de vida, en un doble sentido. Salud, vida, de «todos los seres humanos», porque hemos aprendido que es fútil, suicida, la pretensión de poner fronteras al virus. De donde se deduce que la solidaridad con los otros, con africanos, asiáticos, sudamericanos, es no tanto una exigencia de solidaridad cuanto de egoísmo racional. Pero más aún, lo que la pandemia nos ha redescubierto es la interconexión entre la salud de las personas, de los animales y el medio ambiente, lo que se conoce como el principio de *One Health* (una sola salud). Una idea que tiene mucho que ver con algo que desde Darwin se supone que debemos tener asumido, esto es, la continuidad de la vida, que rompe con el prejuicio de la superioridad especista²⁰. La toma de conciencia de ese *continuum* de la vida, a mi juicio, tiene mucho que ver con lo mejor de la noción de progreso, que es la exigencia de un desa-

¹⁸ La declaración, impulsada por el *Group de Recherches en Ethique Environnemental et Animal (GREEA) Ethics* se puede consultar en <https://greea.ca/en/nouvelles/montreal-declaration-on-animal-exploitation/>.

¹⁹ Cfr. por ejemplo, LATOUR, B., *Où atterrir. Comment s'orienter en politique*, La découverte, 2017.

²⁰ He intentado explicarlo en «La prioridad es la salud: ¿de quiénes?», https://www.infolibre.es/opinion/luces-rojas/prioridad-salud_1_1182426.html.

rrollo moral, jurídico y político, que nos hace tomar conciencia de ese bien que tenemos entre manos y respecto al cual a los seres humanos nos cabe una especial responsabilidad de proteger: la garantía de la vida, del equilibrio sostenible de la vida del planeta. Lo que nos hace humanos no un tipo de inteligencia, ni la capacidad de memoria, ni la conciencia de sufrimiento, ni la risa o el lenguaje. Es saber el valor de la vida de los otros, de «cualquier otro», y actuar de conformidad a ello. O, por mejor decir, esa es la idea regulativa que guía el progreso moral de la humanidad, a la que deben encaminarse el mejor Derecho, la mejor política: progresar consiste en aprender y llevar a la práctica esa exigencia de respeto a la vida. Progresar es hacernos más humanos, una tarea en la que, paradójicamente, podemos aprender mucho de los animales no humanos, de nuestra vida con ellos.

Hablar de derechos de los animales no humanos no significa reivindicar para los animales no humanos, ni para todos ellos sin precisiones ni especificaciones, todos y los mismos derechos que los que reconocemos a los seres humanos como titulares. Sólo a quienes optan por la vía de la caricatura, para ridiculizar la causa de los derechos de los animales no humanos se les ocurre semejante analogía evidentemente impropia. Los derechos que reivindicamos, ante todo, son los derechos a un trato digno, es decir, en primer lugar, a la eliminación de toda forma de crueldad, de violencia, en nuestro trato con ellos. Y ese progreso moral y jurídico se está abriendo camino, por ejemplo, con la tipificación del maltrato animal como delito, el reconocimiento de que los animales no son cosas, sino seres sintientes, la prohibición de la explotación animal y de la experimentación científica con animales, sin barrera alguna.

Finalmente, por lo que se refiere al impacto de las manifestaciones de movilidad humana, que es uno de los temas a los que he dedicado buena parte de mi trabajo de investigación, me parece claro que nos encontramos ante la última de las grandes barreras entre derechos humanos y derechos del ciudadano y la paradoja es que, conforme aumentan las causas que obligan a millones de personas a desplazarse de sus hogares para encontrar unas condiciones de vida digna, porque persiste la enorme desigualdad entre el norte y el sur por lo que se refiere a la garantía de derechos humanos básicos (salud, educación, trabajo, vivienda...), se reducen los instrumentos jurídicos que permiten vías legales, ordenadas y seguras para que estas personas puedan ser acogidas dignamente. Cada vez parece más claro, además, que la contraposición entre dos manifestaciones de la movilidad humana, los movimientos migratorios y los de «refugiados», se desdibujan en la medida en que buena parte de los movimientos migratorios no son libres, sino forzados. Esto es particularmente grave ante el incremento de los desplazamientos forzados como consecuencia del desorden climático, un fenómeno que se va a multiplicar en los próximos años. Y se acrecienta al mismo tiempo un estrechamiento en las condiciones para los más necesitados entre esos desplazados, me refiero a quienes

necesitan de la protección internacional que ofrece el asilo o la protección complementaria, esto es, a los refugiados.

A ese respecto, me parece muy importante la llamada de atención que se ha producido recientemente ante una terrible consecuencia de la guerra desatada por Putin contra Ucrania, la diáspora obligada de millones de ucranianos. La respuesta ofrecida por la Unión Europea permite hablar de una doble vara de medir en gestión jurídica y política ante a los refugiados. Cabe preguntarse ¿por qué esta movilización de esfuerzos, esta decidida voluntad política de concretar de forma tan generosa la solidaridad europea, de afrontar ahora sí y con decisión esta crisis de refugiados, a diferencia de cuanto sucedió en dos casos absolutamente similares? El contraste está en el tratamiento ofrecido a los desplazamientos masivos de personas que huían de la guerra en Siria y Afganistán. Reparemos en que en el caso de Siria se trata de una guerra que dura ya 11 años y que ha provocado que más de 13 millones de personas huyan de sus hogares: casi 7 millones desplazadas a otros puntos de Siria y más de 6 millones han abandonado su país. El fracaso de los intentos que hizo la Comisión en 2015 para asegurar un procedimiento de distribución de cuotas obligatorias de refugiados sirios entre los Estados miembros es un recuerdo lacerante de la ausencia de voluntad política, por no decir de la voluntad política de rechazo, de desentendimiento de la suerte de esos centenares de miles de personas. En cuanto a nuestra respuesta a los afganos ha sido, con todos los respetos, cicatera: no quiero desdeñar el esfuerzo realizado para evacuar y reubicar en la UE –en España se consiguió evacuar a 2.000, de los que 1.650 solicitaron asilo– a aquellos que trabajaban como colaboradores de nuestras embajadas en Kabul. Hay motivos para estar orgullosos de la eficacia y agilidad de esa operación humanitaria, insisto, pero la mayoría de los afganos –de las mujeres y niñas afganas– que sufren graves violaciones de sus derechos por parte del régimen talibán y que buscan como pueden refugio, no encontrarán la voluntad política de la UE. Podríamos añadir, por cierto, el caso de Venezuela: el régimen de Maduro ha generado, según los datos del ACNUR, un éxodo de más de 6 millones de personas. España es uno de los tres países de la UE que ha recibido más solicitudes de asilo o protección internacional por parte de esos desplazados venezolanos, más de 40.000 en 2019. El Gobierno español ha acudido a otorgarles una solución excepcional, un permiso de residencia de un año por razones humanitarias, pero, como ha puesto de manifiesto CEAR, el porcentaje de reconocimiento como refugiados es mínimo. Y hay que hacer constar que el entonces Defensor del Pueblo pidió al Gobierno que contemplase la activación de la directiva 2001, pero no se consideró procedente. Por no decir de cuanto sucede en las islas del

Egeo, en el Mediterráneo o en Canarias, donde parece naufragar reiteradamente cualquier atisbo de voluntad política europea²¹.

Ante la necesidad de explicación para la aparición de esta insólita voluntad política caben varias hipótesis. Una de las primeras consiste en tratar de entender el motor de solidaridad que aquí se ha manifestado. ¿Por qué esta explosión de solidaridad con los ucranios, que no se queda en proclamas retóricas o vagos sentimientos, sino que se concreta en la disposición a afrontar sacrificios concretos, no solo por parte de los ciudadanos de a pie que dan muestras de ello con una movilización nunca vista, sino también de las instituciones? Creo que puede servirnos la referencia a lo que se ha llamado la concepción liberal de solidaridad, propuesta por Richard Rorty en su influyente obra «Contingencia, ironía, solidaridad». Rorty se propone desnudar los límites de un universalismo solidario que, en el fondo, se queda las más de las veces en retórica, de acuerdo con el lema que se atribuye a un europeo de profunda convicción social, Jacques Delors: «no podemos cargar con toda la miseria del mundo». Para Rorty, la retórica universalista de los vínculos con la humanidad, con una esencia humana, muy asequible en la medida en que el propósito de mostrarse solidario con los que viven en el otro extremo del mundo queda satisfecho con gestos que no cuestan nada, no tiene capacidad para concretarse en deberes, en contribuciones concretas. Eso solo es posible desde un sentido más restringido y más local, que permite percibir con claridad nuestras similitudes en la experiencia del dolor y la humillación de otras personas y así incluirlas en el nosotros. Esto se activa con mayor capacidad cuanto esos sufrimientos los padecen quienes se encuentran más próximos al círculo del nosotros. Posibilita así asumir sacrificios, esfuerzos reales por ellos. El sufrimiento de los ucranios es eso, precisamente, un sufrimiento próximo. También porque los ucranios viven entre nosotros ya, con importantes comunidades en varios estados europeos (en España vive la cuarta por número). Un botón de muestra lo ofrecen las imágenes de reencuentro con los niños y adolescentes ucranianos que, para muchas familias –por ejemplo, en España– son de la familia, porque han vivido ya aquí con su familia de acogida, que los considera suyos.

En realidad, la respuesta de Rorty nos aproxima a la tesis más verosímil, la que han ofrecido la mayoría de los expertos que, siguiendo la navaja de Ockham, es la más sencilla. «Los ucranios –a diferencia de los afganos o de los sirios– son de los nuestros». Así lo explica el investigador del CIDOB Francesco Pasetti: «Como hemos visto en medios de comunicación, también por parte de representantes políticos, hay un relato y un juicio moral muy diferente a los que tuvimos tras la crisis

²¹ Así lo denominé en el ensayo en que analicé la tragedia de inmigrantes y refugiados en el Mediterráneo, y la ausencia de respuesta europea, con motivo de la crisis de 2015, un verdadero naufragio de los proclamados principios europeos, *Mediterráneo, el naufragio de Europa*, Tirant, 2015.

de 2015: ahora se trata de “nosotros”, no de “otros”, estas personas son “nuestros verdaderos refugiados”»²². Entendámonos: no es solo ni primordialmente porque sean rubios, con ojos azules y cristianos. También lo son, por ejemplo, buena parte de los rusos. Es que, sin admitirlos como europeos *tout court*, los vemos próximos a nosotros, los europeos. Y esa proximidad se debe también, aquí y ahora, a un interés geopolítico: a diferencia de los asiáticos o de los africanos «y de los rusos que son nuestros enemigos», los ucranianos son vistos ahora como enemigos de nuestro enemigo, el autócrata Putin. Por eso, sin ánimo alguno de ironía, ni menos aún de menoscabo a la terrible condición de refugiado –una situación en absoluto envidiable, que no puede desearse a nadie–, cabe decir que, en este momento y para nosotros, los ucranianos son «los refugiados por excelencia».

Esta razón entronca con la advertencia proclamada reiteradamente por el Alto Representante Borrell: la agresión de Putin ha actuado como acelerador de una nueva conciencia geopolítica de la UE (al igual que ha supuesto un punto de inflexión en la imagen y en el papel de la OTAN para los europeos). Y ello porque la UE ha dejado claro que la invasión de Ucrania por Putin es una guerra del populismo autoritario contra los valores de la democracia liberal que encarna la UE. Es decir, vemos a los ucranianos como víctimas de «una guerra que es nuestra guerra». Sí, es verdad que esa guerra, por ahora y afortunadamente, solo lo es en los términos de una guerra económica, que incluye la ayuda a la legítima defensa del Estado agredido en términos de ayuda humanitaria y ayuda armamentística a Ucrania, junto a un abanico de fuertes sanciones económicas. Todo ello, en el marco de la legalidad internacional definida por el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y sin renunciar al papel primordial de la diplomacia. Por eso, asumimos sacrificios en aras de su protección, porque «son de los nuestros».

Ahora bien, aun siendo de los nuestros, no son exactamente nosotros. Tenemos muy claro que ni forman parte de la UE, ni de la OTAN. Los queremos, sí, pero no tanto como, por ejemplo, para imponer una zona de exclusión aérea que abra el riesgo de un enfrentamiento directo que, por lo que dicen los dos gallitos –Putin y Biden– (el tercero, China, guarda silencio y probablemente es el que obtendrá más beneficio de este desastre), sería una tercera guerra mundial con recurso a armamento nuclear. Pero no quiero finalizar sin referirme a otro factor de la aparición de esa voluntad política, que podría describirse como la «paradoja boomerang de los “refugiados europeos”», un argumento que está en el núcleo mismo del sistema de protección internacional a las personas que necesitan encontrar «refugio».

²² Cfr. PASETTI, F., <https://elpais.com/internacional/2022-03-14/por-que-huir-de-ucrania-no-es-huir-de-siria.html>.

A propósito de la diáspora ucraniana, se ha hecho referencia a menudo en estos días a otros «éxodos europeos». Por ejemplo, los que causaron las guerras en la antigua Yugoslavia durante la década de los años 90, con especial brutalidad en Bosnia y Kosovo. Se calcula que dos millones y medio de personas huyeron de sus hogares como consecuencia de esos conflictos y fueron recibidos por diferentes Estados de la Unión Europea, incluida España. En realidad, la referencia inicial obliga a remontarse a los desplazamientos masivos de europeos tras la primera y sobre todo la segunda guerra mundial. Lo mismo sucedía con el mandato del ACNUR, que se preveía por solo tres años, el tiempo necesario para reasentar a esos ciudadanos europeos desplazados de sus hogares.

Precisamente ahí reside la paradoja: el derecho internacional de refugiados cuyo núcleo es la Convención de Ginebra de 1951, y la aparición misma de la Agencia de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) en 1952, una agencia cuyo antecedente fue la Organización Internacional de los Refugiados creada en 1946, se vinculan directamente con el objetivo de proteger a esos «europeos» que se habían visto obligados a huir de sus hogares. De hecho, la Convención nace con una limitación geográfica (territorio europeo) y temporal (hechos acontecidos antes de 1951). El mandato del ACNUR se limitaba a tres años, los que se entendían necesarios para reasentar a esa diáspora europea. Por eso, más de una vez ha habido quien se ha preguntado si esa Convención y esa Agencia habrían nacido y tendrían los perfiles que tienen hoy si no se hubiera tratado precisamente de atender a una demanda que se veía primordialmente como europea. Pero lo importante es que, casi de inmediato, apenas quince años después, tanto el Derecho internacional de refugiados como el ACNUR adquirieron un alcance universal. Ello fue posible merced a la adopción del segundo elemento nuclear del Derecho internacional de refugiados, el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, que se adoptó en Nueva York en 1967 y que eliminó el restringido ámbito territorial y temporal de la Convención, permitiendo su proyección universal. Dicho de otro modo: lo que nació a impulsos del drama europeo, se proyecta a todos los refugiados, o, para hablar con mayor propiedad, a todas las personas a las que es necesario ofrecer la protección internacional propia de la condición de refugiados (titulares del derecho de asilo o de la protección internacional subsidiaria). Todos ellos lo son por igual, sea cual fuere el país del que son ciudadanos, sus características étnicas, nacionales, religiosas... con tal de que se acredite que se han visto forzados a abandonarlo por sufrir persecución que les pone en serio peligro, por parte de su propio Estado, o sin que el Estado del que son ciudadanos los proteja. Lo que me interesa destacar es que la Convención de Ginebra no admite refugiados de primera o segunda clase. Como establece su artículo 3, cualquier discriminación por razones geográficas o de otro tipo es contraria al espíritu mismo de ese instrumento jurídico.

Sin embargo, pareciera que en la actual coyuntura se refuerza de nuevo la preferencia europea, como en un efecto boomerang. Y no solo porque las fuerzas de extrema derecha, en Polonia, Hungría, Alemania, Italia o España clamen por los «verdaderos y buenos refugiados», los que están libres del estigma de sospecha de ser ejército de reserva del yihadismo, como sostiene VOX. Es que gobiernos tan respetados como el danés practican abiertamente esa discriminación, al adoptar medidas para restringir los derechos de los refugiados sirios –medidas que ha anunciado que no aplicará a los ucranios– y que son, hay que denunciarlo, contrarias a la Convención de Viena, clave del derecho de los refugiados²³. La conclusión que cabe sostener es muy clara: de acuerdo con la legalidad internacional, resulta inadmisibles una discriminación entre personas a las que se reconozca como refugiados, por el hecho de que pertenezcan a una confesión religiosa, como pretendieron los gobiernos de Polonia y Hungría con motivo de la crisis de refugiados de 2015, vinculada a la evolución de la guerra de Siria (y, en menor medida, a la situación de Afganistán), al tratarse en su mayoría de personas de fe musulmana. Tampoco por razones geográficas. Y precisamente por eso resulta difícil justificar que la activación de la directiva solo se haya producido a favor de los ucranianos²⁴. Necesitamos respuestas jurídicas que amplíen la protección jurídica –nacional e internacional– de todos los derechos a todos los sujetos de esos desplazamientos, especialmente de los forzosos, comenzando por esos lugares de no-Derecho en que se han convertido las fronteras.

²³ Cfr. por ejemplo, <https://www.nytimes.com/interactive/2022/03/07/world/europe/Syrian-Asylum-Seekers-in-Denmark.html?smtyp=cur&smid=tw-nytimesworld>. Sobre ello, DE LUCAS, J., *Dinamarca: el escándalo de una ley que desnaturaliza el asilo*, La Marea, junio 2021, <https://www.lamarea.com/2021/07/06/dinamarca-la-sorpresa-de-una-ley-que-desnaturaliza-el-asilo/>.

²⁴ Para despejar cualquier duda, quiero dejar claro que no discuto que se active la directiva ahora, ante el horror que les obliga a huir. Digo que, a mi juicio, es injustificable desde el punto de vista de la observancia del derecho internacional de refugiados que no se hiciera en su momento, que no se haga ahora lo mismo, respecto a sirios y afganos.

El *Anuario de Filosofía del Derecho* de 2006 a 2016

The Anuario de Filosofía del Derecho from 2006 to 2016

Por MARÍA JOSÉ AÑÓN
Universitat de València

RESUMEN

Con motivo del setenta aniversario del Anuario de Filosofía del Derecho, el texto da cuenta de los años 2006 a 2016. Década en la que tuve la responsabilidad de su dirección. De forma sucinta trato de relatar los objetivos que orientaron algunos de los cambios en la revista, en particular en los procesos de edición y publicación y preservaron el legado que constituye esta revista iusfilosófica.

Palabras clave: Anuario de Filosofía del Derecho, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, revistas académicas, consejo de edición.

ABSTRACT

On the seventieth anniversary of the Anuario de Filosofía del Derecho, the text gives an account of the journal from 2006 to 2016. During that decade I was a member of the Editorial Board. Briefly I try to relate the objectives that guided some of the changes in the journal, particularly in the editing and publication processes and preserved the legacy that constitutes this specialized journal of legal philosophy.

Keywords: Yearbook of Philosophy of Law, Spanish Society of Legal and Political Philosophy, Academic journal, Editorial board.

Asumí la dirección del *Anuario de Filosofía del Derecho* en 2006 como continuación de la labor del profesor Javier de Lucas y tras haber formado parte durante varios años del consejo de redacción. Aunque ya estaba familiarizada con la revista sin duda fue un reto, e impuso un cierto vértigo aceptar la dirección de una publicación con una trayectoria tan extensa y un significado tan relevante entre nuestra comunidad iusfilosófica.

Aunque alguna dificultad entorpeció el inicio de esta etapa, el proyecto implicó al equipo de profesores y profesoras del consejo de redacción y del consejo asesor de la revista, configurado mayoritariamente por quienes integraban la Junta de la Sociedad de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), juntos aceptamos el compromiso que su puesta en valor exigía. Sin duda, esta es una de las características distintivas de esta publicación, que se encuentra respaldada por una comunidad académica y iusfilosófica. Ahora bien, si hubo una persona clave en la orientación del «Anuario» fue el profesor Mario Ruiz con quien compartí un mismo proyecto. Con posterioridad sería el director del «Anuario» en 2016, 2017 y 2018, año en el que falleció, dejando a medias una carrera académica de forma abrupta y a nosotros afligidos y desconcertados.

No fue, por tanto, una tarea en la que me embarqué sola, sino una andadura cooperativa. Contando siempre con la interacción y el apoyo de la Junta de la Sociedad, presidida durante los años de mi mandato por Francesca Puigpelat, Javier Ansuátegui y Ana Rubio, las decisiones sobre la orientación o los cambios en la revista fueron abordadas conjuntamente. Así, entre las decisiones y momentos relevantes de la revista, quisiera destacar algunos en los que se lograron ciertas transformaciones. Por iniciativa de José Calvo y de Javier Ansuátegui que formaban parte en aquel momento de la Junta, se planteó a la Sociedad el proyecto de editar un CD del «Anuario» escaneando todos los fondos de la revista desde 1953 a 2004. Iniciativa que el Ministerio de Justicia y, en concreto, la subdirectora general de publicaciones, Carmen Sañudo impulsó y que finalmente se materializó en 2006. Fuimos así el primer «Anuario» de los que es responsable el Ministerio de Justicia que tuvo sus fondos accesibles para la comunidad académica y que facilitó enormemente el tránsito a que la revista se publicara tanto en la modalidad en papel como en la web del BOE. En aquel momento, aproximadamente 2014, tanto la Junta como Mario Ruiz y yo teníamos la idea clara de que había que ir un paso más. No se trataba solo de que la web del Ministerio publicara todos los números del «Anuario», aunque este objetivo era importante y consiguió una gran difusión de los contenidos de la revista. Nosotros hubiéramos querido que junto a la revista en papel se consolidara una revista *online* con todas las propiedades de una publicación académica. Hubimos de conformarnos con este paso intermedio que, no obstante, tuvo su valor. Junto a ello, inicialmente había un periodo demasiado largo entre la publicación en papel y el alojamiento de los artículos en

la web del BOE, que desde hace unos pocos años ya no se produce. Previsiblemente en breve la revista adopte la morfología y los rasgos de una publicación en algún sistema homologable de *open journal system* o de acceso abierto digital. Otro paso muy significativo, propiciado por el profesor José Martínez de Pisón fue la firma del convenio con la Fundación Dialnet en abril de 2013 que pasó a incorporar todos los números de la revista en su plataforma desde 1953 a 2010. Por otra parte, en julio de 2014, la revista obtuvo el Sello de calidad de revistas científicas españolas (FECYT) en su cuarta convocatoria. De 355 solicitudes, obtuvimos el sello 98 publicaciones. Junto a las valoraciones cuantitativas, se incluyó un informe positivo razonado sobre la revista. El impulso que ha acompañado estos y otros pasos, como ha sido la inclusión de la publicación en bases de datos generales y especializadas, bases de datos de citas y recursos de evaluación, ha tratado de mejorar la calidad del contenido de la revista, al que me referiré después, ha permitido que los cambios se proyectaran en las vías de comunicación y el acceso a nuestra producción científica.

Como he señalado al inicio, merece ser subrayado el hecho de tratarse de una revista que tiene tras de sí una sociedad científica y académica, aunque no fue así desde el inicio. La Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP) se constituyó en 1995. Momento en que se aprobaron sus primeros estatutos y que declaran fines propios: «el fomento de la investigación y la enseñanza de la filosofía jurídica y social, así como el progreso científico y la colaboración profesional de sus miembros. Aspectos que procurará en colaboración con las sociedades nacionales o extranjeras en las que se cultiva la filosofía jurídica y política o que se propongan fines similares a los suyos». El «Anuario» es así expresión de las finalidades de la sociedad que promueve la discusión académica y filosófico-jurídica, contrastar el estado de la disciplina, plasmar los temas en los que comunidad académica trabaja. Esta relación explica también que en la revista se publiquen las ponencias de las jornadas que reúnen a la sociedad anualmente, durante un periodo de tiempo y con posterioridad cada dos años. Entre ellas, podemos recordar: «problemas actuales de la Filosofía del Derecho (2007), claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI, (2009), tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico (2014), cuestiones abiertas de filosofía del derecho (2016).» La imbricación entre el «Anuario» y la Sociedad cumple también una finalidad inestimable en la medida en que abre posibilidades de participación y publicación a las distintas generaciones de jóvenes desde el momento en que se inician en la investigación y en la docencia en el área de conocimiento.

La estructura del «Anuario» ha experimentado algunos cambios. Tradicionalmente ha contado con distintas secciones: monográfica, estudios de filosofía del derecho, estudios de teoría del derecho, debate o crítica bibliográfica, reseñas, necrológica, noticias sobre congresos, reuniones o seminarios académicos y otros.

El periodo de 2006 a 2016 estuvo caracterizado por mantener la sección monográfica a través de la publicación, como ya he señalado anteriormente, de las ponencias en las jornadas bianuales de la SEFJP, o bien con un tema monográfico en los años alternos: «la filosofía jurídica y política en John Stuart Mill (2006), deontología de las profesiones jurídicas (2008-2009), *Principia iuris* de Luigi Ferrajoli (2013), Racionalidad en el Derecho (2015).»

La sección de estudios ha estado orientada de forma continuada a publicar artículos de teoría, filosofía jurídica. Este apartado de cada volumen incorpora así artículos que forman parte del amplio o amplísimo abanico de cuestiones que pueden ser objeto de análisis desde nuestra área de conocimiento. La teoría y filosofía jurídica constituyen un paraguas que cobija contribuciones de historia del pensamiento jurídico, filosofía analítica, estatuto epistemológico de la filosofía y la ciencia del derecho, interpretación jurídica, legitimidad de las instituciones jurídicas, paradigma constitucionalista, derechos humanos, derecho y perspectiva de género, argumentación, derecho y nuevas tecnologías, derecho y cine, literatura. Sin duda, esta sección de la revista es expresión de la pluralidad de temas y enfoques de la filosofía jurídica que como reflexión metajurídica puede acoger, siempre que sea capaz de proporcionar un punto de vista reflexivo y crítico, analíticamente riguroso, epistemológicamente adecuado y suficientemente justificado.

Otra sección de la revista destacada fue la de debates que partían básicamente de una crítica bibliográfica. Así, Ricardo García Manrique y Gerardo Pisarello, a propósito del libro del último, «Derechos sociales y sus garantías». Luis Prieto y Josep María Vilajosana entorno al libro del segundo, «Identificación y justificación del Derecho». José Juan Moreso y Roberto Jiménez Cano sobre «Una metateoría del positivismo jurídico» de Jiménez Cano. Rafael Ramis y Alfonso Ruiz Miguel a propósito del libro de este último, «Laicismo y Constitución». Rafael Rodríguez Prieto e Isabel Lucena Cid debatieron sobre «La ontología política de J. Searle». Se trata de un ámbito de la revista que fue perdiendo protagonismo, a pesar de su interés, y que quizá no pude o no supe mantener con el empeño suficiente.

La revista tradicionalmente ha incluido una sección de reseñas que siempre ha sido muy valorada por autores y autoras. Finalmente, un apartado de noticias dedicado a dar cuenta de los acontecimientos más destacados, fundamentalmente congresos y seminarios en torno a la filosofía jurídica en el ámbito nacional. Durante esa década dimos cuenta de la realización de los congresos organizados por la SEFJP: Universidad de Alcalá en 2007, Universidad de La Rioja en 2009, Universidad de Jaén 2011, Universidad de Cantabria 2013, UNED 2015. Así como de los congresos auspiciados por la *International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy* (IVR), fundada en 1909. También en este apartado de la revista se ha dedicado un lugar al obituario que quiere ser un homenaje a profesores que han dejado tras de sí una importante herencia intelectual, testimonial y académica. El Anuario durante la

década 2006-2016 reconoció a Miguel Reale (2006), Jesús González Amuchástegui, Joaquín Herrera, Joaquín Ruiz Jiménez y Neil MacCormick en 2009, Ernesto Martínez Díaz de Guereñu en 2011, Gregorio Peces Barba, Nicolás María López Calera (2012), Ronald Dworkin en 2013, Willem Johannes Witteveen (2014) y a José Luis Serrano en 2015.

A lo largo de este periodo pretendimos garantizar que el contenido de lo publicado constituyera el principal valor de la revista. Sin bien, no es posible desvincular el contenido de la revista del conjunto de condiciones formales y procedimentales que hacen de ella una publicación reconocida a través de criterios comunes estandarizados. Es cierto que no todas las condiciones que se exigen de las revistas tienen la misma incidencia en su calidad final, ni están exentas de críticas. La parte positiva es que las revistas españolas han ido convergiendo o adecuándose, especialmente en la primera década del siglo XXI, a las normas internacionales de presentación de publicaciones periódicas, a la presencia en bases de datos internacionales, a las pautas de periodicidad y pervivencia, análisis de citas y estudio de los hábitos de publicación de quienes investigan que, sin duda han ido modificando los usos del profesorado de derecho y de filosofía jurídica también.

En todo caso, el elemento que cuenta con mayor peso es el proceso de valoración por pares externos. Una responsabilidad compartida entre el consejo de redacción en la elección de especialistas en relación con cada uno de los artículos presentados, así como el rigor y la seriedad por parte de quienes asumen realizar los informes para llevar a cabo esta tarea. En este aspecto, no puedo sino agradecer el compromiso de la gran mayoría de quienes formamos el área de filosofía jurídica en nuestro país, así como en el ámbito latinoamericano por formar parte de este proceso que constituye la garantía más decisiva y completa de la publicación.

La revista es tanto un documento, cuanto un fenómeno comunicativo donde la calidad está vinculada a transmitir el mensaje científico. Todo ello comporta un engranaje de órganos de control, de evaluación científica, aspectos técnicos de producción y distribución de los que dispone el «Anuario». Orientado en conjunto a que quienes se proponen publicar en la revista vean cumplidas sus expectativas de que el trabajo será valorado con objetividad y rigor editado cuidadosamente, difundido por cauces idóneos y que podrá obtener reconocimiento en el ámbito académico.

Finalizaré tal como empecé. Para cualquier docente o investigador del área de Filosofía del Derecho es un honor –y, sin duda, también un importante desafío– asumir la dirección de una revista de larga trayectoria que en el seno de nuestra comunidad científica se considera una publicación de calidad contrastada. No siempre ha sido posible mantener la revista como un legado e impulsar, tal como hubiera sido nuestro deseo, las transformaciones necesarias para una revista especializada como es el *Anuario de Filosofía del Derecho*. En todo caso, corresponde a la academia realizar esta valoración.

Una reflexión sobre el *Anuario de Filosofía del Derecho* en su 70 aniversario (1953-2023)

A reflection on the Anuario de Filosofía del Derecho in its 70th anniversary

Por ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

RESUMEN

Este artículo es un homenaje al Anuario de Filosofía del Derecho en su 70 aniversario. La finalidad no es otra que, desde un recorrido panorámico y necesariamente abreviado por su historia, poner en valor esta publicación pionera en su ámbito, la más antigua de esta disciplina en España. Se trata también de reconocer el esfuerzo de todas las personas que, con sus constantes, desinteresadas y generosas aportaciones a esta revista, contribuyen a que la Filosofía del Derecho, desde los múltiples temas que aborda, sea una materia y un ámbito de investigación imprescindible.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, revista científica, recorrido histórico, España

ABSTRACT

This article is a tribute to the Anuario de Filosofía del Derecho in its 70th anniversary. The purpose is none other than, from a panoramic and necessarily abbreviated tour by its history, to value this pioneering publication in its field, the oldest in this discipline in Spain. It is also about

acknowledging the effort of all the people who, with their constant, selfless and generous contributions to this journal, contribute to the fact that the Philosophy of Law, from the multiple topics it addresses, is an essential subject and field of research.

Keywords: Philosophy of Law, scientific journal, historical journey, Spain.

SUMARIO: 1. EL ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO: SUS ORÍGENES. – 2. EL VÍNCULO ENTRE EL ANUARIO Y LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA. – 3. LA NUEVA ÉPOCA DEL ANUARIO: 1984-1995. – 4. LA NUEVA ÉPOCA DEL ANUARIO: 1996-2023. – 5. EL IMPACTO DE LAS INDEXACIONES DE LAS REVISTAS Y EL FUTURO DEL ANUARIO.

SUMMARY: 1. THE ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO: ITS ORIGINS. – 2. THE LINK BETWEEN THE ANUARIO AND THE SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA. – 3. THE NEW ERA OF THE ANUARIO: 1984-1995. – 4. THE NEW ERA OF THE ANUARIO: 1996-2023. – 5. THE IMPACT OF THE INDEXING OF THE JOURNAL AND THE FUTURE OF THE ANUARIO.

1. EL ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO: SUS ORÍGENES

El 70 aniversario del Anuario de Filosofía del Derecho invita a reflexionar sobre el papel que ha desempeñado esta revista en el desarrollo de la disciplina iusfilosófica y el impacto que ha tenido como lugar de encuentro y reflexión. El viaje en el tiempo que este trabajo propone tiene como objetivo evidenciar que el Anuario ha sido, y es, un foro que aglutina contribuciones capaces de incidir de forma crítica y rigurosa en cuestiones fundamentales y de mostrar la gran riqueza de nuestra área de conocimiento, así como su fortaleza, en cuanto fuente inspiradora del debate sobre el Derecho.

El Anuario de Filosofía del Derecho empezó a publicarse en 1953 bajo la dirección del profesor Gómez Arboleya al amparo del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y con la ayuda del entonces Ministerio de Educación Nacional. En este momento, esta revista ya se presentaba como una primicia en lengua española dentro de su ámbito y como una publicación anual llamada a aglutinar el amplio espectro de la Filosofía del Derecho. Este autor enmarcaba el inicio de la revista en un nuevo mundo que «se diseña sobre el horizonte histórico» y que venía caracterizado por «concentraciones ingentes de poder» extensivo e intensivo inéditas en la historia universal. Desde esa perspectiva profetizó la llegada de la globalización y el poder de los mercados

cuando anunció el advenimiento de una «era de masas» en la que el desarrollo de la técnica promovería organizaciones económicas transnacionales que se convertirían en «nuevos poderes». Ante esta situación, se advertía de que el problema del derecho y su planteamiento no debía hacer referencia a cuestión filosófica específica o un problema técnico, si no a la necesidad de plantearnos el «problema» del ser humano contemporáneo¹.

Desde sus inicios el Anuario ha dedicado una sección central a los estudios sobre cuestiones vinculadas a la Filosofía del Derecho, y otras destinadas a las reseñas y noticias de libros, incluyendo en algunos de sus tomos un anuario de revista que hacía referencia a otras publicaciones. Esta estructuración ha permitido que el Anuario haya sido, y siga siendo, un instrumento idóneo para conocer las diferentes posturas doctrinales, los debates académicos más actuales y las permanentes novedades bibliográficas.

En el período comprendido entre 1953 y 1977 el Anuario se publicó anualmente de manera rigurosa, aglutinando de manera excepcional dos años en 1958-1959, 1964-1965, 1967-1968, 1971-1972, 1973-1974, 1976-1977. La publicación se interrumpió entre los años 1978 y 1983, retomándose en 1984 cuando empieza la nueva época. Ese descanso involuntario, no justificado en ninguno de los tomos de la revista, se debe en buena medida a las circunstancias históricas que se vivieron en el contexto español que dieron paso a la actual Constitución de 1978.

En esta primera época del Anuario (1953-1977) esos nuevos poderes y estructuras supranacionales a las que ya se aludía en el tomo inicial, ocupan también un lugar central en los artículos de estas más de dos décadas en los que se explicita la crisis del Estado moderno y el concepto de soberanía, aludiendo a la compatibilidad de la soberanía de los Estados y a la existencia del derecho internacional². Se apunta ya en este momento la consideración del derecho natural como el problema central de la ética y de la filosofía del derecho «en nuestros días», aunque no como una cuestión unánime, y su «eterno retorno»³.

Ya entonces se denunciaba la tendencia economicista de la ciencia del derecho a la que habrían contribuido las posiciones formalistas del derecho. Así como en el pasado la teología predominaba sobre las demás ciencias y se negaba la sustantividad del Derecho, ahora, con grandes triunfos de la técnica y graves problemas sociales, una parte de la doctrina considera que se trata de menoscabar la

¹ GÓMEZ ARBOLEYA, E., «Presentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, I, 1953, pp. 1-4.

² TRUYOL SERRA, A., «Soberanía del Estado y Derecho internacional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1958-1959, pp. 49-70, en p. 57.

³ ASÍS ROIG, A. de, «Sobre la problemática del Derecho natural», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1958-1959, pp. 111-156.

independencia jurídica, reduciéndola a simple reflejo de la realidad económica. En la actualidad persiste esa relación entre economía y Derecho desde una mutua compenetración, a pesar de su independencia recíproca, que asume la configuración de la economía como una relación interhumana para la planificación y el intercambio de los bienes, dentro de una lógica subordinación (o si se quiere ahora coordinación) al Derecho, como principio ordenador en el ámbito de una jerarquía de valores que responden a las exigencias de la naturaleza humana⁴.

En 1960 comienza la dirección del Anuario por parte del profesor Legaz Lacambra, quien inaugura este tomo con un sentido recuerdo a su predecesor Gómez Arboleya y explícitamente declaraba seguir con esa misma voluntad de «llenar nuestras vidas, con pasión de teoría y... poner en nuestros empeños intelectuales el afán de la obra bien hecha»⁵.

En esta década observamos intentos por conceptualizar y definir el término de filosofía política por parte de Treves. Este autor la entiende como metodología de la ciencia política, desde los postulados de Weber, de tal manera que ayuda al individuo a darse cuenta del significado último de su propio obrar y se coloca también al servicio de potencias éticas porque promueve el deber, la claridad y el sentido de responsabilidad⁶.

La pedagogía en la enseñanza de nuestra materia ocupa también un lugar destacado en la revista. En ese sentido, como recuerda Sánchez de la Torre frente al dogmatismo de las escuelas jurídicas, la conciencia crítica exige perder el miedo y afirmar que el método filosófico debe sustentarse en una investigación sin presupuestos cuyo ambiente propicio es el de la reunión de puntos de vista dispares, donde surjan la ocasión y el estímulo de la superación⁷.

La reflexión sobre la Filosofía del Derecho y su individualidad respecto a otras ciencias es una constante en los trabajos que recoge el Anuario. En ese sentido, por ejemplo, Vecchio considera la Filosofía del Derecho como «aquella disciplina que define el concepto del Derecho en su forma lógica, investiga los caracteres generales de su desenvolvimiento histórico y deduce, mediante la pura razón, el ideal de justicia, válido como criterio y modelo respecto al Derecho positivo y a sus posibles imperfecciones»⁸.

⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., «Economía y Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1958-1959, pp. 225-244, en pp. 225 y 244.

⁵ LEGAZ LACAMBRA, L., «In memoriam: Enrique Gómez Arboleya», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1960, pp. 1-4, en p. 4.

⁶ TREVES, R., «En torno a la noción de Filosofía Política», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1960, pp. 35-50, en p. 45.

⁷ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «La pedagogía iusfilosófica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1960, pp. 221-266, en pp. 221-222.

⁸ VECCHIO, G. del, «Filosofía del Derecho en compendio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1961, pp. 19-46, en p. 19.

La referencia a los totalitarismos también se abre paso en la reflexión de esta revista. Elías Díaz aporta un profundo análisis acerca de la relación y tensión entre Estado e individuo, que llega hasta nuestros días, como problema político general, que se puede abordar desde la perspectiva personalista o transpersonalista. En la primera el hombre es el fin y el Estado el medio y en la segunda a la inversa, aunque las posiciones transpersonalistas o totalitarias no suelen expresar tan explícitamente esa reducción del individuo a instrumento o medio del Estado, pero dan lugar a ideologías de Estados totalitarios reales e históricos⁹.

La reflexión del volumen de 1962 se ocupa de nuevo de la importancia del derecho natural y su conexión con el derecho positivo. La referencia a los derechos humanos aparece también en esta época y será una temática recurrente desde entonces. En este primer momento González Casanova, quizá desde una perspectiva más cercana a la ética que al Derecho, realiza una crítica sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la cual califica de «componente terminológica que permite un acuerdo teórico e impide una realización práctica a escala planetaria». Sin embargo, y a pesar del predominio liberal que la impregna y de lo que considera sus deficiencias, la alaba como un instrumento que proporciona los puntos mínimos de entendimiento ético y de moral práctica necesarios para abordar la inaplazable tarea de realizar los derechos humanos¹⁰.

El número de 1964-1965 recoge una variedad de trabajos que da buena cuenta de la riqueza de la doctrina en esta disciplina. Como muestra, el estudio de Del Vecchio aborda el problema de las relaciones entre el hombre y la naturaleza desde la dualidad de dos puntos de vista aparentemente opuestos, pero donde cada uno de los cuales tiene una parte de razón. Por un lado, el hombre es una parte de la naturaleza y se halla comprendido en ella; por otro lado, es el hombre el que comprende la naturaleza, lo que supone que esta es una idea o representación humana. Ninguna de las dos perspectivas puede rechazarse de manera que hay que analizar si pueden unificarse y en qué forma¹¹. Otros temas de gran calado que completan este volumen son: el logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho de Recasens; el derecho en términos de acción: estructura lógico-ontológica exacta de la obligatoriedad jurídica de Abril; la naturaleza humana como fundamento del Derecho de Vela; y la escuela egológica y su posición contra el Derecho natural de Peidró.

⁹ DÍAZ, E., «Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1961, pp. 77-118.

¹⁰ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., «Las declaraciones de los derechos humanos y la encíclica *Pacem in terris*», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1963, pp. 201-256.

¹¹ VECCHIO, G. del, «El hombre y la naturaleza», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1964-1965, pp. 1-10.

El Anuario de 1966 aborda diferentes cuestiones vinculadas al ámbito de la cultura y vuelve sobre la importancia de la teoría general del derecho. En ese análisis, Luño Peña mantiene que de la dogmática se ha pasado ya a la problemática de la filosofía del derecho gracias a la teoría general del Derecho, desde el constante diálogo colaborativo entre el jurista y el filósofo del Derecho dentro del proceso de la unidad problemática y dinámica del saber jurídico¹².

El volumen de los años 1967-1968 recoge las comunicaciones del II Congreso de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social que abordan cuestiones vinculadas a la relación entre dialéctica y Derecho, y otras sobre las transformaciones del Derecho. Desde este momento se afianza la relación que continúa hasta nuestros días entre esta revista y la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, como se analizará posteriormente. El número de 1969 continúa recogiendo trabajos sobre los problemas esenciales de la filosofía del Derecho como la ontología jurídica, o el deber jurídico y la obligación de obediencia al derecho.

Entre 1970 y 1975 se aglutinan diferentes volúmenes dobles hasta la reaparición del Anuario en 1984. En el año 1970 se dedica un apartado al pensamiento de destacados autores de esta disciplina. Como mantiene Pérez Luño la crítica iusfilosófica se lleva a cabo «iusfilosofando» sobre las obras de la Filosofía del Derecho¹³.

En el número de 1971-1972 se recoge el pensamiento de autores tan diversos como Otto von Gierke, Giorgio del Vecchio, Antonio Hernández Gil y Kelsen. El trabajo sobre este último autor¹⁴, en el noventa aniversario, muestra el carácter perenne de la teoría pura del Derecho, cuyo impacto llega hasta nuestros días.

La función del Derecho y las ideologías jurídicas; las funciones del Derecho en las sociedades y las funciones del Derecho desde el punto de vista del donde, son los temas que aglutina la revista en 1973-1974.

El volumen de 1975 por una parte, y el número de 1976-1977 por otra, cierran esta primera etapa del Anuario conjugando el estudio de autores como Pierre Teilhard de Chardin, Alf Ross, Ángel Amor Ruibal, Santo Tomás de Aquino, Francisco Suárez, Savigny y la polémica entre Kelsen y Ehrlich; con temas intemporales de la Filosofía del Derecho tales como la objetividad del Estado, el saber científico y el filosófico, el deber ser y la relación entre Derecho y acción desde la acción creadora o remodeladora del Derecho¹⁵.

¹² LUÑO PEÑA, E., «Problemática jurídica y filosófica del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1966, pp. 69-74.

¹³ PÉREZ LUÑO, A. E., «El pensamiento jurídico y social del profesor Luño Peña», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV, 1970, pp. 11-34, en p. 12.

¹⁴ LEGAZ LACAMBRA, L., «Kelsen hoy», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI, 1971-1972, pp. 77-92.

¹⁵ LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J., «Derecho y acción», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX, 1976-1977, pp. 283-288.

2. EL VÍNCULO ENTRE EL ANUARIO Y LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA

No puede entenderse el alcance y la supervivencia del Anuario hasta nuestros días, así como su esencia en cuanto publicación abierta, rigurosa y de referencia, sin la decidida labor que ha realizado a lo largo de estas décadas la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP). Como señala el artículo 1 de sus estatutos¹⁶, la Sociedad es una asociación privada de ámbito estatal y de carácter no lucrativo, que se constituye bajo el amparo de la legislación española y adscrita a la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)*.

La Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política fue creada en 1963 y se denominaba originariamente Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social. Asumió su primera presidencia el profesor Luis Legaz Lacambra, que como se ha señalado era por aquel entonces el director del Anuario. A este le sucedieron los profesores y profesoras: Agustín de Asís Garrote, José Delgado Pinto, Nicolás López Calera, Gregorio Peces-Barba Hernández, Benito de Castro Cid, Francesca Puigpelat Martí, Carlos Alarcón Cabrera, Javier Ansuátegui Roig, Ana Rubio Castro y, en la actualidad, Juana María Gil Ruiz.

Las actas de la Sociedad, desde la fecha en la que están disponibles (1995), dan buena cuenta de lo que ha sido la evolución de la Filosofía del Derecho en España y, con ella, el Anuario como revista de referencia. A la inversa, la parte histórica de la Sociedad que no se puede reconstruir por la ausencia de actas, se descifra en las presentaciones de los Anuarios que se hacen desde su dirección, como se ha indicado en el epígrafe anterior y como se verá en el siguiente apartado.

La primera acta de 1995 ya recogía el informe del director del Anuario, en ese momento el profesor Gil Cremades. En ella, se informó de la situación en que se encontraba el número del Anuario de 1995, para el que se presentaron un elevado número de originales que obligaron al entonces el Consejo de Redacción a fijar los criterios de selección. Asimismo, se hizo referencia al criterio de elección del cargo de director de la publicación, que en este momento se realizaba directamente por el Ministerio de Justicia. La novedad, en lo que a la revista se refiere, consistía en el hecho de que, tras la firma y entrada en vigor del Convenio con dicha entidad, el director sería nombrado

¹⁶ Estatutos de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, aprobados por la Asamblea General en la sesión del día 5 de abril de 1995, celebrada en Getafe; modificados (en la denominación de la Sociedad) por la Asamblea General en la sesión del día 21 de marzo de 1997, celebrada en Toledo; y reformados (por imperativo legal para su adaptación a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación) en la Asamblea General Extraordinaria del 30 de marzo de 2007, celebrada en Alcalá de Henares. Disponibles en: <https://www.filosofiadelderecho.org/estatutos/> consultado: 1.10.2022.

por el Ministerio a propuesta de la Junta Directiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (ahora Política), tal como sigue sucediendo en la actualidad.

En este momento, se aludía a una preocupación que se arrastra hasta nuestros días: la relativa a los costes de la edición, y se proponía que se tomaran medidas generales estrictas respecto a la extensión que deberían tener los originales, para salvaguardar la publicación. El límite en la extensión de la publicación es ya desde entonces un acuerdo que asume el Consejo de Redacción a quién le corresponde en la actualidad revisar los originales presentados, asegurarse de que son inéditos, someterlos a evaluación mediante el sistema de «doble referree» entre iguales manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos y tomar las correspondientes decisiones.

En esta misma sesión de 1995 se abordaron cuestiones significativas para el futuro de nuestra área. Así se presentó la propuesta de ratificación sobre el borrador de áreas de conocimiento en el que ya se contemplaba la separación entre Filosofía del Derecho y Filosofía Moral, según la propuesta aprobada en la Asamblea de Santiago de Compostela. El profesor Peces-Barba, propuso dos acuerdos: «1. ratificar la voluntad de la Sociedad sobre que la Filosofía del Derecho fuera un área independiente, y 2. poner de manifiesto ante las instancias pertinentes que la Filosofía Política había sido siempre un tipo de conocimiento y de enseñanza vinculada con la Filosofía del Derecho, por lo que se debería intentar tener un acceso abierto a dicha área e incluso proponer la separación de ésta respecto de la Filosofía Moral». La segregación de áreas no fue una decisión unánime, en la medida en que existían profesores que alegaban su colaboración activa en el área de Filosofía Moral, por lo que proponían que se mantuviera como área de conocimiento la de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Por otra parte, un sector del profesorado también aludía a los problemas que se habían planteado en la docencia, por lo que proponían insistir en la consideración de la Filosofía del Derecho como área independiente¹⁷.

Los problemas que ha atravesado el Anuario para mantener su publicación a lo largo de estos años se evidencian también en el acta de la Sociedad de 1996. Este documento recoge que se propuso y elevó al Ministerio, el nombramiento del profesor Lucas como director. En su informe, recogido en el punto 4 del acta, dicho director expuso las distintas gestiones y problemas existentes con el Ministerio que habían provocado el retraso en la publicación del Anuario, hasta tal punto que se planteó la posibilidad de que la publicación se realizase por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, aunque esta alternativa fue

¹⁷ Acta núm. 1, Acta de la Asamblea General ordinaria de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Getafe el día 5 de abril de 1995, bajo la presidencia del profesor López Calera. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 1.10.2022.

finalmente desestimada valorando la opción de que si no realizaba el Ministerio la publicación la asumiría la propia Sociedad¹⁸.

La denominación inicial Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social dio paso a la actual de Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política en 1997. Como se recoge en las actas de la Asamblea, la aprobación por la Asamblea de este nombre fue sometida a debate y se puso «de manifiesto la necesidad de mantener buenas relaciones con la otra sección» (filosofía moral) tradicionalmente vinculada a la iusfilosofía¹⁹.

Desde los años 90 hasta la actualidad las actas de la Sociedad han ido recogiendo su evolución y crecimiento, así como los del Anuario como su revista. En los documentos a partir del 2000 se informa de cómo la Sociedad se ha fortalecido, con el trabajo de las diferentes Juntas comprometidas, y cómo se va consolidando su presencia en el Congreso de la IVR, siempre dentro de los objetivos que persigue esta asociación.

La SEFJP, según el artículo 2 de sus estatutos, persigue como fines propios el fomento de la investigación, la enseñanza de la filosofía jurídica y social, el progreso científico y la colaboración profesional de sus miembros. Para ello, puede desempeñar diferentes actividades particulares entre las que se incluye la «promoción de la difusión escrita de los trabajos iusfilosóficos de sus socios, participando activamente en la dirección y edición del anuario de filosofía del derecho o de la publicación periódica de similares características que, en su caso, sustituyera a ésta» (artículo 3.2.b). La estrecha colaboración de la Sociedad española con las sociedades nacionales o extranjeras en las que se cultiva la filosofía jurídica y política o que se propongan fines similares a los suyos, también ha contribuido de manera notable a proyectar internacionalmente el Anuario y a que en sus páginas se recojan trabajos de iusfilósofos de reconocido prestigio mundial.

Sin duda, la historia de las últimas décadas de la Filosofía del Derecho en España va unida a la ingente labor que ha realizado en su dimensión cultural y jurídico-política la Sociedad de Filosofía Jurídica y Política. De su mano ha crecido y evolucionado el Anuario de Filosofía del Derecho. La labor doctrinal de la Sociedad ha hecho que sea un referente de la historia del pensamiento jurídico español en los últimos cincuenta años.

En todo este tiempo, la Sociedad ha reunido una parte significativa del profesorado y del personal investigador de la Filosofía del Derecho

¹⁸ Acta núm. 2. Acta de la Asamblea General ordinaria de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Getafe el día 13 de diciembre de 1996, bajo la presidencia del profesor Peces-Barba. Disponible en: <https://www.filosofia-delderecho.org/actas/> consultado: 1.10.2022.

¹⁹ Acta núm. 3. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Toledo el día 21 de marzo de 1997, bajo la presidencia del profesor Gregorio Peces-Barba. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 1.10.2022.

de nuestro país, y ha sido un lugar de encuentro e intercambio para los interesados en sus actividades. De su mano, el Anuario ha ido recogiendo las diferentes aportaciones que en este ámbito se han realizado con especial atención a las jornadas de la Sociedad.

En efecto, en esa voluntad que define a la SEFJP, desde sus inicios esta asociación ha organizado congresos para fomentar el análisis y la reflexión crítica desde el humanismo que la caracteriza a la hora de abordar las cuestiones filosófico-jurídicas más relevantes en cada momento. Así, en 1964 las Actas del Primer Congreso de Filosofía del Derecho celebrado en Madrid, en el mes de octubre, se dedicaban al tema de Derecho y Paz²⁰. Como la propia Sociedad señala, este primer congreso inicia un clima de apertura y de fomento de nuevos debates, aunque no siempre se consiguieron.

Las jornadas bianuales han servido como lugar de encuentro de los integrantes de la Sociedad, con el objetivo de debatir sobre un tema de interés en el ámbito iusfilosófico. Estos encuentros han permitido poner en contacto al profesorado e investigadores del área, y promover el debate y la discusión sobre cuestiones para la cultura jurídica. Incluso en épocas más recientes marcadas por la tecnología y el contacto rápidos, este encuentro personal continúa siendo esencial y hace, como se destacada desde al propia Sociedad, que esta sea depositaria de un capital humano y científico inestimable.

El papel de la SEFJP se ha fortalecido en los últimos tiempos también para hacer frente al contexto universitario actual que ha sometido a la Filosofía del Derecho a una constante pérdida de presencia en los grados y de influencia en la formación de las y los juristas. Con el impulso de esta asociación, el Anuario sigue reivindicando que el papel de la Filosofía del Derecho debe ser esencialmente crítico y reflexivo, tal y como ha venido siendo. Nos encontramos en un momento en el que el ámbito del Derecho y la sociedad demandan una reflexión sosegada pero sólida sobre muchas cuestiones esenciales, pero especialmente sobre los principios básicos de la convivencia política, dado que lo normativo está chocando de manera abrupta con comportamientos sociales que tienen como objetivo mover los valores clave de la convivencia de la comunidad política en todos los ámbitos, pero sin que quede demasiado claro cuál es la alternativa que se plantea. Es ahí donde el acervo acumulado de la reflexión iusjurídica puede ser una fuente de apoyo al debate político-jurídico. Es imprescindible encontrar puntos de encuentro en sociedades polarizadas y en riesgo de quiebra, por muy aparentemente asentados que parezcan los elementos esenciales de un Estado democrático y de Derecho. En ese contexto la Sociedad Española

²⁰ LEGAZ LACAMBRA, L. *et al.*, *Derecho y Paz (Actas del I Congreso de Filosofía del Derecho celebrado en Madrid en el mes de octubre de 1964)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, Instituto Superior de Estudios Jurídicos y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1964.

de Filosofía Jurídica y Política, y el Anuario como su revista, deben ser una fuente inspiradora de debate sobre el Derecho y de fortalecimiento del área de Filosofía del Derecho.

3. LA NUEVA ÉPOCA DEL ANUARIO: 1984-1995

Tras el último número en 1976-1977 y la interrupción de la publicación durante un período de seis años, el Anuario regresa en 1984. Asume la dirección en este año el profesor Gil Cremades que señala que en la reaparición del Anuario influye de manera determinante la celebración de las V y las VI jornadas de profesores de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en Madrid en 1982 y en Zaragoza en 1983. Estos encuentros hicieron que se reestructurara la sección española de la mencionada Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR) como Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social (SEFJS). Al ponerse de nuevo en marcha la Sociedad bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia, asume la responsabilidad del Anuario con la finalidad de que este refleje, tal como se ha indicado, la propia pluralidad de la Sociedad, a la que ya en estos momentos pertenecen casi la totalidad de los vinculados institucionalmente a la investigación, estudio y docencia de la Filosofía del Derecho.

En mi opinión, resulta interesante destacar el hecho de que el director de la revista en este momento señala expresamente la que es una pauta distintiva de esta publicación y mantiene que en este liderazgo por parte de la Sociedad «no se ha de ver en ello exclusivismo ni veleidad de grupo, sino el intento de garantizar la continuidad de un empeño institucional que refleje, mal que bien, las virtudes y defectos, la perspicacia y las carencias de ese gremio profesional, abierto, por lo demás, a los juristas y a cuantos se interesan por nuestros temas, sea cual sea su inserción universitaria y profesional»²¹. Con esta pretensión se inicia esta «nueva época del Anuario» marcada por la inclusión de monográficos dedicados a cuestiones de relevancia.

Así, en 1985, el Anuario se centró en su parte monográfica en el problema de la violencia, con el denominado equilibrio del terror propuesto por Bobbio, los obstáculos económicos e ideológicos para un desarme que evitara la amenaza del potencial atómico. Se planteaban en este momento preguntas que seguimos haciéndonos hoy, como la referida a cómo lograr que la renuncia al rearme no sea impuesta a los gobiernos, sino que ellos mismos la decidan libremente; y la idea de que más que filosofía de la paz, hay filosofías de la guerra²².

²¹ GIL CREMADES, J. J., «Presentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, I (Nueva Época), 1984, p. 3.

²² BOBBIO, N., «El equilibrio del terror», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II (Nueva Época), 1985, pp. 5-18.

En esa línea De Lucas apunta que la noción de defensa conduce a la aceptación de la guerra. De ahí, que el autor mantenga que el mayor riesgo para la paz es la sacralización de la defensa que se encuentra, además, en el núcleo de la crisis que ha sacudido el sistema de legitimidad de nuestras sociedades²³. Advierte ya en este momento Ballesteros de la necesidad de desarraigar la «ideología de la técnica que se caracteriza por el primado del *esprit de géométrie*», que ha supuesto para la modernidad falsas disyuntivas como el individuo o la sociedad, la libertad o la igualdad. Entonces, como ahora, destaca lo que puede obtenerse de los movimientos pacifistas, ecologistas y feministas, siempre que se elimine el biologismo para no olvidar «lo que es al máximo digno de respeto: la persona»²⁴.

Al año siguiente, el Anuario de 1986 centra su atención en la metodología jurídica; por una parte, y en la vuelta al neokantismo por otra. Esa conjunción entre un tema monográfico, el estudio de autores de referencia y el análisis de una miscelánea de temas que se consideran de interés, sin renunciar a la actualidad bibliográfica siempre presente, se repite en el volumen de 1987. En este caso, la primera parte se dedica al principio de igualdad en el siglo xx; la segunda a Ihering; y la tercera a estudios que se ocupan tanto del pensamiento de autores como Ross y Macpherson, como de cuestiones vinculadas, entre otros temas, al Derecho y la lógica, la Constitución y los valores superiores.

El Anuario de 1988 se dedica a la sociología del Derecho, en el intento de animar a los juristas a participar en el cultivo de la dimensión social del Derecho. Se destina una parte a la sociología jurídica aplicada con estudios que abordan y desarrollan temas como el control penal y la sociología de las profesiones jurídicas. Asimismo, se estudia la historia del pensamiento sociológico, con un título general que analiza los clásicos y contemporáneos de la sociología jurídica y que recoge interesantes trabajos sobre Max Weber, Theodor Geiger y Niklas Luhmann. El apartado de estudios recoge, entre otros, un trabajo de McCormick en el que defiende y justifica que los menores tienen derechos justo en el año previo a la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵. En este volumen también se publican los Estatutos de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social.

El bicentenario de la revolución francesa ocupa un lugar preminente en el tomo de 1989. Se estructura en cuatro partes que se centran en los ideólogos y el impacto de la revolución francesa, la revolución en España y la utopía irrealizada. Así, por ejemplo, Peces-Barba reflexiona

²³ DE LUCAS MARTÍN, J., «La noción de defensa y crisis de legitimidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II (Nueva Época), 1985, pp. 77-96, en p. 78.

²⁴ BALLESTEROS LLOMPART, J., «Paz, desarme, libertad: Obstáculos económicos e ideológicos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II (Nueva Época), 1985, pp. 65-76, en p. 76.

²⁵ MACCORMICK, N., «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V (Nueva Época), 1988, pp. 293-306.

sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁶ y De Lucas aborda la cuestión de la ley como ese espacio de certeza y seguridad por los que luchaban los revolucionarios²⁷. Un espacio de la revista sigue dedicado al estudio del pensamiento de grandes autores como Kelsen, Rawls, Habermas, Bentham y Austin.

En el volumen del Anuario de 1990 se reflexiona desde una perspectiva ética, política y jurídica acerca de la legitimidad de la democracia y, más específicamente, sobre la tensión que se establece entre el sistema de reglas del juego y la intención emancipadora o no de la praxis democrática. El trabajo de Vidal, por ejemplo, en referencia a las paradojas de la democracia apunta a problemas básicos de la misma que se siguen planteando en la actualidad y enfatiza la idea de cómo el régimen democrático se parece cada vez al régimen económico en el que la voluntad general se ve reemplazada por las leyes del mercado. Ciertamente, la negociación y el compromiso son la esencia de la democracia, como apuntaba Kelsen, pero también como este autor mantenía es necesario partir del presupuesto de una libertad e igualdad mínimas e iguales²⁸.

Sigue presente en este número el estudio del pensamiento de autores imprescindibles como Ross, Lipsio, Hume, Jefferson y Hart. Especial relevancia reviste, por la escasa atención que en el ámbito de la Filosofía del Derecho había recibido hasta el momento, Simone Weil. El trabajo de Bea analiza rigurosamente la obra de la autora francesa para evidenciar que la creación de una civilización del trabajo es el gran reto del hombre contemporáneo²⁹.

Con motivo del quinto centenario de la llegada al Nuevo Mundo, desde una conmemoración que quiere ser equilibrada y prospectiva, el Anuario de 1991 aborda, en su primera parte, la relación entre España y América (1942-1992). En este contexto, el trabajo de Pérez Luño, entre otros, que toman este como un hecho histórico decisivo, muestra la relación de encuentro, desencuentro y reencuentro entre España y América; el impacto del encuentro americano en la experiencia jurídica, ética y política española; y la conexión entre España y América en la filosofía jurídica y política del siglo XVI³⁰. Las otras secciones de este volumen se ocupan del análisis del Derecho, el pensamiento jurídico, los dere-

²⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los Derechos del Hombre en 1789: reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI (Nueva Época), 1989, pp. 57-128.

²⁷ DE LUCAS MARTÍN, J., «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789: el modelo del Code Napoleón», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI (Nueva Época), 1989, pp. 129-134.

²⁸ VIDAL GIL, E. J., «Paradojas de la democracia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII (Nueva Época), 1990, pp. 47-58.

²⁹ BEA PÉREZ, E., «Simone Weil: una reflexión sobre Europa desde la resistencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII (Nueva Época), 1990, pp. 531-542.

³⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., «El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII (Nueva Época), 1991, pp. 13-28.

chos humanos (en concreto con temas de gran relevancia como las teorías de los derechos morales y los precursores en la defensa de los derechos de las mujeres³¹) y la filosofía política.

Mujer, Poder y Derecho es el monográfico del número de la revista de 1992. En este tomo, 10 de las 21 autorías de los artículos son mujeres. En su presentación, Gil Cremades destaca la tardía incorporación de la mujer en la docencia e investigación de las ciencias jurídicas, más incluso en los ámbitos de la Filosofía y Teoría del Derecho³².

En este volumen se aborda una propuesta por una teoría feminista del Derecho, y se debate sobre la dimensión política del feminismo. Como ya auguraba García Amado en el trabajo que abre este monográfico la *Feminist Jurisprudence* ha sido un tema del que se ha escrito y hablado varias décadas, de ahí la relevancia de la presentación conjunta y sintética y el análisis de fondo de las doctrinas en cuestión que presenta este autor³³. Ciertamente, como señala Barrere, se puede afirmar que el feminismo no es solo ideología, si no «por el contrario, una ideología viva, atenta en cada momento a los factores sociales (económicos, jurídicos, culturales, etc.) necesita una constante reflexión, amén de una estrategia»³⁴.

Especialmente interesante es el apartado Debates en el que dialogan acerca de las razones del Derecho García Amado y Atienza Rodríguez; y sobre la ideología «versus» lógica en las interpretaciones de Kelsen, Martínez Roldán y Ruiz Manero.

La disolución de la Unión Soviética y la caída de un modelo, con la consiguiente expansión del neoliberalismo abre la puerta a un monográfico en 1993 en el que se enfrentan aquel y la socialdemocracia, y se debate sobre el problema de la igualdad o la victoria de la libertad sobre esta última. También se reflexiona sobre el concepto de solidaridad y la praxis de los derechos sociales en la crisis del Estado del bienestar³⁵, y sobre dos retos futuros en su momento que hoy son muy conocidos: la relación entre la democracia y los mercados después de la Guerra Fría, y el desafío del reto ecológico y nuestra super-

³¹ GARCÍA AÑÓN, J., «Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII (Nueva Época), 1991, pp. 391-408, y FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., «“Precursores” en la defensa de los derechos de las mujeres», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII (Nueva Época), 1991, pp. 409-426.

³² GIL CREMADES, J. J., «Presentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (Nueva Época), 1992, pp. 9-10.

³³ GARCÍA AMADO, J. A., «¿Tienen sexo las normas?: Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (Nueva Época), 1992, pp. 13-42.

³⁴ BARRERE UNZUETA, M. A., «Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (Nueva Época), 1992, pp. 75-90, p. 85.

³⁵ VIDAL GIL, E. J., «Sobre los derechos de solidaridad: Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (Nueva Época), 1993, pp. 89-110.

vivencia para el Estado de Derecho³⁶. El apartado de Debates, en este caso, gira entorno a tres cuestiones: algunas notas polémicas sobre los derechos humanos y el derecho natural, la relación entre principios y normas, y una reflexión a propósito del libro *Yo, Estado* de López Calera. Este volumen se completa con estudios acerca del concepto y objeto de la Filosofía del Derecho, la relación entre Derecho y lenguaje, y la conexión entre Derecho y valores.

El número del Anuario de 1994 aborda de nuevo lo ecológico y cómo la «solidaridad ecológica» nos lleva a la posmodernidad como valor nuevo más allá de la libertad e igualdad propias de la modernidad³⁷. El monográfico centra el debate en torno a la universalidad o relatividad de los valores jurídicos y la crisis del ideal ilustrado denunciado por fundamentalismos e integristas relativistas, que, paradójicamente, imponen verdades únicas. El espacio del debate se acerca, en este número, al pensamiento de Luhmann y al tema de la objeción de conciencia al servicio militar, con trabajos de los profesores Martínez García, Giménez Alcover, Gascón Abellán y Gordillo. Completan este volumen los trabajos de Derecho, ética y política y ciencia del Derecho.

La bioética y el bioderecho entran en escena en el Anuario en 1995. Con el monográfico sobre Derecho y ética ante la vida y la muerte, se abordan materias de legislación incipiente en ese momento: los avances de la técnica y sus repercusiones para el ser humano en el ámbito de las terapias genéticas, la eutanasia y la muerte digna. Dos de las secciones de este número se dedican a la Filosofía del Derecho, Moral y Política, y a estudios de Teoría del Derecho. En la primera de ellas, Ansuátegui analiza los rasgos que caracterizan a la Filosofía del Derecho e insiste en que los problemas que se plantean desde esta disciplina deben ser los problemas de la realidad jurídica, con especial atención a la forma en que estos se tratan y exponen, ya que, el método analítico es imprescindible pero no puede ser el único³⁸. En el apartado relativo a la Teoría del Derecho, se analizan cuestiones como la validez y la theticidad, la imperatividad del Derecho y la arbitrariedad.

4. LA NUEVA ÉPOCA DEL ANUARIO: 1996-2023

En 1996 asume el profesor De Lucas la dirección del Anuario. Se presentan conjuntamente los números de 1996 y 1997. En el tomo de 1996 en el que se debate el Estado constitucional y se reflexiona

³⁶ BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (Nueva Época), 1993, pp. 111-134.

³⁷ BELLVER CAPELLA, V., «La solidaridad ecológica como valor universal», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI (Nueva Época), 1994, pp. 159-174.

³⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII (Nueva Época), 1995, pp. 175-194.

principalmente en torno al libro *El Derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky, en el cual se entiende el derecho como un hecho inseparable del contexto al que sirve³⁹.

El tomo de 1997 recoge las ponencias de las XVI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social sobre «Perspectivas del estado Constitucional», celebradas en Toledo, los días 20 y 21 de marzo de ese año. Los trabajos de Atienza, Calsamiglia, Ollero, Peces-Barba, Pérez Luño y Ruiz Miguel, dan buena cuenta de la riqueza de nuestra asignatura.

El volumen de 1998 se dedicó a los derechos humanos con motivo del quincuagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se considera que sigue siendo incumplida, entonces como ahora, para una parte significativa de la humanidad⁴⁰. Se abordan cuestiones sobre cómo el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad en este ámbito, el necesario tránsito del individualismo a la ética de la responsabilidad y el rechazo racista a la persona inmigrante en España. Los estudios de teoría del Derecho, historia del pensamiento y filosofía política completan este volumen con el debate sobre el análisis del feminismo y la indeterminación del Derecho.

Se cierra la década de los noventa con el Anuario de 1999 que, fiel a sus objetivos, dedica una parte a estudios de Teoría del Derecho, en concreto a cuestiones centrales como las aporías del Derecho y la validez y vigencia de las normas⁴¹. Persisten los artículos de historia del pensamiento y filosofía política y también el interés en abordar cuestiones de actualidad como las uniones homosexuales⁴².

En número del año 2000 se plantea un tema que se consideraba insuficientemente debatido: el Derecho y la globalización. Se reflexiona sobre la relación entre los derechos humanos y la globalización, y se debate sobre la crisis de la civilización capitalista⁴³. Completan este volumen los estudios de teoría del Derecho y filosofía del Derecho, que se ocupan de aspectos como la función judicial⁴⁴, y los trabajos de

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, M. F., «Presentación: La concepción del Derecho en “El Derecho dúctil”», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII (Nueva Época), 1996, pp.17-38.

⁴⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «¿Son los derechos humanos universales?», y PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la universalidad de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV (Nueva Época), 1998, pp. 49-78 y pp. 95-110.

⁴¹ MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Aporías del Derecho», y PEÑA FREIRE, A. M., «Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI (Nueva Época), 1999, pp. 61-80 y pp. 99-120.

⁴² TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., «Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI (Nueva Época), 1999, pp. 143-166.

⁴³ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., «El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (Nueva Época), 2000, pp. 75-98.

⁴⁴ GIL RUIZ, J. M., «La función judicial: entre la ciencia y el control social», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (Nueva Época), 2000, pp. 273-304.

historia del pensamiento y filosofía política, por ejemplo, acerca de la filosofía jurídica y política del siglo XXI⁴⁵.

En 2001 el monográfico se dedica a la argumentación en la prueba, con cuatro trabajos sobre diferentes aspectos de la argumentación de los hechos y uno desde la perspectiva de la dogmática penal que aborda problemas de carácter metodológico. Continúan las secciones dedicadas a estudios de Teoría y Filosofía del Derecho, entre los trabajos que se recogen se encuentra un texto inédito de G. Von Wright, traducido por el profesor Alarcón Cabrera⁴⁶. El apartado de Debates se ocupa de las normas de competencia con artículos de Ferrer y Peña Freire.

El Anuario de 2002 dedica su monográfico a la justicia y legitimidad en el orden internacional. Se anuncia una transformación de las prioridades de la agenda política tras el 11S, se debate en contra del dogma neoliberal «TINA» (*There is no alternative*) en torno a sus políticas como única solución posible, se reflexiona sobre el constitucionalismo cosmopolita⁴⁷, hoy en debate gracias a las aportaciones de Ferrajoli⁴⁸, y se abordan los presupuestos kantianos para la paz en el siglo XXI. El debate se dedica al modelo cognoscitivista en la prueba con trabajos de Ruiz Sanz y Gascón Abellán.

Los 25 años de la Constitución Española son el tema principal del Anuario en 2003. Entre otras cuestiones se reflexiona sobre el patriotismo constitucional y sobre la crisis de la democracia representativa y su necesaria complementariedad con la democracia directa⁴⁹. El apartado sobre Teoría y Filosofía del Derecho aborda cuestiones como el proyecto genoma, problemas relativos al lenguaje y la interpretación jurídica, el derecho subjetivo, los derechos humanos o la noción de filosofía del Derecho, y trabajos dedicados a Kelsen o Foucault. El libro de Álvarez, *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, es el objeto del debate en el que participa la autora junto a Pérez Triviño y Roca.

El volumen de 2004 se dedica a la filosofía jurídica y política en Kant en el bicentenario de su muerte, con especial atención al impacto

⁴⁵ CALVO GONZÁLEZ, J., «Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (Nueva Época), 2000, pp. 419-438.

⁴⁶ WRIGHT, G. H. von, «Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo» (trad. de Carlos Alarcón Cabrera), *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (Nueva Época), 2001, pp. 385-398.

⁴⁷ JULIOS CAMPUZANO, A. de, «Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIX (Nueva Época), 2002, pp. 13-36.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Por una constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022.

⁴⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «El patriotismo constitucional: reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española», y PÉREZ LUÑO, A. E., «Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XX (Nueva Época), 2003, pp. 39-62 y pp. 63-82.

de su obra en otros autores⁵⁰. La sección de Teoría y Filosofía del Derecho se ocupa de temas como el lenguaje, la creación e interpretación jurídica, la teoría de la democracia, los derechos humanos, la futura Constitución europea, aspectos relacionados con la historia del pensamiento jurídico y político, y trabajos sobre autores centrales como Radbruch o Ross. El tomo de 2005, cierra la dirección del profesor De Lucas, y centra su atención en el conflicto entre los valores jurídicos de libertad y seguridad, que fue el tema al que se dedicaron las jornadas la Sociedad de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, celebradas en Málaga en el mes de marzo de 2005, que se presentan incluso como un nuevo contrato social⁵¹. La sección de Estudios incluye trabajos sobre problemas de Teoría y Filosofía del Derecho en la actualidad tales como el papel del juez, la opinión pública y la situación de las mujeres. El debate se centra en el positivismo jurídico y la incorporación de la moral.

En el volumen de 2006 asume la dirección del Anuario la profesora Añón. Este número dedica su monográfico a John Stuart Mill a propósito del bicentenario de su nacimiento. El apartado de Estudios aglutina trabajos sobre cuestiones en relación con los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt; y demos y democracia y la discriminación por mérito. Esa pluralidad de temas se mantiene en el mismo apartado del Anuario de 2007, con aportaciones desde el Derecho y la literatura, Derecho versus utopía y un destacado trabajo de Conte traducido por Alarcón⁵². El monográfico de este número, recoge las ponencias de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: problemas actuales de la Filosofía del Derecho, celebradas en la Universidad de Alcalá en marzo de 2007. El debate se dedica, en esta ocasión, a los derechos sociales.

El doble número de 2008-2009 reflexiona sobre la deontología de las profesiones jurídicas. En Estudios se recogen cuestiones sobre el estatuto epistemológico de la filosofía y la ciencia del Derecho, la revisión del positivismo como teoría, la interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista, las dimensiones de la teoría de la justicia, y trabajos de carácter histórico y de filosofía política. Debates se dedica al libro de Vilajosana *Identificación y Justificación del Derecho* en diálogo con Prieto.

Las XXII Jornadas de la Sociedad ocupan la primera parte del Anuario de 2010, en esta ocasión las celebradas en la Universidad de

⁵⁰ LLANO ALONSO, F. H., «¿Fue Kant un verdadero profeta del nacionalismo? Crítica a las lecturas pronacionalistas de Kedourie y Berlin», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXI (Nueva Época), 2004, pp. 39-64.

⁵¹ PUIGPELAT MARTÍ, F., «Libertad y seguridad en un nuevo contrato social», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII (Nueva Época), 2005, pp. 83-112.

⁵² CONTE, A. G., «El nombre del derecho» (trad. de Carlos Alarcón Cabrera), *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV (Nueva Época), 2007, pp. 331-343.

La Rioja, los días 26 y 27 de marzo de 2009. El eje fue «Viejos temas, nuevos problemas», con trabajos sobre derechos humanos; Derecho-política-poder; Derecho y ciencia; y cine y Derecho. El apartado de Estudios recoge artículos, sobre epistemología jurídica, justificación de las instituciones jurídicas, argumentación y toma de decisiones en el ámbito del Derecho, derechos humanos y cuestiones de filosofía política. En los Debates, se discute sobre *Una metateoría del positivismo jurídico* de Jiménez Cano en diálogo con Moreso; y sobre el libro *Laicismo y Constitución*, de Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls, con R. Ramis y A. Ruiz Miguel.

El Anuario de 2011 en la sección de Estudios recopila trabajos sobre ciencia jurídica, historia del pensamiento jurídico, memoria histórica⁵³, teorías de la justicia y la teoría de la argumentación y toma de decisiones en el ámbito del derecho. La sección rotulada Debates se dedica a un diálogo entre el profesor Rodríguez Prieto y la profesora Lucena Cid sobre aspectos de la obra de John Searle.

En 2012 se recogen las aportaciones de las XXIII Jornadas de la Sociedad, que tuvieron lugar en la Universidad de Jaén, en abril de 2011, dedicadas a las claves de la filosofía del derecho del siglo XXI. Tres núcleos temáticos centraron la atención: las teorías de la justicia, la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación jurídica. La parte de Estudios se dedica a cuestiones sobre derechos fundamentales y estado social, sobre la teoría de la justicia y sobre diferentes aspectos vinculados a la ética y el derecho.

El Anuario de 2013 contiene las ponencias del congreso dedicado a *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli celebrado en la Universitat de València en abril de 2012. Los artículos abordan críticamente algunos de los aspectos más relevantes de los tres volúmenes de la obra del profesor italiano: teoría del Derecho, teoría de la democracia y la sintaxis del Derecho. La parte de Estudios recoge trabajos sobre la historia del pensamiento jurídico, filosofía analítica, teoría de la argumentación jurídica, filosofía y teoría política.

El número de 2014 contiene las ponencias de las XXIV Jornadas de la Sociedad (Universidad de Cantabria, 14 y 15 de marzo de 2013) sobre «Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico», con trabajos transversales como, por ejemplo, el relativo a los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva⁵⁴. Diferentes ámbitos de atención de nuestra área de conocimiento, entre ellos el principio de mérito y de igualdad, la interpretación jurídica y el control jurisdiccional de constitucionalidad, se recogen en la sección de Estudios.

⁵³ LACASTA ZABALZA, J. I., «La memoria arrinconada en la Filosofía del Derecho española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXVII (Nueva Época), 2011, pp. 111-136.

⁵⁴ RUBIO CASTRO, A. M., «Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXX (Nueva Época), 2014, pp. 37-68.

El Anuario de 2015 dedica su monográfico a la racionalidad en el Derecho, con alusión a cuestiones centrales como, por ejemplo, las lagunas y antinomias⁵⁵. Recoge las aportaciones del Simposio Internacional de Filosofía del Derecho en las Universidades de Buenos Aires y San Petersburgo (Buenos Aires, 2014). La parte de Estudios se dedica a epistemología jurídica, justificación de las instituciones jurídicas, derechos humanos, historia del pensamiento jurídico y filosofía política.

El profesor Ruiz Sanz comienza a dirigir el Anuario en 2016. Este número recoge las aportaciones de las XXV Jornadas de la Sociedad que llevaron por título «Nuevo Derecho, nuevos derechos», celebradas en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en Madrid, los días 16 y 17 de abril de 2015. La sección Estudios aborda una pluralidad de temas constantes por su carácter central como el derecho a la intimidad y argumentación jurídica y bioética; hasta el estudio del pensamiento de autores como Jakobs, Hegel, Nietzsche, Dworkin y Borges⁵⁶.

El Anuario de 2017, en el apartado de Estudios recoge cuestiones de interés para nuestra disciplina, entre ellos, la diferencia conceptual entre venganza y castigo; la responsabilidad en el desempeño de las funciones públicas, el concepto kantiano del derecho y la crítica de Hans Kelsen a las concepciones metafísicas de la justicia. El debate se centra en el trabajo *¿Qué es el derecho? Fines y medios* de Von Der Pfordten, y en él dialogan el autor y Santos Arnaiz.

En 2018, la revista recoge las ponencias de las XXVI Jornadas de la Sociedad celebradas, en Girona, el 4 y 5 de mayo de 2017 en las que se abordaron temas como el derecho antidiscriminatorio, la neurociencia, la legalidad y la constitucionalidad. Igualmente, la parte de Estudios recoge una miscelánea de trabajos que abordan aspectos tan diversos como las presunciones en el Derecho, la institucionalización de la razón y representación argumentativa, el Derecho y la justicia penal en la filosofía protoanarquista de Wiliam Godwin y la interpretación a contrario de disposiciones jurídicas.

Una nueva etapa en la dirección comienza en el Anuario de 2019 con la profesora Solanes. El apartado de Estudios de nuevo da buena cuenta de la riqueza de nuestra asignatura al recoger trabajos sobre temáticas muy diferentes como los retos éticos y jurídicos de la edición genética embrionaria, feminismo, violencia de género y globalización.

La tradición bianual de recoger las Jornadas de la Sociedad reaparece en el Anuario de 2020 que aglutina las presentadas en su XXVII edición, celebradas en la Universidad de Valladolid, en mayo de 2019 bajo el lema «Debates en el modelo democrático y en el Estado de derecho». La refe-

⁵⁵ MORESO, J. J., «Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXI (Nueva Época), 2015, pp. 55-72.

⁵⁶ CALVO GONZÁLEZ, J., «Desde una encrucijada junto a Borges: sobre ciencia jurídica y producción normativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXII (Nueva Época), 2016, pp. 187-212.

rencia al ámbito comparado está presente en el trabajo de Losano sobre Brasil y Alemania⁵⁷. El apartado de Estudios aborda la justicia transicional, la dominación colonial, y autores clásicos como Plantón o Kant.

El número de 2021 del Anuario requiere una especial mención porque surge del trabajo realizado en 2020, que será recordado como el año de la pandemia. La irrupción del Covid-19 y la triste situación por la alarma sanitaria que dicha enfermedad supuso mundialmente no impidió, gracias a un gran esfuerzo colectivo, que la revista se publicara en tiempo y forma. Este volumen recoge estudios que constatan la variedad de ámbitos de atención que aglutina nuestra área de conocimiento y ponen en evidencia su riqueza en temas como, entre otros, la interacción entre Derecho y literatura, los retos de la sociedad global digital y el pensamiento de autores como Castanheira Neves, Ferrajoli, Luxemburg y Sieyes. Algunos de los artículos muestran también el impacto transversal en diferentes disciplinas, por ejemplo, cuando se abordan las lagunas constitucionales⁵⁸.

El volumen de la revista de 2022, es de nuevo muestra de la diversidad temática de nuestra rama de conocimiento. En el apartado de Estudios vuelven temas tradicionales como la violencia de género, la autonomía y la vulnerabilidad, y el derecho al sufragio igual, junto a otros más novedosos como la misoginia en línea y la coordinación de parentalidad. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en muchos otros trabajos de la revista, es objeto de revisión en este caso a propósito de la identidad de género⁵⁹.

Este Anuario de 2023, sirve en su primera parte como conmemoración en su 70 aniversario y mantiene el espíritu del apartado de Estudios. Se conserva también, como en el conjunto de los números a los que se ha hecho referencia, la sección de crítica bibliografía que al tiempo evidencia las novedades en el ámbito iusfilosófico, invita al estudio, el diálogo y la reflexión crítica para mostrar, junto a las noticias que también son una constante de esta publicación, el carácter vivo y el gran dinamismo de la Filosofía del Derecho.

5. EL IMPACTO DE LAS INDEXACIONES DE LAS REVISTAS Y EL FUTURO DEL ANUARIO

Desde el nacimiento del Anuario de Filosofía del Derecho las revistas de investigación como esta han sufrido múltiples transformaciones. Sin duda, la que más impacto ha tenido, y sigue teniendo, es la

⁵⁷ LOSANO, M., «Debates en el modelo democrático y en el Estado de derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI (Nueva Época), 2020, pp. 43-64.

⁵⁸ AGUILÓ REGLA, J., «Lagunas constitucionales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVII (Nueva Época), 2021, pp. 13-38.

⁵⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., «La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVIII (Nueva Época), 2022, pp. 105-136.

relativa a la indexación de las revistas en la cual tiene un papel significativo su digitalización.

La digitalización del Anuario ya se planteó en el año 2005, cuando el entonces director el profesor De Lucas llevo a cabo las distintas gestiones ante el Ministerio de Justicia que dieron lugar a una reunión con el secretario general técnico y con la subdirectora general de publicaciones, en relación con la posibilidad de editar en formato electrónico los volúmenes de la primera época de la revista. Se propuso la alternativa de publicar el Anuario en doble soporte (papel e informático). En todo caso, ya en ese momento se puso de relieve el hecho de que, aunque existiera un CD o DVD, podía plantearse la opción de colgar los contenidos del Anuario en la página de la Sociedad, ya que, no se renunciaba a permitir un acceso gratuito y universal⁶⁰.

Los trabajos a favor de la digitalización de la revista, sin renunciar al papel, continuaron en los años siguientes en el intento de mantenerla posicionada entre las mejores de la disciplina. En 2012, con la profesora Añón como directora, se firmó un convenio con Dialnet para la publicación en abierto de la versión electrónica del Anuario de Filosofía del Derecho. En este momento, se acordó que la misma se realizaría con dos años de carencia respecto a su publicación en papel. El convenio fue enviado al Ministerio para que le diera el preceptivo visto bueno⁶¹. Sin embargo, esta colaboración inicialmente no fue tan fluida como hubiera sido deseable. De hecho, en 2014 se constataba que el *BOE* no estaba enviando a Dialnet los números del Anuario con la periodicidad acordada de dos años de carencia y que solo podían consultarse los números hasta el año 2010⁶².

Con todo, ese acuerdo inicial con Dialnet permitió que se comenzara a publicar el Anuario en abierto y en 2015, bajo la dirección de la profesora Añón, el Ministerio de Justicia decidió que los Anuarios que publicaba, incluido el de Filosofía del Derecho, pasarían a ser revistas electrónicas y se publicarían en abierto en la página del *BOE* en pdf, manteniendo la edición en papel⁶³.

⁶⁰ Acta núm. 10. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Málaga el día 12 de marzo de 2005, bajo la presidencia de la profesora Francesca Puigpelat. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 11.11.2022.

⁶¹ Acta núm. 18. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Madrid el día 24 de febrero de 2012, bajo la presidencia del profesor Javier Ansuátegui Roig. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 11.11.2022.

⁶² Acta núm. 20. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Madrid el día 7 de marzo de 2014, bajo la presidencia del profesor Javier Ansuátegui Roig. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 11.11.2022.

⁶³ Acta núm. 21. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Madrid el día 16 de abril de 2015, bajo la presidencia del profesor Javier Ansuátegui Roig. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 11.11.2022.

Este cambio significativo en la edición del Anuario fue consecuencia del convenio de colaboración que existía entre el Ministerio de Justicia (Servicio de Publicaciones) y el Ministerio de la Presidencia (*Boletín Oficial del Estado*). La dirección del Departamento de Programación de la Gestión del *BOE* asumió el compromiso de dar la mayor difusión posible a las publicaciones que editaba y, de ahí, surgió la publicación en abierto de los cuatro Anuarios que ya gestionaba. La aparición del Anuario en la página principal del *BOE*, además de mejorar en general la accesibilidad a los números, dotó a la revista de una importante visibilidad y favoreció su difusión internacional. Este fue un gran logro que permitió impulsar el Anuario y alinearlos para seguir figurando como primera revista en la materia de acuerdo con las exigencias de la indexación de revistas científicas.

En efecto, en estos años los esfuerzos para mejorar la calidad de la revista a propósito de sus niveles de indexación fueron constantes y centraron buena parte de la dedicación del consejo de redacción del Anuario. Uno de los resultados más satisfactorios de este trabajo continuo fue la exitosa superación de la cuarta convocatoria de evaluación de la calidad editorial y científica de las revistas españolas, llevada a cabo por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT). El Sello de Calidad FECYT, obtenido en julio del año 2014 por el Anuario de Filosofía del Derecho, junto a noventa y ocho revistas acreditadas que superaron el complicado proceso de selección, de entre un total de trescientas cincuenta y cinco solicitudes evaluadas, supuso un certificado de excelencia editorial y científica importante⁶⁴. Tras la obtención del sello de calidad FECYT, el Anuario se consolida entre las mejores revistas especializadas en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales. Esa línea ascendente ha continuado hasta nuestros días con la continua renovación de dicho sello.

La competencia cada vez mayor en la indexación de las revistas y, sobre todo, la aplicación de criterios que en muchas ocasiones son ajenos a las ciencias jurídicas y, en especial, a la Filosofía del Derecho, hacen que cada vez resulte más complicado mantenerse en los primeros puestos. Tal es así, que la presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, la profesora Gil Ruiz, presentó, ante la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) un documento de alegaciones sobre el Ranking de Revistas con Sello de Calidad FECYT publicado en septiembre de 2019 y la medición de las posiciones que ocupan diferentes revistas, entre ellas el Anuario de Filosofía del Derecho.

Como señalaba la presidenta en una de sus alegaciones, los indicadores de impacto que se toman en cuenta no responden a la realidad de

⁶⁴ Acta núm. 22. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Madrid el día 30 de marzo de 2016, bajo la presidencia de la profesora Ana Rubio Castro. Disponible en: <https://www.filosofiadelderecho.org/actas/> consultado: 11.11.2022.

disciplinas como la nuestra. En ese sentido, utilizando criterios aparentemente neutrales y objetivos, no se puede justificar de forma adecuada y proporcional la amplia diferencia en la valoración de las puntuaciones del impacto de revistas como el Anuario en comparación a otras de otras áreas. Acudiendo a diferentes bases de medición esa diferencia tampoco se justifica. A ello respondió la FECYT argumentando que los indicadores de impacto son los más utilizados a nivel internacional y nacional para medir la repercusión que ha tenido en la comunidad científica la investigación publicada en las revistas. En el ámbito internacional, estos indicadores son utilizados por las bases de datos *Web of Science* y SCOPUS, para calcular su factor de impacto.

A diferencia de esta metodología excesivamente dependiente de las citas que reciben las revistas, en la elaboración del ranking FECYT se alega que se tuvieron en cuenta otros indicadores, como son: la visibilidad, el índice h de *Google Scholar Metrics*, los índices h de WOS y *Scimago Journal Rank*, la posición de las revistas en los cuartiles de JCR y *Scimago Journal Rank*, así como las citas recibidas en varias fuentes distintas. Según la FECYT en la elaboración del su ranking de revistas se hizo un esfuerzo para recoger muchos de los indicios de calidad de las revistas españolas, con el fin de asignar una valoración objetiva en función de su presencia e impacto en la comunidad científica nacional e internacional.

Por otra parte, argumentaba en sus alegaciones la presidenta de la Sociedad sobre la extrapolación de los criterios de evaluación de las ciencias puras a las ciencias jurídicas, así como los distintos hábitos de investigación y publicación de las ciencias jurídicas. Obviamente cada una de las áreas científicas tienen hábitos distintos de hacer ciencia, y por tanto esto debe de ser tenido en cuenta en la evaluación.

Desde la FECYT, sin embargo, se mantiene que las humanidades y las ciencias sociales en general, y las ciencias jurídicas en particular, están sufriendo una evolución importante en sus planteamientos a la hora de abordar la investigación que realizan, y ello está obligando a tener en cuenta algunos criterios más consolidados en otras ciencias, como son la internacionalización, la multidisciplinariedad, o la evaluación de la investigación basada en las métricas. Según su criterio, a partir del análisis de la situación de las ciencias jurídicas en Europa, se ve la necesidad de empezar a tener en cuenta otros parámetros a la hora de la investigación y la evaluación⁶⁵.

⁶⁵ Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFPJ), Alegaciones presentadas por Dña. Juana María Gil Ruiz a la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) el 27 de febrero de 2020; y FECYT (Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología), Respuesta elaborada por la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología a las alegaciones presentadas por Dña. Juana María Gil Ruiz a la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) de 23 de marzo de 2020.

A pesar de las vicisitudes, el consejo de redacción del Anuario, con el impulso de su consejo asesor y el apoyo decidido de la Junta de la Sociedad, ha continuado trabajando para posicionar y mantener el Anuario en los primeros puestos de las revistas científicas españolas. En ese sentido, es relevante destacar el esfuerzo realizado desde el Ministerio de Justicia, y en concreto desde la Subdirección general de Documentación y Publicaciones, para la implementación de un sitio web con tecnología OJS (*Open Journal System*). En efecto, desde el 7 septiembre de 2020 se retomó de manera decidida esta iniciativa por parte del Ministerio. En la preparación de este proyecto se tuvieron en cuenta los comentarios y sugerencias que desde el Anuario se aportaron. Comenzó así la implantación y configuración del OJS, última versión estable 3.2. X, para la gestión editorial de los cuatro Anuarios y del Boletín del Ministerio de Justicia, así como la carga de los archivos históricos con sus metadatos. El *Open Journal System* (OJS) es un sistema de administración y publicación de revistas en Internet, diseñado para reducir el tiempo y energías dedicadas al manejo exhaustivo de las tareas que involucra la edición de una publicación seriada con evidentes ventajas⁶⁶. Aunque la mencionada pandemia por Covid-19, y sus efectos posteriores, impactaron en el desarrollo e implementación del sistema OJS, la convocatoria del Anuario de 2023 ya se ha gestionado íntegramente por esta plataforma⁶⁷.

Actualmente el Anuario está indexado en diferentes bases de datos nacionales e internacionales y figura en múltiples plataformas de referencia de evaluación de revistas⁶⁸. La utilización del sistema OJS ha abierto la oportunidad de continuar dicha indexación en aquellos casos en los que se exige el mencionado sistema.

El consejo de redacción y el asesor del Anuario, en línea con la voluntad de la Sociedad representada por su Junta, persevera para mantener la publicación de la revista en papel, convencidos de su encanto irremplazable, sin renunciar al formato en línea. Ello permite iniciar nuevas solicitudes de indexación, sobre todo a nivel internacional, para seguir mejorando el reconocimiento de esta revista dentro de nuestra área de forma específica y en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales en general. No somos ajenos al impacto que seguirá teniendo la revolución tecnológica y tampoco a las propuestas vinculadas al metaverso. Incluso en esos mundos virtuales o alternativos, nos esforzaremos, con la ayuda de todas las

⁶⁶ Acta núm. 26. Acta de la Asamblea General de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social, celebrada en Madrid el día 21 de diciembre de 2020, bajo la presidencia de la profesora Juana María Gil Ruiz. Disponible en: <https://www.filosofadelderecho.org/actas/> consultado: 14.11.2022.

⁶⁷ Vid. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD>

⁶⁸ Vid. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/indexacion>

personas que integran esta disciplina, para que el Anuario perdure y continúe siendo una de las publicaciones académicas de mayor impacto y relevancia, reflejo de la importancia indiscutible de la Filosofía del Derecho.

2

**PRESENTE Y FUTURO
DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Filosofía del derecho, formas de vida
y análisis lingüístico. Algunas consideraciones
sobre la filosofía del derecho como filosofía
del lenguaje normativo

*Philosophy of law, ways of life
and linguistic analysis. Some considerations
on the philosophy of law as philosophy
of normative language*

Por CARLOS ALARCÓN CABRERA
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

El punto de partida wittgensteiniano del Tractatus según el cual el mundo y el lenguaje poseen una estructura común, y la expresión del pensamiento es perceptible mediante las proposiciones lingüísticas, mediante signos lingüísticos que proyectan las situaciones a través del sentido de las proposiciones, es revisada en las Investigaciones Filosóficas, en las que Wittgenstein subraya que la relación entre una palabra y su significado no se da en la teoría, sino en la práctica, en los usos lingüísticos de la palabra. La técnica filosófica de los juegos del lenguaje sirve como terapia al librarnos de las confusiones filosóficas causadas por la consideración del lenguaje al margen de los contextos y actividades vitales, al margen de las formas de vida. A partir de esta idea se reflexiona sobre algunos importantes aspectos en los que la filosofía del lenguaje incide en el ámbito jurídico: la validez normativa, la tipología de las normas, la jerarquía normativa, la lógica normativa y la semiótica normativa.

Palabras clave: formas de vida, análisis lingüístico, lógica normativa, semiótica normativa, reglas constitutivas.

ABSTRACT

The Wittgensteinian starting point of the Tractatus, according to which the world and language have a common structure, and in which the expression of thought is perceptible through linguistic propositions, through linguistic signs that project situations by way of the meaning of propositions, is revised in the Philosophical Investigations, in which Wittgenstein stresses that the relation between a word and its meaning is not given in theory, but in practice, in the linguistic uses of the word. The philosophical technique of language games serves as therapy by freeing us from the philosophical confusions caused by the consideration of language outside the contexts and vital activities, outside the ways of life. From this idea we reflect on some important aspects in which the philosophy of language affects the legal field: normative validity, typology of norms, normative hierarchy, normative logic and normative semiotics.

Keywords: ways of life, linguistic analysis, normative logic, normative semiotics, constitutive rules

SUMARIO: 1. LA UNILATERALIDAD DEL *TRACTATUS*. – 2. JUEGOS DEL LENGUAJE Y FORMAS DE VIDA. – 3. LA LINGÜÍSTICIDAD DE LAS NORMAS. – 4. LA LÓGICA, EL LENGUAJE Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA. – 5. LA TAXONOMÍA NORMATIVA. – 6. CIENCIA DEL DERECHO Y SISTEMA JURÍDICO. – 7. FORMAS DE VIDA E INTERSUBJETIVIDAD. – 8. FORMAS DE VIDA Y *COMPRESIÓN* DE LA REALIDAD SOCIAL.

SUMMARY: 1. THE UNITERALISM OF THE *TRACTATUS*. – 2. LANGUAGE GAMES AND WAYS OF LIFE. – 3. THE LINGUISTIC NATURE OF THE NORMS. – 4. LOGIC, LANGUAGE AND LEGAL ARGUMENTATION. – 5. NORMATIVE TAXONOMY. – 6. SCIENCE OF LAW AND LEGAL SYSTEM. WAYS OF LIFE AND INTERSUBJECTIVITY. – 8. WAYS OF LIFE AND UNDERSTANDING OF SOCIAL REALITY.

1. LA UNITERALIDAD DEL *TRACTATUS*

«La totalidad de las proposiciones es el lenguaje». Esta afirmación del *Tractatus logico-philosophicus* podría tener su continuidad diciendo que «la totalidad de las proposiciones normativas es el lenguaje normativo»¹. La cuestión de si esta continuidad es posible es el punto

¹ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*, Londres, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1921. Traducción castellana de MUÑOZ, J. y REGUERA, I., *Tractatus logico-philosophicus*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

de arranque de mis consideraciones sobre la filosofía del derecho como filosofía del lenguaje normativo.

«La mayoría de los denominados problemas filosóficos son sin-sentidos», continuaba Wittgenstein en el *Tractatus*, y ante ello lo decisivo es comprender la lógica del lenguaje. Paralelamente, se podría pensar que en la reflexión filosófica sobre lo normativo lo decisivo es comprender la lógica de su lenguaje y llevar a cabo un análisis crítico del lenguaje normativo.

El primer Wittgenstein partía de que la expresión del pensamiento era perceptible por los sentidos mediante las proposiciones lingüísticas. La filosofía estaba repleta de confusiones derivadas de la polivalencia significativa y simbólica de los signos lingüísticos, y por ello reivindicaba un lenguaje sígnico que siguiera una sintaxis lógica. Podría decirse con Wittgenstein que la proposición lingüística es una figura o modelo de la realidad del mismo modo que las luces de colores del semáforo son una figura o modelo del ordenamiento jurídico. También el pensamiento jurídico, las grafías impresas en el código y en el parte de multa, el semáforo, los movimientos de las manos del agente de tráfico, las señales de tráfico, etc., forman una unidad en tanto que comparten la estructura lógica. Mantienen recíprocamente la relación interna figurativa propia de la interconexión entre el lenguaje y el mundo. El conductor de un vehículo sabe que debe pararse ante el color rojo del semáforo, ante la mano en alto del agente o ante la señal de tráfico en la que se lee *stop*, e, inversamente, también puede deducir que vuelve a iluminarse la luz verde, aunque no vea el semáforo, del hecho de que el vehículo delantero reanuda la marcha. A los papeles encuadernados con el título de «Código de Circulación» les da el valor de norma jurídica. Y sabe que el papel firmado por el agente que encuentra en el cristal de su vehículo produce en él una determinada obligación económica.

Estas reglas generales de interpretación, como muchísimas otras, vienen determinadas por la semejanza interna de entidades heterogéneas (algunas ideales y otras factuales, algunas lingüísticas y otras extralingüísticas) conectadas mediante la «figuración». Wittgenstein las denomina reglas «proyectivas» de traducción lingüística porque proyectan la norma en el lenguaje, por ejemplo en el lenguaje visual del semáforo o en el lenguaje gestual del guardia. Al figurar el mundo, las proposiciones «representan» la realidad, la cual puede entonces ser conocida si se comprende el sentido del signo proposicional. Esto ocurre, subraya Wittgenstein, cuando el sentido, aunque no haya sido explicado, es «mostrado», del mismo modo que en la escritura jeroglífica, de la que es heredera la escritura alfabética, era posible la «comprensión» sin «explicación».

Ahora bien, aunque la proposición describe los estados de cosas, describe la realidad en su globalidad de acuerdo con las propiedades internas de la propia realidad, y aunque en lo que Wittgenstein llama la «proposición verdadera» se refleja la lógica, la lógica en sí misma no puede sin embargo «representarse» (ya que ello exigiría situarse

fuera de nuestro mundo, fuera de nuestra propia lógica), sino solo «mostrarse». Éste es el único límite de las posibilidades representativas del lenguaje, porque las proposiciones de la lógica, al ser analíticas, no añaden nada al mundo. La experiencia no puede respaldarlas ni desmentirlas, ya que trascienden el mundo conformando el marco de su propia posibilidad.

2. JUEGOS DEL LENGUAJE Y FORMAS DE VIDA

En las «Investigaciones filosóficas» Wittgenstein modifica su idea del *Tractatus* de que el mundo y el lenguaje poseen una estructura común a través del concepto de juego lingüístico. Ahora reconoce que las reglas que regulan las constantes lógicas no se pueden establecer al margen de la relación interna de las proposiciones en las inferencias lógicas, porque estas reglas, esta «sintaxis», forma parte de una sintaxis global mediante la cual se puede analizar la función que cumplen tales relaciones internas. La sintaxis o «gramática» de nuestro lenguaje ofrece reglas que establecen la relación interna entre un término y su significado, y a partir de las cuales se pueden expresar «enunciados sintéticos *a priori*» que se corresponden con tales reglas.

El segundo Wittgenstein pasa así de la perspectiva física de la verdad o falsedad de los estados de cosas a la perspectiva fenomenológica del sentido o sinsentido de los estados de cosas, de la descripción de la estructura de los estados fenomenológicos de las cosas y sus propiedades espaciales, temporales y materiales. La técnica filosófica de los juegos del lenguaje sirve como terapia al librarnos de las confusiones filosóficas causadas por la consideración del lenguaje al margen de los contextos y actividades vitales, al margen de las «formas de vida». Expresarse lingüísticamente es algo que entra dentro de una forma de vida, y según cómo sea ésta surgen variadísimos tipos de lenguaje, paralelos a los correspondientes juegos lingüísticos. El lenguaje no solo sirve para representar la realidad, para describir, sino también para relatar, para hacer suposiciones, para plantear hipótesis, para enseñar, para representar teatro, para jugar, para cantar, para bromear, para traducir, para disculparse, para rogar, para orar, para saludar, para insultar, para interrogar, ... y también para obligar, para permitir, para prohibir, para amenazar con sanciones, para condicionar la validez de los actos, para constituir realidades institucionales... Y como ha recalcado bien Aarnio partiendo del concepto de «forma de vida», en la praxis societaria los sistemas de valores no son creados autónomamente por individuos o grupos. Cada enunciado valorativo se conecta con una totalidad compleja de enunciados, así que se podría hablar de un «nido de enunciados», no arbitrario, que como globalidad se liga a una base, a una forma de vida. Los sistemas de valores están vinculados a nuestra práctica vital, sin que deje por ello de ser posible justificar una teoría de los valo-

res no-descriptiva, ya que quien expresa un juicio de valor no deja de estar jugando un determinado juego lingüístico².

Las reglas constitutivas que definen las instituciones no son para Wittgenstein instrumentos de explicación ni de comprensión de la conducta humana, sino pautas para interpretar fenómenos institucionales, para interpretar fenómenos en el contexto de juegos lingüísticos (se puede decir que las reglas constitutivas de instituciones son instrumentos de interpretación «eidográfica», de interpretación según el «eidos» que constituyen, pero no de comprensión «idiográfica», de comprensión de la conducta en su individualidad). No se debe buscar entonces una explicación cuando simplemente debemos ver lo que sucede como «protofenómeno», cuando solo debemos afirmar que «se juega este juego lingüístico»: «no se trata de explicar juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino de constatarlas»; es decir, de interpretar (eidográficamente) formas de vida, de constatar formas de vida que valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido.

3. LA LINGÜÍSTICIDAD DE LAS NORMAS

Si excluimos un pequeño sector doctrinal del sociologismo jurídico, que ha seguido sobre todo a Geiger y a su concepto de «norma subsistente»³, la filosofía del derecho ha partido de que las normas son entidades lingüísticas, entidades pertenecientes al lenguaje. Bobbio definió las normas como «entidades lingüísticas prescriptivas», como entidades con una estructura lingüística que, siguiendo el esquema «Si es A, debe ser B», puede llenarse de los más diversos contenidos, de forma similar a como las entidades lingüísticas descriptivas son especificaciones del esquema explicativo «A es B». Pero Bobbio, no obstante, no concretó el tipo de entidades lingüísticas prescriptivas al que pertenecen las normas. Sólo apuntó que entendía por *proposición* «un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí», una entidad diferenciada del *enunciado* o «forma gramatical y lingüística con la cual se expresa un significado», de tal forma que una misma proposición puede expresarse a través de diversos enunciados⁴. Por ejemplo, la proposición prescriptiva «Está prohibido fumar» puede expresarse a través de los enunciados, «Está prohibido fumar», «Fumar está prohibido», «Prohibido fumar», «No smoking» ..., enunciados con identidad significativa.

En realidad, los sentidos del término «proposición» no son solo dos (como proposición en sentido estricto y como «enunciado», de acuerdo con la distinción de Bobbio), sino tres. «Proposición» no solo

² AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987.

³ GEIGER, T., *Estudios de sociología del derecho*, Granada, Comares, 2014.

⁴ BOBBIO, N., *Teoría della norma giuridica*, Turín, Giapichelli, 1957.

puede designar un enunciado y una proposición significativa, sino que también puede designar una «enunciación» concreta de un enunciado (en el idioma inglés, la diferencia entre «enunciado» y «enunciación de un enunciado» parece más clara: «enunciado» es *sentence*, *enunciación* de un enunciado es *utterance*). Por ejemplo, el enunciado «Está prohibido fumar» puede «enunciarse» (es decir, de dicho enunciado pueden producirse enunciaciones) en distintos contextos: por una autoridad normativa al prescribir la prohibición de fumar, por un jurista al describir la prohibición de fumar, por un sociólogo al comentar la eficacia de la prohibición de fumar...

En tanto que filosofía del lenguaje normativo, la filosofía del derecho debe entonces clarificar las diferencias entre tres posibles concepciones lingüísticas de la norma jurídica:

A) La norma como «enunciado prescriptivo», como entidad lingüística situada en el plano sintáctico de las relaciones gramaticales entre los términos que componen lingüísticamente cada norma.

B) La norma como «proposición prescriptiva», como entidad lingüística situada en el plano «semántico» de sus relaciones con los objetos que designa; la norma como «idea» que posee un determinado significado.

C) La norma como «acto lingüístico de enunciación prescriptiva de un enunciado», como entidad lingüística situada en el plano «pragmático» de sus relaciones con los sujetos que utilizan el lenguaje normativo o se ven influidos por él; la norma como hecho lingüístico que cumple una función determinada por su contexto.

El análisis de esta trivalencia semiótica de la norma conduce asimismo al estudio de otro concepto central de la filosofía del derecho, el concepto de «validez normativa», respecto al que es preciso establecer una distinción paralela:

A) La validez sintáctica se predica de las normas en tanto que enunciados jurídicos, dependiendo de las reglas constitutivas del ordenamiento, reglas que determinan su «sintaxis de validez», que definen la validez.

B) La validez semántica se predica de las normas en tanto que proposiciones jurídicas, dependiendo del significado de los términos de los que se compone, de su sentido.

C) La validez pragmática se predica de las normas en tanto que actos jurídicos, dependiendo de las condiciones intrínsecas de validez de los actos lingüísticos y de las condiciones extrínsecas de validez puestas por las reglas procedimentales del ordenamiento⁵.

⁵ CONTE, A., «Studio per una teoria della validità», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 47, 1970, pp. 331-354.

El estudio de la norma como entidad lingüística en sentido sintáctico, semántico y pragmático conduce asimismo al análisis del ordenamiento, en tanto que conjunto sistematizado de entidades lingüísticas, en tanto que lenguaje. En este sentido, el filósofo del derecho debe profundizar en la distinción entre el lenguaje «legal», el lenguaje del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas, que es un lenguaje objeto; y el lenguaje «de los juristas», el lenguaje que se utiliza al comentar, analizar o interpretar las normas (el abogado para preparar sus casos y defenderlos en juicio, el juez para motivar su sentencia, el profesor para explicar el derecho vigente...), que es un metalenguaje, un lenguaje sobre un lenguaje-objeto. Esta distinción es paralela a la distinción, que clarificó certeramente Bobbio, entre la lógica del derecho, que como parte de la lógica de las normas se centra en la estructura lingüística de las normas jurídicas en tanto que proposiciones normativas y en la posibilidad de construir inferencias lógico-normativas, y que debe ser la base de la teoría general de la norma y de la teoría general del ordenamiento jurídico; y la lógica de los juristas, que se centra en las argumentaciones que realizan los operadores jurídicos hasta efectuar la decisión jurídica, y, tras ella, para justificarla, y que debe considerarse la base de la teoría de la interpretación jurídica. La lógica del derecho es así el producto de la «extensión» de los estudios lógicos sobre las proposiciones descriptivas a las proposiciones prescriptivas, mientras que la lógica de los juristas es el producto de la «aplicación» de la lógica por parte de la ciencia jurídica a los procedimientos empleados por los juristas en la interpretación, análisis y sistematización de cada ordenamiento jurídico⁶.

La división entre el análisis de la extensión de la lógica a las normas, y el de la aplicación de la lógica en la labor de los juristas no puede ser tajante, como ya advertía Bobbio. La lógica del derecho integra a la lógica de los juristas en tanto que estudia las condiciones de posibilidad y los criterios de validez de una lógica de las normas que se desmarca de la lógica proposicional ordinaria, así como los problemas del ordenamiento jurídico como sistema: su unidad, su coherencia, su plenitud. Para analizar correctamente las reglas de inferencia válidas para deducir conclusiones normativas a partir de premisas normativas, en el contexto de un determinado ordenamiento jurídico, la lógica de los juristas ha de haber respondido previamente a cuestiones como la de la posibilidad y condiciones de tales inferencias normativas, y como la de las características que debe poseer un ordenamiento para ser sistemático, en las que resulta fundamental la aportación de la lógica de las normas.

⁶ BOBBIO, N., *op. cit.*

4. LA LÓGICA, EL LENGUAJE Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Alexy subrayó que la argumentación jurídica es un «caso especial» de la argumentación práctica general. Ello no significaba que los procesos de fundamentación de las decisiones jurídicas se debían llevar a cabo siguiendo siempre los criterios del discurso práctico general, con lo que la fundamentación propiamente jurídica serviría solo para legitimar subsidiaria o secundariamente el resultado del proceso (tesis que Alexy denominó de la «secundariedad», según la cual el discurso jurídico coincidiría con el discurso práctico general, diferenciándose únicamente por su fachada jurídica); ni tampoco significa que la argumentación jurídica tiene unos límites que solo puede rebasar la argumentación práctica general (tesis de la «adición»); sino que significaba para Alexy que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse en todos los niveles al uso de los argumentos prácticos generales (tesis de la «integración»)⁷.

A diferencia de Alexy, pienso sin embargo que es positiva también la incorporación de la perspectiva tópica a la propia argumentación jurídica. Considero indudable que al argumentar el jurista «valora» además de sistematizar, ya que busca tanto la ponderación como el rigor, asumiendo de algún modo la realidad como «problema» ante el que se enfrenta con instrumentos interpretativos flexibles. Esta problematicidad exige recursos dialécticos, y como destacara Viehweg gira alrededor de la aporía fundamental de la búsqueda de la solución más justa para cada supuesto de hecho. El «problema» es una cuestión que permite *prima facie* más de una respuesta, pero que requiere necesariamente una única respuesta como solución, por lo que debe formularse adecuadamente, y posteriormente ser introducido en una serie de deducciones más o menos explícitas y extensas que propician la consecución de la solución, con lo que se podría decir que se reinventa inductivamente un sistema diferente para cada problema. La aporía fundamental de la tópica basada en la búsqueda de la solución más justa para cada caso se desarrolla especialmente en la jurisprudencia, entendida como técnica al servicio de la justicia, en concreto plasmada en proposiciones normativas forzosamente conectadas con el problema e interpretadas desde su perspectiva⁸.

También me parecen muy aprovechables las aportaciones de Atienza a la teoría de la argumentación de Alexy. Atienza ha reconocido que el desarrollo de la teoría de la argumentación debe atender a su dimensión empírica, lo que exige un acercamiento a la sociología jurídica, a la teoría del derecho e incluso a la filosofía moral. Asimismo

⁷ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁸ VIEHWEG, T., *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986.

ha destacado la relevancia de la creación jurídica como objeto de atención de la teoría de la argumentación, tradicionalmente centrada en la interpretación, aplicación y sistematización del derecho por parte de la jurisprudencia y de la dogmática jurídica. E incluso la importancia de procesos jurídicos en los que por encima de la decisión, en tanto que «adjudicación» de la solución, prima la negociación o la mediación. Además, para Atienza no se deben olvidar los aspectos descriptivos de la teoría de la argumentación, que no solo hacen referencia a los factores que habrán de justificar las decisiones jurídicas (al contexto de «justificación»), sino asimismo a los factores que de hecho las justifican (al contexto de «descubrimiento»)⁹.

Creo con Atienza que es necesario que el filósofo del derecho se acerque a la argumentación jurídica con el afán de resolver los problemas relativos a la representación del proceso real argumentativo, y en particular al procedimiento de fundamentación de las decisiones jurídicas. No resulta suficiente la utilización exclusiva de las formulaciones de la lógica deductiva clásica sin tener presente que en la argumentación jurídica aparecen con frecuencia relaciones no expresables formalmente, como por ejemplo «ser un argumento a favor de» o «ser un argumento en contra de». Estoy de acuerdo con Atienza en que es más apropiado un sistema distinto de representación, no lineal sino reticular, que no solo pueda traducir las vertientes sintáctica y semántica de la argumentación, sino también las diversas funciones pragmáticas de los actos discursivos. Así, se puede utilizar un símbolo distinto para actos lingüísticos ilocucionarios como «plantear un problema, afirmar un enunciado, adoptar un enunciado normativo que obliga, prohíbe o permite hacer algo, preguntar, asumir un juicio de valor, establecer una definición o una pauta semántica, adoptar un principio» etc.¹⁰

Siguiendo este sistema de representación, Atienza reconstruye el proceso argumentativo a través de los siguientes pasos: a) la identificación del problema, que podrá ser un problema de «relevancia» (cuando surge ante la duda sobre cuál es la norma aplicable al caso), un problema de «interpretación» (cuando surge ante la duda sobre el sentido de la norma aplicable al caso), un problema de «prueba» (cuando surge ante la duda sobre si se ha producido o no un determinado hecho) o un problema de «calificación» (cuando surge ante la duda de si un determinado hecho se adscribe o no a una determinada categoría jurídica, o de si entra dentro del campo semántico de un determinado concepto jurídico, o de si es denotado por una determinada definición jurídica); b) la averiguación de los motivos por los que ha surgido el problema, que cuando es interpretativo puede venir originado por una insuficiencia informativa derivada de la excesiva particularidad de la norma, o por un exceso informativo derivado de la ambigüedad o la polivalencia

⁹ ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 236-239.

¹⁰ *Ibidem*, p. 241 y ss.

semántica de la norma; c) la construcción de hipótesis de solución mediante la «reparación» de la premisa imperfecta, bien sea a través de la reformulación de la norma para que abarque el caso problemático, bien sea a través de la elección de una de las posibles interpretaciones de la norma; d) la justificación de las hipótesis formuladas, que debe descartar la *reductio ad absurdum*; e) la deducción de la conclusión, una vez «reparadas» las premisas¹¹.

La teoría de la argumentación jurídica constituye en definitiva para Atienza un elemento fundamental de la filosofía del derecho en tanto que cumple tres funciones. Cumple la función teórica o cognoscitiva de favorecer la comprensión del fenómeno jurídico y el desarrollo de otras disciplinas afines, tanto jurídicas como extrajurídicas. De algún modo, el derecho no debería aprehenderse solo como un sistema de normas, sino también como un sistema de procedimientos, y como tal ser el objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica. Cumple en segundo lugar la función técnico-práctica de orientar en la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, y contribuir a la enseñanza jurídica global y a la construcción de sistemas jurídicos expertos. Y cumple finalmente la función política o moral de criticar el derecho positivo vigente e incentivar el progreso jurídico poniendo en cuestión la tesis de la «respuesta correcta»; es decir, la idea de que el ordenamiento jurídico (y en particular los ordenamientos de los Estados de derecho democráticos actuales) dispone siempre de una solución adecuada para cada problema planteado¹².

5. LA TAXONOMÍA NORMATIVA

Los ordenamientos jurídicos no solo incluyen normas de conducta, normas dirigidas a obligar, prohibir o permitir comportamientos. Además de estas normas, existen otras «metanormativas»: normas sobre normas. Desde la filosofía del derecho es imprescindible ocuparse de la relación entre estos tipos de entidades normativas.

Hart elucubró sobre el proceso de transformación del conjunto de normas de conducta de una comunidad primitiva en un ordenamiento propiamente jurídico, que se materializa con la creación de «normas secundarias», condición necesaria por tanto de la existencia del propio derecho. Podría decirse entonces con Hart que en las sociedades primitivas no son necesarios ni los legisladores ni los jueces. Sólo existen una serie de normas primarias de origen difuso que son imprescindibles para la coexistencia, como las que prohíben el uso de la violencia, el robo y la mentira, o las que obligan a contribuir de alguna forma al bienestar colectivo. La única respuesta contra quienes no

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, p. 249 y ss.

siguen esas normas consiste en la reacción negativa por parte de la generalidad del grupo social. Esta estructura social primitiva podría haber padecido para Hart tres carencias, en cuya profundización analítica debe dedicarse ineludiblemente la filosofía del derecho: la falta de certeza normativa, la estaticidad normativa y la inseguridad en la aplicación de las normas¹³.

Las normas que regulan los comportamientos del grupo prejurídico no forman un sistema, señala Hart, sino que son un mero conjunto de pautas aisladas entre sí, sin características comunes que las identifiquen, de tal modo que cuando existen dudas sobre cuáles son las normas no hay ningún criterio para resolverlas. Por ello, surge la necesidad de crear un tipo diferente de normas, unas normas secundarias que establezcan un procedimiento que determine el criterio para decidir si una norma primaria de comportamiento está vigente, que «reconozcan» las normas primarias válidas.

En segundo lugar, las normas que regulan los comportamientos individuales en una sociedad primitiva solo cambiarían mediante un lento proceso paralelo de decrecimiento, según el cual las desviaciones de conducta dejan paulatinamente de ser rechazadas, y pasan a ser toleradas y, posteriormente, inadvertidas. Al margen de este proceso, no hay forma de adaptar deliberadamente la normatividad a las nuevas realidades sociales, no es posible introducir nuevas normas ni eliminar alguna de las existentes, por lo que hacen falta normas que combatan la estaticidad normativa estableciendo las condiciones de validez del «cambio» jurídico.

El mundo prejurídico carecería asimismo de órganos con facultades para determinar si los comportamientos son o no conformes a las normas, y para ejercer eficazmente la presión contra quienes incumplen las normas. Por ello, surge la necesidad de crear un tercer tipo de normas secundarias que establezcan un procedimiento para decidir cuándo se transgreden las normas primarias y cómo se materializa la reacción social contra el transgresor. Contra la inseguridad en la aplicación de las normas, es necesaria la existencia de unas reglas que «adjudiquen» la potestad para decidir el cumplimiento de las normas primarias en cada caso concreto.

El recurso metodológico de las tres hipotéticas carencias de las comunidades primitivas es útil así para analizar los temas fundamentales de la jerarquía normativa, la creación normativa y la aplicación normativa, temas centrales de la filosofía del derecho, que respectivamente nos conducen a la cuestión de la naturaleza de las «reglas de reconocimiento», las «reglas de cambio» y las «reglas de adjudicación».

Las reglas de reconocimiento de un ordenamiento jurídico especifican las condiciones que debe cumplir una norma para tener validez jurídica, para reconocerse como jurídica. Hart se servía de la presuposición

¹³ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

de que, en los derechos primitivos, las reglas de reconocimiento suelen hacer referencia a un elenco de normas primarias válidas, o a la reacción de la autoridad política o incluso de la naturaleza ante un comportamiento que desde entonces se convierte en obligatorio, prohibido o permitido. Con el desarrollo y la evolución jurídica, las reglas de reconocimiento pasarían a referirse a características generales que deben poseer las normas de conducta, como por ejemplo el hecho de haber sido decididas y elaboradas por un cuerpo legislativo, el hecho de su vigencia consuetudinaria o el hecho de su respaldo judicial. Además, estos criterios se subordinarían unos a otros formando un sistema jerárquico de fuentes en el que la ley suele ser la más alta de la pirámide normativa.

Las reglas de cambio de un ordenamiento jurídico especifican las condiciones que deben cumplir determinados actos para «valer» como promulgación o como derogación de normas jurídicas, para incorporar o para eliminar normas jurídicas, para «cambiar» el ordenamiento. La relación entre las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio es estrecha, ya que la mera existencia de reglas de cambio implica necesariamente la referencia de las reglas de reconocimiento a la legislación como característica identificatoria de las normas. Pero no son las reglas de reconocimiento, sino las reglas de cambio, las que deberían detallar las condiciones personales y formales del proceso legislativo.

Las reglas de adjudicación de un ordenamiento jurídico especifican las condiciones que deben cumplir determinadas decisiones para ser consideradas «verdades» jurídicas sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas primarias por parte de sus destinatarios. Son reglas que «adjudican» la potestad de aplicar el derecho y definen el procedimiento a seguir. Las reglas de adjudicación están también muy relacionadas con las reglas de reconocimiento. El hecho de que existan reglas de adjudicación implica necesariamente la referencia de las reglas de reconocimiento a las decisiones judiciales como «fuente» del derecho, aunque no en términos generales, sino en relación con el supuesto concreto sobre el que se pronuncia cada juez. Además, en casi todos los sistemas jurídicos los órganos judiciales no solo tienen la capacidad de decidir si se ha transgredido o no una norma primaria, sino que además deciden la consecuencia jurídica punitiva derivada de la eventual transgresión¹⁴.

Desde el punto de vista del objeto de estudio de la filosofía del derecho, quizás aún más útil heurísticamente que la distinción hartiana «normas primarias/normas secundarias» es la que posteriormente llevaría a cabo Searle al diferenciar las reglas «regulativas» de las reglas «constitutivas». Basándose en los conceptos kantianos de los «principios regulativos» y los «principios constitutivos», Searle diferenció las reglas que «regulan» formas de conducta existentes antecedente o independientemente de las propias reglas, de las reglas que crean o definen

¹⁴ *Ibidem*.

nuevas formas de conducta, que «constituyen» una actividad cuya existencia es dependiente, desde un punto de vista lógico, de las reglas. Las reglas regulativas son relativas a actividades «naturales» (matar, robar, engañar...) cuya realización es independiente lógicamente de las reglas y anterior a ellas. Las reglas constitutivas son relativas a actividades no naturales, sino «institucionales» (hacer un testamento, casarse, prometer...), cuya realización solo se comprende en el contexto de cada conjunto de reglas constitutivas, de cada institución. Sólo en el contexto de la institución de la sucesión se comprende la acción de escribir un testamento, solo en el contexto de la institución del matrimonio se comprendo el «Sí, quiero» enunciado por los contrayentes, solo en el contexto de la institución de la promesa se comprende la obligación a cuyo cumplimiento se compromete quien realiza una promesa. De hechos naturales (escribir sobre un papel, pronunciar determinadas palabras, narrar futuras acciones propias) derivan hechos institucionales, deriva el deber de comportarse conforme a lo que establece un testamento, conforme a las obligaciones matrimoniales o conforme a lo que se promete. Se podría decir, con Searle, que de lo que «es» deriva lo que «debe ser».

En tanto que filosofía del lenguaje normativo, la filosofía del derecho debe acompañar analíticamente el estudio de las diversas normas de estos dos tipos existentes en los ordenamientos, así como su plasmación lingüística, y en particular su sintaxis. No en vano las fórmulas estándar de las reglas regulativas y de las reglas constitutivas son sintácticamente diferentes: las reglas regulativas siguen el esquema «Debes hacer X» o «Si es Y, debes hacer X» («No debes fumar en centros públicos» o «Si eres varón debes hacer el servicio militar»); las reglas constitutivas siguen el esquema «X cuenta como Y», «X tiene el valor de Y» o «X tiene el sentido de Y» (Si se cumplen las condiciones A, B, C,... verter tinta sobre un papel cuenta, vale, tiene el sentido de «testamento», de reparto futuro de los bienes propios)¹⁵.

La oposición conceptual searlina entre los «hechos» naturales o «brutos» y los «hechos institucionales» se inspira claramente en la que en Austin opuso a los «enunciados constatativos» y a los «enunciados performativos», a los enunciados que producen determinadas modificaciones de la realidad externa dependientes del contexto institucional en el que se enuncian. Searle define por exclusión los actos ilocucionarios como aquellos en los que, además de pronunciarse determinadas palabras de una forma y en un orden proposicionalmente correcto, se ejecutan acciones que «valen» o «cuentan» dependiendo pragmáticamente del contexto institucional.

En sus últimas obras, Searle ha profundizado en el análisis de la performatividad de los actos que producen hechos institucionales. En el esquema típico de las reglas constitutivas «X cuenta como Y», la regla permite, cuando X es un acto lingüístico, que X pueda ejecutarse

¹⁵ SEARLE, J., *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 1986.

como enunciación performativa que crea el estado de cosas que describe Y. Puesto que expresarse de una determinada forma en un determinado contexto cuenta como un hecho institucional (hacer un testamento, contraer matrimonio, pagar un servicio contratado...), puede afirmarse que el hecho institucional es producido por el acto lingüístico correspondiente. Las reglas constitutivas establecen que las asignaciones de status puedan realizarse a través de actos lingüísticos, que al materializarse «constituyen» hechos institucionales¹⁶.

La profundización posterior en la distinción entre las reglas regulativas y las reglas constitutivas por parte de Conte y algunos otros discípulos de la Escuela de Pavía facilita la labor del filósofo del derecho al procurarle elementos taxonómicos de gran utilidad. Desde un punto de vista ontológico, las reglas constitutivas, subraya Conte, «son condición» de aquello sobre lo que versan. Desde un punto de vista semiótico, determinan la intensión de los términos que aparecen en ellas, «connotan» el conjunto de propiedades de los objetos que designan tales términos. La intensión del término «matrimonio» es determinada por la propia regla que constituya la institución del matrimonio. Entendemos el término «matrimonio» en el sentido en el que una norma concreta lo define como institución¹⁷.

Diferentes de las reglas que «son condición» ontológica de aquello sobre lo que versan, las reglas que Conte denomina «hipotético-constitutivas» no «son», sino que «ponen» condiciones de aquello sobre lo que versan, ponen condiciones para que un acto tenga validez. Semióticamente, estas reglas determinan la extensión de los términos que aparecen en ellas, denotan el conjunto de propiedades de los objetos que designan tales términos, cuya intensión presuponen («X debe ser N para contar como Y», «X debe tener el valor de N para contar como Y»: determinados actos deben cumplir determinadas condiciones para valer como «matrimonio»,...) ¹⁸.

Los antecedentes conceptuales de este tipo de reglas también se remontan a la idea kantiana de regla técnica como aquella que trata los medios a emplear para alcanzar un determinado fin. Pero como resalta Conte no hay que olvidar que ya Aristóteles habló de la polisemia de *tò déon*, el participio neutro sustantivado del verbo impersonal griego *deî*, utilizado para hacer referencia al deber y asimismo para hacer referencia a la «necesidad normativa».¹⁹ Esta distinción está implícita cuando Kant habla de la «necesidad práctica» de los imperativos hipotéticos y de la «necesidad absoluta» de los imperativos categóricos, de las

¹⁶ SEARLE, J., *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 54 y ss.

¹⁷ CONTE, A., «Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein», en GARGANI, A. G., CONTE, A. G. y EGIDI, R., *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Nápoles, Guida, 1983, pp. 37-82.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

reglas puramente regulativas. El estudio de los diferentes tipos de normas presentes en los ordenamientos jurídicos no puede obviar asimismo la ulterior distinción kantiana entre las reglas técnicas «analíticas» y las proposiciones científicas «sintéticas» que son presupuestas por las reglas técnicas. La formulación estándar de las reglas técnicas es la oración condicional en cuyo antecedente se menciona el fin que persigue el agente, y en cuyo consecuente se menciona la conducta a realizar para la consecución del fin: «Si deseas X, debes hacer Y».

6. CIENCIA DEL DERECHO Y SISTEMA JURÍDICO

La ciencia del derecho analiza el derecho como lenguaje, y, respecto al lenguaje que es el derecho, surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos jurídicos. Es a mi juicio aconsejable en este sentido seguir a Bobbio en su distinción de tres fases de desarrollo de la ciencia jurídica: a) el científico del derecho debe compensar la carencia de rigor del lenguaje legal, debe combatir sus ambigüedades y vaguedades determinando el significado de los términos legales, determinando la «gramática» del lenguaje que emplea el legislador; b) el científico del derecho debe compensar la carencia de plenitud del lenguaje legal, debe deducir, a través de procesos de integración, más consecuencias normativas de las que el legislador ha establecido expresamente; c) el científico del derecho debe compensar la carencia de orden del lenguaje legal, debe sistematizarlo progresivamente eliminando incoherencias lingüísticas de acuerdo con el contexto socio-lingüístico de cada momento histórico²⁰.

Desde un punto de vista lógico, la filosofía del derecho debe así atender a tres conceptos paralelos a estas tres fases: a) el concepto de «rigor», en tanto que la filosofía del derecho exige rigor en el razonamiento jurídico como garantía de objetividad e imparcialidad del discurso; b) el concepto de «forma», teniendo en cuenta que la parte más relevante del razonamiento jurídico está constituida por juicios analíticos (juicios que no enuncian verdades fácticas ni suministran juicios de valor, sino que tratan de derivar conclusiones verdaderas a partir de premisas puestas como verdaderas); c) el concepto de «orden», en tanto que el derecho es, en palabras de Bobbio, «un orden de las acciones, un conjunto de operaciones que en la esfera práctica cumple la misma función que la lógica en la esfera teórica»²¹.

Posiblemente la filosofía del derecho no tuviera sentido si las normas jurídicas fueran elementos aislados, si no existieran relaciones lógicas entre ellas. Por el contrario, como totalidad ordena-

²⁰ BOBBIO, N., «Diritto e lógica», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 39, 1962, pp. 11-45.

²¹ *Ibidem*.

da, constituyen un sistema cuyo conjunto de características representa un objeto de estudio central de la filosofía del derecho. Desconocer el carácter sistemático del derecho es un error en el que se incurre cuando se desarrolla un análisis teórico solo dirigido al estudio de las normas jurídicas y de los conceptos jurídicos en sí mismos, prescindiendo de la idea global del ordenamiento jurídico como sistema.

Conte ha diferenciado tres perspectivas diferentes desde las cuales la noción sistemática de ordenamiento puede cumplir la función metodológica de servir de instrumento de análisis jurídico. A través de la percepción del ordenamiento jurídico como sistema se puede: a) «explicar la existencia del derecho». Por ejemplo, para el institucionalismo, el derecho existe en tanto que existe el ordenamiento jurídico, y el ordenamiento jurídico existe en tanto que existen las instituciones; b) «comprender qué es el derecho». Por ejemplo, para el normativismo, el derecho se define en términos de ordenamiento y no en términos de norma: no es que un ordenamiento sea jurídico por el hecho de ser un conjunto de normas jurídicas, sino que, al contrario, las normas son jurídicas por el hecho de formar un ordenamiento jurídico; c) «conocer lo que es derecho», lo que es jurídico. Por ejemplo, para determinados sectores del normativismo, mediante la idea del ordenamiento jurídico como sistema se puede definir el concepto de validez jurídica. La validez de una norma deriva, en el contexto del ordenamiento jurídico al que pertenece, y conforme al principio de legalidad, de la validez de otra norma superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental del ordenamiento²².

Parece apropiado confrontar el punto de vista institucionalista con el punto de vista normativista a la hora del análisis del carácter sistemático del derecho. Desde un punto de vista institucionalista, la cuestión de la propia existencia del derecho como ordenamiento se analiza en base al cumplimiento de tres condiciones: la existencia de una sociedad que sea el «destinatario» del derecho, la existencia de una regulación de las relaciones intersubjetivas que sea el «fin» del derecho, y la existencia de una organización que sea el «medio» o instrumento del derecho. Desde un punto de vista normativista, el teórico del derecho se debe centrar más en la definición del derecho y de la validez jurídica que en el problema de su existencia. El ordenamiento jurídico se podría representar así como una pirámide normativa en cuya cúspide se halla la norma fundamental, de la que deriva la validez de todas las normas jerárquicamente estructuradas. A diferencia de los sistemas estáticos, en los que bajo la norma fundamental todas las normas están al mismo nivel jerárquico, los sistemas dinámicos como el jurídico se caracterizan por la pluralidad de escalones normativos. La validez jurídica de una norma no solo

²² CONTE, A., «Fenomeni di fenomeni», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 63, 1986, pp. 29-57.

depende de la norma fundamental, sino también de las condiciones de validez puestas por las demás normas superiores a ella²³.

Muy relacionado con la sistematicidad del ordenamiento jurídico está el problema de su unidad. Desde el punto de vista formal, la unidad significa totalidad jerárquica, significa referencia lógica a una única norma fundamental. Siguiendo a Kelsen, la norma fundamental es el presupuesto jurídico fundamental que da sentido a todo el ordenamiento, que define las formas de conducta con relevancia normativa, que «constituye» la realidad jurídica.

Ya el primer Kelsen concebía la norma fundamental como idea hipotética que constituye la normatividad jurídica como específico objeto de conocimiento. Es una norma originaria que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas supremas, y que como tal «desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental». Esto no significa, aclara Kelsen, que las normas jurídicas estén presupuestas materialmente en la norma fundamental, sino que «el deber jurídico se llena de contenido mediante la legislación o la costumbre». La norma fundamental «no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma es la base de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho»²⁴.

En la primera edición de la *Teoría pura del derecho* Kelsen insiste en que una pluralidad de normas «constituye una unidad, un sistema o un orden» cuando su validez reposa, en última instancia, sobre una norma fundamental, que es la fuente común de validez de todas las normas del ordenamiento²⁵. Sólo presuponiendo la norma fundamental, repite Kelsen en la segunda edición, es posible «interpretar el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos estatuidos conforme a la constitución en sentido objetivo». La norma fundamental es «condición lógico-trascendental» de interpretación de toda norma jurídica válida²⁶.

A mi juicio, el concepto de «validez normativa» es el eje principal de la teoría del derecho. Es necesario partir de que la validez de cada norma jurídica depende de la validez de las normas inmediatamente superiores, hasta llegar así hasta la norma suprema, hasta la «norma fundamental», de la que depende la validez de todas las normas del ordenamiento jurídico. Pero, paradójicamente, al no haber norma alguna superior a ella, la norma fundamental carece en sí misma de validez. La norma fundamental no es válida, sino que se «presupone» válida. Propiamente, no es válida ni inválida, sino que define la validez, establece los criterios para determinar la validez jurídica. Aunque cambie, seguirá «siendo» la validez.

²³ CONTE, A., «Ordinamento giuridico», *Novissimo digest italiano*, 12, 1966, p. 46 y ss.

²⁴ KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1928.

²⁵ KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

²⁶ KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1981.

7. FORMAS DE VIDA E INTERSUBJETIVIDAD

Pienso que el concepto wittgensteiniano de «forma de vida» es el eje de la filosofía del derecho contemporánea en tanto que filosofía del lenguaje normativo. El análisis del lenguaje es el análisis de las formas de vida en relación con las cuales el derecho surge, regula, planifica y constituye. Y como ha señalado Aarnio este concepto de «forma de vida» está interconectado con la idea de «aceptación racional», en el sentido de que orienta hacia un mejor entendimiento de lo que significa la «interpretación», que deberá comprenderse no solo como fenómeno semántico, sino sobre todo como fenómeno pragmático perceptible en el contexto de una forma de vida determinada. Además, el concepto de «forma de vida» redefine la noción de valor, puesto que dos individuos que comparten una misma forma de vida comparten también un mismo lenguaje que permite el entendimiento mutuo. Ello no implica que las dos representaciones del mundo de cada uno de estos individuos coincidan, sino que lo normal es que cada uno tenga sus preferencias valorativas, las cuales tratará de justificar racionalmente a través de diversos tipos de juegos lingüísticos. Pero se podría decir que tales preferencias valorativas tienen un «parecido de familia» que facilita la intersubjetividad de los valores, y con ella la comunicación y la interacción social²⁷.

Parto de que el sistema de valores común para quienes comparten una forma de vida constituye el presupuesto de racionalidad para la interpretación y la argumentación jurídica. Pero ante la comunidad jurídica como «auditorio universal», la racionalidad se materializa a través de la persuasión. Ya antes de que Perelman situara la «persuasión» en un plano diferente al del «convencimiento», Wittgenstein afirmaba en *Sobre la certeza*: «El juez podría bien decir: ésta es la verdad “en lo que yo pueda conocerla”. Pero ¿qué efecto tendría esta coletilla? (más allá de cualquier duda racional). ¿Es erróneo dejarme guiar en mis acciones por las proposiciones de la física?, ¿debo decir que no tengo ninguna buena razón para hacerlo?, ¿y no es precisamente esto lo que llamamos una “buena razón”? Supongamos que encontramos gente que no lo considera como una razón plausible. Diciendo que esto es erróneo, ¿no nos salimos ya quizás de nuestro juego lingüístico para combatir el de los demás? Naturalmente apoyaremos nuestro modo de proceder con todo tipo de palabras de orden. “Combatiría” el otro juego lingüístico, pero entonces, ¿no le daría quizás razones? Ciertamente sí, pero ¿hasta dónde llegan? Cuando acaban las razones está la “persuasión”»²⁸.

Los juegos del lenguaje presuponen el abandono de la idea del *Tractatus* de que el mundo y el lenguaje poseen estructuras completamente paralelas, según la cual toda la realidad podría reflejarse lingüísticamente a través de criterios lógicos. Para argumentar contra el

²⁷ AARNIO, A., *op. cit.* p. 218 y ss.

²⁸ WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 607 y ss.

falsacionismo, Apel ha subrayado que cada enunciado lógico está ligado al fundamento de un principio que a su vez debe estar fundamentado, lo cual termina conduciendo a un *regressum ad infinitum*, que si se evitara desembocaría en todo caso en la quiebra del «principio de razón suficiente», ya que el círculo lógico resultante solo se interrumpiría arbitrariamente. El fundamento del discurso sobrepasa así el ámbito estricto de la lógica, dado el «horizonte metalingüístico» que es imprescindible presuponer²⁹.

Como grupo estructurado de juegos lingüísticos, la «forma de vida» hace referencia al conjunto de contextos y actividades vitales que constituyen y dan sentido a una existencia individual. Siguiendo a Wittgenstein, Apel analiza cómo la sintaxis de nuestro lenguaje ofrece reglas sintácticas y semánticas que establecen la relación interna entre un término y su significado, en base a las cuales pueden expresarse «enunciados sintéticos *a priori*». Ahora bien, para Apel no se puede excluir la posibilidad de que existan formas de vida *a priori* en las cuales se inserten los datos lingüísticos, lo que le lleva a defender la necesidad de construir una «semiótica trascendental» que estudie las condiciones universales de la comunicación pragmática. La pragmática lingüística universal deriva de la existencia de premisas o presupuestos trascendentales del discurso, que Apel asocia con las condiciones de verdad planteadas por Habermas en su teoría consensual. El intersubjetivismo fundamenta consensualmente la verdad de los argumentos en tanto que reflejos de la praxis comunicativa. La «situación comunicativa ideal» es el instrumento para garantizar el consenso en tanto que relación lingüística diáfana que implica un reparto equitativo de las posibilidades de intervenir en el diálogo, y que en consecuencia no depende de los sujetos que dialogan, sino del cumplimiento de las condiciones procedimentales del discurso³⁰.

El punto de partida de Apel es el *trilema de Münchhausen* planteado por Albert. Toda tentativa de satisfacer la exigencia de fundamentación última filosófica conduce a una de estas tres alternativas fallidas: a un *regressum ad infinitum*, determinado por la tendencia ilimitada a retroceder cada vez más lejos en la búsqueda de fundamentos; a deducciones lógicas autorreferentes, provocadas por el hecho de que en el procedimiento de fundamentación se utilizan enunciados etiquetados como faltos de fundamentación; o a una interrupción del procedimiento en un punto determinado, que daría lugar a una suspensión arbitraria del principio leibnitziano de «razón suficiente». Ante este triple revés, solo parece quedar el recurso popperiano a la renuncia a este principio, lo que supone aceptar que el método empleado no tenga en última instancia una base racional³¹.

²⁹ APEL, K. O., «El problema de la fundamentación última filosófica a la luz de una pragmática trascendental del lenguaje», *Dianoia*, 21, 1975, pp. 140-173.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, pp. 140-141.

En el ámbito de la filosofía práctica, este falibilismo popperiano comporta asumir una praxis metódica con evidentes consecuencias sociales y éticas vinculadas a las «formas de vida», ya que, aunque es imposible una fundamentación última de las normas éticas, los códigos éticos deben someterse a un constante examen crítico con respecto a su verificación de la realidad, que se abra a la eventualidad de diferentes alternativas. Apel se opone a esta posición que él denomina «racionalismo crítico», y que trata de examinar de forma «metacrítica» centrándose en las condiciones de posibilidad de una crítica intersubjetivamente válida; es decir, en si el principio de fundamentación o justificación puede ser sustituido por el principio de la crítica, o más bien es presupuesto por el principio de la crítica válida intersubjetivamente³².

Ya Aristóteles hizo referencia clara a la imposibilidad de una fundamentación lógico-matemática, deductiva, de los axiomas últimos. Los argumentos lógico-matemáticos no pueden fundar por sí mismos la verdad de sus premisas, sino que solo deducen el valor de verdad de la conclusión a partir del valor de verdad de las premisas. La lógica moderna ha seguido este dogma aristotélico, que en el círculo de Viena ha llegado a desembocar en la asunción de las condiciones pragmáticas de posibilidad del conocimiento científico como condiciones contextuales psicosociológicas ajenas a la validez del conocimiento. Pero, como recuerda Apel, se trata de condiciones que permiten la posibilidad del conocimiento intersubjetivamente válido, lo cual incluye la crítica científica y filosófica del propio conocimiento. La pragmática trascendental del lenguaje debe ser así un complemento filosófico de la sintaxis y semántica lógicas de lenguajes científicos ideales, y ha de hacer referencia a las condiciones de posibilidad del conocimiento lingüísticamente formulado, del conocimiento intersubjetivamente válido³³.

La posibilidad y necesidad de esta reconstrucción semiótico-trascendental tienen su base teórica en la obra de Peirce y Morris, y en particular en la distinción entre las funciones interno-lingüísticas de los signos; las referenciales, relativas a la realidad; y las interpretativas por parte de las comunidades humanas. A diferencia de la sintáctica, que estudia las relaciones de los signos entre sí, y de la semántica, que estudia las relaciones entre los signos y los significados, la pragmática estudia las relaciones entre los signos y quienes los usan, y para Apel ha de ser una disciplina filosófica que trate «de las condiciones subjetivo-intersubjetivas del entenderse con sentido y de la formación de consenso en la comunidad –idealmente ilimitada– de los científicos». Como transformación semiótica de la crítica de la razón pura, representa así para Apel una «lógica de la investigación,

³² *Ibidem*, p. 142; WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, Madrid, Crítica, 1988, aforismos p. 654 y ss.

³³ APEL, K. O., *op. cit.*, pp. 144 ss.

normativa y semiótica»³⁴. El trilema de Münchhausen solo se puede deducir en forma lógica con relación a los aspectos sintácticos y semánticos de las proposiciones, y al margen por tanto de la dimensión pragmática, que muestra las posibilidades performativas del lenguaje. El pragmatismo trascendental de Apel le acerca a la última filosofía del lenguaje generada a partir de la teoría de los actos lingüísticos de Searle, quien apoyándose en Austin subrayó que las reglas que regulan un acto ilocucionario, en el contexto de una institución, se «deducen» de las condiciones de validez pragmática del propio acto, del mismo modo que las reglas constitutivas de un juego se «deducen» de las condiciones ante las cuales se pueden realizar los movimientos correctos en ese juego.

Estas condiciones son similares a las condiciones de validez de los performativos, que Austin concentró en tres: la «errónea invocación» (*misinvocation*) del procedimiento, que provoca reprobar el acto; la «errónea ejecución» (*misexecution*) del procedimiento, que provoca viciar el acto; y la «falta de sinceridad» (*insincerity*) o «deslealtad» (*abuse*), que provoca vaciar de contenido el acto. De ellas extrae Searle la regla constitutiva de la institución, que en el caso paradigmático de la institución de la promesa podría formularse como «enunciar una promesa cuenta como comprometerse a asumir la obligación de realizar el acto futuro correspondiente»³⁵.

Basándose en Searle, Apel afirma que las evidencias cognoscitivas están en todo momento vinculadas al lenguaje y a las actividades de los sujetos cognoscentes; es decir, a los juegos lingüísticos y a las formas de vida. Lo relevante no es solo ya, como subrayara Wittgenstein, la «sintaxis de las proposiciones», sino la «sintaxis de los sistemas de proposiciones». El análisis puramente teórico de las reglas sintácticas y semánticas pierde relevancia porque la relación entre una palabra y su significado no se da en la teoría, sino en la práctica, en los usos lingüísticos de la palabra, los cuales no siguen regla alguna. La técnica filosófica analítica de los juegos del lenguaje sirve como terapia al librarnos de las confusiones filosóficas, en un proceso similar al que en el psicoanálisis nos libra de las confusiones psicológicas mediante la verbalización encauzada a través de la libre asociación de ideas. El psicoanálisis no «resuelve» los problemas psicológicos, pero los «disuelve», y similarmente la filosofía analítica tampoco resuelve los problemas filosóficos, sino que los disuelve, los diluye al hacer que emerjan las confusiones teóricas causadas por la consideración del lenguaje al margen de los contextos y actividades vitales, al margen de las formas de vida.

Como hecho institucional primario, expresarse lingüísticamente es algo que entra dentro de una «forma de vida», y según cómo sea ésta surgen variadísimos tipos de lenguaje, paralelos a los correspondientes juegos lingüísticos. Las reglas constitutivas que definen las formas

³⁴ *Ibidem*, p. 148.

³⁵ AUSTIN, J. *Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 12 y ss.

de vida no son para Wittgenstein instrumentos de explicación de la conducta humana, sino pautas para interpretar fenómenos institucionales, para interpretar fenómenos en el contexto de juegos lingüísticos. No se debe buscar entonces una explicación cuando simplemente debemos ver lo que sucede como «protofenómeno», cuando solo debemos decir que «se juega este juego lingüístico: no se trata de explicar juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino de constatarlas»; es decir, de interpretar formas de vida, de constatar formas de vida que valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido³⁶.

Si no existiera esta vinculación entre el uso del lenguaje y la praxis vital de los juegos lingüísticos y las formas de vida, recalca Apel, un niño no podría aprender el lenguaje, y a su vez tampoco las formas de conducta que estén en armonía con la experiencia interpretada. Sin «evidencias experienciales paradigmáticas» no puede concebirse un juego de lenguaje funcional. Y paralelamente la fundamentación de la validez del conocimiento no puede consistir en la deducción lógica de proposiciones a partir de otras proposiciones, ni tampoco en el recurso al conocimiento intuitivo independiente del lenguaje, sino que se apoya en las reglas *a priori* intersubjetivas de un discurso de argumentación³⁷.

La fundamentación tiene entonces que reducirse para Apel a la evidencia presupuesta «conforme al sentido» en el juego lingüístico. La crítica tiene que presuponer un juego lingüístico con sentido, un «marco pragmático-trascendental», en el que posibles argumentos críticos y posibles fundamentaciones se correspondan paradigmáticamente. Estaríamos en definitiva ante la «institución del argumentar», que como tal es tan autoreferente como el metro del museo de París que, más que medir un metro, define la longitud del metro; o como la propia *Grundnorm* de un Estado, de la que más que predicar su validez o invalidez, se debe utilizar como método de definición de validez. En el marco de un juego lingüístico, la duda y la crítica tienen solo sentido si se presupone que pueden fundarse suficientemente a través de este tipo de base autoevidente.

El tránsito del primer al segundo Wittgenstein es reinterpretado por Apel como alejamiento del «camino metódico de deducción lógico-formal de principios» para llegar a la reflexión pragmático-trascendental sobre las condiciones de posibilidad de una argumentación crítica, en tanto que «juego trascendental del lenguaje como institución de la crítica, del cual vale en sentido enfático el punto de vista citado antes del Wittgenstein último»: que es similar a un sistema a cuya esencia pertenecen los argumentos, a un sistema que constituye de alguna forma la «materia vital de los argumentos». Las evidencias paradigmáticas de este sistema no pueden ser puestas en duda por la crítica sin autocontradicción, ni ser fundadas deductivamente sin presuponerse a sí mismas.

³⁶ WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*.

³⁷ APEL, K. O., *op. cit.*

Representa para Apel la fundamentación filosófica última que no requiere premisas deductivas. Por eso, Apel vuelve a centrarse en el error puesto de manifiesto por Wittgenstein desde las «Investigaciones filosóficas»: las proposiciones y los sistemas proposicionales no se pueden interpretar de forma exclusivamente sintáctico-semántica, sino que es imprescindible atender a los aspectos pragmáticos ilocucionarios y perlocucionarios, que son trascendentales y autorreflexivos. Si solo atendiéramos a las características sintácticas y semánticas del lenguaje estaríamos cayendo en lo que Apel denomina una «falacia abstractiva», «que sirve de base a toda la lógica de la ciencia de nuestro tiempo». Para combatirla hay para Apel que recurrir a la «reflexión pragmático-trascendental sobre las condiciones subjetivo-intersubjetivas de posibilidad de una argumentación intersubjetivamente válida». De este modo, el conocimiento de que determinadas evidencias no pueden fundarse deductivamente sin ser ellas mismas presupuestas, como en el caso de la evidencia paradigmática de una lógica mínima en el marco de un juego lingüístico trascendental de la argumentación crítica, no representa una prueba de la imposibilidad básica de una fundamentación última filosófica, sino una manifestación de la «inteligencia reflexiva, pragmático-trascendental, de los fundamentos no criticables de la propia argumentación»³⁸, de los supuestos pragmático-trascendentales de la argumentación imprescindibles para que el «juego lingüístico de la argumentación» no pierda su sentido. La prueba de la eficacia de esta forma «pragmático-trascendental-reflexiva» de la fundamentación filosófica última nos remonta para Apel a la argumentación de la duda cartesiana. Como bien subraya Apel, Descartes destruyó el sentido de su propio juego lingüístico argumentativo cuando en el desarrollo de la duda metódica culmina con la presuposición de que al final todo lo que vale como real existe solo en la conciencia (es «meramente un sueño»). Porque entonces el sentido crítico de la expresión «solo en la conciencia» no puede sostenerse por presuponer, como evidencia paradigmática de juego lingüístico, que no todo existe solo en la conciencia. El planteamiento de Descartes se basa en la mencionada falacia abstractiva, en la «ilegítima abstracción de Descartes consistente en la búsqueda metódico-solipsista de la evidencia del *a priori* del juego lingüístico de la argumentación»³⁹.

El elemento primordial de los argumentos filosófico-jurídicos es a mi juicio, siguiendo a Apel, un juego trascendental del lenguaje, en el que además de algunos principios lógicos se presuponga la existencia de un mundo real y de reglas pragmático-trascendentales de la comunicación ideal. El individuo no puede entrar en la institución de este juego lingüístico trascendental de la argumentación crítica, ni salir de ella, del mismo modo que lo hace en los juegos del lenguaje empíricos y en las formas de vida en tanto que instituciones. En tanto que es un individuo social con habilidades comunicativas, tiende a participar en la forma-

³⁸ *Ibidem*, pp. 159-160.

³⁹ *Ibidem*, pp. 165-166.

ción de una comunidad ideal de comunicación, cuyas reglas pragmático-trascendentales reconoce implícitamente. El hecho de que ello sea compatible con las dificultades para componer comunidades dialógicas ideales, demuestra para Apel la posibilidad de encontrar los supuestos de una fundamentación última pragmático-trascendental de la ética. Volviendo de alguna forma a la parte final del *Tractatus*, Apel señala que la institución fundamental del «juego trascendental del lenguaje», que bordea el ámbito de la ética, se sitúa en un plano superior al resto de juegos del lenguaje, y al resto de formas de vida. Podría así definirse como una metainstitución de todas las instituciones humanas posibles en tanto que engloba las condiciones de posibilidad del diálogo racional, y de la que solo habría que excluir al suicidio o a procesos patológicos del tipo de la paranoia o el autismo. Una elección que se concibe a sí misma como significativa presupone el juego trascendental del lenguaje como condición de su posibilidad. Y solo en el supuesto racional de reglas cuyo cumplimiento es posible de forma intersubjetiva, se puede considerar que se actúa de acuerdo con la razón. Así se resume el intento apeliano de «metacrítica del racionalismo crítico», basado en el argumento reflexivo pragmático-trascendental según el cual no es posible razonar ni decidirse a favor o en contra del juego trascendental del lenguaje, sin presuponer las propias reglas⁴⁰.

8. FORMAS DE VIDA Y «COMPRENSIÓN» DE LA REALIDAD SOCIAL

A la explicación de los hechos, Wittgenstein oponía su comprensión, su comprensión como constatación de formas de vida. La tarea filosófica no debe consistir en la explicación de juegos lingüísticos a través de nuestras experiencias, sino en su constatación⁴¹, en su constatación a través de la interpretación de formas de vida, que a su vez valen y cuentan en tanto que reflejos de las reglas constitutivas que les dan sentido. Posiblemente, ya desde fines del siglo XIX los historiadores fueron conscientes de que no podían confiar sin más en la razón teórica y en la aplicación de principios generales y abstractos, y de que por el contrario debían volver a lo particular. El error consistía en anteponer la explicación interpretativa a la explicación causal, la deducción a la inducción, en preferir las explicaciones de relaciones entre características que se autodefinen, olvidando así que lo que afirmamos sobre la realidad externa depende directamente de cómo nos conectamos con ella, de cuáles son nuestros intereses. Y este error se evita «comprendiendo», localizando lo real en un espacio de posibles mediante la constatación de formas de vida.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 170-171.

⁴¹ WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas*, aforismos pp. 654 y 655.

Para enmarcar la semiótica trascendental, Apel revisó la oposición entre explicación y comprensión, a partir sobre todo del concepto weberiano de «explicación comprensiva» y de la reformulación de la oposición elaborada por von Wright, implícita ya en Wittgenstein. Pero para Apel la idea de explicación comprensiva no debe interpretarse como negadora de la distinción, que debemos originariamente a Dilthey, entre la explicación propia de las ciencias naturales, y la comprensión propia de las ciencias sociales. Por el contrario, el hecho de que explicación y comprensión estén interrelacionadas refuerza el sentido de la distinción, tanto desde el punto de vista epistemológico como desde el punto de vista metodológico. Es precisamente a través de una «teoría pragmático-transcendental del conocimiento y de la ciencia» como a juicio de Apel se puede entender más nítidamente la compatibilidad entre la distinción y la interrelación entre explicación y comprensión, en tanto que producciones cognoscitivas sintéticas cuyas condiciones categoriales de posibilidad no caben como categorías del entendimiento de una «ciencia pura», en términos kantianos.

En el terreno historiográfico, Hawthorn ha desarrollado el concepto de «forma de vida» tratando de complementar la tesis wittgensteiniana de la lingüisticidad de toda la realidad, resumida en la afirmación de que «los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo», a través de la idea de que, a su vez, «los límites de nuestro mundo son los límites de todo sentido», y en concreto el límite de todos los condicionales contrafácticos consiste en que no podemos percibir ninguna posibilidad, incluida la posibilidad de este mundo percibida de distinto modo, con otros ojos diferentes de los nuestros. Revisando el dualismo científico, Hawthorn ha destacado la relevancia de lo que denomina la paradoja de la explicación, según la cual la explicación de los fenómenos históricos conlleva simultáneamente la ampliación y la reducción de alternativas. «Explicar» exige responder a las preguntas que nos hacemos mediante la atribución de sentido a los hechos a cuya información hemos accedido, con lo que «conocemos» más, pero dejamos de considerar otros mundos posibles que perdemos la oportunidad de «comprender». ⁴² Una explicación localiza algo en la realidad refiriéndose a su relación con otros aspectos de esa misma realidad. «Si es A, es B». O lo que es lo mismo, «si no es B, es que no es A». La explicación es acertada si la inferencia es correcta, lo que dependerá del condicional contrafáctico implícito en el razonamiento inferencial. Pero del mismo modo que el lenguaje no es lógico, a pesar de que Wittgenstein aspirara a ello en el *Tractatus*, las ciencias sociales no son ciencias exactas. Ni explican con exactitud el pasado ni son útiles para predecir el futuro. Como recuerda Hawthorn, las posibilidades causales, en tanto que son solo posibles, pueden no materializarse. Ante un posible

⁴² HAWTHORN, G., *Mundos plausibles, mundos alternativos*, Barcelona, Oxford University Press, p. 245 y ss.

hecho futuro, únicamente son construcciones ideales del científico social; y ante un hecho pasado son meras reiteraciones⁴³.

Es entonces necesario localizar lo real en un espacio de otras realidades posibles «mostrando» las relaciones que tendría con ellas. Y este método vale también a mi juicio para el científico del derecho. Llegar más lejos es imposible por la incapacidad para seleccionar sucesivas posibilidades contrafácticas sin estar mediatizado por los prejuicios, a menos que incurramos en el error de formar razonamientos tautológicos, que se apoyarían en la definición tarskiana de proposición verdadera: La proposición «p» es verdadera si, y solamente, si p⁴⁴. Los mundos reales diferentes del nuestro que pudieran eventualmente existir no nos darían en todo caso pistas sólidas para conocer nuestro mundo real, como tampoco nos las proporcionan supuestas leyes generales. Pero, como subraya Hawthorn, ésta no es una mala noticia para el científico social porque le da libertad para estudiar el abanico de posibles motivos de cada hecho histórico a través de «descripciones», de descripciones que más allá de la lógica «muestran» las causas de los hechos remitiéndose a las diversas formas de vida. Este tipo de «explicación» conduce y mejora la «comprensión» porque depende del contexto determinado por los juegos lingüísticos en tanto que instituciones, o en tanto que metainstituciones (como la metainstitución del lenguaje, en tanto que «metainstitución de todas las instituciones humanas posibles», en palabras citadas de Apel). La elección de la forma de explicar se nutre forzosamente de imágenes de lo posible, muchas de las cuales provienen de realidades con las que contrastan. La incapacidad para responder certeramente a las preguntas sobre las consecuencias del comportamiento contrafáctico de los actores no nos impide realizar afirmaciones conectadas con ellas. En cualquier caso es incontestable que la referencia al conjunto de alternativas posibles para un mundo, bien sea a través de juicios directos, bien sea mediante contrastes y comparaciones, tiene que partir necesariamente del mundo tal como es, y no de cómo imaginariamente hubiera podido ser. Las consecuencias de las explicaciones deben ser coherentes con el resto de procesos de ese mundo⁴⁵.

Podríamos hacer otras afirmaciones sobre la realidad externa menos descriptivas y más interpretativas, pero nos moveríamos con la incertidumbre derivada de cuantificar el grado de probabilidad correspondiente. No se trata de aceptar la tesis holista de que la interrelación estructural entre las circunstancias de cada contexto social propicia como única opción alternativa un mundo totalmente diferente desarrollándose desde el principio de todos los mundos, sino simplemente de constatar que la situación social podía haber sido diferente si determinados hechos hubieran sido distintos a como realmente fueron.

⁴³ *Ibidem*, p. 24.

⁴⁴ Véase por ejemplo TARSKI, A., «The Semantic Conception of Truth», *Philosophy and Phenomenological Research*, 4, 1944, pp. 341-375, p. 343 y ss.

⁴⁵ HAWTHORN, G., *op. cit.*, pp. 33 ss.

Es importante así distinguir la relación contingente entre sucesos naturales, de la relación entre la intención de la acción causalmente efectiva y la acción producida. Esta distinción es para Apel la base de la propia diferencia «entre el juego lingüístico de la ciencia natural y el de las ciencias del espíritu o ciencias sociales». La atribución causal de una acción a un agente presupone obligatoriamente que el agente tenía una intención que como tal se hizo efectiva, por lo que de algún modo tenía la capacidad de dirigir y controlar el proceso entero de su realización hasta llegar al fin⁴⁶. Lejos de la metodología antipositivista decimonónica, que había tendido a psicologizar el concepto de «comprensión» hasta asimilarlo a la empatía, la lectura postwittgensteiniana del dualismo niega al científico social, como «científico del espíritu», la misión de «comprender» al ser humano que actúa, aceptando y entendiendo las motivaciones que le hicieron tomar sus decisiones, por más que esas motivaciones tuvieran a su vez orígenes remotos inaccesibles para el propio historiador. Como subraya von Wright, no se trata de comprender psicológicamente la acción humana, sino de una comprensión semántica que penetre en la intención de los agentes mediante el razonamiento práctico⁴⁷.

La realidad jurídica proporciona innumerables ejemplos de cadenas argumentativas en las que los eslabones nunca están unidos por una sola causa. «Comprenderlas» significa profundizar en los contextos que fueron influyendo en el conjunto de tomas de decisiones, las cuales fueron consecutivamente «fabricando» los fenómenos históricos correspondientes. Se podría decir que, a diferencia de la explicación causal, la comprensión es conceptualmente un hecho institucional en tanto que depende siempre de un contexto. Sólo se puede «comprender» que un peón se convierta en una dama en el contexto «institucional» del juego del ajedrez. Sólo se puede «comprender» la creación de una obligación a partir de la emisión de determinados sonidos o de un determinado vertido de tinta sobre un soporte documental en el contexto de la «institución» de la promesa o de la «institución» de la sucesión testamentaria. Sólo se puede interpretar lo emitido o escrito, solo es posible su «comprensión», en el contexto de la propia «institución» del lenguaje. Y solo se puede «comprender» la conducta jurídica o antijurídica en el contexto de las «formas de vida» de los diferentes individuos y de las formas de vida de quienes se relacionan con ellos.

⁴⁶ APEL, K. O., «La distinción diltheyiana entre explicación y comprensión y la posibilidad de mediación entre ambas», *Teorema*, 21, 1985, p. 107 y ss.

⁴⁷ VON WRIGHT, G. H., *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 24 y ss.

Una Filosofía del Derecho situada y posicionada:
visibilizar el conflicto para disputar
la celebración de la juridicidad

*A situated and positioned Philosophy of Law:
making the visibility of the conflict to dispute
the celebration of juridicity*

Por MAGGY (M.^a ÁNGELES) BARRÈRE UNZUETA
Universidad del País Vasco/EHU

RESUMEN

Este texto recoge una visión particular de la Filosofía del Derecho, en tanto situada y posicionada. Lo primero porque parte de la experiencia y la subjetividad de quien le da voz. Lo segundo porque en el texto se defiende una concepción instrumentalista del Derecho con fines contra-hegemónicos. Para estructurar la exposición de esta particular visión iusfilosófica se utiliza la distinción entre la Filosofía como teoría y como práctica. En el apartado relativo a la Filosofía como teoría se analizan diversas posturas sobre la relación entre el Derecho y el Poder. En el apartado de la Filosofía como práctica se incluye la labor de la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la UPV/EHU en el diseño de estrategias antisubdiscriminatorias.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, prácticas jurídicas contra-hegemónicas, Derecho y Poder, Clínica Jurídica por la Justicia Social, estrategias antisubdiscriminatorias.

ABSTRACT

This paper gathers a situated and positioned conception of the Philosophy of Law. The first because it starts from the experience and subjectivity of the person who gives it a voice. The latter because it defends an instrumentalist conception of Law for counter-hegemonic purposes. To structure this particular iusphilosophical vision, the distinction between Philosophy as theory and as practice is used. In the section on Philosophy as a theory, various approaches on the relationship between Law and Power are analyzed. The Philosophy as practice section includes the experience of the Legal Clinic for Social Justice of the UPV/EHU in the design of antisubordiscriminatory strategies.

Keywords: Philosophy of Law, counter-hegemonic legal practices, Law and Power, Legal Clinic for Social Justice, antisubordiscriminatory strategies.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. FILOSOFAR SOBRE EL DERECHO Y EL PODER. 2.1 *Derecho y poder desde las teorías institucionalistas.* 2.2 *El poder como hegemonía.* 2.2.1 *Conflicto y exclusión: ¿lo político sin lo jurídico?* 2.2.2 *El derecho como práctica contra-hegemónica.* – 3. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SITUADA. 3.1 *Una clínica jurídica de estrategias antisubordiscriminatorias.* 3.2 *Una teoría crítica del derecho antidiscriminatorio.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. PHILOSOPHING ABOUT LAW AND POWER. 2.1 *Law and power from the institutionalist theories.* 2.2 *Power as hegemony.* 2.2.1 *Conflict and exclusion: the political without the juridical?* 2.2.2 *Law as counter-hegemonic practice.* – 3. A PHILOSOPHY OF LAW AS A SITUATED PRACTICE. 3.1 *A legal clinic for antisubordiscriminatory strategies.* 3.2 *A critical theory of anti-discrimination law.*

1. INTRODUCCIÓN

Afortunadamente, este texto responde a una amable invitación y, por tanto, no constituye un ejercicio de oposición. Esto permite encarar la propuesta de «reflexionar sobre el presente y el futuro de la Filosofía del Derecho» sin necesidad de afrontar la disyuntiva de tener que elegir entre especular sobre lo que significa –y puede significar en un futuro– filosofar sobre el Derecho y compendiar teorías o posturas referidas a lo que el Real Decreto correspondiente considera que debe ser el contenido de la disciplina. Liberada, pues, del corsé del ejercicio de oposición y, por tanto, de la alternativa de la especulación o del compendio,

en las páginas que siguen trataré de ofrecer una breve panorámica sobre lo que significa en mi contexto particular pensar la Filosofía del Derecho y qué derroteros me gustaría que siguiera en un futuro cercano –pues no me atrevo a mirar muy lejos– la teoría y la práctica de esta disciplina. Pero que no se asuste la Academia ni el Ministerio correspondiente. Mis clases de Filosofía del Derecho, insertas en el reducto de la Teoría del Derecho que nos quedó tras la última reforma del plan de estudios en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU, no solo parten, sino que refuerzan el pluralismo, tanto a la hora de exponer teorías filosófico-jurídicas, como a la hora de propiciar que afloren ideas y pareceres del alumnado.

Focalizar el texto en una visión de la Filosofía del Derecho ajustada al contexto personal es un modo de reconocer la falta de neutralidad del filosofar. De hecho, se trata de trasladar a la Filosofía del Derecho lo que el feminismo lleva proponiendo desde hace más de tres décadas a la teoría: un «conocimiento situado»¹ en el que se ponga en evidencia el lugar del que se parte y la subjetividad de quien investiga. Una especie de requisito de honestidad intelectual basado en el presupuesto de que todo conocimiento es parcial y situado, de que la neutralidad no existe, ni en la ciencia a la que se refiere Haraway ni –añadimos– tampoco en la Filosofía. En este sentido, lo que se hace es reconocer que no me presento con «la voz invisible y anónima de la autoridad», sino como alguien real «con deseos e intereses particulares y específicos»².

En el «situar» la Filosofía del Derecho que se plantea y que, en la medida de lo posible, se practica, no sobra el relato de experiencias que, por así decir, marcan la vida. A mí me marcaron especialmente tres. Cuando tenía trece años nos hicieron en el colegio un test –supuestamente de inteligencia– y, en un apartado del mismo, se nos preguntaba qué queríamos ser de mayores. Influenciada a todas luces por la profesión de mi padre (radiotelegrafista en un barco de pesca) y por un viaje por mar en el que le habíamos acompañado (pues conmigo iban mi madre y mi hermano), tuve muy claro qué poner: quería ser «capitán de barco». Cuando se recibió el sobre con los resultados en casa y mi madre lo abrió, me miró con una sonrisa compasiva y pronto supe por qué. A comienzos de los años setenta a las mujeres no se les permitía estudiar Náutica (carrera que, por cierto, acabó cursando mi hermano). La segunda experiencia se remonta a la misma época, pues tenía también trece años cuando falleció mi padre y mi madre se quedó con la pensión de viudedad mínima y dos adolescentes a los que no iba a poder pagar estudios universitarios. La tercera experien-

¹ HARAWAY, D. J., *Ciencia, ciborgs y mujeres. La invención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1995, esp. cap. 7.

² HARDING, S., «Introduction. Is there a feminist method?», en HARDING, S. (ed.), *Feminism and Methodology*, Bloomington e Indianapolis, Open University Press, 1987, p. 9.

cia fue la de la dictadura, que marcó mi adolescencia con dinámicas de activismo y clandestinidad.

Este tipo de experiencias te «sitúan» en el mundo, te hacen saber lo que puedes y no puedes hacer en él, te hacen pensar o «filosofar» primariamente sobre lo justo y lo injusto, sobre lo admisible y lo rechazable, sobre la sociedad que quieres y la que no. También vas aprendiendo sobre el papel de la legislación en los condicionamientos impuestos, a veces de manera harto humillante, como cuando, para aprobar una asignatura de Derecho civil en la universidad, tienes que reconocer como «válida» la norma según la cual, si te casaras con el compañero de mesa, él sería el encargado de administrar los bienes, y encima te dicen que contenta tienes que estar, pues para aprobar la asignatura solo unos pocos años antes, además de eso hubieras tenido que validar que estabas obligada a obedecerle, a seguirle donde quisiera fijar su residencia, a pedirle permiso para comprar o vender bienes, etc., es decir, a reconocerte en una incapaz o menor de edad. Se trata, efectivamente, de vivencias personales pero que, si las traigo a colación, es porque no son experiencias «anecdóticas». Por lo mismo que a mí me truncaron los ideales en la infancia de capitanear un barco, a otras compañeras les truncaron los de ser juezas, bomberas, militares o mineras, por no hablar de quienes no tuvieron oportunidad, ni remotamente (que no fue mi caso), de estudiar una carrera.

Claro que no iríamos muy lejos si la reflexión filosófica se construyera únicamente sobre experiencias propias (o ajenas), pero las relatadas –que, obviamente, representan solo la punta del iceberg de otras muchas acumuladas a lo largo de la vida– ayudan a comprender los derroteros de la mía y del porqué, además, de «situada», «mí» Filosofía del Derecho está «posicionada» o, por así decir, pasa de lo personal a lo político. En esta politicidad ha influido decisivamente la Filosofía y la Teoría feministas en tanto presentaban la única respuesta explicativa a la situación de opresión –o, en mis términos, de «subdiscriminación»³– vivida y compartida con otras mujeres. Entre las aportaciones de los feminismos o, mejor, de un feminismo que hoy reivindicó como plural e inclusivo⁴, el concepto de patriarcado como sistema de poder me sigue pareciendo fundamental⁵. Sin él no hubiera sido posible relacio-

³ Como he explicado en otro lugar, utilizo el término «subdiscriminación» para separarme del concepto de discriminación dominante hoy por hoy en la cultura jurídica. *Vid.* al respecto BARRÈRE UNZUETA, M., «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV, 2018, pp. 11-42.

⁴ Para ilustrar lo que entiendo por feminismo plural e inclusivo me remito a las contribuciones de MESTRE I MESTRE R. M., «Recuperar feminismo», *e-mientrastanto*, núm. 199, 2021; y de ALMIRÓN MENGÍBAR, A., «Por una política feminista de alianzas en torno a la precariedad, la pobreza y la exclusión», *e-mientrastanto*, núm. 200, 2021.

⁵ Las definiciones del patriarcado se pueden contar por docenas; sirva en este caso la que lo considera como un conjunto de elementos (normas, mitos, estereotipos, ideologías, roles, etc.) que, reforzado por la coacción y la coerción, permea los

nar fenómenos de subordiscriminación que se concitan en las mujeres en relación a los hombres⁶. Otra cosa es que el concepto de patriarcado resulte insuficiente para explicar las «desigualdades complejas»⁷ en las que las mujeres aparecen jerarquizadas entre sí y de que, por ello, la idea de la interseccionalidad haya resultado fundamental, pero esto último no le quita potencial explicativo al concepto sino, en todo caso, lo amplía⁸. Tampoco supone renunciar a otros instrumentos explicativos de las estructuras y relaciones de poder como los provenientes de la postmodernidad⁹. De lo que se trata es, precisamente, de aunar propuestas que permitan detectar sujetos y nichos de subordiscriminación a partir de los cuales articular nuevos derechos.

En este contexto de feminismos jurídicos¹⁰, que considero parte del pensamiento crítico en general¹¹, y emparentado con las teorías críticas del Derecho en particular¹², se inscribe mi Filosofía del Derecho¹³. Muy resumidamente, esta gira en torno a dos ideas concatena-

«dominios» o estructuras sociales (familia, política, trabajo, etc.) y hace que, en general, los hombres se sitúen en una posición de privilegio frente a las mujeres.

⁶ Por ejemplo, relacionar el menor salario de las mujeres con que sean ellas quienes trabajen a tiempo parcial, quienes se ocupen principalmente de las tareas domésticas y de cuidado, quienes sufren mayoritariamente acoso y agresiones sexuales, quienes encuentran mayores dificultades para acceder a puestos políticos y de poder en general, quienes encuentran que han sido objetos y no sujetos de los saberes disciplinares, etc.

⁷ Vid. MORONDO, D., DE LA CRUZ, C. y LA SPINA, E. (Coords.), *Desigualdades complejas e Interseccionalidad. Una revisión crítica*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 275.

⁸ Sobre los sistemas de poder como conjuntos superpuestos, pero no saturadores ni anidados vid. WALBY, S., «Complexity Theory, Systems Theory, a Multiple Intersecting Social Inequalities», *Philosophy of the Social Sciences*, 37, 2007, pp. 449-470.

⁹ Como ya he precisado en otro lugar (BARRÈRE UNZUETA, M., «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio...», *op. cit.*), acudir a los sistemas es solo un recurso explicativo del privilegio y la subordinación que no excluye la utilidad de otros. Entre ellos, además del de poder como relación cabe mencionar el concepto de «dispositivo» de Foucault, entendido como una red que une elementos heterogéneos como discursos, instituciones, leyes, estructuras, etc. y que, por ejemplo, permite hablar de la Teoría del Derecho como de un dispositivo más. Vid. al respecto GARCÍA LÓPEZ, D., «Desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho. Hacia una ontología político-jurídica de la actualidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI, 2020, pp. 225-250 (esp. p. 241 y ss.).

¹⁰ COSTA, M., *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, pp. 265. De los feminismos jurídicos forma parte hoy en día una producción bibliográfica que resulta profusa no solo dentro de nuestras fronteras sino incluso dentro del ámbito de la filosofía jurídica. Aun siendo consciente de que omito los nombres de mucha gente joven relevante considero de justicia traer por lo menos a colación la obra de iusfilósofas feministas como Ana Rubio Castro, Encarna Bodelón González, Juana M.^a Gil Ruiz, Arantza Campos Rubio, Elena Beltrán Pedreira, Ruth Mestre i Mestre o Dolores Morondo Taramundi.

¹¹ Sobre el «pensamiento crítico» me remito a BARRÈRE UNZUETA, M., *Filosofías del Derecho antidiscriminatorio...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

¹² Sobre las teorías críticas del Derecho, vid. p. ej. ATIENZA, M., *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos perdidos, p. 28.

¹³ Vid. en lo fundamental BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubordiscriminatorio*. Santiago de Chile. Olejnik, 2019, 355 pp.

das: 1) que las relaciones sociales están influenciadas por sistemas de poder basados en categorías más o menos estructurantes (sexo-género, clase, raza, capacitismo, adultismo, binarismo/heteronormativismo, etc.) que producen privilegios y subordinación; y 2) que en una sociedad donde el sexismo, el racismo, el clasismo, el capacitismo, etc. son «endémicos», no hay un Derecho «inocente».

Un planteamiento de este tipo no solo exige reflexionar sobre la relación entre Derecho y Poder en la historia de la filosofía jurídico-política, sino, más específicamente, sobre la manera en la que «cierta» conceptualización del Derecho vinculada al poder político, reconociendo o negando derechos, contribuye al privilegio y la subordinación. También permite comprender que una Filosofía del Derecho esté acompañada de una «práctica» de la Filosofía del Derecho, igualmente situada y posicionada; práctica que no coincide exactamente con lo que sería la «aplicación» de la Filosofía del Derecho¹⁴.

La práctica «situada» de la Filosofía del Derecho tiene que ver con la experiencia de mis años de estudiante y con la configuración, tanto entonces como ahora, de la carrera de –o grado en– Derecho. Los estudios de Derecho que cursé fueron decepcionantes, sin el más mínimo resquicio para cumplir ideales de justicia o de transformación social, a pesar del afán de cierto profesorado precarizado (entonces PNNs). Se podría pensar que el motivo radica en que realicé mis estudios mayormente durante la dictadura, pero la docencia en las aulas durante casi cuarenta años me lleva a pensar que la cuestión de fondo no está ahí y que la supresión de la asignatura de Filosofía del Derecho en la última reforma del plan de estudios (hablo de mi universidad, pero no creo que sea la única) no es ajena a la conformación de un modelo de jurista supuestamente «técnico» pero, en realidad, «tecnificado» y, por ende, «ajenizado» de las desigualdades y de las cuestiones de injusticia social. De ahí que la Filosofía del Derecho en mi caso se plantee también como una Filosofía de acción o, más estrictamente, de transformación, no solo de las relaciones de poder, sino del modelo de jurista que predomina en mi Facultad y –me temo– en muchas otras Facultades de Derecho. El trabajo continuado de intervención social o la actividad continuada a nivel institucional que constituye la práctica situada y posicionada de la Filosofía del Derecho toma cuerpo en mi caso en la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la Facultad de Derecho

¹⁴ Para ilustrar la diferencia entre la práctica y la aplicación de la Filosofía del Derecho me sirvo de Judith Butler. Dice esta filósofa estadounidense que, aun siendo la teoría en sí misma transformadora, no es suficiente para la transformación política y social; que «[d]ebe darse algo junto a la teoría, por ejemplo, intervenciones a niveles políticos y sociales que impliquen ciertas acciones, un trabajo continuado y una práctica institucional, que no es exactamente lo mismo que el ejercicio de la teoría». BUTLER, J., *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2010, pp. 289-90. Aunque no sea momento ni lugar para ahondar en la cuestión, es inevitable la reminiscencia del concepto de praxis –más que de Marx– de Freire.

de la UPV/EHU (CJJS), una estructura al servicio de objetivos inconformistas¹⁵ en un contexto de escucha y colaboración con personas y colectivos subdiscriminados por intersecciones como la clase, la raza o el género, abriendo de este modo nuevas dimensiones al aprendizaje sobre el Derecho y sus funciones. En esa apertura se encuentran el aumento de la sensibilidad y la comprensión de lo que significan el privilegio y la subordinación y cómo operan en la vida de las personas, pero también el germen de estrategias jurídicas antisubdiscriminatorias.

De conformidad con la mencionada distinción entre la Filosofía del Derecho como teoría y como práctica, este texto se articulará en dos grandes epígrafes que siguen a esta Introducción. En el primero, se tomarán en consideración una serie de planteamientos sobre la relación entre Derecho y poder que se utilizarán para justificar el modelo de Filosofía del Derecho como «teoría» que se defiende (epígrafe 2). En el segundo, se ilustrará el concepto de Filosofía del Derecho como «práctica» a partir de la experiencia de una estructura universitaria como es la ya mencionada CJJS (epígrafe 3).

2. FILOSOFAR SOBRE EL DERECHO Y EL PODER

La relación entre el Derecho y el Poder es una constante del feminismo jurídico como teoría crítica del Derecho. Primero se le reprocha a Marx haberse «olvidado» del patriarcado, pero se usa su crítica al Derecho para poner de relieve el contraste entre el lenguaje de la igualdad jurídica y las desigualdades reales que sufren las mujeres. El feminismo jurídico también se inspira en Foucault para caracterizar al Derecho como un discurso que construye categorías (como la misma de mujer) tanto por acción (atribuyéndole ciertos derechos) como por omisión (y por tanto negando otros)¹⁶. Pero en la construcción de esa relación no se emplea un concepto de poder o un concepto de Derecho *ex novo*, sino que se parte de una conceptualización más o menos lexi-

¹⁵ Según se recoge en el propio Reglamento de la CJJS, estos cinco: 1) Poner en contacto al alumnado de la Facultad de Derecho con casos de personas y grupos que viven situaciones graves de injusticia provocadas por los sistemas de poder aislados (género, clase, raza, discapacidad, nacionalidad, orientación e identidad sexual, etc.) o por su intersección; 2) Generar instrumentos de análisis y canalización jurídica de los casos (ingeniería de derechos) conjugando las enseñanzas aprendidas en los estudios con la experiencia de las asociaciones y organizaciones implicadas en el activismo social; 3) Plantear reformas en las enseñanzas jurídicas que permitan la transversalidad de la reflexión sobre los sistemas de poder; 4) Contribuir a la labor que llevan a cabo los poderes públicos en sus políticas de justicia social, sugiriendo posibles áreas de intervención o de mejora; 5) Diseñar programas de *Street Law* que sirvan para acercar el Derecho a la ciudadanía.

¹⁶ *Vid.* para no extendernos con excesivos nombres en la cita, COSTA, M., *Feminismos jurídicos*, op. cit. pp. 13-20.

cal para, a partir de ella, construir la crítica. Quiero decir que lo que se critica no es tanto la naturaleza del concepto (un producto o dispositivo normativo del poder político institucionalizado) como el poder celebrativo de la juridicidad que le acompaña¹⁷, teniendo en cuenta a este respecto que, como señala Óscar Correas, «La juridicidad (*sic*) no es (...) otra cosa que una ideología de celebración del poder, de esa clase que reclama a su sistema como el único válido y que, por eso mismo, se ufana en llamarlo «derecho»; o que «derecho» es el adjetivo que un sistema que tiene el poder se da a sí mismo, y que adjudica al propio sistema que comanda y, si es posible, lo difunde como imaginario social en los súbditos».

Subrayo lo anterior porque hay planteamientos iusfilosóficos que loablemente muestran su inclinación a aproximarse al Derecho desde lo social¹⁸, o incluso desde lo político, pero si dicha aproximación se queda en la mera adopción de «una metodología sociológica para aprehender la noción de derecho»¹⁹, no sería suficiente para disputar esa celebración del poder²⁰ que es, en lo que aquí respecta, de lo que se trata. La adopción de una perspectiva sociológica o antropológica resulta indispensable para saber qué entiende la gente por Derecho y si se entiende lo mismo aquí que allí o antes que ahora, pero no representa por sí misma una aproximación crítica. Es más, como se verá seguidamente, ese tipo de perspectivas también son empleadas y promovidas por ciertas teorías del Derecho de corte institucionalista y no por ello entran en el ámbito de las teorías críticas.

2.1 Derecho y poder desde las teorías institucionalistas

La imagen de la relación entre Derecho y Poder en la filosofía jurídica y política tradicional es la de una especie de partido de ping-pong en el que la pelota va de derecha a izquierda y de izquierda a derecha en una dinámica sin fin ni cambio de recorrido: en un lado de la mesa se sitúan quienes ven en el Derecho el origen del poder y en el otro

¹⁷ Vid. CORREAS, O., *El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo* (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5073127.pdf>, s.f. p. 95, ambas citas). Vid. también, más en profundidad, el apartado «La juridicidad» en *La teoría general del derecho frente a la historia del derecho*, <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/19/75/02correas.pdf>, s.f. p. 27 y ss.

¹⁸ BODELÓN GONZÁLEZ, E., «Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», en NICOLLAS, G. y BODELÓN, E. (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009, p. 95.

¹⁹ LLODERO ALIX, L., Apuntes para una crítica ideológica a Principia Iuris de Luigi Ferrajoli. Por una (meta)teoría popular del derecho, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 2012, p. 62.

²⁰ Celebración del poder en la que, sobra decirlo, descansa mayormente su legitimación.

quienes ven en el poder el origen del Derecho²¹. A diferencia de esas posturas, en las últimas décadas han logrado un espacio propio elaboraciones inspiradas en la teoría institucional del Derecho²² que pretenden no tener que situarse en esa disyuntiva. Concibiendo al Derecho como «hecho institucional» se enfatiza el origen socio-político de todas las normas, incluidas las jurídicas. Esta construcción resulta particularmente atractiva para quienes, por uno u otro motivo, no se avienen a la reconducción del Derecho al poder político (estatal), sin embargo, no se logra presentar un concepto descriptivo del Derecho al margen del poder político constituido.

En un librito titulado *Derecho, poder y dominio*²³, el iusfilósofo italiano Massimo La Torre ofrece una interesante construcción sobre el tema que nos ocupa²⁴. Son decenas de autores y corrientes los que examina La Torre en una crítica que comienza por el positivismo jurídico de Austin y pasa por el marxismo para terminar con su propuesta inscrita, en términos generales, en el normativismo. Del iuspositivismo de Austin (prescriptivismo para él) critica su concepción del Derecho como expresión del poder político, y a este como potencia, fuerza o violencia²⁵ y del marxismo «en especial soviético»²⁶ su manera de pensar el Derecho —en concreto Vysinskij— como voluntad del poder²⁷. Teniendo en cuenta que La Torre basa su obra en la crítica al positivismo jurídico, es comprensible que dedique especial ahínco a cuestionar la tesis kelseniana según la cual los conceptos de Estado y ordenamiento jurídico podrían intercambiarse. Contra esta tesis utiliza una objeción que considera insuperable: «¿dónde se encuentra el Estado en aquellas sociedades que «aun poseyendo un sistema jurídico» no presentan institución alguna caracterizada por el monopolio de la fuerza que Kelsen considera el rasgo distintivo del Estado?»²⁸. En una línea parecida, La Torre arremete contra la teoría imperativista de la coactividad afirmando que «[q]uien sostiene que el

²¹ Un ejemplo claro de esta polarización se ve en la confrontación entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en la primera mitad del siglo pasado reconstruida no hace mucho en una publicación *ad hoc*. Vid. CORDOVA VIANELLO, L., *Derecho y poder: Kelsen y Schmitt frente a frente*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2009, 320 pp.

²² Particularmente la de Neil MacCormick y Ota Weinberger, quienes escriben conjuntamente *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Kluwer, 1986.

²³ LA TORRE, M., *Derecho, poder y dominio*, México D. F., Fontamara, 2004 (1.^a ed. 1998).

²⁴ Como muestra del interés por la teoría institucional del Derecho de La Torre, *vid.* entre otras publicaciones, «Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)», *Derechos y libertades*, n. 14, 2006, pp. 103-112.

²⁵ *Ibidem*, esp. pp. 8-16.

²⁶ *Ibidem*, p. 37. Por autores del marxismo soviético se refiere a Pasukanis, Stucka y Vysinskij.

²⁷ La Torre basa su selección en que «Lenin y sus secuaces» se habrían remontado siempre a Marx y Engels, y no sería su tarea (es decir, la de La Torre) examinar la fidelidad o no a tal referencia. *Ibidem*, p. 38.

²⁸ *Ibidem*, p. 72, cursiva añadida. No aclara sin embargo La Torre qué le lleva a decir que esas sociedades poseen un sistema *jurídico*.

derecho es mando y que este es sustancialmente un hecho arbitrario y violento, o que el derecho es política y que ésta es violencia, no puede discernir –al interior de un determinado grupo social– un estado de paz de un estado de guerra»²⁹. De ello deduce que si «el derecho no puede concebirse en términos de mando (...) resulta claramente en un fenómeno jurídico que (...) es la costumbre»³⁰.

Así pues, desvinculando al Derecho del poder (estatal), arbitrario y violento, La Torre extiende el «fenómeno jurídico» a lo social. Con esto desplaza el tema de la juridicidad a la costumbre, pero no especifica qué diferenciaría una costumbre social de una jurídica ni cómo se estructura el poder en la costumbre. Es más, como ejemplo de la visión antropológica del ser humano como *animal symbolicum* o «normativamente determinado»³¹, nos presenta el del campesino siciliano que mata a la esposa infiel, porque existe una regla social (no escrita) que prescribe la muerte como castigo de una traición; una regla que –precisa La Torre– «estaba basada en una imagen y en un determinado «concepto» del «ser hombre» (en la acepción del así llamado «hombre de honor»)»³², pero no aparece por ninguna parte en esa determinación normativa de lo simbólico (de quién es o de dónde procede) el poder de definir qué significa «ser hombre» (o, se entiende, «ser mujer»). Por lo demás, disolver lo jurídico en lo socio-político no le exime de, llegado el momento, tener que lidiar con un concepto de Derecho vinculado al poder político instituido. Solo que el reconocimiento de Derecho para este último caso lo hace con la boca pequeña o disimuladamente. Para ello reserva la etiqueta de «derecho en sentido estricto» para designar la «politicidad social», mientras para hablar de la jerarquización política –que, en contraposición a lo anterior cabría designar como «derecho en sentido lato»– reserva el nombre de «dominio». En sus propios términos: «Queda por definir qué es el derecho en sentido estricto y por diferenciar la politicidad intrínseca del ordenamiento social (...) y los fenómenos de jerarquía política que propongo definir [rec. denominar] “dominio”»³³.

En definitiva, sin llegar a identificar de una manera descriptiva lo jurídico en la costumbre, La Torre utiliza «dos» acepciones de Derecho.

²⁹ *Ibidem*, p. 78. Vale la pena destacar el énfasis extremo de la visión de dicha teoría y de su prueba de validación: guerra o paz.

³⁰ *Ibidem*, p. 79.

³¹ *Ibidem*, p. 92.

³² *Ibidem*, p. 93, todas las citas.

³³ *Ibidem*, p. 95. Para La Torre «hay dominio ahí donde las normas “institucionales” (...) estén hipostatizadas y sustraídas a la disponibilidad de los asociados» (*Ibidem*). A partir de aquí y caracterizando al nivel institucional como «el típicamente “jurídico y político”» ofrece dos versiones sobre el origen del dominio, según sea resultado inconsciente o consciente por los asociados o miembros del grupo (*Ibidem*, p. 99). Lástima que, en esta construcción tan interesante de La Torre, no haya lugar para otros tipos de «dominio» como el sustentado en la institucionalización del honor que es ejercitado por el campesino siciliano que mata a la esposa infiel.

Por un lado, lo que propone denominar «derecho en sentido estricto», se disuelve en la «politicidad de lo social» y en esa politicidad de lo social «germinaría» el nivel institucional «jurídico y político» del dominio. De este modo, el poder político instituido, que es expulsado del concepto de Derecho «en sentido estricto», vuelve a entrar por la ventana a través del concepto de dominio o derecho «en sentido lato».

El segundo planteamiento que se tomará en consideración es el de Francisco Laporta en su trabajo «Poder y Derecho»³⁴. En este caso, Laporta comienza apartando desde el inicio la cuestión de la juridicidad de un plumazo al «asumir» que «todos tenemos una concepción razonablemente precisa de lo que el “derecho” es»; un punto de partida que le permite pasar directamente al análisis sobre las concepciones y discusiones sobre «la naturaleza del poder»³⁵. En su análisis son Weber y Dahl los autores más relevantes. Así, definiciones del poder ya clásicas de ambos³⁶ son expuestas y consideradas también desde una perspectiva crítica. Uno de los focos principales de esa crítica va dirigido a la insuficiencia de las visiones de dichos autores «para dar cuenta de las manifestaciones más profundas y características del poder humano»³⁷. La tradición Weber-Dahl en la caracterización del poder vería a este «como una relación “fáctica” entre “individuos” (o sujetos individualizados)», siendo el ejemplo más inmediato «el del individuo corpulento que se impone sobre el pacífico y débil mediante amenazas»³⁸. Sin embargo, aun reconociendo a esta como una relación de poder –señala Laporta– «la idea de que alguien tiene poder en este sentido es tan limitada y se halla empíricamente tan reducida a relaciones humanas simples, esporádicas e irrelevantes que resulta impropia para tratar de dar cuenta de esa trama tan compleja y profunda que forman (...) las relaciones de poder en una sociedad moderna»³⁹. En esta línea –añade poco más adelante– «La inmensa mayoría de experiencias de poder que se dan en nuestras sociedades se producen en el seno de prácticas sociales complejas articuladas mediante normas sociales», lo que le lleva a cuestionar el modelo Weber-Dahl: «el poder, al menos en sus formas más importantes de expresión, no es un fenómeno “individual” que pueda ser descrito en términos de puros “hechos”, sino que es un fenómeno “colectivo” del que solo podemos dar cumplida cuenta si tenemos en cuenta la presencia de “normas” en

³⁴ LAPORTA, F., «Poder y derecho», en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J. (eds) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 441-453.

³⁵ *Ibidem*, p. 441 ambas citas.

³⁶ De Weber la de que «Poder significa la probabilidad [«Chance»] de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad»; de Dahl la de que «A tiene poder sobre B en la medida en que puede conseguir que B haga algo que B no haría de otro modo», *Ibidem*, p. 443.

³⁷ *Ibidem*, p. 445.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

la vida social. El poder es algo inserto en la estructura misma de las sociedades y creado y producido por prácticas sociales complejas de naturaleza normativa»⁴⁰.

Para Laporta esta conclusión es relevante por el mismo motivo que ya habíamos visto enunciado por La Torre, es decir, porque se enfrenta a la tradición teórica que se remonta a Hobbes y que da por supuesto que el Derecho tiene su explicación última en la voluntad de quien fácticamente detenta el poder. Y también es similar la vía de salida que propone: «si no es posible hacer una descripción de ese alguien «individual» que «fácticamente» detenta el poder porque no aparece empíricamente por ningún lado, deberemos primero dar cuenta de ese orden normativo social anterior sin el que ni se entiende ni se produce ese tipo de poder». Esto significa recurrir a la idea de la institucionalización, proceso que Laporta describe también de maneja similar a la de La Torre: «dada la existencia de una colectividad humana, la aparición en su seno de problemas de coordinación y conflicto que demandan una respuesta colectiva tiende a producir la emergencia de ciertas prácticas sociales, prácticas en las que las acciones individuales están predefinidas por una estructura de reglas de comportamiento que coordinan las conductas individuales» y que, a su vez, requieren de «una agencia fiable, rápida y cierta que las produzca y determine. La constitución de esa agencia es (...) la definición del poder social»⁴¹. Solo que, a diferencia de La Torre, llegado a este punto Laporta no se ve en la necesidad de definir el Derecho pues, o lo da por presupuesto (como ya se vio), o lo plantea como una cuestión abierta, pero pendiente de resolver⁴². Eso sí, en el planteamiento de Laporta aflora algo que en el de La Torre no se mencionaba: la referencia al «conflicto» social y a la importancia del mismo a la hora de explicar la emergencia de esas prácticas sociales predefinidas por reglas de comportamiento, solo que la referencia se queda en eso, en una mera mención que no obtiene ulterior desarrollo.

El tercer planteamiento es el de Joxerramon Bengoetxea⁴³, uno de los estudiosos más profundos de la obra –y cercanos a la persona– de MacCormick. De hecho, en un exhaustivo estudio sobre la obra del iusfilósofo escocés⁴⁴, Bengoetxea nos ofrece una semblanza de aquél que

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 445-446. Merece la pena destacar en esta consideración de Laporta, por lo demás extensible a sus fuentes, la identificación (injustificada) entre lo individual con lo factual y lo colectivo con lo normativo.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 446-447.

⁴² En sus términos: «Recorrer el camino que hay entre (...) una taxonomía precisa de lo que es el poder en la sociedad humana, y aquella otra práctica social a la que llamamos derecho, y en particular a las normas de competencia que integran esa práctica, sería dar una respuesta precisa y rigurosa al problema de las relaciones empíricas entre poder y derecho», *Ibidem*, p. 447.

⁴³ BENGOTXEA, J., *Diálogos judiciales y Autogobierno. Estudio socio-jurídico sobre un epifenómeno de la Justicia en Euskadi, en España y en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2022.

⁴⁴ BENGOTXEA, J., *Neil MacCormick y la Razón Práctica Institucional*, Lima, Grijley, 2015.

ofrece interesantes claves interpretativas sobre la teoría institucional del Derecho. Señala de MacCormick, por ejemplo: a) que su definición del Derecho como «ordenamiento normativo institucional» conllevaba «una pretensión de validez y legitimidad y (...) una apertura a fenómenos pluralistas al no depender conceptualmente del estado»⁴⁵; y b) que «no se interesaba por el “poder”, desde un punto de vista foucaultiano, ni marxista ni metafísico»⁴⁶. Se trata de dos aspectos significativos de la obra de MacCormick porque apuntalan cuestiones que se vienen destacando también entre quienes siguen un modelo institucionalista del Derecho: a) que la teoría institucional del Derecho incorpora una pretensión de legitimidad; y 2) que prescinde de una morfología del poder que resulta clave para el pensamiento crítico.

La característica mencionada en segundo lugar resulta especialmente significativa para analizar el concepto de Derecho del propio Bengoetxea, con el que, tomando en consideración el conflicto, pretende completar la aportación de MacCormick. Bengoetxea propone definir al Derecho como: «un proceso de comunicación normativa institucionalizada que genera un orden, un cierto equilibrio en un campo social determinado y cuando este equilibrio se quiebra y surge el conflicto, lo aborda mediante normas y procesos institucionales»⁴⁷. Según este planteamiento, el Derecho es un orden normativo institucional y el conflicto es algo «ajeno» que quiebra el orden institucionalizado previo. De este modo, se cierra cualquier posibilidad de incorporar planteamientos como el feminista. No tanto porque se esté utilizando un concepto de Derecho como comunicación normativa institucionalizada, ni tan siquiera por la idea de orden que la fundamenta, sino porque en ese concepto no se refleja que las relaciones de poder intergrupales (de privilegio y subordinación) están institucionalizadas «sobre» el conflicto y que, por tanto, este no está fuera ni es algo accidental o a resolver puntualmente. Por decirlo brevemente, Bengoetxea ve la necesidad de tomar en consideración el conflicto y completar de este modo la teoría de MacCormick, pero lo hace desde un esquema funcionalista que eclipsa la naturaleza *per se* conflictiva de las relaciones sociales intergrupales.

2.2 El poder como hegemonía

En este apartado recogeremos dos planteamientos integrados en lo que hemos denominado pensamiento crítico y que, a diferencia de los analizados en el apartado anterior, pensamos que pueden ser de utilidad para una Filosofía del Derecho posicionada como la que aquí se defiende: el de la politóloga conflictualista Chantal Mouffe y el del ius-sociólogo crítico Boaventura de Sousa Santos.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 29-30.

⁴⁷ BENGOETXEA, J., *Diálogos judiciales y Autogobierno*, cit. p. 44.

2.2.1 Conflicto y exclusión: ¿lo político sin lo jurídico?

Vaya por delante que el interés que suscita aquí la obra de Mouffe no radica en su postura sobre el Derecho. Es más, lo interesante de la aportación de la autora belga es, precisamente, que sea capaz de diferenciar lo político de lo institucional sin hacer referencia al Derecho y, además, ofrezca una propuesta sobre la articulación del poder que incluye a las identidades políticas.

Como es sabido, la idea de conflicto es básica en la obra de Mouffe⁴⁸. Para esta autora, no solo no es posible eliminar el poder de las relaciones sociales, sino que la división y el conflicto adquieren carácter constitutivo en el modelo de democracia moderna. Por ello, para Mouffe –a diferencia de filósofos como Rawls o Habermas– no será el consenso el motor de la política. El consenso –dirá esta autora– es necesario, en tanto la democracia no puede vivir sin el reconocimiento de los derechos humanos y los principios de libertad e igualdad, sin embargo, la necesidad acaba con tal reconocimiento. El segundo punto de interés del pensamiento de Mouffe es el de la distinción entre «lo político» (*the political*) y la política (*politics*) que es el tema fundamental de su trabajo *On the Political*. Por «lo político» entiende Mouffe «la dimensión de antagonismo constitutiva de las sociedades humanas», mientras «la política» sería «el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un orden, organizando la convivencia humana en el contexto de conflictividad que brinda lo político»⁴⁹.

Mouffe construye su modelo de democracia a partir del contraste de ideas con autores como Arendt, Rawls y Habermas, aunque reconoce en la teorización sobre la distinción amigo/enemigo y la naturaleza conflictiva de la política de Schmitt el punto de partida de su propuesta⁵⁰. Eso no le impide separarse de una de las tesis fundamentales de Schmitt, quien solo veía posibilidad de pluralismo en una comunidad política democrática a nivel de Estados⁵¹ o trazar un límite claro al pluralismo, como sería el ya mencionado del consenso en el reconocimiento de los derechos humanos y los valores de libertad e igualdad (ya que el conflicto estaría en su interpretación)⁵². Dos son los conceptos fundamentales de su teorización: el de «exterior constitutivo»

⁴⁸ Al margen de en su obra junto a Ernesto Laclau, Mouffe desarrolla su concepción conflictualista en: *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999 (1.^a ed. 1993); *La paradoja democrática*, Gedisa, Barcelona, 2003 (1.^a ed. 2000); y *On the Political*, London, Routledge, 2005. Con las mismas claves, pero proyectadas en el feminismo, *vid.* «Feminismo, ciudadanía y política democrática radical», en *Ciudadanía y feminismo*, México D. F., Instituto Federal Electoral, 2001 (ed. original 1992).

⁴⁹ MOUFFE, C., *On the Political*, *cit.*, p. 9.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁵¹ *Ibidem*, p. 14.

⁵² *Ibidem*, p. 121.

(*constitutive outside*)⁵³ y el de hegemonía. Mediante el primero, que tiene como telón de fondo el concepto de identidad política o colectiva, Mouffe subraya cómo «la creación de una identidad implica el establecimiento de una diferencia, diferencia que es a menudo construida sobre las bases de una jerarquía, por ejemplo, entre forma y contenido (*matter*), negro y blanco, hombre y mujer, etc.»⁵⁴.

A su vez, el concepto de hegemonía le sirve a Mouffe para afrontar su caracterización de lo político frente a lo social. Mouffe identifica lo político con el hecho «de que toda sociedad es producto de una serie de prácticas que intentan establecer orden en un contexto de contingencias»⁵⁵. En este contexto, lo político «está ligado a los actos de institución hegemónica», mientras lo social «es el ámbito de prácticas sedimentadas, es decir, prácticas que ocultan (*conceal*) los actos originarios de sus instituciones políticas contingentes y que se dan por supuestos, como si fueran autogenerados (*self-grounded*)»⁵⁶. Ahora bien, si «lo político –entendido en su sentido hegemónico– implica la visibilidad de los actos de institución social, es imposible determinar *a priori* que es social y qué es político independientemente de toda referencia contextual»⁵⁷. Es más, para Mouffe, la frontera «entre lo social y lo político es esencialmente inestable y requiere constantes desplazamientos y renegociaciones entre los agentes sociales», ya que las cosas «siempre podrían ser de otra manera y por lo tanto todo orden es predicado sobre la exclusión de otras posibilidades»⁵⁸. Ese orden «se puede llamar «político» debido a que es la expresión de una particular estructura de relaciones de poder» y el poder «es constitutivo de lo social porque lo social no podría existir sin las relaciones de poder que le dan forma»⁵⁹.

En ningún momento habla, pues, Mouffe de Derecho, ni para referirse a la política ni a lo político. Sin embargo, lo que Mouffe entiende por «lo político» sería similar a lo que La Torre consideraba politicidad y denominaba «Derecho en sentido estricto», mientras lo que entiende por «política» se asemejaría al dominio o –en nuestra terminología– al «Derecho en sentido lato» de La Torre, así como a esa noción de Derecho como práctica social que deriva en reglas de competencia que

⁵³ La expresión «*constitutive outside*» la toma de Henry Staten en *Wittgenstein and Derrida*, Oxford, Basil Blackwell, 1985.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁹ *Ibidem* (ambas citas). En definitiva, y como resume la propia Mouffe: 1) todo orden es político y está basado en alguna forma de exclusión; 2) siempre hay otras posibilidades que han sido reprimidas y que pueden ser reactivadas; 3) las prácticas articuladas a través de las cuales se establece un determinado orden y se fija el significado de instituciones sociales son «prácticas hegemónicas»; y 4) cada orden hegemónico es susceptible de ser retado por prácticas contra-hegemónicas, i.e. prácticas que intentarán desarticular el orden existente para instalar otra forma de hegemonía.

Laporta asume como noción generalizada de Derecho y que bien serviría también para caracterizar a la teoría institucional del Derecho que hace suya Bengoetxea. Pero, entonces, si Mouffe no necesita hablar de Derecho para esbozar su planteamiento, ¿qué necesidad tiene la teoría institucionalista de hacerlo? La pregunta es en parte retórica. Tal y como se ve aquí, los autores mencionados pretenden ofrecer un concepto de Derecho que no se erija en pantalla de legitimación del poder político y, además, quieren hacerlo evitando contaminarse con conceptos de reminiscencia marxista. Sobre lo primero ya nos hemos pronunciado anteriormente. Sobre lo segundo, está claro que fundiendo Derecho y Poder en lo institucional no hay lugar para el concepto de «hegemonía», lo que ocurre es que, por tanto, tampoco para disputar «la hegemonía» de lo celebrativo de la que goza la juridicidad. En este sentido, el mero «uso de las normas» o el cuestionamiento de su moralidad no alcanza a explicar –y menos ayuda a defender– el cuestionamiento legitimador de la juridicidad que sectores, grupos o colectivos sociales históricamente excluidos del «ordenamiento normativo institucional» necesitan para hacer valer sus derechos. Para conquistar derechos, pues en el fondo de eso se trata, además de usar y valorar normas, se requiere la disputa del poder en forma de juridicidad, algo que resultará determinante para la propuesta de práctica de la Filosofía del Derecho que aquí se plantea.

2.2.2 El Derecho como práctica contra-hegemónica

Por ello resulta inspiradora la idea de un Derecho contra-hegemónico en la línea del que plantea Santos⁶⁰. La tesis fundamental de este autor radica en que nos encontramos en una transición de paradigmas cuyo potencial emancipatorio requiere una teoría posmoderna apropiada referida a la ciencia y al Derecho a la que llamará, precisamente, «posmodernismo de oposición»⁶¹. No se trata de despreciar las promesas de la modernidad (libertad, igualdad, paz, etc.) sino de criticarlas y adecuar su potencial emancipatorio al marco de la posmodernidad, pero dejando claro que el posmodernismo de oposición «se diferencia claramente tanto de las concepciones y teorías modernistas como de las concepciones y teorías posmodernistas más conocidas – esto es, del posmodernismo celebratorio»⁶².

⁶⁰ SANTOS, B. de S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta/Ilsa: Madrid, 2009.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 42 y ss.

⁶² *Ibidem*, p. 43. Sin perjuicio de que en un momento posterior amplíe el número de autores, Santos vincula primariamente las teorías modernistas (para las que la modernidad resultaría un proyecto inconcluso que debe de ser completado) con Habermas y Roberto Unger, mientras que el posmodernismo celebratorio (que se quedaría en el revelar que las promesas de la modernidad eran falsas e ilusorias celebrando lo existente) lo atribuye a Braudillard.

Como parte de su teoría desarrolla una crítica a los tres pilares en los cuales se asentaría la concepción moderna del Derecho: «el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil; y el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada»⁶³. En contra del primer pilar Santos propone «una concepción fuerte del pluralismo jurídico y una concepción retórica del derecho», decantándose al respecto por un «multiculturalismo jurídico» que diferencia del relativismo cultural⁶⁴. En contra del segundo pilar, propone superar la distinción entre Estado y sociedad civil y su sustitución por «un conjunto de espacios-tiempo estructurales» (el espacio doméstico, el espacio de la producción, el espacio del mercado, el espacio de la comunidad, el espacio de la ciudadanía y el espacio mundial), todos los cuales puedan ser politizados «y, por lo tanto, convertirse en conductos para liberar a la política de su confinamiento en el Estado y en la sociedad política»⁶⁵. De esta manera se podría lograr la «repolitización del derecho» que, opina Santos «es la condición necesaria para devolverle al derecho sus energías emancipatorias»⁶⁶.

Sobre el tercer pilar, Santos diferencia la moderna concepción del Derecho, que reduciría la capacidad transformadora del Derecho a lo que ha sido legitimado por el Estado, de la concepción posmodernista celebratoria (en donde ahora sitúa a antiguos académicos de *Critical Legal Studies* como David y Dunkan Kennedy, a quienes tacha de haberse instalado en el placer de la deconstrucción sin otro objetivo), que eliminaría por completo la idea del cambio social llevado a cabo a través del Derecho⁶⁷. Como alternativa, Santos sostiene la necesidad de «una amplia repolitización del derecho como condición para que la tensión dialéctica entre regulación y emancipación sea reconsiderada fuera de los límites de la modernidad»⁶⁸; una modernidad que habría llevado a reducir la legitimidad a la legalidad o, lo que sería igual, la

⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁴ Pues, mientras «todas las culturas son relativas (...) el relativismo cultural, como posición filosófica, es erróneo», *Ibidem*, p. 48.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ En este caso diferencia su postura, tanto de las denominadas por él concepciones modernistas del Derecho como de las concepciones posmodernistas celebratorias. A las primeras (entre las que incluye la jurisprudencia sociológica, pero también el «positivismo suave» de Hart o la concepción del «derecho como integridad» de Dworkin o la teoría del Derecho de Unger) les critica haber producido la despolitización del Derecho queriendo convertirlo en una ciencia y en un monopolio del Estado; a las segundas (entre las que incluye a Kahn) les acusa de haber promovido (y disfrutado con) la despolitización «al convertir al derecho en un objeto cultural que se refiere a la «conciencia jurídica» de cada individuo más bien que al cambio social», *Ibidem*, p. 49.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁸ *Ibidem*.

emancipación a la regulación. En consecuencia, que el Derecho pueda ser emancipatorio depende, para Santos, de «la práctica de grupos y clases socialmente oprimidos»⁶⁹:

Luchando contra la opresión, la exclusión, la discriminación y la destrucción del medio ambiente, estos grupos recurren al derecho o, más bien, a diferentes formas del derecho, como un instrumento más de oposición. Lo hacen ahora dentro o fuera de los límites del derecho oficial moderno, movilizándolo diversas escalas de legalidad (locales, nacionales y globales) y construyendo alianzas translocales e incluso transnacionales. Estas luchas y prácticas son las que alimentan lo que llamo (...) globalización contrahegemónica. En general, no privilegian las luchas jurídicas, pero en la medida en que recurren a ellas, devuelven al derecho su carácter insurgente y emancipatorio. A estas prácticas, tomadas en su conjunto, las designo como cosmopolitismo subalterno⁷⁰.

3. UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SITUADA

Tal y como se ha avanzado en la Introducción de este trabajo, en este apartado se tratará de ilustrar la manera en la que se entiende la Filosofía del Derecho como práctica situada. Para ello, una vez más, se recurrirá a la experiencia personal, pasando luego a la ejemplificación o ilustración de lo que tiene de práctica esa Filosofía.

Una de las muchas constataciones de mis cuatro décadas de docencia en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU ha sido la de la pérdida de conciencia social y de las posibilidades transformadoras de la práctica jurídica por parte del alumnado a medida que iban aprobando los cursos de la carrera. Es un dato que he podido comprobar al haber sido docente de 1.º y 5.º curso (es decir, del mismo alumnado) hasta que, con la reforma de Bolonia se redujo un año la docencia. Y lo he podido verificar utilizando una técnica muy sencilla. Una de mis prácticas habituales al comenzar la impartición de docencia de la asignatura de Teoría del Derecho en el primer año era la de pedir al alumnado que escribiera en un papel, de manera anónima, la respuesta a dos cuestiones: 1) cuál era su concepto del Derecho; y 2) por qué habían decidido estudiar la carrera de Derecho. En la respuesta a la primera de las cuestiones un porcentaje superior al 90% esgrimía un concepto de Derecho que entraba dentro de lo que se puede considerar como concepción hegemónica (leyes, sentencias, prácticas relacionadas con el ejercicio de la abogacía, etc.). Y en respuesta a la segunda, raro era el año en el que hubiera menos de un 30% que no incluyera entre el

⁶⁹ *Ibidem*, p. 51.

⁷⁰ *Ibidem*.

porqué de estudiar Derecho alguna referencia a la justicia o a las posibilidades de crear un mundo más justo. Al impartir docencia de Filosofía del Derecho en 5.º curso no necesitaba ninguna encuesta para percibir lo evidente: se podían contar con los dedos de una mano, y a veces sobraban dedos, el número de estudiantes que veían entre los cometidos de las profesiones jurídicas la práctica de algún ideal referido a la justicia. De hecho, el tratamiento o la discusión de problemas sociales que implicaban poner a prueba la legalidad vigente se consideraban ajenos a su tarea como juristas. Algo hay, pues, en las enseñanzas jurídicas, que no solo educan para la jerarquía⁷¹, sino que también desactivan el perfil transformador de un amplio sector del alumnado que comienza la carrera pensando que su labor puede tener un componente de justicia social.

En realidad, mi constatación no tenía mucha originalidad. Sin ir más lejos, muchos autores en los años setenta y ochenta se empeñaron en activar la imagen de juristas con una función transformadora⁷²; pero, sea por lo que fuere, aquellos proyectos –se piensa, por ejemplo, en el movimiento del «uso alternativo del derecho» que surge en Italia⁷³ o en el movimiento *Critical Legal Studies*⁷⁴ en el ámbito anglosajón– no tuvieron gran influencia, por lo menos en nuestros lares⁷⁵. Nulo eco tuvo asimismo el nuevo modelo de jurista vinculado a las Clínicas Jurídicas que se van gestando en los años cincuenta en los Estados Unidos y que, ya en los setenta, irrumpen con fuerza también en Gran Bretaña, Canadá y Australia⁷⁶ y, casi simultáneamente, se

⁷¹ Vid. KENNEDY, D., «La educación legal como preparación para la jerarquía», en COURTIS, C. (comp.) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, pp. 117-147.

⁷² Por citar solo los textos traducidos y los más cercanos, *vid.*, por ejemplo, ARNAULD, A. J., *Les juristes face à la société. Du XIX siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975; BARCELLONA, P. y COTURRI, G., *El Estado y los juristas*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976; BARCELLONA, P., HART, D. y MUCKENBERGER, U., *La formación del jurista. Capitalismo monopolista y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1977; LAPORTA, F. J. (1978) «Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho», *Sistema*, 24-25, 1978, pp. 107-112; MARESCA, M. y SAAVEDRA, M., «Sobre la ciencia jurídica dominante en las Facultades de Derecho: la crisis de la reforma», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 20, 1980-1, pp. 73-114; y sin olvidar a nivel estatal el furibundo opúsculo de CAPELLA, J.-R., *Sobre la extinción del estado y la supresión de los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1970.

⁷³ BARCELLONA, P. (Ed.); *L'uso alternativo del diritto*, Bari, Laterza, 1973.

⁷⁴ UNGER, R. M., *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1983 (disponible en: <http://robertounger.com/english/pdfs/movemnt.pdf>); PÉREZ LLEDÓ, J. A. *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁷⁵ A diferencia del movimiento del uso alternativo del derecho, que solo reconocía capacidad transformadora a quien operaba directamente con el Derecho (léase juristas y jueces/zas), en el modelo que aquí se plantea, al jurista se le reconoce capacidad de transformación social si construye su estrategia de la mano de quienes sufren subdiscriminación.

⁷⁶ GIDDINGS, J. *et al.*, «La primera Ola de la Educación Jurídica Clínica Moderna. Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá y Australia», en BLOCH, S. F. (ed.) *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas. Formando Juristas en la Justicia Social*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013 (1.ª ed. 2011), pp. 55-78.

extienden por países con influencia colonizadora anglosajona del sudeste de Asia e India⁷⁷ y en África⁷⁸. Afortunadamente, en medio ha habido testimonios más o menos aislados⁷⁹ y hoy en día la negativa a rendirse a lo evidente (la prevalencia de un modelo de jurista de corte kelseniano) es compartida por un sector del profesorado universitario dentro y fuera de nuestras fronteras⁸⁰, muy especialmente, por quienes vemos en las llamadas Clínicas Jurídicas una oportunidad de transformación de las enseñanzas jurídicas y de dar cabida a un modelo de jurista comprometido con la injusticia social⁸¹.

3.1 Una Clínica Jurídica de estrategias antisubordiscriminatorias

Cuando se habla del funcionamiento de las clínicas jurídicas, normalmente se distinguen dos grandes tipos⁸². Por un lado, el modelo anglosajón o también latinoamericano, en el que, en definitiva, el alumnado se hace responsable del proceso y la resolución del caso; por otro lado, y en contraste con el anterior, estaría el modelo

⁷⁷ LASKY, B. A. y PRASAD, M. R. K., «El Movimiento Clínico en el Sudeste de Asia e India. Una perspectiva comparada y lecciones para ser aprendidas», en BLOCH, S. F. (ed.) *El movimiento Global...*, op. cit., pp. 97-115.

⁷⁸ MCQUOID-MASON, D. et al., «La Educación Jurídica Clínica en África. Formación jurídica y trabajo comunitario», en BLOCH, F. S., *El Movimiento Global...*, op. cit., pp. 79-96.

⁷⁹ Cabe citar, por ejemplo, el de Juan Ramón Capella y su máxima relativa a que la *duda acerca de la ley* que nos gobierna «es la semilla de la democratización» y que «la puesta en cuestión de la ley y del poder, es (...) el principio democratizador e igualitario que hace de lo que ocurre asunto nuestro», en *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 290 y 291, respectivamente.

⁸⁰ Fuera, vid. int. al., KAIRYS, D., *The Politics of Law*, New York, Pantheon, 1990; COURTIS, C. (comp.) *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2000; KENNEDY, D. *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012. Dentro, muchas vinculadas a proyectos de innovación docente como las contribuciones al número 21, 2015, de la *Revista General de Derecho Constitucional* o en GARCÍA AÑÓN, J. (Ed.), *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013* (disponible en: http://www.uv.es/innodret/pub/2013actas_congreso.pdf), pp. 1226-1255.

⁸¹ Además de los textos ya citados en las notas anteriores, vid., MESTRE I MESTRE, R. M. (coord.); *Guía práctica para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 150; BLENGINO, C. y GASCÓN-CUENCA, A. (eds); *Epistemic Communities at the Boundaries of Law: Clinics as a Paradigm in the Revolution of Legal Education in the European Mediterranean Context*, Torino, Ledizioni, pp. 159. Y, como panorámica de la labor de las clínicas jurídicas a nivel estatal, vid. CARMONA PAREDES, R. (dir.) y LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (coord.); *Clínicas jurídicas españolas: propuestas y desafíos*, Thomson/Aranzadi, 2022, pp. 330.

⁸² MADRID PÉREZ, A., «La experiencia de las clínicas jurídicas: Cuestiones abiertas en unos momentos difíciles», en GARCÍA AÑÓN, J. (ed.), *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas* [en línea]. Valencia, 11-13 de septiembre. Disponible en: http://www.uv.es/innodret/pub/2013actas_congreso.pdf, pp. 1298-1310.

en el que el alumnado no ejerce representación legal ni defensa judicial y en el que las tareas que se desarrollan son de asesoramiento jurídico, realización de informes, seguimiento de casos, colaboraciones con otros servicios jurídicos que sí ejercen la representación legal y la defensa judicial, elaboración de guías, propuestas, etc. El modelo de la CJJS, por razones varias, sigue esta segunda dirección y, hoy por hoy, su principal labor se canaliza en la elaboración de los Trabajos Fin de Grado (TFG) y los Trabajos Fin de Máster (TFM), que siguen un proceso y una metodología diversos a los de la línea clásica o tradicional⁸³.

Participar en la elaboración de un TFG o un TFM en el contexto de la CJJS requiere un modelo de jurista que no solo está ligado a una ética o deontología⁸⁴ a la que se adhiere al comenzar su práctica profesional, sino que disputa la celebración de la juridicidad, consciente de su labor de intervención *en* el Derecho. No se trata, ni mucho menos, de prescindir de lo que supone trabajar técnicamente con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, sino de orientar dicha técnica hacia proyectos emancipadores y no reproductores del *statu quo*⁸⁵. Entre los filones teórico-críticos contra el modelo reproductor del *statu quo* –y, por tanto, entre los márgenes posibilitadores de un modelo de jurista que considere que «ninguna regla jurídica tiene que

⁸³ Vid. BARRÈRE UNZUETA, M., «La investigación jurídica desde una perspectiva contra-hegemónica: los TFG y TFM desde la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la UPV/EHU», *Oñati Socio-Legal Series*, v. 8, n. 4, 2018, pp. 555-572. En lo fundamental, los TFG y TFM de la CJJS abordan problemáticas de discriminación grupal, aunque se manifiesten individualizadamente. Se parte del relato de la persona afectada y, eventualmente, se plantean ulteriores entrevistas. A partir de ellas se construye el caso y se inserta en la intersección de los sistemas de poder. Luego se acude a los textos legislativos, doctrina y jurisprudencia que, al contrario que en los TFG y TFM tradicionales, no son el punto de partida sino de confrontación. A resultados de ello se ven las utilidades y los límites del Derecho y se construyen las estrategias, cuyos resultados no se ciñen al caso, pudiéndose llegar a plantear (o respaldar) modificaciones legislativas y de políticas públicas.

⁸⁴ GARCÍA PASCUAL, C. (Coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

⁸⁵ El iusfilósofo Juan Antonio Pérez Lledó ofrece una tipología variopinta de lo aquí se ha considerado simplemente como modelo de jurista reproductor del *statu quo*. En este sentido, Lledó distingue entre: a) el «jurista-técnico-apolítico enfermo de ceguera culpable» (que no llega a ver las injusticias); b) el «apolítico del yo a lo mío, a mis intereses» [«porque no se quieren ver (las injusticias) aunque se han visto, pero se mira a otro lado»]; c) el «conservador convencido» («porque se defienden como justas –o no tan injustas– lo que yo considero injusticias»); d) el conservador del «pensamiento único» («porque no es que se considere que el orden social existente es en todo «justo» o aceptable, sino porque se está convencido –el veneno del pensamiento único le ha infectado– de que es, en lo básico, «inmutable» y de que las alternativas, más que «perversas» (idealmente incluso las compartiría), son «imposibles», «ingenuas», «infantiles», o peor aún: peligrosas porque, si algún resultado puede producir defenderlas, ése va a ser el de que les salga el tiro por la culata»). Vid. PÉREZ LLEDÓ, J. A., «Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho», *AFDUAM*, 6, 2002, pp. 197-268 (disponible en: https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/6/6900232-195_268.pdf).

ser lo que es»⁸⁶ si a lo que sirve es a constituir, reproducir el clasismo, el sexismo, el racismo, etc.)– están los laboratorios de reflexión e identificación de estrategias jurídicas anti(subor)discriminatorias y de reglas no escritas de sistemas de privilegio y subordinación que afectan al contenido de todas las disciplinas jurídicas.

La construcción de estrategias jurídicas antisubordiscriminatorias requiere, pues, un enfoque instrumentalista del Derecho. Bajo este enfoque no se trata de «indagar cuáles son los fines intrínsecos del Derecho y que éste nos dicta, sino cómo de hecho estamos (la comunidad jurídica está) utilizándolo, cómo podríamos utilizarlo nosotros, y cómo debemos utilizarlo: instrumentalizándolo, manejándolo como manejamos una herramienta, para lograr así la satisfacción de nuestros fines»⁸⁷. Requisito fundamental de esta visión instrumentalista es que esos fines nuestros estén «moralmente justificados»⁸⁸, lo que significa no rendirse o no estar a gusto «con las injusticias sociales actuales a las que el Derecho contribuye por acción y sobre todo por omisión» o en el tener como horizonte «valores igualitaristas, solidarios, de emancipación individual y colectiva, contrarios a las jerarquías ilegítimas y a las exclusiones políticas y sociales de clase, raza y sexo, y también valores liberales de autonomía individual y dignidad humana»⁸⁹.

En un contexto de reconocimiento de derechos humanos y fundamentales, el instrumentalismo no sería «fuerte» sino «débil»⁹⁰; lo que supone que, si bien es cierto que incluso el texto más útil para generar propuestas antisubordiscriminatorias –como puede ser la Constitución– está lleno de expresiones (empezando por las de «justicia» e «igualdad») cuya interpretación no solo puede dar lugar a significados contradictorios, sino que habitualmente respaldan la discriminación sistémica, no es menos cierto que, a partir de dicho texto normativo, también caben interpretaciones y argumentaciones que puedan hacer frente a las anteriores. De ahí que el Derecho (el texto constitucional) también adquiera un valor, en tanto objeto a través del cual se pueden defender opciones de justicia como las arriba planteadas y, lo que es más importante aún, revisar los textos jurídicos que, aun hegemónicamente interpretados como válidos, podrían ser (a través de «otras» interpretaciones de la Constitución) cuestionados. Pero si algo define este proyecto instrumentalista es la valorización de las denominadas «fuentes materiales» del Derecho o, lo que es lo mismo, hacer valer la voz de quienes padecen directamente la subordiscriminación y/o de los colectivos y asociaciones comprometidos con su eliminación.

⁸⁶ KENNEDY, D. *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012, p. 52.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 249.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 250.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 262.

Según se ha dicho ya, para esta práctica instrumental del Derecho es necesario reconocer la existencia de los sistemas de poder, de los que no se habla ni en la legislación ni en las enseñanzas jurídicas y que, sin embargo, existen⁹¹. Es necesario reconocerlos para poder responder «activamente» ante ellos y, para identificarlos, son fundamentales los testimonios y narrativas de opresión (subordiscriminación) expresados individual o colectivamente. Esto implica que el modelo de jurista que se sugiere tiene como horizonte la igualdad, pero no la simple igualdad de trato y de oportunidades, sino la igualdad estructural y sistémica, siendo por ello que puede ser calificado de «progresista»⁹². En este momento, la Filosofía del Derecho se funde con la Teoría Crítica del Derecho, considerando que el objetivo propio de toda Teoría Crítica es, precisamente, esclarecer el papel que desempeñan las prácticas sociales (entre las que incluimos las jurídicas) en el mantenimiento de los sistemas de poder.

3.2 Una teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio

Está lejos de mi propósito esbozar siquiera en este apartado lo que constituiría una Teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio, así que solo daré tres apuntes centrados en el contexto español a modo de pasos que no tienen por qué darse consecutivamente:

1. Una Teoría crítica del Derecho antidiscriminatorio requiere la puesta en cuestión del binomio igualdad formal/igualdad real con el que se suele dar lectura a los artículos 14 y 9.2. de la Constitución española (CE). Según se entiende aquí, tal binomio se erige en una argucia para eclipsar o no reconocer dos cosas: 1) la existencia de sistemas de poder (léase heteropatriarcado, racismo estructural, clasismo, capacitismo, etc.) que hacen de la subordiscriminación un fenómeno endémico (que reina habitualmente) y estructural (que permea todas las estructuras sociales); y 2) que no es posible hablar de igualdad de (disfrute de) derechos en la realidad de subordiscriminación que producen tales sistemas.

2. Otro paso tiene que ver con desmontar la estrategia con la que se alimenta la argucia: la idea de que la igualdad del artículo 9.2 CE es «complementaria» a la del artículo 14 CE, cuando la relación no es

⁹¹ DOTSON, K., «Making Sense: The Multistability of Oppression and the Importance of Intersectionality», en GOSWAMI, N., O'DONOVAN, M. M. y YOUNT, L. (eds), *Why Race and Gender Still Matter*, London, Pickering & Chatto, 2014, pp. 43-57.

⁹² Se suscriben en este sentido las palabras de la literata y comentarista política argentina Beatriz Sarlo, quien, a la pregunta de «¿qué quiere decir ahora ser progresista?» responde que «el horizonte de un progresista es la igualdad [pero] no la igualdad de oportunidades, que puede ser un instrumento, pero que por sí sola deja a los más desposeídos, a los más jóvenes en el mismo lugar donde los encuentra porque no tienen recursos para aprovecharla». Vid. SARLO, B., entrevista concedida a *El País Semanal* de 9 de agosto de 2015 (núm. 2.028).

complementaria sino «dependiente», en el sentido de que la efectividad del artículo 9.2 CE es inversamente proporcional a la necesidad del artículo 14 CE. En otros términos, que si hubiera una igualdad real no resultaría necesaria la prohibición de discriminación del artículo 14 CE porque no existirían tratos discriminatorios. Esta aparente verdad de Perogrullo lleva, a mi juicio, a respaldar una idea importante, como es la de que: en tanto los poderes públicos no actúen en favor de la igualdad real, están contribuyendo a la perpetuación de tratos subdiscriminatorios⁹³. Para designar esta especie de discriminación al cuadrado propongo hablar de «subdiscriminación por omisión o por «inacción de los poderes públicos»⁹⁴.

3. Un tercer paso tiene que ver con la revisión del concepto de discriminación que prevalece en la legislación y en la cultura jurídica basado en el binomio discriminación directa/indirecta⁹⁵, que presume que solo el sexismo (racismo, capacitismo, clasismo, etc.) cubierto por esos conceptos tiene suficiente importancia como para merecer una intervención política⁹⁶.

⁹³ Muchos de los cuales, por cierto, proceden de ellos mismos –son institucionales– o, es más, están *institucionalizados*.

⁹⁴ Dejo para otro espacio el desarrollo de lo que puede dar de sí este concepto, pero considero que el artículo 4 de la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha dado un paso importante para su cobertura legal. «BOE» núm. 167, de 13 de julio de 2022, páginas 98071 a 98109 (39 págs.).

⁹⁵ Por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. «BOE» núm. 71, de 23/03/2007.

⁹⁶ También en este sentido la Ley 15/2022 presenta algunas novedades positivas.

La necesidad de la filosofía del derecho en el presente
y en el futuro desde la experiencia de una jueza
filósofa del derecho en el Tribunal Europeo
de Derechos Humanos

*The need for the philosophy of law in the present
and in the future seen from the experience of a judge
philosopher of law at the European Court
of Human Rights*

Por MARÍA ELÓSEGUI ICHASO
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El artículo versa sobre la necesidad de la filosofía del derecho en el presente y en el futuro. Se expone la perennidad de los temas sobre los que se ocupa esta materia, definiéndola como ciencia de lo razonable. Entre las múltiples cuestiones para las que la filosofía del derecho es imprescindible una de ellas es la interpretación jurídica que realizan los jueces. Las distintas teorías que se han elaborado a lo largo de los dos últimos siglos, especialmente desde la ilustración, han dado lugar a una reflexión sobre la argumentación judicial, que sigue desempeñando un lugar crucial en la enseñanza de estas materias en las facultades de derecho y en los operadores jurídicos. De ahí que la filosofía del derecho siga siendo un instrumento imprescindible en el presente y en el futuro de nuestras sociedades, que queda corroborado por la experiencia de la autora, catedrática de filosofía

del derecho y juez durante estos cinco últimos años en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

Palabras clave: filosofía del derecho, ciencia de lo razonable, teorías de la argumentación jurídica.

ABSTRACT

The article deals with the need for the philosophy of law in the present and in the future. The perennity of the subjects on which this matter deals is exposed, defining it as a science of the reasonable. Among the many issues for which the philosophy of law is essential, one of them is the legal interpretation made by judges. The different theories that have been developed over the last two centuries, especially since the Enlightenment, have given rise to a reflection on judicial argumentation, which continues to play a crucial place in the teaching of these subjects in law schools and in legal operators. Hence, the philosophy of law continues to be an essential instrument in the present and in the future of our societies, which is corroborated by the experience of the author, professor of philosophy of law for many years and judge during these last five years in the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Keywords: philosophy of law, science of the reasonable, theories of legal argumentation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO. – 2. ¿DE QUÉ SE OCUPA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO? – 3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO CIENCIA DE LO RAZONABLE. – 4. LA FUNCIÓN DEL JUEZ. LAS TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. 4.1 *El razonamiento moral y jurídico.* 4.2 *La lógica jurídica de lo razonable.* – 5. EL GENERAL POINT OF VIEW, LA PUBLIC OPINION, EL COMMON SENSE Y LA TÓPICA. – 6. UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO. DE MACCORMICK A ALEXY. – 7. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: THE NEED FOR THE PHILOSOPHY OF LAW IN THE PRESENT AND IN THE FUTURE. – 2. WHAT DOES THE PHILOSOPHY OF LAW DEAL WITH? – 3. THE PHILOSOPHY OF LAW AS A SCIENCE OF WHAT IS REASONABLE. – 4. THE ROLE OF THE JUDGE. THEORIES OF LEGAL INTERPRETATION. 4.1 *Moral and legal reasoning.* 4.2 *The legal logic of what is reasonable.* – 5. THE GENERAL POINT OF VIEW, THE PUBLIC OPINION, THE COMMON SENSE AND THE TOPIC. – 6. AN INSTITUTIONAL THEORY OF LAW. FROM MACCORMICK TO ALEXY. – 7. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO

La directora del Anuario de Filosofía del Derecho, Ángeles Solanes Corella, nos ha invitado a colaborar en la edición del AFD de 2023, reflexionando sobre el presente y el futuro de la Filosofía del Derecho a raíz de que en esa fecha esta revista cumplirá sus 70 años de andadura. En estas breves páginas me propongo mostrar cómo la filosofía del derecho sigue siendo un instrumento imprescindible en la educación de los alumnos de derecho y en la práctica del derecho, especialmente en los aspectos referentes a la argumentación jurídica, haciendo un repaso de cómo los autores clásicos al definir qué es la filosofía del derecho han planteado problemas y aportado soluciones que siguen siendo útiles en la actualidad.

A los muchos años en la universidad y al ejercicio de la tarea académica en la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, se ha sumado ahora en estos últimos cuatro años y medio la experiencia de mi puesto como jueza en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. La jurisprudencia que hemos venido elaborando y los retos que estamos enfrentando desde los conflictos de derechos producidos a raíz de la pandemia, hasta la guerra entre Rusia y Ucrania han hecho patente la necesidad de una reflexión iusfilosófica para resolver problemas nuevos con principios clásicos.

Releía estos días la bibliografía clásica de nuestra materia sobre metodología jurídica y el papel del juez en la ponderación. Lejos de verlo como algo alejado de mi actual práctica y experiencia como jueza me ha confirmado en la importancia y la absoluta necesidad de ese bagaje teórico-práctico que los utensilios de la filosofía del derecho nos aportan.

2. ¿DE QUÉ SE OCUPA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

Como punto de partida, asumo la hipótesis de que no hay una diferencia esencial entre qué sea la Teoría del Derecho y qué sea la Filosofía del Derecho. Como se demuestra históricamente, la elección de una u otra denominación a lo largo de la historia ha obedecido a una toma de postura ante la definición de la Filosofía del Derecho no se ha debido al hecho de que se tratara de materias diversas sino más bien al punto de vista o metodología que se adoptaba ante la existencia de la misma.

En realidad, quien primeramente utilizó el término Filosofía del Derecho, no fue Hegel ni Austin, como a veces se ha mantenido¹, sino

¹ BOBBIO, N., «Nature et fonction de la philosophie du droit. En Qu'est-ce que la philosophie du droit?», *Archives de Philosophie du droit*, 7, 1962, pp 1-11. Bobbio afirma aquí que el término Filosofía del Derecho fue utilizado por Hegel en 1821.

el ilustrado escocés Adam Smith², adelantándose a otros. Aunque quizá más conocido por sus teorías económicas que como profesor de Jurisprudencia, Adam Smith fue precisamente el primero que reivindicó la Filosofía del Derecho como ciencia, en su obra *la Teoría de los Sentimientos morales*, siendo también el primero en emplear el término *Philosophy of Law* en inglés³. Aunque es cierto que fue Hegel quien concibió la ciencia de la Filosofía del Derecho, como una consideración idealista del derecho positivizado.

Todo ello no impide reconocer que en la tradición escocesa, entre algunos seguidores de Adam Smith, esta vez juristas, se consolidara la asignatura de «jurisprudencia». La jurisprudencia no era lo que «dicen los jueces», sino más acorde con la tradición romanista, recogía las opiniones de los juristas. Era una reflexión científica sobre el derecho, similar al fenómeno que había surgido en la Edad Media en la Escuela de Bolonia, en la que los jueces contaban con la opinión de los profesores universitarios antes de aplicar el *ius commune*. Cabe decir, por tanto, que la cuestión fundamental no es la distinción entre la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho, sino el estatuto de la Filosofía del Derecho, como ciencia diferenciada de la dogmática jurídica. E incluso, más que los términos en sí mismos, lo crucial es lo que cada autor designa con esos términos.

Según Recaséns Siches, la Filosofía del Derecho tiene un objeto propio porque éste no se reduce al de cada rama del Derecho. Existen determinados conceptos como los derechos subjetivos, (deberes jurídicos, relaciones, supuesto jurídico, consecuencia jurídica) que son conceptos puros, ajenos a la experiencia, necesarios en toda realidad jurídica histórica o posible. Sin embargo, la Filosofía del Derecho está más allá de la Dogmática Jurídica. Por otra parte, existe la Teoría fundamental del Derecho, primero como doctrina general empírica y después como teoría del *a priori* formal del Derecho⁴.

El mismo autor destaca la importancia que tuvo en el programa de la Teoría general del Derecho la escuela inglesa denominada *Analytical School of Jurisprudence*, cuyos principales maestros fueron Austin

² SMITH, A., *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

³ LAURSEN, J. C., «Adam Smith as Legal and Constitutional Theorist», *Law and Social Inquiry*, 16, núm. 3, 1991, pp. 615-634. Laursen en la p. 627 afirma que este dato lo aporta Brühlmeier (p. 178). BRÜHLMEIER, D., *Die Rechts und Staatslehre von Adam Smith und die Interessentheorie der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 264. FINCH, J., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Barcelona, Labor, 1977, p. 11. Nota del traductor, «Los términos *jurisprudence* y *legal theory*, se traducen respectivamente como ciencia del derecho y teoría del derecho. En líneas generales puede decirse que la primera trata del estudio de las instituciones particulares del ordenamiento jurídico y la segunda de los conceptos y elementos fundamentales que identifican al fenómeno jurídico respecto de otros órdenes de fenómenos sociales».

⁴ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1978, p. 15. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho. Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas*, 1945. Citado por Recaséns Siches.

(*Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Law*, 1861) que contrapone a la Jurisprudencia nacional o particular una Teoría general del Derecho, la cual debe ocuparse de los conceptos, principios y distinciones comunes de los ordenamientos jurídicos más desarrollados, distinguiendo entre principios sin los cuales no puede ser pensado el Derecho y otros que carecen de esta necesidad, pero Austin incluye ambos órdenes de conceptos en su teoría general del Derecho⁵.

Para Recaséns Siches, el objeto de la Filosofía del Derecho abarca los aspectos axiológico, normativo y sociológico íntima y recíprocamente unidos, de modo inseparable⁶. A cada uno de esos enfoques le corresponde en el plano filosófico un tipo de ciencia y otras tres en el plano empírico o positivo: 1. Valor; axiología y política jurídica. 2. Norma; Teoría fundamental o General del Derecho y Ciencia dogmática o Técnica del Derecho Positivo. 3. Hechos sociales; Culturología Jurídica (Derecho como objeto cultural, producto de la vida humana objetivada) y en el plano empírico dos ciencias, la Historia del Derecho y la Sociología del Derecho⁷.

Mientras que González Vicén distingue entre los aspectos ontológicos, metafísicos y éticos de la Filosofía del Derecho. Para Bobbio la Filosofía del Derecho se ocuparía de cuatro aspectos; 1). Teorías de la justicia y el Estado; 2) Teoría general del derecho; 3) Sociología jurídica; 4) Metodología jurídica⁸. Por su parte, según François Ost y Michel Van de Kerchove, la dogmática jurídica consiste en el estudio sistemático de un orden jurídico particular. En un sentido más amplio la dogmática engloba la doctrina y en un sentido todavía más amplio se puede entender como una reflexión del derecho sobre sí mismo, desde un punto de vista interno, como la racionalización que el derecho hace desde sí mismo⁹. Para estos autores, en este sentido, la dogmática incluye tanto un estudio sistemático de un orden jurídico, como la argumentación doctrinal en favor de la solución juzgada como la mejor¹⁰.

Entre otros estudios en ámbito español, por ejemplo, Gascón Abellán asigna a la Filosofía del Derecho un contenido tripartito, a saber;

⁵ RECASÉNS SICHES, L., *Op.cit.* pp. 24-25.

⁶ RECASÉNS SICHES, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 158.

⁷ *Ibidem*, p. 160.

⁸ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*. Madrid, Debate, 1991, pp. 1-2.

⁹ OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 97. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., «Iuris-dictio et définition du droit», *Droits*, 10, 1989, pp. 53-57. OST, F., «Pour una théorie ludique du droit», *Droit et Société*, 20-21, 1992, pp., 89-98. OST, F., «Science du droit», *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, 1988, pp. 363-367.

¹⁰ *Idem*, p. 97. Ost critica la racionalidad y la soberanía del legislador como obstáculos epistemológicos, como paradigmas de la dogmática jurídica ya superados, en pp. 125-127. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., «Rationalité et souveraineté du législateur, 'paradigmes' de la dogmatique juridique?», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXII, 1985, pp. 22-251.

una Teoría del Derecho, definida como conocimiento del Derecho Positivo, pero diferente a la dogmática jurídica; una Teoría de la Ciencia, reflejada en la actividad y lenguaje de los juristas; y por último una Teoría de la Justicia, que no es derecho positivo¹¹. Explicita Gascón Abellán la existencia de una Teoría de la Decisión judicial, cuestiones que surgen como consecuencia de la concreta interpretación y aplicación del Derecho, que como diremos después resulta de enorme importancia en la situación actual de la Filosofía del Derecho.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO CIENCIA DE LO RAZONABLE

La razón práctica, en este caso a mi entender funciona con la lógica de lo razonable, con lo que se rompe el enfrentamiento entre el formalismo y el empirismo en el derecho¹². Creo que Hume proporcionó la clave siguiendo la distinción hecha ya por Leibniz entre las relaciones de ideas y las cuestiones de hecho o *matters of facts*.

Entre el ser y el deber ser está la ciencia de las probabilidades, de lo razonable, pero no sometida a la racionalidad geométrica. La Filosofía del Derecho no es una ciencia formal *a priori*, sino una ciencia inductiva, que a partir de los derechos positivos vigentes induce unos conceptos generales; va de lo particular a lo general, si bien es verdad que parte de una hipótesis de trabajo, a partir de la cual analiza los hechos. Como expone Gil Cremades; «mi planteamiento ha estado en la línea de admitir que entre razón teórica y razón práctica hay una discontinuidad... porque la verdad científica, dadas las coordenadas en que se establece, es una razón dictatorial y que se impone: que dos y dos sean cuatro, es una verdad agresiva. Esto no ocurre en la razón práctica, donde hay opciones, posibilidades, donde no hay una determinada actitud que sea irreversible. De ahí la discontinuidad»¹³.

El positivismo al tomar como modelo la ciencia física, se alejó cada vez más de la biología y de lo vivo. Por eso, en realidad, aunque éste tuviera su origen en el empirismo, se distanció de él, para acabar en un nuevo formalismo, en una construcción abstracta, que cada vez tiene

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, M., «Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol X, 1993, pp., 191-222. GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol VII, (1990), pp., 261-280. LÓPEZ MORENO, A., «El lugar de la moderna teoría jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, pp. 281-290.

¹² RECASÉNS SICHES, L., *Op.cit.*, *Ciencia jurídica y Filosofía del derecho*. p. 7. Del logos de la interpretación o la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica matemática o de la física matemática.

¹³ GIL CREMADES, J. J., «Razón práctica y razón jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º17, 1977, pp. 1-24. La cita corresponde al coloquio, p. 34.

menos que ver con los fenómenos reales, con la vida, y más con teorías *a priori*, a las que después se quiere acomodar la realidad. No es de extrañar, por tanto, los maridajes entre neokantismo y positivismo, así como las reacciones violentas en su contra de los movimientos realistas en el terreno de la ciencia jurídica, y los movimientos vitalistas y evolucionistas, historicistas en la filosofía, propiciados en buena medida por el auge de las ciencias biológicas, que van a substituir como modelo a las ciencias físicas, ante el fracaso de los absolutismos newtonianos y con la aparición de la teoría de la relatividad de Einstein¹⁴.

Como el derecho, en cuanto ciencia, se había inspirado en los modelos de la ciencia experimental, evidentemente acusa el golpe. Es el auge de las ciencias sociales, el que repercutirá en la aparición de la sociología como ciencia, y por tanto en la creación de la sociología del derecho. Se contempla ahora la sociedad como un organismo vivo y el vocabulario preferido es el de tales organismos; se utilizan términos como el de función, sistema, lucha por la vida, conflictos, equilibrio etc.

Por otra parte, del encuentro del utilitarismo inglés con la Escuela de Savigny nacerá una nueva teoría de la Ciencia del Derecho. Kelsen lleva a cabo en el Derecho, lo que Kant llevó a cabo en el conocimiento, intenta establecer unas categorías formales puras *a priori*, y por tanto universales. Serían los conceptos jurídicos puros. La tarea fue ingente y solidificó la «Teoría del Derecho.» Su fallo estuvo en reducir los otros dos aspectos del derecho a éste. Ciertamente como han admitido muchos autores, esas categorías no existen con independencia de quien las piensa y no están vacías, no existen unas estructuras mentales matemáticas.

Existe una lógica de los fenómenos vivos¹⁵, diferente a la lógica de los fenómenos inerciales, que no por ello abandona su carácter de racional, «la lógica formal no agota la racionalidad jurídica»¹⁶. Existen otros procedimientos como son los de carácter argumentativo: «En el caso de Kalinowski reenvía a los estudios de Perelman y su escuela de Bruselas como un buen ejemplo del funcionamiento de la racionalidad jurídica»¹⁷.

El objeto sobre el que reflexiona la Ciencia de la Filosofía del Derecho es la ciencia jurídica, el derecho positivo; esta última es un fenómeno cultural, variable y empírico. De ahí que el método de la Filosofía del Derecho deba ajustarse a su objeto. Las normas jurídicas son artificiales, en el sentido de convencionales, pero no absolu-

¹⁴ POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971. POPPER, K., *Búsqueda sin término*, Madrid, Tecnos, 1979. POPPER, K., *El desarrollo del conocimiento científico*, Buenos Aires, Paidós, 1967. POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Orbis, 1984. POPPER, K., *Sociedad abierta, universo abierto. Conversaciones con Franz Kreuzer*, Madrid, Tecnos, 1984.

¹⁵ MORIN, E., *El método, la vida de la vida*. Madrid, Ed. Cátedra, 1983. Original *La Méthode II, la vie de la vie*, 1980.

¹⁶ CALSAMIGLIA, A., «Sobre la teoría general de las normas», *Doxa*, 2, 1985, p. 104.

¹⁷ *Ibidem*.

tamente contingentes porque es necesario que exista algún tipo de normativa acordada para la sobrevivencia de la sociedad y el estado. Resulta adecuado aquí acudir a la distinción humeana entre lo artificial y natural. Lo que Hume atribuye a la justicia cabe aplicarlo, *mutatis mutandis*, al derecho positivizado. De una parte, el derecho nace como producto de la cultura humana y es inventado, no hay especie más inventiva que la humana. Por otra parte, no hay nada más natural que el derecho porque la sociedad perecería si no arbitrara unas reglas de justicia. Y en esta dicotomía se resuelve el conflicto, en unas ocasiones aparente, en otras real, entre la razón teórica y la razón práctica. Así hasta el mismo Kelsen «... reconoce que el derecho no es un sistema racional, un sistema lógico. Y ese reconocimiento no implica el irracionalismo de la teoría»¹⁸.

La legitimización o justificación teórica del sistema sociocultural ocupa un tercer momento en el sistema; el primer momento es el de la vida, el segundo la creación de normas y por último asistiríamos a la reflexión intelectual. Sirva como comparación las relaciones entre el lenguaje y el metalenguaje. No existe el lenguaje sin el idioma concreto en el que se expresa. A su vez, cuando estudiamos el lenguaje podemos prescindir de los idiomas concretos y observar las estructuras que lo hacen posible y que aparecen en todos ellos¹⁹.

El derecho basado en la costumbre, según Savigny como fuente primaria del derecho, surge inmediatamente en la sociedad y es la expresión genuina del sentimiento jurídico popular contra el derecho impuesto por la voluntad del grupo dominante²⁰.

Bobbio detalla con acierto la diferencia entre una concepción racional de derecho y el razonamiento jurídico como método propio de la Teoría del Derecho. La primera constituyó el paradigma propio de la Ilustración, propugnado por filósofos tales como Hobbes, Grocio, Puffendorf, Locke, Kant, Wolf etc. Uno, si bien no el único, de los filósofos coetáneo de los anteriores que rompe con el mito de la ciencia del legislador, o que al menos la concibe de modo distinto fue David Hume. Como señala Bobbio, en un texto, que aunque extenso reseño por su especial significación: «Pero si se quiere retroceder a la crítica filosófica decisiva y en muchos aspectos –aunque no inmediatamente incisiva– de la ética racionalista, de la que se había nutrido el pensamiento iusnaturalista, la ruptura se produjo con Hume. Baste citar un solo fragmento pero elocuente por sí solo; “Algunos filósofos se han empeñado laboriosamente en difundir la opinión de que la moral haya sido capaz de progresar un solo paso en estas demostraciones, sin embargo dan por descontado que esta ciencia puede ser llevada a una certeza igual a la de la geometría y el

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ ELÓSEGUI, M., «Pensamiento y lenguaje en Thomas Reid», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, XX, 1993, pp. 85-94.

²⁰ BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, p. 47.

álgebra". La referencia a la tradición del iusnaturalismo moderno es evidente e impertinente»²¹.

En el derecho cabe distinguir su objeto como algo cambiante, vivido, es decir su objeto son fenómenos sociales, no siempre lógicos, porque las cuestiones de hecho admiten su contrario, cosa que no ocurre en las matemáticas que funcionan según el principio de no contradicción. Pero la racionalización de esos hechos requiere utilizar el método científico que tiene un rigor, siendo formal y abstracto. El derecho positivo forma parte de las ciencias llamadas por Dilthey, ciencias de la cultura o ciencias sociales, o del espíritu.

Hume presagia esa síntesis, y ese dualismo que se proponen en estas líneas como método adecuado para la Filosofía y Teoría del Derecho. Si la primera parece atender más a los aspectos formales del derecho y la segunda a la realidad empírica, a los hechos, ambos elementos deben ser integrados. En este debate entre formalismo-antiformalismo, entre razón teórica y razón práctica, cabe definir al derecho como una ciencia teórico-práctica. Los conceptos abstractos que formula la Filosofía del derecho deben atender a los datos proporcionados por los ordenamientos jurídicos concretos. Ello no despoja a la Filosofía del Derecho de su carácter científico, como ciencia de lo razonable. Tampoco es una ciencia empírica, como la Sociología, que se limite a recoger una serie de datos, en este caso las legislaciones vigentes en cada momento histórico. Tiene un grado de abstracción y generalización que se eleva por encima de lo concreto, del mero dato positivo.

En esta línea de interpretación se mueven muchos autores contemporáneos, como se refleja en la definición de Ciencia Jurídica elaborada por François Ost²². Su concepción de una teoría lúdica del derecho resulta adecuada para dar razón de la pluralidad e interdisciplinariedad del objeto de la Filosofía del Derecho²³. En esta misma línea compartimos las características que Juan Antonio García Amado atribuye a la Filosofía del Derecho, especialmente la idea de que «La orientación "pragmática" de la filosofía del Derecho alude a que no se ha de perder de vista que el Derecho es fundamentalmente una actividad decisoria, ya sea a escala del legislador, del juez, de su obediencia o creación por los particulares, etc., y que tiene su razón de ser en su función social»²⁴.

Tanto Ost como García Amado insisten, por una parte, en que la Filosofía del Derecho no debe alejarse de los datos de la realidad, y

²¹ BOBBIO, N., «La razón en el derecho», *Doxa*, 2, 1985, p. 25. CALVO, M., «La voluntad del legislador, Genealogía de una ficción hermenéutica», *Doxa*, 3, 1986, pp. 113-127.

²² Confróntese OST, F., la voz *Science du Droit* en ARNAUD, A. J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Bruxelles, L. G. D. J. Story-Scientia, 1988. Hay una segunda edición aumentada de 1993.

²³ OST, F., «Pour une théorie ludique du droit», *Droit et Société*, 20, núm. 2, 1992, pp. 89-98.

²⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1990), p. 269.

por otra en el papel decisorio de la interpretación judicial, es decir de la praxis jurídica.

Como conclusión, es defendible afirmar, siguiendo a Perelman que la lógica jurídica es una lógica de la controversia²⁵. Eso explica que en la actualidad haya que prestar una atención especial a los métodos de interpretación judicial.

El Derecho debe aunar los aspectos formales e informales por una parte y por otra la conceptualización con la atención a los hechos sociales, todo ello partiendo de su definición como un sistema normativo, en el que la validez y el principio de legalidad son punto de partida.

Entre los intentos más recientes de definición del derecho, parece inevitable el recurso a la concepción hartiana, que aúna las normas primarias y secundarias²⁶. Entre ellas resulta forzado hacer referencia a las reglas de reconocimiento y adjudicación. Según esto una norma es jurídica cuando pertenece a un ordenamiento jurídico. Pertenencia que se constata por una regla de reconocimiento que los mismos jueces consideran vinculante.

Si Hart es en cierto modo heredero de Austin, sin embargo, se aleja en buena medida de ese tipo de positivismo y reconoce su deuda con otros autores como por ejemplo Hume. La consideración de la ciencia jurídica desde el ámbito anglosajón ha servido de cauce para una cierta reunificación de los aspectos formales del derecho, cultivados en la tradición alemana, y los aspectos sociológicos, más propios de la tradición francesa y norteamericana.

Piénsese en los continuos flujos y reflujos, desde los formalismos jurídicos neokantianos, con Stammler, Radbruch o Kelsen, hasta la réplica por sus compatriotas de la «Escuela del Derecho libre» o la «jurisprudencia de intereses» o desde el sociologismo jurídico francés con Duguit, Geny y Hauriou, o el sociologismo americano de Roscoe Pound.

²⁵ PERELMAN, C., En *L'éducation juridique. I. La réforme de l'enseignement du droit*, Perugia, Università degli Studi di Perugia, pp. 3-14. La lógica jurídica como lógica de la controversia y la importancia de la argumentación, en p. 23: «L'argumentation étant essentiellement adaptation à l'auditoire, une connaissance de celui-ci s'avère indispensable. Dans la mesure où le juge recherche une solution acceptable pour les plaideurs, ses supérieurs, et l'opinion publique éclairée, il doit connaître les valeurs dominantes dans la société, ses traditions, son histoire, la méthodologie juridique, les théories qui y sont reconnues, les conséquences sociales et économiques de telle ou telle prise de position; les mérites respectifs de la sécurité juridique et de l'équité dans une distinction donnée. L'extrême sensibilité aux valeurs, telles qu'elles sont vivantes dans une société donnée, conditionne le bon fonctionnement de la justice, du moins d'une justice qui vise au consensus, condition de la paix judiciaire».

²⁶ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*. México. Editora Nacional, 1980. pp. 101, 117-120. BOBBIO, N., «Sur le positivisme juridique» en *Mélanges Roubier*, I, Paris, 1961, pp. 53-73. BOBBIO, N., «Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires», en PERELMAN, C. (ed.), *La règle du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1971, pp. 104-122. WINTGENS, L. J., «Law and Morality. A Critical Relation», *Ratio Juris*, 4, núm. 2, 1991, pp. 13-18.

En la jurisprudencia analítica de Hart, se añade así un elemento original y propio de la tradición anglosajona, como es el papel de la judicatura. El juez resulta en este contexto un elemento de equilibrio o de unificación entre la mera legalidad, la formalidad de la norma contemplada en el ordenamiento, la realidad social y el recurso a los valores²⁷. En este sentido, nos referiríamos a la jurisprudencia, esta vez como lo que hacen y dicen los jueces, la *juris-dictio*, como definición del derecho²⁸.

4. LA FUNCIÓN DEL JUEZ. LAS TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

4.1 El razonamiento moral y jurídico

Hume considera la ciencia jurídica como una ciencia que no es estrictamente formal. Ello implica que el método adecuado para establecer soluciones ante los casos concretos no es el pensar sistemático, sino un pensar problemático, y con mayor razón para solucionar conflictos en los casos difíciles y controvertidos. Comencemos por detenernos en este punto.

Muchos de los iusfilósofos contemporáneos han destacado el ataque de Hume al formalismo jurídico²⁹. Justo en el momento histórico en el que en el derecho continental europeo se iba a producir la codificación y el auge del racionalismo jurídico y que en Gran Bretaña se asistía a la consolidación del iusnaturalismo racionalista de Locke, Hume rompe con ambos paradigmas; ataca tanto el derecho natural racionalista, como la idea de una ciencia del legislador omnisciente³⁰. Admite, como sus contemporáneos ilustrados,

²⁷ Un buen exponente de estas discusiones se encuentra en los artículos de la revista *Ratio Iuris*, dirigida por Enrico Pattaro.

²⁸ OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., «Jurisdiction et définition de droit», *Droits*, 10, 1989, pp. 53-57.

²⁹ Una referencia positiva a favor de Hume aparece en las obras citadas de autores como Fuller, Hart (o.c. p.239), Rawls (o.c. *an impartial sympathetic spectator*, pp. 184-187), Bobbio (*infra*), Perelman (*infra*), Hayek (*infra*). POSNER, R., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1990, p. 95. En nota a pie de página, hace referencia explícita al primer texto que he destacado de Hume. Michael Hartney, traductor al inglés de la obra de Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, relata que Kelsen comentó a Hart que Hume fue uno de los más grandes filósofos de todos los tiempos. El profesor Hart confirmó esa anécdota en OTT, W., «Berich von einem Besuch bei Prof. H. L. A. Hart in Oxford», *Rechtstheorie*, 18, 1987, p. 539, en KELSEN, H., *General Theory of Norms*, New York, Oxford University Press, 1991.

³⁰ Cfr, BOBBIO, N., «La razón en el derecho», *Doxa*, 2, 1985, pp. 17-26. En p. 25 señala que Hume fue el autor que rompe definitivamente con la ética racionalista presente en el iusnaturalismo. CALVO, M., «La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica», *Doxa*, 3, 1986, pp. 113-127. CALSAMIGLIA, A., «Sobre la

que el modo de evitar la arbitrariedad es lograr un gobierno de leyes y no de hombres, es decir la *rule of law* o regla del derecho. Eso lleva consigo el sometimiento del poder judicial al poder legislativo, por ello en repetidas ocasiones alaba sin empachos la obra de Montesquieu, el *Espíritu de las leyes*. Sin embargo, no admitirá, como este autor, que el poder judicial sea nulo. La razón estriba en que el acto de juzgar, el juicio es un paso intermedio entre la razón teórica y la razón práctica y por tanto no es una operación matemática, ni mecánica.

El resultado de las decisiones de los jueces se convertirá en fuente de derecho y por tanto formará parte de la ciencia jurídica, pero no ya de una ciencia formalista, tal y como la entenderá la Escuela de la Exégesis, porque la ley no ha previsto todos los casos. Ni siquiera el resultado logrado a través de la práctica judicial, de la jurisprudencia, es algo previsto racionalmente y *a priori* por los mismos jueces, actuando como legisladores racionales. De ahí que la idea de la ciencia del legislador racional fuera totalmente desechada por Hume, no solo aplicada al poder legislativo sino, con mayor razón, negando que la operación de aplicación de la ley sea un mero silogismo racional. El método de interpretación judicial se convierte en un proceso complejo en el que se alcanzan resultados no previstos en su totalidad ni por los propios jueces³¹. Hume comparte aquí una tesis propia de otros filósofos coetáneos escoceses como Ferguson, Smith y Millar. Todos ellos

teoría general de las normas», *Doxa*, 2, 1985, p. 103. Defiende que los conocimientos precientíficos no son necesariamente irracionales, ya que incluso el último Kelsen termina por reconocer que el derecho no es un sistema racional y lógico, sin necesidad de que esa afirmación implique el reconocimiento de la teoría. La lógica formal no agota la racionalidad jurídica, piensa Calsamiglia. En esta línea considero sugerente la interpretación que de Kelsen realiza GIL CREMADES, J. J., «La motivación de las decisiones jurídicas», en *Estudios en honor del Dr. Luis Recasens Siches*, México, UNAM, 1980, pp. 415-434, que contra las interpretaciones estándares permitiría hallar interesantes relaciones entre Kelsen y Hume. La interpretación de la norma no desemboca en una única decisión, sino varias posibles y la posibilidad de recurrir en la aplicación del derecho a normas metajurídicas como moral, justicia, juicios de valor. Admitiría así Kelsen un acto de creación de derecho, dentro del marco de la ley. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Law Series, Clarendon Press, 1978. MACCORMICK, N., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford Clarendon Press, 1982. Traducción de Lola González Soler. *Derecho legal y socialdemocracia*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990. Muchos de los planteamientos conectan con las tesis humeanas. Expone la necesidad de que el juez elija entre posibles reglas, el recurso a los principios generales del derecho, al sentido común etc. Cfr. los comentarios a MacCormick en HAAKONSSSEN, K., «The Philosophy of Law in Hayek's New Constitutionalism», *Rechtstheorie*, 19, 1988, pp. 289-303.

³¹ La justicia es una consecuencia no intencionada, efecto del conjunto de acciones humanas individuales. HAAKONSSSEN, K., *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 37. Véase la crítica que merece el modo humeano de entender la responsabilidad en las decisiones personales en ELÓSEGUI, M., «Ley y libertad en los ensayos y en el tratado de David Hume», *Quaderns de Filosofia i Ciència*, 20, 1992.

rechazan el mito del sabio legislador al tener en cuenta los factores históricos, sociales y la evolución de la sociedad.

Así Hume no admite una interpretación literal del texto o el originalismo, sino más bien una interpretación hermenéutica. Su propuesta será que las instituciones, incluida el gobierno y la justicia, nacen como fruto de la experiencia y de la actividad humana. Por eso es para Hume la justicia una virtud artificial con intervención de la racionalidad humana. Aunque eso no impide que a su vez sea fruto de una tendencia natural, con consecuencias en ocasiones no intencionadas³².

4.2 La lógica jurídica de lo razonable

La ciencia jurisprudencial no forma parte de las ciencias exactas y como consecuencia, la lógica jurídica no puede utilizar el razonamiento propio de las ciencias matemáticas, que es el método deductivo. El paso de la ley general al caso concreto requiere otro tipo de lógica, que no está imbuida de exactitud, pero tampoco de arbitrariedad. El atributo que le corresponde es el de certeza.

Hume establece que el juez debe ser un juicioso espectador, *judicious spectator*. Pero ¿cómo debe emitir su juicio a la hora de juzgar la conducta ajena? Nos hallamos ante un problema ético. La función de juzgar sobre actos ajenos es una función bipartita. Primero se sitúa en el campo cognoscitivo; conocimiento del hecho, recabar datos y posteriormente en el terreno valorativo, ya que el juez emite un juicio de si tales actos son o no conformes a derecho.

Volviendo al punto de partida, esta afirmación de Hume encuentra eco en numerosos iusfilósofos; «Sin duda se puede afirmar con seguridad, de modo general, que la jurisprudencia es diferente, en este aspecto, de todas las ciencias; y que en muchos de sus más delicados asuntos no se puede decir con propiedad que la verdad o falsedad estén en uno o en otro lado»³³.

Sin duda, un claro ejemplo lo encontramos en las obras de Perelman, quien distingue entre «juicios de realidad» y «juicios de valor». Los «juicios de realidad» expresan un conocimiento objetivo, empírico y racionalmente fundado. Los juicios de valor son considerados a veces como irracionales, subjetivos y dependientes de preconociones, intereses y disposiciones arbitrarias de los individuos y grupos. Sin embargo,

³² Cfr. HAYEK, K., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, 2.ª edición, 1985, p. 285 y pp. 131-132. También, HAAKONSEN, K., *Op.cit.*, p. 24.

³³ HUME, D., *Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals*, Oxford University Press, 1988 (3rd ed.). Se citan por el número del párrafo. Los textos en español corresponden a HUME, D., *De la moral y otros ensayos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982. Contiene *Una investigación sobre los principios de la moral, los apéndices, un diálogo y un resumen del tratado de la naturaleza humana*. Hay otra traducción posterior realizada por Gerardo López Sastre, Madrid, Espasa Calpe, 1992. Aquí párrafo 259.

Perelman no está de acuerdo en que todo lo que concierne a los valores sea arbitrario y afirma que «los juicios de realidad» tampoco están exentos de valoraciones. Es decir, esa dicotomía es artificial³⁴. Existe una lógica de los juicios de valor que evita que estos dependan del arbitrio de cada uno, de la emoción, intereses o de la fuerza o poder. Esta lógica es «la lógica de lo razonable». La noción de razonabilidad se aplica a los juicios sobre valores que pertenecen al «razonamiento práctico»³⁵. El razonamiento jurídico precisa de una teoría general de la argumentación y a su vez, ésta se fundamenta en una nueva retórica que une los juicios de realidad con los juicios de valor. En definitiva, la propuesta de Perelman, coincidente con la de Hume, se configura como una crítica a la escisión entre razón teórica y razón práctica, y llevaría a establecer el razonamiento judicial como un puente entre ambas. También se da una estrecha coincidencia entre la siguiente afirmación de Perelman y el ya señalado texto humeano; «Precisamente porque es casi siempre controvertido, el razonamiento jurídico, frente al razonamiento deductivo puramente formal, solo muy raramente puede ser considerado como correcto e incorrecto de una manera que sea por decirlo así impersonal»³⁶. La conclusión en ambos autores es que el compromiso personal del juez es inevitable. Paralelamente, surge la preocupación por evitar la arbitrariedad que supondría que el juez decida según criterios personales. Por eso Perelman plantea la siguiente cuestión; «la obligación de llenar las lagunas de la ley concede al juez por sí sola el derecho de elaborar normas, si bien no es, como en el *common law*, necesariamente creador de reglas de derecho, pero sus decisiones no constituyen precedentes que otros jueces estén obligados a seguir. No obstante, elabora reglas de decisión que le solucionen el problema concreto que se le ha sometido. ¿Cómo evitar que el juez ejerza este poder de una manera arbitraria y cómo es posible encontrar garantías de imparcialidad?»³⁷. ¿Cómo buscar una decisión judicial justa, razonable y conforme a derecho, aceptable y equitativa?³⁸. Para Hume las cuestiones sobre hechos se basan en la lógica de lo razonable y no en la lógica formal. A pesar de ello los juicios sobre las conductas morales, ni siquiera pertenecen al ámbito de las cuestiones de hecho, sino que son experienciales. La lógica de lo razonable es una lógica de los razonamientos probables, más propiamente argumenta-

³⁴ Cfr. PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Cívitas, 1979, pp. 19 y 150.

³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 151 y p. 135. En apoyo de la no identidad en el derecho entre razón teórica y razón práctica véase GIL CREMADES, J. J., «Razón práctica y razón teórica. Crítica de la ideología jurídica burguesa», *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, 17, 1977, pp. 1-24. Y ver la discusión, p. 34. Sobre la lógica de lo razonable, cfr., RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1975, p. 7.

³⁶ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 16.

³⁷ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 66.

³⁸ Cfr., *Idem*, p. 129.

bles, lo que significa que no proporcionan una garantía absoluta de certeza³⁹. Tampoco eso autoriza a identificar la razonabilidad con una demagogia o retórica desprovista de contenido.

5. EL *GENERAL POINT OF VIEW*, LA *PUBLIC OPINION*, EL *COMMON SENSE* Y LA TÓPICA

De las diferentes obras de Hume se infiere que para este autor, las decisiones judiciales parten de la aplicación de la ley, pero a ella suman como elementos de juicio que influyen en la decisión la experiencia de la tradición, los precedentes judiciales, las costumbres y el punto de vista general que se refleja en la opinión pública. Hume enumera todos estos elementos en varias ocasiones; «utilidad pública... del sentimiento privado de humanidad y de aversión a la injuria privada, de las leyes positivas, de los precedentes, de las analogías, y de muy finas conexiones y giros de la imaginación»⁴⁰.

El juez debe corregir sus sentimientos jurídicos adaptándolos al punto de vista generalizado⁴¹. En cierto modo, si aplicamos criterios actuales cabría entender esta referencia al punto de vista general como la moral dominante, o el sentir popular o lo que hoy denominamos regla de la mayoría. Pero lo que Hume entiende por punto de vista generalizado se identifica más bien con la *public opinion*, con la opinión pública⁴². Los iusfilósofos escoceses inauguraron un modo especial de entender este concepto que no es tampoco equiparable al uso actual, en el que se identifica con los medios de comunicación de masas. La opinión pública, tal y como la entiende Hume, es más bien parangonable con el sentir popular, con la costumbre, con los valores que imperan en una sociedad dada. No depende tanto de que estos valores sean apoyados por un número elevado de personas, sino que estén fundamentados en el sentido común, el *Common Sense*. Este concepto designa, en la línea de la

³⁹ Para la discusión del fundamento epistemológico de las creencias razonables e irracionales en Hume cfr., ELÓSEGUI, M., «El descubrimiento de la identidad en Hume», *Anuario Filosófico*, Marzo I, 1993.

⁴⁰ HUME, D., *Enquiry concerning the principles of morals*, párrafo 260, nota a pie de página.

⁴¹ Hume habla del auditorio y del punto de vista general en *Enquiry concerning the principles of morals*, párrafos 222, 223, 239, y 137-4.

⁴² HUME, D., *De la moral y otros ensayos*, párrafo 257. HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1981, pp. 43-44. Cita el caso inglés, extensivo a Escocia en p. 102; «en, 1792...el público políticamente racionante es indirectamente reconocido en su función crítica pública por un discurso de Fox ante la Cámara de los comunes. Por primera vez, se habla de *public opinion* en el estricto sentido de esta alocución: *It is certainly right and prudent to consult the public opinion...but I ought to give the public the means of forming an opinion*».

Escuela escocesa del Sentido Común, un principio de discernimiento moral innato en el hombre⁴³.

El *Common Sense* no equivale, por tanto, a lo que hoy entendemos por la regla de la mayoría, que puede ser injusta con las minorías, ni tampoco se reduce a la opinión como lo cambiante o meramente cultural, sino que obedece a principios de naturaleza humana⁴⁴. La opinión pública no es arbitraria, sino una generalizada opinión sobre lo justo. No equivale a la suma de los intereses particulares, sino que contempla la búsqueda de lo equitativo para todos en su conjunto y en la individualidad. Con mayor razón en las decisiones judiciales que se hacen públicas y pasan a ser modelos generales.

Como observa acertadamente Gadamer «La sana razón del *common sense* aparece sobre todo en los juicios sobre lo justo e injusto, correcto e incorrecto. El que posee un sano juicio no está simplemente capacitado para juzgar lo particular según puntos de vista generales, sino que sabe también qué es lo que realmente importa, esto es, enfoca las cosas desde los puntos de vista correctos, justos y sanos»⁴⁵. El poder judicial ocupa en Hume un lugar destacado porque es el intermediario entre el gobierno y el sentir popular. La razón estriba en la importancia que Hume otorga a la opinión como fundamento del poder político. Si las leyes o *rule of law* deben recoger las decisiones de la comunidad, también los legisladores ejecutores de las mismas y quienes las aplican a través del poder judicial deben seguir respetando la opinión común.

Del rechazo de la identificación del silogismo judicial con un proceso deductivo de subsunción se sigue que la capacidad de juzgar requiere el ejercicio del sentido común, que posee cualquier hombre y también el juez como miembro de una comunidad que debe tener en cuenta lo que hoy llamamos «realidad social».

⁴³ Según la tradición del *moral sense* escocés. Cfr. RAPHAEL, D., *British Moralists (1650-1800)*, Oxford, 1969, Herbert Cherbury (1581-1648), Shaftesbury, Hutcheson.

⁴⁴ HUME, D., *De la moral y otros ensayos*, párrafo 257: «Más si por convención significamos un sentido común del interés cuyo sentido siente emotivamente cada hombre en su propio corazón, que lo nota en sus semejantes, y que le lleva, en concurrencia con los demás, a un plan o sistema general de acciones que tiende a la utilidad pública, es preciso reconocer que en este sentido la justicia brota de las convenciones humanas. Porque si se admite (como es, ciertamente evidente), que la consecuencia de un acto de justicia particular puede ser tan nociva para lo público como para los individuos, síguese que cada hombre, al abrazar esa virtud, tiene que tener puesto un ojo en el plan o sistema total y esperar que coincidan sus semejantes en la misma conducta o comportamiento... Si todas sus previsiones terminasen en las consecuencias de cada acto propio suyo, tanto su benevolencia y su humanidad, como su amor propio, podrían prescribirle a menudo normas de conducta muy diferentes de aquellas que están de acuerdo con las reglas estrictas de derecho y de justicia».

⁴⁵ GADAMER, H. G., *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 63 e *idem*: «Es este el sentido humanístico del término sentido común que mantiene la filosofía escocesa, a pesar de que dieran al término un giro polémico contra la metafísica».

Así los valores presentes en la opinión pública, fundados en el sentido común se convierten en una fuente de derecho no escrito que el juez debe respetar, de manera que debe censurar los actos que vayan contra ella, como antijurídicos⁴⁶. Hume hace referencia explícita a la necesidad de utilizar las sutilezas de los tópicos y razonamientos jurídicos (Cfr, E.161). La justicia en cuanto virtud artificial requiere de reflexión y argumentación para imponer sus reglas.

Hume establece la necesidad de apelar a los tópicos, que recogen el sentir común, o principios aceptados por todos los miembros de una comunidad política, y que son, como afirma Aristóteles en *la Retórica*, principios no escritos que se consideran reconocidos en todas partes⁴⁷. Una vez más el pensamiento de Perelman confluye con el de Hume al

⁴⁶ NEGRO PAVÓN, D., en HUME, D., *De la moral*. p. 274, nota 6. «La fuente de derecho es la costumbre, de acuerdo, asimismo, con la idea clave de que la ley debe ser expresión de la opinión pública. Lo justo es justo porque es Derecho, y no porque se fundamenta en una justicia ideal o en un ideal de lo justo. La justicia se refiere, pues, a un orden concreto de necesidades acorde con las circunstancias históricas. Bentham y Ihering son, entre otros, seguidores de la concepción del derecho y de la justicia de David Hume». *Idem*, p. 275: «Hume destruye el derecho natural racionalista, ciertamente, pero la vieja doctrina del Derecho natural como inspirador del positivo, renace bajo la forma de derechos *morales* humanos. Hume se opone así al constructivismo».

⁴⁷ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 104, la referencia a la retórica de Aristóteles. Cfr, ARISTÓTELES. *Retórica*. Introducción, traducción y notas por Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990, p. 626. Cfr., LÓPEZ-SASTRE, G., reseña en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993. Ley particular y la ley común, «sobre las que parece haber acuerdo unánime entre los pueblos» (p. 255, traducción), la cual se entiende como la ley que es conforme a naturaleza. También dice Aristóteles «...el plan de referencia de los discursos no se sitúa en las cosas...sino que pasa a ser las opiniones (*doxai*) o el sistema comunitario de creencias (*πίστεις*), que se instituyen así en el único criterio de la argumentación» (pp. 29-30, traducción). Aristóteles reconoce que las propias pasiones de los jueces condicionan sus decisiones.

Cfr., GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Cívitas y Universidad de Oviedo, 1988. Cfr., VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Tecnos, 1964, traducción Luis Diez Picazo. Cfr., DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983. Especialmente el capítulo XIV. Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1984, p. 58, junto a la lógica jurídica axiomática o sistemática nace una lógica problemática o aporética. Además define la tópica como «la *techné* del pensamiento del problema, de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia» (p. 77). De ahí que afirma el mismo autor «Ello asigna a los Jueces un papel central en el sistema, conviene destacarlo. Un Estado de derecho entendido como estado de justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración. A la vez una jurisprudencia de valores, única capaz de hacer pasarlos postulados de un Estado material de Derecho hasta la aplicación, exige un sistema judicial fuerte y preparado» (p. 109). Y por último «hay siempre un hallazgo en esa operación y ello hace del intérprete y del aplicador del Derecho un creador» (p. 134). Construcción jurídica que no parte de cero. Cfr., las referencias a las distintas teorías de la argumentación jurídica en GALINDO, F., «Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, (1990), pp. 147-167.

establecer que las construcciones jurídicas además de aplicar la ley deben ajustarse al interés público y la moral dominante⁴⁸. También Hayek mantiene que el juez al dirimir no puede contradecir repentinamente normas arraigadas, a no ser que actúe cambiando la opinión pública y posteriormente decida ya según esa nueva normativa mínimamente aceptada⁴⁹. Por otra parte, el planteamiento de Perelman recuerda enormemente al humeano en múltiples aspectos, tales como el afán de evitar la escisión entre razón teórica y razón práctica, el recurso a leyes no escritas como son los principios generales del derecho, a los tópicos jurídicos, lugares específicos del derecho, a las prenociones que serían valores de sentido común universalmente admitidos⁵⁰, y el empleo de la retórica, dialéctica y tópicos como técnicas de argumentación que posibilitan una discusión razonable con el fin de establecer acuerdos sobre valores y su aplicación cuando estos son objeto de controversia⁵¹. Se trata más de presunciones que de evidencias. De modo que hay que elegir los principios generales de manera que sean admitidos por el auditorio, derivándose de ahí también la importancia de motivar las decisiones judiciales⁵².

⁴⁸ Cfr., PERELMAN, C., *op.cit.* p. 111.

⁴⁹ HAYEK, V., *op. cit.*, pp. 170-171: «Aunque, al dirimir casos auténticamente dudosos, el juez puede perfeccionar la ley, no puede alterar normas firmemente arraigadas a no ser que sea de modo muy paulatino. Aunque llegue a percatarse de que quizá la norma establecida no sea la más adecuada o justa, aplicar una diferente a transacciones realizadas cuando aquella era aún considerada válida constituiría notoria injusticia. En tales situaciones conviene que la nueva norma sea debidamente conocida antes de que llegue a convertirse en obligatoria, lo que únicamente cabe conseguir promulgando normas orientadas a su aplicación de cara a futuros casos. Cuando se introduce una verdadera alteración en la ley, la nueva disposición solo podrá desempeñar la función que a todas las restantes corresponde (la de orientar las expectativas) si, antes de ser aplicada, alcanza entre las gentes adecuada divulgación».

⁵⁰ Cfr., PERELMAN, C., pp. 90, 118 y 148. ATIENZA, M., *op. cit.*, pp. 151-152: «Quien marca el límite de lo razonable es el auditorio (como se dijo al principio, la noción de auditorio es central en la nueva retórica) y, en el caso central de la argumentación jurídica, el juez». La crítica pertinente de Atienza a Perelman es la pregunta sobre ¿Quién decide qué es lo razonable? ¿El juez?, entonces ¿En base a qué criterio? ¿El de la comunidad, es decir un criterio consensualista? También es el juez el que decide o interpreta las exigencias de seguridad y equidad. Atienza aboga por construir una lógica formal de los conceptos vagos (cfr., p. 153). Cfr., *Doxa*, núm. 1 y 2 donde se analizan los problemas de la racionalidad práctica.

⁵¹ Cfr., PERELMAN, C., *Op.cit.*, p. 135,164 y 130: «La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan por el contrario en conciliarlos». PERELMAN, C., *Idem*, p. 155; «La solución que se le impone entonces al orador consiste en fundarse sobre tesis generalmente admitidas y sobre opiniones comunes, que son las que derivan del sentido común. Cada orador, en cada época, se hace una idea de lo que el sentido común admite y de los hechos, teorías y presunciones, valores y normas que se consideran admitidos, sobre todo en sus aplicaciones prácticas, liga con lo que es razonable creer y tiene indiscutibles lazos con la idea del sentido común».

⁵² Cfr., *Idem*, p. 202.

Los motivos a los que acude el juez para justificar la decisión no solo son operaciones mentales sino elementos extrajurídicos, que deben responder a una opinión común, en relación con los valores admitidos por la sociedad⁵³. De ahí también la importancia que adquiere el lenguaje en el que se expresan esas nociones que adquirirán rango jurídico y de la importancia de posibilitar la comunicación con un discurso comprensible⁵⁴.

Hume se aleja así del planteamiento dworkiniano, ante el rechazo de la tesis de la única solución correcta como resultado de la decisión judicial. Sin embargo, su sistema no debe ser parangonado tampoco al realismo jurídico, porque como hemos señalado, su apelación a la opinión pública carece del carácter sociológico, que los representantes de esta corriente atribuyen a la moral dominante. La razón está en que los valores imperantes están sometidos a un principio universal que radica en la naturaleza humana y que los universaliza.

6. UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO. DE MACCORMICK A ALEXEY.

Este planteamiento humeano subyace, en la actualidad, en la denominada *Institutional Theory of Law* (ITL)⁵⁵. Como afirman Neil

⁵³ Cfr., *Idem*, p. 220.

⁵⁴ La epistemología empirista que deriva las ideas de la experiencia no es suficiente porque el auditorio tiene ideas y opiniones previas, expresadas en una determinada lengua que lleva consigo sus correspondientes valores (universales). La lengua es un instrumento de comunicación. Cfr., las teorías sobre el lenguaje de la escuela escocesa del sentido común y el intento de Thomas Reid de fundar el sentido común en una naturaleza común de lenguaje y en unos primeros principios en ELÓSEGUI, M., «Pensamiento y lenguaje en Thomas Reid», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, XX, 1993, pp. 85-104. HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*. 2 volúmenes. Traducción Manuel Jiménez, Madrid, Ed. Taurus, 1987. PERELMAN, C., *op. cit.*, p. 156: «Los lugares comunes juegan en la argumentación un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal. Pueden servir de punto de partida porque se considera que son comunes a todas las mentes... Difieren en los axiomas porque la adhesión que se les concede no está fundada sobre su evidencia, sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlos y de aplicarlos de manera diferentes». WROBLEWSKY, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Revisión y nota introductoria de Juan Igartua. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid, Cuadernos Cívitas, 1985, p. 38: «Existen términos constitucionales que son abiertamente valorativos y, por tanto, por razones semióticas, exigen la determinación de su significado cuando se utilizan. Por ejemplo, los valores superiores del ordenamiento que se expresan en términos como «libertad», «igualdad», o justicia (art 1 de la CE), debido a razones lingüísticas, requieren interpretación en cualquier contexto en el que no haya significado, estrictamente definido, de estos términos fundamentales y fuerzas políticas distintas tienden a utilizarlos, a la hora de decidir asuntos concretos, de manera más o menos diferentes». También el reconocimiento de la existencia de una «pragmática del lenguaje legal, a saber, la dependencia del significado de los términos – y especialmente de los términos valorativos – del contexto de su uso interpretativo actual» (p. 77).

⁵⁵ MACCORMICK, N y WEINBERGER, O., *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin, Dunker & Humblot, 1985. Hay versión inglesa, *An Institu-*

MacCormick y Ota Weinberger, su fin es presentar un desarrollo socialmente realista del normativismo⁵⁶, porque la ciencia jurídica sin una consideración de la realidad social es impensable⁵⁷. Sus tesis se alimentan de la tradición anglosajona, presente en la definición de la ciencia jurídica que en este proyecto se expone. Su concepción, remontándose a Hume, continúa con Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Raz⁵⁸.

Ambos autores parten del presupuesto de que la razón práctica no es solo cognitiva y que por tanto no es posible construir un sistema de valores basados tan solo en la razón. *It is not only explicitly enacted norms of conduct and of competence which made up a legal order. The teleological background of the legal order also counts as does the general policy of legal rules, or the institutionalised postulates of justice and the doctrinal writings of jurists, in so far as they all belong to the «institutional moral» which law embodies*⁵⁹. Los elementos integrantes del ordenamiento jurídico se elaboran a partir de un proceso práctico y utilizando modos de razonamiento propios del derecho positivo. En la elaboración y aplicación del derecho se entrecruzan tanto procesos lógicos como el carácter no cognitivo de convicciones personales. El derecho es un sistema dinámico, en el que no todo puede decidirse en base a una deducción lógica que parta de los hechos del caso, de los contenidos sustantivos y de las reglas del derecho adjetivas o procesales.

MacCormick rechaza la pretensión kelseniana de aislar el proceso interno de un sistema normativo con respecto al proceso social. La Teoría Institucional del Derecho pone el acento en la función que desempeñan las normas socialmente existentes y los rasgos observables de la vida social. En consecuencia, el sistema normativo interactúa con las organizaciones sociales. Esta tesis se distancia de la consideración kelseniana de la norma suprema como un sistema cerrado.

El derecho se contempla como un hecho institucional, como algo real y relacionado con actos institucionales. Por supuesto hay que diferenciar las instituciones jurídicas de otro tipo de instituciones sociales. Así la existencia de un contrato sería en un sentido iusfilosófico, una cuestión de un acto institucional⁶⁰. Se ha de tener en cuenta la regla institucionalizada, las consecuencias de la regla y las reglas de derogación, que indican cuando esa regla deja de tener efec-

tional Theory of Law, Dordrecht, Kluwer. Para un estudio de la aplicación de la Teoría Institucional a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cfr. BENGOTXEA, J. R., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*. Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁵⁶ *Idem*, p. 6.

⁵⁷ *Idem*, p. 7.

⁵⁸ *Idem*, p. 94. RAZ, J., *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

⁵⁹ MACCORMICK, N y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, *Op.cit.*

⁶⁰ *Idem*, p. 51.

tos legales⁶¹. La institución jurídica debe de ser creada antes de ser aplicada al primer caso. Aunque se acepte básicamente las distinciones de Hart entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen obligaciones⁶², para MacCormick algunas reglas poseen ambas funciones y otras ninguna de las dos, porque las reglas pueden tener también un carácter funcional⁶³. Mientras que es cierto que todo poder legal es otorgado por una regla jurídica concreta, no es verdad que toda regla, que instituye una capacidad jurídica o la deroga, otorgue poderes legales, por ejemplo, existe la capacidad de otorgar testamento, pero también es posible no hacer uso de esa capacidad, dejándola a merced del Estado.

Por su parte, Atienza expone acertada y detenidamente algunas de las críticas que se han dirigido a las tesis del profesor MacCormick⁶⁴; su sistema apenas permite la creación judicial, se suscitan problemas de reconciliación entre la regla de la mayoría o la autoridad con la figura del espectador imparcial, etc.

Una evolución de las teorías de argumentación jurídica que ha tenido en el presente una influencia notable es la de Robert Alexy⁶⁵. La brevedad de este artículo no nos permite desarrollar su contenido, que por otra parte es absolutamente bien conocido en España⁶⁶. Simple-

⁶¹ *Idem*, p. 53; «Those legal concepts which are regulated by sets of institutive, consequential and terminative rules with the effect that instances of them are properly said to exist over a period of time». En general empiezan y terminan con un acto institucional.

⁶² HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, *Op.cit.*, p. 101.

⁶³ *Idem*, p. 66.

⁶⁴ ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 132 y ss.

⁶⁵ Son fundamentales las siguientes obras: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 1993. Edición con nueva traducción del español realizada por Carlos Bernal Pulido, editada también por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2007. ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*. First published 1985, Julian Rivers translation. Oxford, Oxford University Press. ALEXY, R. y DREIER, R., «Precedent in the Federal Republic of Germany», en MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. (eds.), *Interpreting Precedents: a comparative study*, Ashgate, Dartmouth Applied Legal Philosophy Series: Aldershot, 1997, pp. 17-64. ALEXY, R., «Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik», *World Constitutional Law Review*, 2001, 6, 9-26. ALEXY, R., «Die Abwägung in der Rechtsanwendung», *Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meeij Gakuin Universität*, 17, 2002, pp. 69-83. ALEXY, R., «Die Gewichtsformel», en JICKELI, J., KREUTZ, P. y REUTER, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003. ALEXY, R., «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 10, 2002, pp. 433-449. ALEXY, R., *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de C. Bernal Pulido. Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Inmuebles de España, 2004, pp. 25-64.

⁶⁶ Una monografía ilustrativa que desarrolla precisamente la trayectoria de Recasens poniéndola en comparación con la teoría de la argumentación jurídica es precisamente CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revaloración del logos de lo razonable*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, 368 pp. La publicación de este libro del profesor perua-

mente diría que se ha demostrado una vez más como la filosofía del derecho es útil para los jueces en su quehacer diario, especialmente para los altos tribunales, pero en definitiva para todas las instancias en las que el juez debe motivar sus sentencias⁶⁷.

7. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia o filosofía del derecho no es una ciencia formal, por eso la interpretación de la ley y su aplicación al caso particular corresponde a la razón práctica, y requiere del arte de la argumentación. En los casos difíciles hay varias soluciones posibles en el razonamiento jurídico. El juez debe elegir sus argumentos teniendo en cuenta el sentido común que se refleja en la opinión pública. A su vez debe combinar la atención al interés del particular con la utilidad pública. Pero todo ello respetando unos principios de justicia que no son absolutamente artificiales. Si en su teoría del razonamiento judicial Hume se acerca al planteamiento de Hart, en su creencia en unos principios comunes de la naturaleza humana recuerda a las tesis dworkinianas. Pero la función asignada al juez coincide plenamente con los presupuestos de la tópica y de la nueva retórica. Las teorías actuales de argumentación jurídica como la de MacCormick o la de Alexy han demostrado la importancia de la enseñanza de estas materias en las facultades de derecho.

no José Chávez-Fernández Postigo es una versión de la tesis leída en la Universidad de Zaragoza (España) por la que obtuvo el título de Doctor en Derecho con calificación sobresaliente cum laude y el Premio Extraordinario de Doctorado, y que tuve el placer de dirigir. Del mismo autor y en la misma línea, «Ponderación y equidad: Alexy, Recaséns y la búsqueda de lo razonable en la argumentación jurídica (Balancing and Equity: Alexy, Recaséns and the Pursuit of Reasonableness in Legal Argumentation)», *Revista Derecho del Estado*, N.º 43, Mayo-Agosto, 2019.

⁶⁷ Cuestión que he tratado de poner en evidencia en algunos de mis artículos: ELÓSEGUI, M., «La utilidad de la fórmula del peso de Robert Alexy y su aplicación a la Decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre la integración de profesoras funcionarias musulmanas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Vol. 54, (2020), pp. 205-236. También en ELÓSEGUI, M., «El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH Eweida y otros c. Reino Unido/ Das Verhältnismässigen anpassungen in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall Eweida und Andere gegen das Vereinigte Königreich», en ELÓSEGUI ICHASO, M., (Coordinadora), *Los principios y la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*. Zaragoza, Marcial Pons, Fundación Giménez Abad y Alexander von Humboldt Stiftung, 2016.

Una Filosofía del Derecho para el presente y para el futuro

A Philosophy of Law for the present and for the future

Por JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar las temáticas sobre las que se viene enseñando e investigando en el marco de la Filosofía del Derecho, con el fin de anticipar la hoja de ruta sobre la que se van a desempeñar aquellos que se dedican a las diversas temáticas que se enmarcan en nuestra disciplina. Se observará que la Filosofía del Derecho ha sido capaz de adaptarse al correr cambiante de los tiempos, ofreciendo reflexiones y aparato crítico sólido y riguroso con el que afrontar nuevos problemas en escenarios convulsos. El reto será trasladar a las aulas ese bagaje intelectual y reubicarse en los planes de estudio.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Justicia, Derechos humanos, Clínica jurídica.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the topics that are being taught and researched within the framework of the Philosophy of Law, in order to anticipate the roadmap that will serve those who are dedicated to the different topics that fall within our discipline. It will be observed that the Philosophy of

Law has been able to adapt to the changing passage of time, offering reflections and a solid and rigorous critical apparatus with which to face new problems in convulsive scenarios. The challenge will be to transfer this intellectual baggage to the classroom and relocate it in the study plans.

Keywords: Philosophy of Law, Theory of Law, Justice, Human Rights, Legal Clinic.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. DE QUÉ SE OCUPA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO. 2.1 *Precedentes inmediatos y contexto actual.* 2.2 *Estado de derecho y democracia.* 2.3 *Inteligencia artificial (IA).* 2.4 *Diligencia debida en materia de derechos humanos y empresas.* 2.5 *Igualdad y violencia contra las mujeres por razón de género.* – 3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL MARCO UNIVERSITARIO. – 4. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. WHAT DOES THE PHILOSOPHY OF LAW DEAL WITH IN THE PRESENT AND IN THE FUTURE. 2.1 *Immediate precedents and current context.* 2.2 *Rule of law and democracy.* 2.3 *Artificial intelligence (ai).* 2.4 *Due diligence in matters of human rights and business.* 2.5 *Equality and violence against women based on gender.* – 3. THE PHILOSOPHY OF LAW IN THE UNIVERSITY FRAMEWORK. – 4. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

Si hay algo que define a la Filosofía del Derecho es su papel crítico. Nuestra disciplina ha hecho de la crítica su eje fundamental. Por tanto es determinante saber qué se va a someter a crítica y es definitivo hacerse las preguntas adecuadas. A lo largo del tiempo la Filosofía del Derecho ha venido demostrando que se planteaba, precisamente, cuestiones nucleares a las que dirigir su atención e investigación, para posteriormente incorporarlas a la actividad docente formando a futuros juristas. Condición que nuestra disciplina sigue cumpliendo en el presente y, a tenor de los ámbitos de preocupación de quienes se dedican a ella, con seguridad seguirá desempeñando para el futuro¹.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación *La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno* (PID2020-17611 GB-I00).

Aunque no se trata propiamente de una visión retrospectiva, si vemos necesario aludir, a modo de ejemplo, a algunos trabajos que se han dedicado a reflexionar precisamente sobre el papel, los contenidos y modos de presentarse la Filosofía del Derecho. Véase, DE LUCAS MARTIN, J., «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho»,

Cuestión diferente, pero no menos importante, es si ese bagaje de legitimidad intelectual y académico se vuelve a ver reconocido en las sucesivas modificaciones que se van produciendo en los planes de estudio de las universidades. La implantación del Grado en Derecho y la reducción de los estudios de Derecho a cuatro años, provocó que las asignaturas propias del área de Filosofía del Derecho, esto es, Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho corrieran suertes dispares. En términos generales Teoría del Derecho, dado su carácter introductorio al Grado, se ha mantenido con una adscripción de créditos muy diversa, sin embargo y, curiosamente, la asignatura de Filosofía del Derecho o se ha visto muy reducida en su peso o ha desaparecido, o, en el mejor de los casos, ha pasado a ser una asignatura optativa. A pesar de esta situación, nuestra disciplina ha ido demostrando su transversalidad y sus posibilidades de interdisciplinariedad, más que muchas otras, bien por razones de contenido o bien por capacidad para aportar enfoques imprescindibles en investigaciones cuyo objeto era más de derecho positivo. La incorporación de filósofos del derecho a equipos multidisciplinares y el liderazgo de proyectos de investigación cuyo objeto es el estudio de la legislación o la jurisprudencia es cada vez mucho más frecuente. La reflexión aquí es clara, si no aportasen nada ni se los incluiría ni se los reconocería, en consecuencia ha de pensarse que la dimensión filosófica jurídica se hace necesaria para completar cualquier investigación que se pretenda de calidad.

El Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad², que determina la necesidad de adaptar los estudios vigentes de Grado a lo establecido en el mismo, puede ser una ventana de oportunidad para, en aras de un reajuste posible, encontrar un acomodo más próximo al reconocimiento que las materias filosófico jurídicas merecen y revertir una situación abiertamente inadecuada.

2. DE QUÉ SE OCUPA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PRESENTE Y EN EL FUTURO

2.1 Precedentes inmediatos y contexto actual

La eliminación o reducción de la Filosofía del Derecho de los estudios jurídicos, implica directamente prescindir de la reflexión sobre la

Doxa, 1984, 1, pp. 147-150; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N., «La función de la Filosofía del Derecho como disciplina académica», *AFD*, 1986, pp. 451-458; GARCÍA AMADO, A., «La Filosofía del Derecho en España hoy. Un balance pesimista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 523-538.

² Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad (BOE Núm. 233 miércoles 29 de septiembre de 2021).

Justicia, ya que la Teoría de la Justicia sería el contenido esencial de la asignatura de Filosofía del Derecho. Y, en caso de estar presente, se ubica en muchos casos en los primeros momentos de la formación del estudiante con lo que se desvirtúa su papel crítico.

La cuestión ahora es evidente, mucho hay que argumentar para que se pueda decir que las cuestiones de justicia se pueden quedar al margen de la formación de los futuros juristas. Si nunca debió ocurrir, por obvias razones, en los momentos actuales presididos por el cambio estructural, formar en justicia no parece algo que se pueda desechar apelando a un juicio, cuando menos infundado, de no tener valor para el futuro profesional de nuestros estudiantes. Sobre todo en la medida en que los derechos humanos encarnan un criterio de justicia universal que debe ser considerado en la propia práctica de los operadores jurídicos, como así lo manifestaba, por ejemplo, la Comisaria para los Derechos humanos del Consejo de Europa en la primera de sus conferencias en Copenhague, el 12 de abril de 2018³:

Las declaraciones pueden establecer hojas de ruta, pero no resuelven los problemas de derechos humanos por sí solos. Necesitamos un enfoque basado en principios de los derechos humanos: enfatizando que están basados en tratados y son universales; que se aplican independientemente de la cultura, la religión o los sistemas políticos; que pertenecen a todos sin excepciones. Para que esto suceda, los gobiernos, los parlamentos y la judicatura deben incorporar mejor las normas de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte en su trabajo. Si los estados miembros del Consejo de Europa no lo hacen, ¿quién lo hará? Como organización que promueve los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, tenemos una responsabilidad particular para garantizar que esto suceda.

En el texto se alude al Enfoque Basado en Derechos Humanos⁴ (en adelante EBDH) como metodología que si bien inicialmente y

³ High-level conference «Continued Reform of the European Human Rights Convention System– Better Balance, Improved Protection» Copenhagen, 12 April 2018 Address by Dunja Mijatović Council of Europe Commissioner for Human Rights. CommDH/Speech(2018)3.

⁴ Enfoque para la programación basado en los Derechos Humanos: «El enfoque basado en los derechos humanos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que se basa normativamente en estándares internacionales de derechos humanos y está operacionalmente dirigido a promover y proteger los derechos humanos. Su objetivo es analizar las desigualdades que se encuentran en el corazón de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y las distribuciones injustas de poder que impiden el progreso del desarrollo y que a menudo resultan en grupos de personas que se quedan atrás.

Bajo el enfoque basado en los derechos humanos, los planes, políticas y procesos de desarrollo están anclados en un sistema de derechos y obligaciones correspondientes establecidas por el derecho internacional, incluidos todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, y el derecho al desarrollo. El enfoque basado en los derechos humanos requiere principios de derechos humanos (universa-

desde 2003 iba dirigida a producir un giro en la forma de realizar la cooperación internacional al desarrollo, a día de hoy está llamada tanto desde Naciones Unidas como desde el Consejo de Europa y la Unión Europea a vertebrar todas las políticas públicas. El sentido de esta metodología es colocar los estándares internacionales de derechos humanos como principio, regla de actuación y fin último⁵, para el diagnóstico, propuesta y puesta en marcha de actuaciones que afecten a entidades, instituciones y ciudadanía, especialmente a aquellas personas que estén en situación de posible exclusión social. Adoptar esta óptica permite vislumbrar algunos de los ámbitos de interés para la Filosofía del Derecho ya no solo en el presente sino también para el futuro.

Al mismo tiempo, y tomando como referencia algunos de los Anuarios de Filosofía del Derecho (en adelante AFD) de los últimos años por incluir algunas de las ponencias de ediciones sucesivas de las Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (en adelante SEFJP), ya se podían otear las líneas por donde se atisbaba iban a discurrir las temáticas futuras. Así el AFD de 2012 en su apartado Monográfico en el que se recogían ponencias de las XXIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, tituladas: *Las claves de la Filosofía del Derecho del siglo XXI* (Universidad de Jaén, 7 y 8 de abril de 2011)⁶ se abordaban cuestiones como: la relación entre Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho para configurar una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo; transformaciones jurídicas y su impacto sobre la Teoría del Derecho; la Justicia en un mundo dominado por el «mal» con diversas caras; el principio de unidad del razonamiento práctico; Derecho e incertidumbre; el papel de la moral en la actividad de los juristas.

El AFD de 2014 en su espacio Monográfico titulado *Tiempos de crisis: nuevos escenarios del pensamiento jurídico*, recogía diversos

lidad, indivisibilidad, igualdad y no discriminación, participación, rendición de cuentas) para guiar la cooperación de las Naciones Unidas para el desarrollo y centrarse en el desarrollo de las capacidades de los “titulares de deberes” para cumplir con sus obligaciones y los “titulares de derechos” para reclamar sus derechos». Acceso: 11/10/2022. Disponible en: <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>.

⁵ SOLANES CORELLA, A., «La implementación de la agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos», *Derechos y libertades*, Número 43, Época II, junio 2020, pp. 19-53.

⁶ AFD 2012: Barranco Avilés, M.^a del Carmen (Universidad Carlos III de Madrid): Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo, p. 13; Calvo García, Manuel (Universidad de Zaragoza): Transformaciones jurídicas y teoría del derecho, p. 33; García Pascual, Cristina (Universitat de València): Justicia y mal absoluto, p. 55; Iturralde Sesma, Victoria (Universidad del País Vasco): Acotaciones sobre el principio de unidad del razonamiento práctico, p. 79; Martínez García, Jesús Ignacio (Universidad de Cantabria): Derecho e incertidumbre 97; Moreso Mateos, José Juan (Universitat Pompeu Fabra): La ciudadela de la moral en la Corte de los juristas 119.

trabajos cuya temática era⁷: la soberanía popular en el estado constitucional desde la perspectiva de la obra de Rousseau; efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva; el concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable para la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público; el conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales. El AFD 2016⁸ daba entrada a algunas de las ponencias de las xxv Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía jurídica y política que llevaron por título «Nuevo Derecho, nuevos derechos», celebradas en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), en Madrid durante los días 16 y 17 de abril de 2015, en las que se planteaban temáticas diversas: análisis de los principales cambios y transformaciones producidos, en las últimas décadas, en el significado del Derecho y de los derechos; las transformaciones que afectan al derecho; derechos humanos de las personas con discapacidad; eliminación de los sweatshops (talleres de explotación laboral); perspectiva «cooperativa», que concibe los derechos humanos como derechos especiales basados en exigencias mínimas de inclusión de todas las personas en un orden global con elementos de interdependencia, institucionalización y cooperación; análisis del concepto de frontera frente a la movilidad humana, evidenciando cómo el miedo y la violencia son dos claves básicas en la articulación de las barreras territoriales.

Finalmente y para terminar este somero repaso, el AFD de 2020⁹ en su Monográfico acoge algunas de las ponencias de las XXVII Jornadas

⁷ AFD 2014: Rodilla González, Miguel Ángel (Universidad de Salamanca): ¿Soberanía popular en el estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau p. 13; Rubio Castro, Ana (Universidad de Granada): Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española p. 37; Elósegui Itxaso, María (Universidad de Zaragoza): El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público, p. 69; Garriga Domínguez, Ana (Universidad de Vigo): El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales, p. 97.

⁸ AFD 2016: Pérez Luño, Antonio-E. (Universidad de Sevilla): Nuevo derecho, nuevos derechos, p. 15; Luiz Streck, Lenio (Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos): Las transformaciones del derecho: clasicismo y contemporaneidad, p. 37; Cuenca Gómez, Patricia (Universidad Carlos III de Madrid): Derechos humanos y discapacidad. De la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos, p. 53; De Miguel Beriain, Iñigo (UPV/EHU): Por la erradicación de un problema global. No más sweatshops, p. 85; Iglesias Vila, Marisa (Universitat Pompeu Fabra): ¿Los derechos humanos como derechos especiales? Algunas ventajas de una concepción cooperativa de los derechos humanos p. 119; Solanes Corella, Angeles (Universitat de València): Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras, p. 145.

⁹ AFD 2020: González Ordovás, María José, Sobre el peso de los derechos humanos en los momentos de ingravidez jurídica (Universidad de Zaragoza), p. 15; Losano, Mario G., Las nuevas derechas y la libertad de enseñanza: los recientes casos de Brasil y Alemania (Accademia delle Scienze, Torino, Italia)p. 43; Marcos del Cano, Ana María, El derecho a la educación como base de una igualdad efectiva y real (Universidad Nacional de Educación a Distancia), p. 65; Peña Freire, Antonio

de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, bajo la rúbrica *Debates en el modelo democrático y en el estado de derecho* (Universidad de Valladolid, 6 y 7 de mayo de 2019) que versarían: sobre el papel de lo jurídico, de los derechos humanos y del mercado en la creación del tejido social; la comprensión censurada de la libertad de enseñanza por parte de las nuevas derechas en Alemania y Brasil; el derecho a la educación como base de una igualdad efectiva y real; constitución del Estado de derecho formada por un conjunto de valores y principios sustancialmente morales y originariamente jurídicos, que están en relación con dimensiones constitutivas del derecho y no con exigencias contingentes planteadas al mismo desde una moralidad externa; defensa de un positivismo legalista como vía para garantizar el imperio de la ley y la libertad humana.

Los programas tanto de las XXVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Universidad de Sevilla, 29 y 30 de septiembre) como del VII Congreso de la Red Tiempo de los Derechos (Universidad de Valladolid, 6 y 7 de octubre) ponen sobre la mesa otros temas como la Inteligencia Artificial jurídica y Justicia digital; discriminación racial; Derechos Humanos y Populismos; Derecho a recibir información veraz; Migración, asilo y acceso a la Justicia; nuevos paradigmas de derechos humanos en un mundo de crisis global; Globalización, transconstitucionalismo y fronteras.

Los tiempos actuales no pueden por menos de ser también calificados de crisis. En un periodo pospandémico, o casi, cuyo impacto en lo social, económico, político y jurídico, está aún por dimensionarse adecuadamente, la ilegítima e ilegal invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa vino a sumarse desde el 24 de febrero de 2022 para configurar un horizonte en el que se remueven los engranajes que, ya con dificultades, dibujaban un escenario geopolítico de equilibrio frágil. Todo ello ha puesto de relieve que los riesgos que corre el Estado democrático y de derecho, se van profundizando como consecuencia de la aparición de populismos que ofrecen soluciones huecas para problemas profundos. Eso sí, alcanzando un rédito electoral más que notable, al tiempo que la condición de ciudadanía se ve difuminada en procesos electorales periódicos, con altos grados de abstención y bajo la idea de que existen déficits democráticos de representatividad.

La preocupación inevitable de los ciudadanos por lo inmediato y básico, como puede ser la electricidad o la calefacción, genera un distanciamiento de las instituciones llamadas precisamente a resolver sus inquietudes. El Estado social, si bien puede y debe acudir en socorro de aquellos ciudadanos que están en peor situación, sin embargo puede incurrir en las críticas que ya se le hicieron en el pasado al entender que puede convertir a los ciudadanos en clientes; generar

Manuel, La constitución del Estado de derecho (Universidad de Granada), p. 87; Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, Crónica de una guerra encubierta: los derechos fundamentales derrotados (Universidad de Santiago de Compostela), p. 111.

demandas excesivas; o, según otros, alterar las reglas del mercado con posibles intervenciones.

A todo ello hay que unir la preocupación por el cambio climático que se ha hecho evidente por altísimas temperaturas e incendios y mareas devastadores, que generan situaciones nuevas como la de los desplazados climáticos buscando nuevos lugares dónde habitar sin riesgo para su vida, exigiendo una solución global política y jurídica.

Atendiendo a los temas del AFD 2014, se podría decir que siguen manteniendo su vigencia, tanto porque la distancia temporal hace que lo que está sucediendo ahora es un continuum de aquellos acontecimientos, como por el hecho de responder a cuestiones que se han visto profundizadas como es la gestión de la diversidad, en la que la religión posee un papel de primer orden al catalizar y canalizar sentimientos identitarios que no siempre alcanzan una solución pacífica. Para estos asuntos como para otros la interpretación que realice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es extremadamente relevante dada la recepción, cada vez mayor, en sus resoluciones de los pronunciamientos de los órganos de expertos de Naciones Unidas.

En el AFD de 2014, se recoge el trabajo «La Filosofía del Derecho: entre un nuevo derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada», de la Profesora Juana María Gil Ruiz. Desde su rúbrica inicial se pone el énfasis en algo que deber ser un interrogante también a día de hoy como es el tipo de ciencia jurídica que se viene haciendo y cómo desde la Filosofía del Derecho se puede reorientar y reforzar la labor argumental. Si bien se reivindica la formación en derecho antidiscriminatorio de forma especial por parte de los operadores jurídicos, se incide en la necesidad de repensar las categorías jurídicas con las que y en las que se educa a las sucesivas generaciones de juristas¹⁰.

Atendidas las credenciales temáticas aludidas, que ni siquiera agotan todo la panoplia de ámbitos que interesan a quienes estudian e investigan bajo el manto de la Filosofía del Derecho, mal puede decirse que no se esté atento a aquellos terrenos de la indagación académica más punteros e interesantes para el futuro a corto, medio y largo plazo. Para respaldar esta posición presentaremos los horizontes que se abren en el marco de algunas de las temáticas aludidas y por la que podrían discurrir las reflexiones venideras.

¹⁰ GIL RUIZ, J. M., «La Filosofía del Derecho: entre un nuevo derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada», *Anuario de Filosofía del Derecho 2014* (XXX), pp. 268-269: «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. Nadie entiende (o quizás sí) que ahora que como pocas veces se necesita del enorme papel de la Filosofía del Derecho como revisora de la Ciencia jurídica y como alternativa de pensamiento crítico, apostando por un nuevo concepto de Derecho, la línea imperante sea demolerla y marcarla como un saber residual, del que se puede prescindir salvo para la adquisición de un poco de pátina “ilustrada”».

2.2 Estado de Derecho y democracia

El Consejo de Europa señala entre las amenazas que acechan los cimientos del Estado de Derecho a la corrupción como un elemento extremadamente peligroso para la calidad democrática. En particular, en el informe elaborado por el Grupo de Estados contra la corrupción (en adelante GRECO) sobre España en 2021¹¹ dentro de la Quinta Ronda de Evaluación examina el grado de cumplimiento de las recomendaciones que se realizaron a España en el informe previo de evaluación, que fue adoptado en la 83.ª reunión plenaria del GRECO (21 de junio de 2019) y hecho público el 13 de noviembre de 2019, las conclusiones que se vierten son preocupantes ya que se indica que España no ha cumplido satisfactoriamente ni ha tratado de manera satisfactoria ninguna de las diecinueve recomendaciones de dicho informe. De las recomendaciones, siete se han aplicado parcialmente y doce no se han aplicado. Entre estas últimas, por ser de especial interés y porque han dado mucho de qué hablar en el terreno social a la hora de generar desconfianza en las instituciones, destacan: no se ha reforzado el régimen actual aplicable a los «asesores», sometiéndolos a requisitos de transparencia e integridad equivalentes a los aplicados a las personas con altas funciones ejecutivas; falta diseñar una estrategia de integridad para analizar y mitigar las áreas de riesgo de «conflictos de intereses y de corrupción» para el personal con altas funciones ejecutivas; faltaría adoptar normas sobre la manera en que el personal con altas funciones ejecutivas entabla «contactos con los grupos de interés» y otros terceros que buscan influir en el trabajo legislativo o de otro tipo del Gobierno y que se «divulgue información suficiente sobre la finalidad de estos contactos», como la identidad de la/s persona/s con las que se han mantenido reuniones (o de aquellas en cuyo nombre se han celebrado) y el objeto o los temas concretos tratados; revisar la legislación que rige las «limitaciones al ejercicio de actividades privadas posteriores al cese en una actividad pública» esté sujeta a una revisión por parte de un organismo independiente y que se refuerce cuando se considere necesario; modificar el «aforamiento», de modo que no obstaculice la acción penal contra miembros del Gobierno de los que se sospeche haber cometido delitos relacionados con la corrupción; reforzar los procesos de investigación (*vetting procedure*) actuales en la Policía y la Guardia Civil y la introducción de un procedimiento de

¹¹ *Quinta Ronda de Evaluación*. Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y las fuerzas y cuerpos de seguridad. Informe de cumplimiento. España. Adoptado por GRECO en su 88.ª reunión plenaria (Estrasburgo, 20-22 septiembre 2021). GrecoRC5(2021)8. Versión 29/03/2022. Acceso: 15/10/2022. Disponible en: <http://efaidnbmnribpcajpcgclefindmkaj/https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-/1680a5f3c2> Más específicamente, las recomendaciones III, IV, VIII, IX, XII, XV y XVI se han cumplido parcialmente. Las recomendaciones I, II, V, VI, VII, X, XI, XIII, XIV, XVII, XVIII y XIX no se han cumplido.

investigación a intervalos regulares a lo largo de la carrera profesional de sus miembros; revisar el régimen disciplinario de la Policía y la Guardia Civil, con el fin de reforzar su transparencia, objetividad y proporcionalidad, entre otras cosas y, especialmente, para excluir cualquier posibilidad de que un supervisor jerárquico decida unilateralmente sobre cuestiones disciplinarias.

GRECO emplaza a España a tener resueltas estas cuestiones el 31 de marzo de 2023. Plazo que se antoja perentorio y corto si se tiene en cuenta que los temas aludidos, como las llamadas «puertas giratorias», los aforamientos de cargos públicos o las sospechas de «tráfico de influencia, amiguismo y trato de favor» cuando se elude la debida transparencia, son cuestiones que perviven a lo largo del tiempo con mayor o menor profundidad y que socaban la idea esencial, en un Estado de derecho, de igualdad ante la ley, alejan a la ciudadanía de la participación política y diluyen la separación de poderes, como acontece actualmente con el bloqueo institucional para nombrar un nuevo Consejo General del Poder Judicial.

En sentido muy similar a lo señalado por el GRECO se pronuncia la Unión Europea a través del «Informe sobre la situación del Estado de Derecho en España» de 13 de julio de 2022¹², cuyas principales conclusiones se centran en cuestiones como las siguientes: reforzar el estatuto del Fiscal General, en particular en lo que respecta a la separación de los mandatos del Fiscal General y los del Gobierno, teniendo en cuenta las normas europeas sobre independencia y autonomía de la fiscalía; proceder a la renovación del Consejo General del Poder Judicial con carácter prioritario e, inmediatamente después de la renovación, dar inicio a un proceso para adaptar el nombramiento de sus jueces miembros, teniendo en cuenta las normas europeas; proseguir los esfuerzos para presentar legislación sobre la actividad de los grupos de presión, incluido el establecimiento de un registro público obligatorio de grupos de presión; abordar los retos relacionados con la duración de las investigaciones y los enjuiciamientos para aumentar la eficiencia en la tramitación de los casos de corrupción de alto nivel; garantizar suficientes recursos para que la autoridad nacional regula-

¹² Informe sobre el Estado de Derecho de 2022. La situación del Estado de Derecho en la Unión Europea. Luxemburgo, 13.7.2022. COM(2022) 500 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0500&from=EN>

En particular sobre España se dedica el Informe sobre la situación del Estado de Derecho en España:

https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/23_1_194017_coun_chap_spain_en.pdf Thematic Programme on Human Rights and Democracy Multi-Annual Indicative Programming 2021-2027

https://international-partnerships.ec.europa.eu/policies/peace-and-governance/democracy_en#the-european-instrument-for-democracy-and-human-rights-eidhr

dora de los medios audiovisuales refuerce su actividad, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia de los reguladores de los medios de comunicación, en particular en lo que se refiere a la suficiencia de los recursos; proseguir los trabajos para reforzar el acceso a la información, en particular mediante la revisión de la Ley de Secretos Oficiales.

La libertad de expresión pasa por ser y es un elemento clave del Estado de Derecho y de cualquier democracia, sin embargo, se observa de forma reiterada cómo, de diversas maneras y en todos los lugares, se encuentra constantemente amenazada, provocando que su disfrute y ejercicio se vea disminuido o anulado. El Informe 2021 del Consejo de Europa sobre Libertad de Expresión¹³ señala a España particularmente para llamar la atención sobre el caso de un periodista que recibió un disparo con munición detonante por parte de los Mossos d'Escuadra de Cataluña, en el marco de un evento de campaña electoral¹⁴ y por no financiar adecuadamente al organismo regulador de los medios de comunicación como garantía de independencia. Más allá de estas cuestiones particulares, el informe destaca como principales conclusiones el hecho de que la violencia contra los periodistas se haya normalizado en muchos países, siendo frecuente, además, una gran presión política, económica y comercial que favorece el declive del pluralismo en los medios de comunicación y dificulta la lucha contra la información falsa y la desinformación. Por tanto, se ha reclamado al Consejo de Europa y se han puesto en marcha una serie de recomendaciones por parte del Comité de Ministros que vayan en la línea de garantizar la libertad de expresión:

- Recomendación CM/Rec(2022)11 sobre los principios de la gobernanza de los medios y la comunicación
- Recomendación CM/Rec(2022)12 sobre comunicación electoral y cobertura mediática de las campañas electorales
- Recomendación CM/Rec(2022)13 sobre los efectos de las tecnologías digitales en la libertad de expresión
- Recomendación CM/Rec(2022)16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra el discurso de odio

Este informe llama la atención sobre la cada vez más frecuente práctica del «pleito estratégico contra la participación pública», práctica conocida como SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation). No todos los casos de SLAPP llegan a los tribunales. En paí-

¹³ Consejo de Europa La Liberté D'expression en 2021. Une évaluation de l'état de la liberté d'expression dans les États membres du Conseil de l'Europe, fondée sur les conclusions des mécanismes et organes de suivi du Conseil de l'Europe. Rapport Préparé par le Service Société de L'information (Avril 2022) Acceso 1/10/2022. Disponible en: <https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rm.coe.int/freedom-of-expression-2021-fr/1680a6525f>

¹⁴ Alerte 25/2021, El fotoperiodista Joan Gálvez es disparado por la policía antidisturbios catalana ([https://fom.coe.int/alerte/detail/91122670; globalSearch=true](https://fom.coe.int/alerte/detail/91122670;globalSearch=true)).

ses donde tiene un coste alto defenderse legalmente, o si el periodista o medio de comunicación en cuestión carece de recursos financieros adecuados, una carta amenazando con emprender acciones legales puede ser suficiente para forzar la retirada de un informe crítico. A finales de 2021, el Consejo de Europa y la Unión Europea lanzaron iniciativas para abordar este problema: el Parlamento Europeo adoptó una resolución destinada a detener estas acciones legales abusivas y la Comisión Europea lanzó una consulta pública, con el fin de elaborar una propuesta de reglamento sobre el tema. No menos relevante es la invocación a considerar la Inteligencia Artificial (IA) en los nuevos desafíos para el ejercicio de la libertad de expresión conforme a los estándares del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho.

2.3 Inteligencia artificial (IA)

El informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas «El derecho a la privacidad en la era digital», de 4 de agosto de 2022¹⁵, muestra su preocupación sobre el impacto que sobre los derechos humanos pueden tener las modernas tecnologías basadas en datos, puesto que implican un manifiesto desequilibrio de poder entre quien posee la capacidad de vigilar y quienes son destinatarios de la observación, ya que bastarían pequeños equipos con un software avanzado y análisis de *big data*, para analizar y perfilar miles de cuentas en las redes sociales.

Se insta a los Estados a salvaguardar y promover el derecho a la privacidad sobre todo en tres aspectos: (a) el abuso generalizado de herramientas de piratería; (b) el papel clave de un sólido cifrado para garantizar el disfrute del derecho a la privacidad y otros derechos; y (c) el control generalizado de los espacios públicos. Pues existe el riesgo real de crear sistemas de vigilancia y control generalizados que pueden ahogar el desarrollo de sociedades dinámicas y respetuosas con los derechos. Considerados estos riesgos se hace imprescindible que cualquier injerencia o restricción se fundamente en la ley, como garantía para establecer un objetivo legítimo, objetivo y proporcional, y siempre con el debido respeto y cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Tales instrumentos legales han de ser específicos pues las leyes generales de privacidad de datos no brindan una guía detallada o aseguran limitaciones adecuadas sobre el uso de herramientas de vigilancia específicas, en particular para la vigilancia

¹⁵ Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: The right to privacy in the digital age. 4/8/2022. Acceso: 30/10/2022. Disponible en: <http://undocs.org/en/A/HRC/51/17> y <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc5117-right-privacy-digital-age>

realizada en el contexto de la aplicación de la ley y la seguridad nacional. Particular preocupación lo presenta el hecho de una falta de base legal para el reconocimiento facial y el uso de los datos y la vigilancia biométrica. Los sistemas de vigilancia biométrica a distancia, en particular, plantean serias preocupaciones con respecto a su proporcionalidad, dada su naturaleza altamente intrusiva y su amplio impacto en un gran número de personas.

Porque, si bien, en muchos casos la vigilancia pública puede servir para proteger la vida e integridad física de las personas, no es menos cierto que también ha sido indebidamente utilizada para identificar y rastrear a los disidentes políticos, elaborar perfiles raciales y étnicos, atacar a las comunidades de personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y evaluar la conformidad o no de las personas con las normas sociales. Por tanto, la vigilancia pública, que puede estar permitida, debe responder a los principios de necesidad y proporcionalidad, porque no se ha demostrado una relación directa entre tal vigilancia y la reducción de delitos violentos, quizás si de delitos contra la propiedad y el tráfico rodado. Por otra parte, existe un control y vigilancia en espacios públicos que puede calificarse como desproporcionada porque no guarda relación con un objetivo legítimo como es evitar una amenaza específica a la seguridad pública que sea lo suficientemente significativa como para compensar sus impactos adversos sobre los derechos humanos.

El informe subraya la importancia y valor de la inteligencia artificial pero también alerta de las múltiples formas en que la vigilancia generalizada amenaza los derechos humanos y el estado de derecho y puede erosionar las democracias pluralistas. Las características de las modernas tecnologías digitales en red pueden convertirlas en herramientas formidables para el control y la opresión, la automatización aumenta el posible alcance y la eficacia de la vigilancia; y la vigilancia digital es difícil de observar por quienes están sujetos a ella. Además, la vigilancia digital está íntimamente ligada a la falta de transparencia en general. El público a menudo sabe muy poco acerca de las diversas prácticas de vigilancia que se entrelazan en muchos aspectos de la vida. Con demasiada frecuencia, los gobiernos no publican información fiable sobre qué tipo de sistemas de vigilancia utilizan y con qué fines, y a menudo se niegan a presentar evidencia sobre la eficacia de esos sistemas.

Dada la importancia que este tema va cobrando, el Parlamento Europeo aprobó la «Resolución sobre inteligencia artificial en la era digital» (3 de mayo de 2022)¹⁶, en la que se considera que se está ante

¹⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)). Acceso: 15/10/2022. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_FR.html

Resolución que trae causa del Informe elaborado por la Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital (AIDA). Acceso: 16/19/2022. Disponible en:

una cuarta revolución industrial cuya energía la constituyen una gran cantidad de datos combinados con potentes algoritmos y una potente capacidad informática. Esta revolución digital se caracterizaría por la escala global, la rápida convergencia, así como el enorme impacto de las tecnologías emergentes en los estados, las economías, las sociedades, las relaciones internacionales y el medio ambiente, e implica, además, un cambio radical con impacto diferente en todos los sectores de la población, dependiendo de sus objetivos, ubicación geográfica o situación socioeconómica. Por ejemplo, se alude a la necesidad de reflejar los objetivos e intereses de las mujeres y los grupos vulnerables en la transición digital, puesto que aquellas representaban solo el 22 % de los profesionales de la IA en todo el mundo en 2018, un problema que no puede sino perpetuar y consolidar estereotipos y prejuicios. Siendo igual de necesario salvaguardar los derechos a la igualdad ante la ley, la privacidad, la libertad de expresión y la participación en la vida cultural y política en el uso de tecnologías de IA, en particular para las comunidades minoritarias.

Coincide con el Informe de Naciones Unidas al llamar la atención sobre la necesidad de legislar atendiendo a los principios de proporcionalidad y precaución, considerando la probabilidad y la gravedad del daño que se quiere combatir, y que en caso de afectar a los derechos fundamentales y los derechos humanos, es necesario un control humano total y una intervención reguladora y que, dado el rápido desarrollo de la tecnología, la regulación de los sistemas de IA de riesgo deben ser flexibles y estar orientados al futuro.

La Resolución integra algunos de las principales cuestiones sobre las que se había ocupado el Informe de la Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital (AIDA) como la relación entre la IA y la salud, el medio ambiente, la política exterior y seguridad, la competitividad, el futuro de la democracia y el mercado laboral. A modo de ejemplo, en materia de salud se considera que el análisis metodológico de grandes cantidades de datos, incluso mediante IA, puede dar lugar a nuevas soluciones o a la mejora de las técnicas existentes en el sector de la salud, lo que podría acelerar considerablemente la investigación científica, salvar vidas y mejorar la atención de los pacientes al proporcionar tratamientos innovadores y un mejor diagnóstico y fomentando entornos propicios para estilos de vida saludables, de manera que los sistemas de IA también pueden contribuir a la accesibilidad, la resiliencia y la sostenibilidad de los sistemas sanitarios, proporcionando al mismo tiempo una ventaja competitiva a los sectores sanitarios y de las TIC europeos, si los riesgos inherentes son objeto de una gestión adecuada. Pero al mismo tiempo se llama la atención sobre el riesgo de decisiones sesgadas que den lugar a discri-

http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/248838/AIDA_Committee_Activity_Report.pdf

minación y violaciones de los derechos humanos, siendo necesario llevar a cabo controles imparciales de los algoritmos y conjuntos de datos utilizados y de promover una mayor investigación sobre los métodos y sesgos integrados en los sistemas de IA entrenados, a fin de evitar conclusiones poco éticas y discriminatorias en el ámbito de los datos de salud humana.

En cuanto a cómo afecta la IA a la democracia y al estado de derecho, se vuelve a coincidir con Naciones Unidas al poner sobre la mesa preocupaciones semejantes. La automatización del tratamiento de la información a una escala sin precedentes abre el camino a la vigilancia masiva y otras intervenciones ilícitas y supone una amenaza para los derechos fundamentales, en particular los derechos a la privacidad y la protección de datos. Muchos regímenes autoritarios utilizan sistemas de inteligencia artificial para controlar, vigilar masivamente, espiar, observar y categorizar a sus ciudadanos y restringir su libertad de movimiento. Cualquier forma de calificación ciudadana normativa, practicada por las autoridades públicas, especialmente en el ámbito de la aplicación de la ley, el control de fronteras y el poder judicial, así como su uso por empresas privadas o particulares, conlleva una pérdida de autonomía y una invasión de la privacidad, conlleva riesgos de discriminación y no está en consonancia con los valores europeos. Tecnologías como la cibervigilancia y el reconocimiento biométrico, que pueden utilizarse para estos fines, están sujetas a la normativa de control de la UE.

En definitiva, esta Resolución subraya que los rápidos avances tecnológicos introducidos por la IA también afectarán a los medios de subsistencia de todos aquellos que carecen de las capacidades necesarias para adaptarse con la suficiente rapidez a estas nuevas tecnologías, dándose la necesidad de empoderar a las personas para que adquieran habilidades digitales, mediante una alfabetización digital y una educación basada en las TIC y la IA que debe comenzar en una etapa temprana y seguir siendo accesible en todas las etapas de la vida. Precisamente porque la IA plantea serios desafíos a los derechos fundamentales, se puede convertir en un instrumento al servicio de las personas y la sociedad, para perseguir el bien común y general.

El Consejo de Europa tampoco podía ser ajeno al tratamiento de la IA de manera que inicialmente ha creado el «Comité *ad hoc* sobre inteligencia artificial» (CAHAI)¹⁷, organismo al que le ha sucedido para estas funciones el «Comité sobre Inteligencia Artificial (CAI)»¹⁸, cuyos trabajos coinciden en buena parte en la temática y orientación tanto de lo expuesto por Naciones Unidas como desde las preocupaciones de la UE. Así en 2021 se publica por el CAHAI *Artificial Intelli-*

¹⁷ Consejo de Europa. Comité *ad hoc* sobre inteligencia artificial (CAHAI).

¹⁸ Consejo de Europa. Comité sobre Inteligencia Artificial (CAI).

<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cai>

*gence, Human Rights, Democracy, and the Rule of Law*¹⁹, en el que se incide en las oportunidades (mejora de la vida humana, gobernanza, asistencia sanitaria, transporte, educación, administración pública) pero también se señalan los riesgos para los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. Oportunidades y riesgos que deben entenderse a la luz de que la IA es «sociotécnica», esto es, la IA es una amplia gama de tecnologías sofisticadas que operan en contextos humanos, diseñadas para cumplir objetivos definidos por humanos. Como tal, se puede decir que las tecnologías de IA reflejan los valores y las elecciones de las personas que las construyen y utilizan.

Pero se podría destacar, por no haberse aludido a esta cuestión, entre las resoluciones aprobadas por la Asamblea la referida a «Justicia por algoritmo: el papel de la inteligencia artificial en los sistemas policiales y de justicia penal»²⁰. Ya que se trata de un ámbito en el que los derechos fundamentales se pueden ver seriamente amenazados, se exponen una serie de cautelas para mayor garantía, entre otras: mantener un registro de todas las aplicaciones de IA en uso en el sector público y consultarlo al considerar nuevas aplicaciones, a fin de identificar y evaluar posibles impactos acumulativos; garantizar que todos los organismos públicos que implementen aplicaciones de IA tengan experiencia interna capaz de evaluar y asesorar sobre la introducción, el funcionamiento y el impacto de dichos sistemas; asegurar que cada nueva aplicación de IA se justifique, se especifique su propósito y se confirme su eficacia antes de que entre en funcionamiento, teniendo en cuenta el contexto operativo particular; realizar evaluaciones de impacto iniciales, periódicas y transparentes sobre los derechos humanos de las aplicaciones de IA, para evaluar, entre otras cosas, problemas de privacidad y protección de datos, riesgos de sesgo/discriminación y las consecuencias para las personas de las decisiones basadas en el funcionamiento de la IA, con especial atención a la situación de las minorías y grupos vulnerables y desfavorecidos; garantizar que la introducción, el funcionamiento y el uso de aplicaciones de IA puedan estar sujetos a una revisión judicial efectiva.

Como puede apreciarse el desarrollo e implantación de la IA ha de ser sometido a reflexión pues son muchas las cuestiones que desde la Filosofía del Derecho pueden y deben ser analizadas.

¹⁹ LESLIE D., BURR C., AITKEN M., COWLS J., KATEL M. y BRIGGS M. (2021), *Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule Of Law A Primer* (Prepared to support the Feasibility Study published by the Council of Europe's Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence). Acceso: 13 de octubre de 2022. Disponible en: <https://rm.coe.int/primer-en-new-cover-pages-coe-english-compressed-2754-7186-0228-v1/1680a2fd4a>

²⁰ Asamblea parlamentaria. Resolución 2342 (2020).

<https://pace.coe.int/en/files/28806> y <https://pace.coe.int/pdf/b6c2cd92ba3c001b-7cc14df75b50b1c3718bbfcc5f9c65438620eaf61d4cf648/resolution%202342.pdf>

Otras resoluciones y recomendaciones sobre IA se pueden encontrar en: <https://pace.coe.int/fr/pages/artificial-intelligence>

2.4 Diligencia debida en materia de derechos humanos y empresas

El hecho de atender esta cuestión en concreto responde a que el sistema de derechos humanos, tanto desde Naciones Unidas como desde el Consejo de Europa y la Unión Europea, ha abierto líneas específicas de trabajo para involucrar a los agentes privados en la realización de los derechos humanos. El abanico de temas dentro del espectro que abre esta temática afecta desde el derecho al trabajo decente y por tanto al cumplimiento para todos los trabajadores, independientemente de su situación administrativa, de las normas laborales internacionales, así como las exigencias sobre responsabilidad por el medio ambiente y el cambio climático. La preocupación por la trata de seres humanos con fines de explotación laboral y las condiciones de trabajo, especialmente de mujeres y menores hace que sea imprescindible poner el foco de reflexión jurídica y filosófica sobre estas cuestiones que suponen un interrogante constante al representar formas contemporáneas de esclavitud inaceptables.

El Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (22 de abril de 2021, A/HRC/47/39)²¹ subraya que «Lograr que las empresas respeten los derechos humanos no es en absoluto una tarea fácil. La próxima «hoja de ruta» se basa en la plataforma común que se estableció en 2011 y marcará el rumbo de la acción de los Estados y las empresas, entre otros». La vía por la que se debe transitar es que las empresas «ejercen la debida diligencia en materia de derechos humanos, que se está transformando en una norma de conducta jurídicamente vinculante, mientras que los Estados y las empresas han comenzado a aplicar el marco para prevenir y abordar los daños a las personas relacionados con las empresas».

Desde 2014²² se viene trabajando, sin resultado aún, sobre un Tratado vinculante de la ONU sobre empresas transnacionales y derechos humanos, del cual existen distintos borradores²³ y sobre los que se han vertido una serie de críticas, siendo la principal el hecho de no respon-

²¹ Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/47/39). Acceso: 31 de octubre de 10/2022. Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/093/85/PDF/G2109385.pdf?OpenElement>

²² Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos. (A/HRC/RES/26/9). Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Acceso 6 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.ccoo.es/8f72c6f049f78e3171882d193b0b31b3000001.pdf> y <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>

²³ Observatorio de responsabilidad social corporativa Acceso: 14/10/2022. Disponible en: <https://observatoriosc.org/sobre-el-borrador-revisado-del-tratado-vinculante-de-empresas-y-derechos-humanos/>

der a lo establecido en la Resolución 26/9 y además «quita el foco del núcleo del problema: la impunidad de las ETNs a nivel internacional y a lo largo de sus cadenas de valor globales, posibilitada por las complejas estructuras de la arquitectura transnacional que permite a estas entidades evadir la democracia y control legal»²⁴.

En la Unión Europea, precisamente en esa línea de legislación obligatoria, se presenta la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad²⁵ y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, cuyo eje principal es que las empresas ejerzan «la diligencia debida en materia de derechos humanos identificando, previniendo y mitigando los efectos adversos de sus operaciones sobre los derechos humanos y dando cuenta de cómo abordan dichos efectos (...), a los que hayan contribuido o a los que estén vinculadas sus propias operaciones, sus filiales y sus relaciones comerciales directas e indirectas». Si bien esta Directiva estaría en consonancia con las exigencias del Pacto Global y los Principios Rectores, sin embargo, genera algunos interrogantes cómo la indeterminación de los mecanismos para evaluar e identificar el impacto sobre los derechos humanos en las cadenas de valor y en las actuaciones de terceros; si todo va a quedarse en un cumplimiento formal de una serie de criterios fácilmente objetivables; si no se va a hacer referencia a los defensores de derechos humanos, sujetos especialmente comprometidos y que vigilan los primeros pasos de las cadenas de producción y distribución, donde precisamente más en entredicho se ponen los derechos de los trabajadores; cuáles van a ser los mecanismos efectivos de denuncia y reparación en caso de producirse un daño.

2.5 Igualdad y violencia contra las mujeres por razón de género²⁶

Los trabajos sobre estos temas han ido adquiriendo un protagonismo y presencia cada vez mayor en nuestra disciplina, manifestación de que además de ser cuestiones que interrogan socialmente, también exigen adaptaciones de conceptos y categorías jurídicas que se presentan como

²⁴ Comentarios y modificaciones al segundo borrador revisado del instrumento jurídicamente vinculante sobre las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales en relación con los derechos humanos (publicado el 6 de agosto de 2020). Campaña global para recuperar la soberanía de los pueblos, dismantlar el poder empresarial y detener la impunidad / octubre 2020 Acceso: 28/09/2022. Disponible en: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2021/06/Comentarios-y-enmiendas_Campa%C3%B1a-Global_2borrador-revisado_ES-1.pdf

²⁵ Unión Europea. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 COM/2022/71 final. Acceso: 4/8/2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52022PC0071>

²⁶ Unión Europea. Igualdad de género. Acceso: 3 de octubre de 2022. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_es

ineficaces para atender estos problemas con el debido rigor hermenéutico. Desde entender que la discriminación interseccional y la subordinación han de ser tenidas en cuenta para un abordaje adecuado de la igualdad, como también los tipos penales relacionados con la violencia de género y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual ya sea comercial o no, requieren de una revisión permanente si se pretende ayudar a combatir esta situación.

El Informe de 2022 de la Comisión Europea sobre Igualdad de Género en la Unión Europea²⁷ subraya de manera específica una serie de campos a considerar. En primer lugar, la importancia de poner fin a la violencia basada en el género. Datos de 2021 de la Agencia de la Unión Europea para Derechos Fundamentales (FRA) muestra que las experiencias de violencia física difieren entre mujeres y hombres en relación con algunas características clave. La violencia contra las mujeres tiene lugar en el ámbito privado y sistemáticamente no se denuncia. Otras características incluyen la interrupción de los procesos penales, la naturaleza comúnmente sexual de los delitos y/o una alta prevalencia de elementos de control coercitivo. Estas características son diferentes en comparación con la mayoría de las violencias experimentadas por los hombres. Por ejemplo, la violencia contra los hombres suele ocurrir en lugares públicos, no suele ser de naturaleza sexual y, por lo general, la perpetrar otros hombres. Además, si bien la prevalencia del acoso es similar para mujeres y hombres, datos recientes muestran que el 18 % de las mujeres lo describieron como de naturaleza sexual, en comparación con el 6 % de los hombres, con una mayor prevalencia para las mujeres jóvenes. En segundo lugar, ciberviolencia contra la mujer y la ciberviolencia de pareja que van desde el acoso cibernético y el intercambio no consentido de imágenes privadas e íntimas o datos personales con fines sexuales hasta recibir correos electrónicos o mensajes de texto ofensivos o amenazantes. La violencia cibernética basada en el género a menudo es parte de la continuidad de la violencia que las víctimas experimentan fuera de línea, generando un mayor grado de vulnerabilidad y la percepción de ser juzgadas con más dureza como víctimas.

En tercer lugar, el acoso laboral afecta a las mujeres de manera desproporcionada ya que las relaciones de poder desiguales, los salarios bajos, las condiciones laborales precarias y otros abusos laborales las exponen a la violencia con mayor facilidad. En cuarto lugar, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual es la forma más frecuente de explotación humana en la Unión Europea. Es una forma de violencia de género, arraigada en las desigualdades de género a la que

²⁷ Comisión Europea. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022. Acceso: 15 de septiembre de 2022. Disponible en: http://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/2022_report_on_gender_equality_in_the_eu_en.pdf

se unen varios factores que aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas como, la pobreza, la exclusión social, el origen étnico y la discriminación. Casi las tres cuartas partes (72 %) de todas las víctimas en la UE y el 92 % de las víctimas de la trata con fines de explotación sexual son mujeres y niñas. En quinto lugar, se debe garantizar el acceso a la justicia de todas las víctimas de violencia de género, sin importar en qué parte de la UE o en qué circunstancias se produjo el delito. Percibido el aumento de la violencia de género por la pandemia de COVID-19, es aún más importante empoderar a las víctimas²⁸ de la violencia a través de servicios de apoyo para que puedan denunciar delitos, participar en los procedimientos penales, reclamar una indemnización y, en última instancia, recuperarse, en la medida de lo posible, de las consecuencias de la violencia padecida. En sexto y último lugar, es necesario seguir combatiendo los estereotipos de género que se utilizan para justificar y mantener las relaciones históricas de poder de los hombres sobre las mujeres y pueden limitar el desarrollo de los talentos y habilidades naturales de niñas y mujeres, así como sus experiencias educativas y profesionales y oportunidades de vida en general. No hacerlo posibilitaría normas discriminatorias, actitudes y prejuicios sexistas que impiden una participación política significativa y el acceso a los servicios y derechos de salud sexual y reproductiva, hasta exacerbar las responsabilidades de cuidado no remuneradas, las disparidades salariales, la segregación laboral y la representación insuficiente en el mercado laboral.

Ante este diagnóstico la UE tiene en marcha la llamada «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025»²⁹ en la que se aluden cada uno de los asuntos mencionados y se señala como eje vertebrador la integración de la perspectiva de género y la perspectiva interseccional en las políticas de la UE como instrumento eficaz a la hora de abordarlos.

Todos los grandes retos que afronta hoy la UE –incluidas las transiciones verde y digital y el cambio demográfico– tienen una dimensión de género. Para alcanzar el objetivo de la igualdad de género es imprescindible incluir una perspectiva de género en todas las políticas y procesos de la UE. La integración de la perspectiva de género garantiza que las políticas y los programas maximicen el potencial de toda la ciudadanía: mujeres, hombres, niñas y niños, en toda su diversidad. El objetivo es redistribuir el poder, la capacidad de influencia y los

²⁸ Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025). Acceso: 25 de septiembre de 2022. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0258>

²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, Bruselas, 5 de marzo de 2020 COM(2020) 152 final. Acceso: 15/9/2022. Disponible en: <http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES>

recursos de manera equitativa e igualitaria en cuanto al género, de modo que se luche contra la desigualdad, se fomente la equidad y se creen oportunidades.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL MARCO UNIVERSITARIO

Si se ha evidenciado que desde la Filosofía del Derecho se abordan los dilemas que han ocupado y preocupado al ser humano desde la antigüedad y hasta nuestros días, y que se hace de manera solvente y rigurosa, entonces la pregunta que ha de hacerse es cómo hacer llegar, con la mayor calidad, toda esta riqueza de reflexión e investigación a las aulas universitarias. Parece lógico que a los docentes e investigadores de la Filosofía del Derecho se nos va a exigir algo más que conocer nuestra materia, sino también manejar con cierta soltura las cuestiones esenciales de otras disciplinas, si lo que se quiere es hacer una crítica rigurosa del llamado derecho positivo.

Sería enormemente atrevido proponer una metodología, entre las muchas que hay, para desempeñar dicha tarea de la mejor manera posible, por tanto parece claro que el uso por parte de un mismo profesor de métodos docentes diversos y de forma complementaria puede ser una buena fórmula, pero también el trabajo coordinado de los profesores empleando variadas metodologías puede hacer llegar a los estudiantes una visión mucho más rica de las cuestiones que se planteen. A estas alturas y tras el periodo de pandemia es innecesario subrayar el papel que, como apoyo, puede ofrecer el campus virtual, posibilitando que las horas presenciales de las clases se dediquen a profundizar y a un aprovechamiento más eficaz de las explicaciones de clase.

Sí ha de destacarse una metodología que aúna interdisciplinariedad, teoría y práctica e incluso un trabajo interuniversitaria es la de aprendizaje servicio, que se ha consolidado en el marco universitario a través de la creación de diversas clínicas jurídicas³⁰, cuyo espíritu es que los estudiantes aprendan derecho realizando un servicio a la sociedad y adquiriendo un compromiso ético sobre todo con la protección y garantía de los derechos humanos de aquellos grupos sociales en situación de exclusión social. En la clínica jurídica se vierten los conocimientos de distintas y múltiples áreas del derecho, ya que se requieren docentes de diferentes disciplinas y porque en muchas ocasiones se incorporan a los trabajos, en función de la temática, otros operadores jurídicos que aportan su experiencia sobre los casos reales que se estudian. La experiencia desarrollada y compartida ha permitido ver que la motivación, aprendizaje e impli-

³⁰ Red Española de Clínicas Jurídicas. <http://clinicas-juridicas.blogspot.com/p/presentacion.html>

cación de los estudiantes a través de esta metodología es a destacar, pues permite superar muchas de las rémoras que siguen instaladas en la docencia universitaria.

4. CONCLUSIONES

Puesto que se trata de analizar el presente y sobre todo el futuro de la Filosofía del Derecho, el diagnóstico sobre el presente es ambivalente. En negativo, la situación en que quedaron los estudios de Filosofía del Derecho en los planes de los Grados de Derecho, hizo un flaco favor para reivindicar un ámbito de conocimiento indiscutible para ofrecer una visión holística del fenómeno jurídico, que no solo ha perjudicado el desarrollo profesional de quienes a ella se dedican sino que también ha reducido las posibilidades de obtener debida financiación en la actividad investigadora, la cual, a tenor de las temáticas vistas, está en perfecta consonancia con las preocupaciones del momento. En positivo, nuestra disciplina ha sabido, como se decía en la introducción, adaptarse a los tiempos sin perder los temas que han sido considerados nucleares para la Filosofía del Derecho. La incorporación de nuevos campos de reflexión y estudio hablan de la capacidad para afrontar el futuro sin la eterna cantinela de que no se sabe muy bien qué es y para qué sirve la Filosofía del Derecho, más bien lo que toca es reclamar, con los méritos actuales acumulados, un lugar destacado en la formación de los estudiantes de derecho, porque de no hacerse desde la Filosofía del Derecho, quién lo haría sino.

¿La Filosofía del Derecho es un metaverso jurídico?¹

Is the Philosophy of Law a legal metaverse?

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.
Presidenta de la SEFJP

Por ANA RUBIO CASTRO

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada.
Presidenta de la SEFJP (2015-2019)

RESUMEN

El metaverso es un concepto del universo 3D que combina múltiples espacios virtuales diferentes, permitiendo a los usuarios trabajar, reunirse, jugar y socializar juntos en este tipo de espacios. Es la conjunción de diferentes tecnologías que llevan tiempo utilizándose: la realidad aumentada, la realidad virtual y lo que viene llamándose la realidad mixta, esto es: tecnologías inmersivas. Este nuevo contexto, no puede ser en ningún caso enfrentado exclusivamente desde la ciencia, de ahí la importancia actual de la Filosofía del Derecho y de sus aportaciones. Hoy más que nunca la diversidad de enfoques y de metodologías se hace esencial en la gestación, análisis y aplicación del Derecho. La sociedad digital en su complejidad no debe repetir los errores existentes en lo analógico. No debe admitir tantas separaciones entre tecnólogos, humanistas y legisladores. Debe irse en la dirección del mundo, avanzar a la transversalidad, trabajando la diversidad.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, metaverso, Derecho, ontología jurídica.

¹ Este trabajo se inscribe en el marco del PID2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, *Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del gender mainstreaming*. Responsable principal: Juana María Gil Ruiz.

ABSTRACT

The metaverse is a concept of the 3D universe that combines multiple different virtual spaces, allowing users to work, meet, play and socialize together in these types of spaces. It is the conjunction of different technologies that have been in use for some time: augmented reality, virtual reality and what has been called mixed reality, that is: immersive technologies. This new context cannot be treated in any case exclusively from science, hence the current importance of Philosophy of Law and its contributions. Today more than ever the diversity of approaches and methodologies is essential in the gestation, analysis and application of Law. Digital society in its complexity should not repeat the existing errors of the analogical. It should not admit so many separations between technologists, humanists and legislators. It must go in the direction of the world, move towards transversality, working on diversity.

Keywords: Philosophy of Law, metaverse, Law, legal ontology.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL METAVERSO: UNA NUEVA REALIDAD. – 3. CAMBIOS EXPERIMENTADOS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS. – 4. ¿QUÉ MODELO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO NECESITAMOS? – 5. LA REALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE METAVERSE: A NEW REALITY. – 3. CHANGES IN LEGAL SYSTEMS. – 4. WHAT MODEL OF PHILOSOPHY OF LAW DO WE NEED? – 5. THE REALITY OF SPANISH PHILOSOPHY OF LAW.

1. INTRODUCCIÓN

El monográfico de la prestigiosa y vetusta revista Anuario de Filosofía del Derecho, recoge en esta ocasión un conjunto de aportaciones de filósofas y filósofos del Derecho que pretenden homenajearla por su 70 aniversario.

Quienes suscribimos estas líneas, hemos sido, en parte, responsables de los éxitos y testigos directos de las dificultades que mantener el impacto y calidad de la misma supone en la comunidad científica. Nos sentimos profundamente orgullosas de AFD y auguramos, como ya lo hicimos en tanto que Presidentas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política en el pasado y en el presente, un futuro más que prometedor en la difícil tarea de consolidar y enfatizar la importancia del pensamiento filosófico jurídico y político en nuestros días, en un marco, además globalizado, global y digital.

Afortunadamente, en este periplo de 70 años, el Anuario de Filosofía del Derecho ha crecido, evolucionado y consolidado como una de las mejores revistas de nuestra disciplina y uno de los buques² insignias de la SEFJP. Iniciándose en 1953 y fiel a la coedición con el Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, la revista –con altos niveles de impacto– nace de la mano de los Directores Luis Legaz y Lacambra, seguido de Juan José Gil Cremades (en 1984), y Javier de Lucas (en 1996). Habrá que esperar a María José Añón y más adelante a Ángeles Solanes para que el timón de Anuario sea tomado por filósofas del Derecho y las mujeres vayan asomando, aunque tímidamente, en las aportaciones de Anuario.

Cierto es que en 1987 el AFD se dedicó al «Principio de igualdad a finales del siglo XX», aunque, paradójicamente, solo una mujer (de ocho) participara en el mismo –Esperanza Guisán– y se completara en la miscelánea con dos aportaciones de Victoria Iturralde y de Ana Rubio, aun referidas a antinomias normativas y Alf Ross respectivamente. En 1992, AFD decide dedicar su monográfico a *Mujer, poder y derecho*, destacándose ya aportaciones plurales de seis filósofas³, de 9 artículos. Pero será con Javier de Lucas cuando se inicie una nueva etapa, y comience explícitamente a hablarse de feminismos. Juana María Gil escribe sobre Maternidad y medidas de conciliación en 1996; en 1998 Ruth Mestre y Neus Campillo debaten sobre el libro de ésta última *El feminisme com a crítica*. En 2001, no hay duda, la SEFJP dedica sus prestigiosas Jornadas, celebradas en Granada, a *El feminismo en la filosofía jurídica y política contemporánea* y así se recoge en la noticia recogida en la revista, por Pedro Mercado.

En definitiva, se abre un espacio de reflexión nuevo desde la SEFJP y por ende desde la Revista, se incorpora la pluralidad y la diversidad y se da voz a quienes, durante mucho tiempo, no pudieron ser «producto-

² Otro de los buques insignias de la SEFJP y que merece ser referido aquí, fue la apuesta valiente *online* sugerida por el Profesor Javier de Lucas, director de AFD, en las jornadas de la SEFJP para lanzar el trabajo de los jóvenes investigadores que no pudieran encontrar espacio en las limitadas páginas del Anuario en papel, por aquel entonces, y fomentar a su vez la difusión más rápida de cuantas aportaciones científicas hubiera al efecto. La SEFJP lanzó en 1998 Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho dirigidos originariamente por el Profesor de Lucas y en la actualidad por María José Añón, aportando de manera anticipada todas las aportaciones de las Jornadas de la SEFJP celebradas en Valencia, el 15 y 16 de abril de 1999. Convencidas desde el inicio, del éxito de la revista electrónica, deseamos, desde estas líneas, felicitar al Profesor de Lucas y a la Profesora Añón por su generoso y entregado hacer siempre en fortalecimiento de la SEFJP que presidimos.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1999

³ Entre ellas, merecen destacarse las aportaciones plurales de Maggy Barrère, Paloma Durán, Esperanza Guisán, Encarna Bodelón (en coautoría con Roberto Bergalli), María Elósegui Itxaso y Milagros Otero.

ras de conocimiento sino recopiladoras/reproductoras: reseñas de libros o jurisprudencia, e información sobre congresos»⁴.

Sin duda, queda mucho por hacer. No obstante, también hemos de detenernos –y este espacio y este momento de celebración del aniversario de la revista lo permite– en felicitarnos por los avances, y en recordar que bastará un momento de crisis política, económica y/o religiosa –como diría Simone de Beauvoir⁵– para que todos estos esfuerzos epistemológicos por la igualdad queden en meros, aunque entrañables, recuerdos.

Llega el momento de centrarnos en nuestro aporte académico, en el marco de la temática solicitada por la editora de la revista. Pensar y repensar sobre la Filosofía del Derecho, y la importancia de recuperarla, con toda su fuerza y más que nunca, en un marco de reformas de planes de estudio y de presiones del mercado de la sociedad global digital. Nuevamente, felicitaciones a todas las personas que, a lo largo del devenir de la revista la han hecho grande, no solo desde la dirección, edición, o participación de sus comisiones, sino también desde quienes se atrevieron a la autoría, debates, reseñas, evaluaciones, e incluso desde la lectura, a consolidar esta ilustre revista.

2. EL METAVERSO: UNA NUEVA REALIDAD

Antes de adentrarnos en el análisis de la Filosofía del Derecho en nuestro país, queremos justificar el título del artículo. El metaverso es un concepto del universo 3D que combina múltiples espacios virtuales diferentes, permitiendo a los usuarios trabajar, reunirse, jugar y socializar juntos en este tipo de espacios. Es la conjunción de diferentes tecnologías que llevan tiempo utilizándose: la realidad aumentada, la realidad virtual y lo que viene llamándose la realidad mixta, esto es: tecnologías inmersivas. Lo El metaverso no está aún desarrollado en todo el potencial que pretende a nivel económico y social, pero algunas plataformas contienen elementos similares a los de un metaverso. Lo que lo diferenciará, pues aún no es posible del todo, radicará en la posibilidad de pasar de unos espacios virtuales a otros con el mismo avatar, sin tener que ir cambiando en cada uno de ellos. Los videojue-

⁴ Para una información más completa, remitimos al trabajo de Daniel J. García López «Analítica de la gubernamentalidad universitaria: la producción de la subjetividad jurista académica», en RUIZ RESA, J. D. (ed.), *Las mujeres y las profesiones jurídicas*, Dykinson, 2020, pp. 291-306.

⁵ «No olvidéis jamás que bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados. Estos derechos nunca se dan por adquiridos, debéis permanecer vigilantes toda vuestra vida». Entrevista de Simone de Beauvoir en 1975. Consultable en <https://traficantes.net/actividad/simone-de-beauvoir-y-sus-vidas-posteriores>

gos ofrecen actualmente la experiencia del metaverso más cercana que existe; y los desarrolladores tecnológicos han superado los límites de lo que es un juego mediante la organización de eventos dentro del juego y la creación de economías y espacios virtuales. Sirva como ejemplo decir que la empresa Inditex, en concreto Zara, ha desarrollado para 2022 y 2023 una nueva colección cápsula que aspira a extender los límites tradicionalmente relacionados con la identidad y la personalidad única. De hecho, el título de la colección se denomina «Mi otro yo en otro universo». Esto implica el desarrollo de diferentes prendas tanto físicas como digitales, y el acceso se produciría a través de gafas RV. El lanzamiento autónomo de este nuevo producto a través de una empresa implantada en gran parte del mundo, y que siguen la mayor parte de las personas jóvenes y menos jóvenes, tras un primer ensayo en colaboración con empresas coreanas, desvela la importancia que tendrá en el futuro este otro universo digital. Ídem en el mundo de la belleza y productos cosméticos⁶ de altísima calidad. Quien disponga de las gafas de realidad virtual, creará que está tocando el producto físico. Si a esta realidad, le sumamos la descontextualización de la identidad y la personalidad humana, ligada al hecho de nuevos discursos que promueven la libertad de elección de la identidad sexual, rompiendo la diferencia física humana entre mujeres y hombres, claramente estamos redefiniendo los límites sobre lo real, y hasta cierto punto entre lo digital y lo físico.

La descontextualización de los límites cognitivos y teóricos respecto al mundo físico, a la hora de determinar lo real y lo controlable jurídicamente a nivel humano, imitando lo ya realizado a nivel financiero y económico, nos obliga a revisar nuestros marcos teóricos y a exponer los riesgos que este tipo de planteamientos tiene a nivel político-jurídico. Si en el siglo pasado preocupaba conocer el impacto que las ideologías tenían a nivel individual y social, y hasta qué punto debíamos tomarlas en consideración a la hora de precisar que es real –concepto esencial a la hora de teorizar sobre la función y el contenido de la ciencia jurídica–, hoy la cuestión se ha trasladado a otro nivel, al de diferentes niveles o planos de lo real. Por lo tanto, esto se convierte en una cuestión clave si nos preocupa analizar hasta qué punto pueden los Estados y los diferentes sistemas jurídicos nacionales enfrentarse a su control y regulación, sobre todo porque la desterritorialización tiene como fin la desregulación de amplios sectores estratégicos a nivel individual y social.

Las conexiones entre los diversos mundos, virtuales y físicos, se han vuelto cada vez más habituales, afectando ya hoy a la forma en que los individuos nos vemos y nos representamos y también en cómo percibimos lo real y sus límites. Estas aseveraciones no respon-

⁶ La pionera Nuria Lloret, trabajando por una tecnología inmersiva, diversa y ética, es la responsable de haber trasladado la XI edición de los Premios Belleza Mujer hoy al Metaverso, en una iniciativa pionera dentro del sector en España.

den a un futuro lejano, sino que está más que presente en nuestros días, con apenas reparar en la calle y en las diferentes reuniones de familias o amigos. En éstas es ya habitual ignorar a quienes nos acompañan y mantener una constante interacción con los ausentes. Pareciera que es más fácil relacionarse a través de la tecnología que no directamente. ¿Hasta qué punto esto destruye parte de nuestra humanidad, al percibir al otro siempre como un otro lejano, cómodo en la distancia y fácil de ajustar a nuestros deseos y necesidades, desconectando o conectando a voluntad y creyendo que tenemos el control de las relaciones?

Los dispositivos que usamos para administrar nuestras vidas nos dan acceso a casi cualquier cosa que queramos con tan solo pulsar un botón, incluyendo el acceso al conocimiento. Todo aquello que no encuentra espacio en las redes, parece no existir, hasta el punto de cuestionar qué es en realidad la verdad, o peor aún, que la verdad haya dejado de interesarnos. Hemos dejado de leer periódicos, de leer ensayos críticos, de escuchar tertulias integradas por personas expertas, de asistir a conferencias, limitándonos a conocer lo que ocurre en nuestro país o en el mundo a través de la información puntual y sesgada que nos proporcionan las redes sociales. Unos espacios de conocimiento y comunicación controlados por algoritmos, agencias de comunicación y grupos de presión. Este modelo informativo sensacionalista y catastrofista, no parece ser la vía óptima desde la que enfrentar un análisis serio y riguroso del Derecho o de la Política. Pero no podemos desconocer que es la información con la que actúa y decide gran parte de la población, experta y no experta. Es en este contexto, en el que debemos analizar y evaluar el valor y el impacto del metaverso a nivel jurídico y político y como no, los consecuentes problemas de desregulación que el mismo promueve.

El metaverso se desenvuelve en el marco de una realidad aumentada, en la que cada usuario parece controlar o moverse en lo real a través de un personaje o avatar. En este contexto, nos preguntamos: ¿Somos las y los filósofos del derecho, para los juristas prácticos, una especie de metaverso, por nuestra tendencia a la utopía y a la crítica? Algunos de nuestros colegas de profesión dirían que sí, esgrimiendo argumentos tan paradójicos como que teorizamos fuera de la práctica del Derecho, o del denominado Derecho real; o que, por el contrario, lo hacemos demasiado próximos a los cambios normativos y hechos sociales, llevados por modas jurídico-políticas, construyendo discursos y propuestas al margen del Derecho real. Curiosamente, desde la Tecnología voces más que reconocidas conminan a las y los filósofos y otras profesiones humanistas a participar activamente en esta «nueva realidad» para no permitir volver a recaer en fenómenos peligrosos en internet y redes sociales. En esta línea se posiciona la académica y emprendedora Nuria Lloret cuando asevera: «Tenemos que trabajar la diversidad y para eso tenemos que estar todos muy enfocados a cuestiones que van más allá de lo que es la tecnología. Es

fundamental que nos sentimos representados sin tener que escoger entre parecer un madelman o una tetona»⁷.

Estas críticas y cambios nos llevan a interrogarnos sobre lo que hoy es en Occidente la verdad jurídica, y hasta qué punto la Filosofía del Derecho puede ayudar a su determinación, asegurándonos de que tras los cambios no se escapen los ideales de justicia construidos a lo largo de tres siglos, pilares de la Democracia y el Estado Social y de Derecho.

Sumado a estos cambios tecnológicos, o quizá como consecuencia de ellos, algunos Estados tratan de construir una realidad paralela, más adecuada a los intereses de ciertas élites económicas y políticas. Esta realidad favorece intereses corporativos tanto locales como globales, que nos obligan a volver la mirada a una etapa histórica oscura, que en algunos de sus postulados parece repetirse en la actualidad. Nos referimos a los comienzos del siglo xx en algunos países europeos como fue el caso de Alemania, Italia, o España. Este momento histórico buscaba producir una única verdad frente a la que no cupiera controversia alguna, una nueva objetividad, tal real e intocable que parecía confundirse con postulados científicos. Esta forma de representar lo real y lo objetivo, cognoscible por el líder y lejana a los individuos, tenía como fin eliminar lo que siempre ha caracterizado a los sistemas democráticos y al enfoque filosófico: el debate público y la contra argumentación racional. Ahora lo privado se trata de enfrentar y oponer a lo público, y lo irracional cobra fuerza y valor frente a lo racional y lógico. Este tipo de debates olvida que lo privado queda definido a partir de lo público, y que lo irracional también viene definido por la lógica. Por consiguiente, no se trata de compartimentos extraños sino, por el contrario, fuertemente interconectados y que obligan a analizarlos conjuntamente.

La presunta nueva verdad construida y objetivada se representa, ante las ciudadanías, revestida de una retórica machacona, simple y lineal, cuyo fin es introducirse fácilmente en las mentes de los individuos, presentándose como la verdad que logra poner fin al caos y a la incertidumbre que reina en la realidad política y social actual. Para alcanzar este objetivo, se construyen metáforas reiteradamente repetidas por el líder, quien se reviste de un carisma especial. Mediante estas nuevas narrativas se afirma que solo existe una única visión lúcida, frente a la que cualquier verificación opuesta está llamada al fracaso. Si la verdad y lo racional han perdido credibilidad social, y la cultura y el conocimiento, valor, la cuestión reflexiva exige plantearse cómo podemos enfrentar estos discursos.

Tanto ayer como hoy, a pesar de las diferencias, los cambios que deben acometerse se presentan apoyados y favorecidos por la revolución tecnológica, a través de la creación de una realidad extensiva, capaz de ayudarnos a obtener la lucidez necesaria para liderar la

⁷ LLORET, N., en PIÑÓN, M., «Inmersión total» en *Mujer de hoy*, 2 de diciembre de 2022.

gran transformación social. Esta idea o mantra –reiteradamente repetido a través de los medios– tiene como fin presentar la práctica y el oficio por encima de la teoría; el problema por encima del razonamiento abstracto y la cosa concreta por encima de la idea o el concepto. «De esta manera el conocimiento total del sabio, considerado vía para el perfeccionamiento humano, tanto individual como socialmente considerado, está siendo desplazado en importancia por la suma continua de las más diversas capacidades y destrezas particulares que garanticen la realización eficiente e inmediata de todo tipo de actividad»⁸. Esto sitúa al maestro y a la enseñanza como menos o poco necesaria, exaltando el valor y la relevancia económica y social del aprendizaje y del aprendiz. En este contexto, es fácil entender el eslogan que hasta hace poco se encontraba incluso en las paradas de autobús: la formación permanente es la única formación útil y necesaria para el empleo. Todos somos aprendices. Este nuevo enfoque explica el control que se trata de ejercer sobre su calidad, y también los esfuerzos por desmonopolizarla, dado que ahora el conocimiento es ante todo fuente de ingresos y mercancía de gran valor económico.

Aunque esta fantasía parecía abrir la puerta a un reforzamiento de los sistemas democráticos y de las instituciones en defensa y protección de los derechos individuales, lo cierto es que está sucediendo todo lo contrario. Al alejarnos con el metaverso del mundo físico y natural, del contexto en el que los seres realmente viven y son, y potenciar la desregularización de nuevas realidades y espacios, se corre el riesgo de debilitar una institución jurídica esencial para la ciudadanía, que solo el derecho lleva a cabo a diferencia de otros discursos sociales o políticos, conformar de sujetos de derecho. Si a este dato unimos, la actual dificultad para contrastar información veraz, y para protegernos de noticias falsas, podemos afirmar que existen dificultades para poder adoptar decisiones racionales, y conforme a los intereses de gran parte de la población. Este panorama puede parecer lejano, pero en modo alguno lo es, basta con mirar a China, Esta potencia trata de controlar a través del metaverso la subversión social o política, así como conformar un entorno digital estratégico vinculado con la seguridad nacional, que garantice total control del exterior. El gobierno chino estudia cómo controlar el discurso político y económico en la red. No en vano, China lleva desde 2017 intentando liderar la industria de la Inteligencia Artificial; y anunció una inversión de 126.000 millones de euros, alcanzando en 2017 el control del 57% de las patentes del sector de la inteligencia artificial, contando además con una amplia red de sociedades tecnológicas y de control de la propiedad intelectual en el mundo. En pocas palabras, China con-

⁸ RUIZ RESA, J. D., *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2014, Introducción, p. 11.

sidera al metaverso un sector estratégico, barajando incluso el concepto de fábricas virtuales⁹.

Es lógico ante tal modelo informativo que las personas se sientan en riesgo, y piensen que ha aumentado el caos y la incertidumbre, promoviendo el miedo¹⁰. Si estamos en peligro y en el caos, es lógica la demanda de seguridad por parte de las ciudadanías ¿Cómo puede el Derecho enfrentarse a estos hechos, y en qué medida quienes hacen filosofía del derecho pueden construir propuestas racionales que neutralicen la irracionalidad difundida? Haciendo nuestras las palabras de la insigne Marie Curie: «Nada debe ser temido, solamente comprendido. Ahora es el momento de aprender más, para temer menos». Pensamos que, para enfrentar correctamente estos nuevos retos, quienes hacemos Filosofía del Derecho debemos aceptar la responsabilidad que como investigadores y docentes poseemos en torno al análisis crítico del modelo de ciencia jurídica hegemónico en las facultades de Derecho y en la forma en que el Derecho es enseñado. Sin este análisis es imposible lanzar propuestas futuro.

La teoría kelseniana referida al Estado como único centro de imputación del Derecho y su propuesta de ciencia jurídica, debe ser revisada absolutamente. Hoy existen diferentes puntos de imputación del Derecho y de sujetos normativos, además de hacerse política nacional fuera de los límites del Estado de Derecho, y a veces en contra de los intereses de las ciudadanías nacionales.

Ídem ocurre con las aportaciones de Hart, pues, aunque el carácter normativo del Derecho sigue siendo muy importante a nivel social y político, puede afirmarse que los ataques a la normatividad jurídica no vienen de los tradicionales delincuentes, sino de grupos de presión o

⁹ Bruno Maçães sostiene que en China se trabaja para crear versiones alteradas del mundo real y no tanto para crear a través del metaverso realidades alternativas. Este postulado, unido a sus estrategias geo-económicas, prevé presagiar un cambio de Era a nivel económico y geopolítico. «No hay iniciativa que ilustre mejor las ambiciones chinas que BRI. En ella catalizan sus objetivos internos y externos, económicos y geopolíticos. Propuesta por el presidente Xi en 2013, está definida sobre un doble eje continental (que enlazará China con Europa a través de Asia central) y marítimo (que se extenderá de China al Mediterráneo a través del mar de China Meridional y el Océano Índico). La red resultante englobaría a un total de 65 países que representan el 70 por cien de la población mundial, el 55 por cien del PIB global, y el 75 por cien de las reservas energéticas conocidas. La iniciativa fue presentada por Pekín como respuesta a la necesidad de corregir el déficit en infraestructuras de sus Estados vecinos, y ayudarles, de este modo, a superar uno de los principales obstáculos de su potencial crecimiento. Desde entonces se ha ampliado, para integrar también a América Latina e, incluso, el Ártico. Véanse DELAGE, F., «China y la gobernanza económica global: hacia un orden pluralista», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 21, núm. 42, 2019, pp. 133-155, Universidad de Sevilla; ROLLAND, N., 2017. *China's Eurasian century? Political and strategic implications of the Belt and Road Initiative*, National Bureau of Asian Research, Seattle, 2017; MAÇÃES, B., *Belt and Road: A Chinese world order*, Hurst, Londres, 2018.

¹⁰ Releer el Leviatán nos ayuda a entender muy bien el valor constitutivo del miedo a nivel político.

sectores sociales con poder social o económico, nacionales o internacionales, con suficiente capacidad de influencia y de poder, como para utilizar las leyes en contra de su propio fin y sentido.

Esto nos obliga a establecer una nueva teoría del Derecho, con capacidad para recoger toda la complejidad y niveles de creación del Derecho, que la globalización y la crisis del Estado han producido. Pero este requerimiento solo puede ser abordado por la Filosofía del Derecho reparando en análisis críticos y propuestas utópicas sobre el contenido de la justicia.

¿Hasta qué punto el conocimiento científico en el ámbito de las ciencias sociales está redefiniéndose para lograr dar respuesta más adecuada a las nuevas narrativas sociales, y ofrecer una concepción más cercana a lo que hoy es considerado Derecho real? No parece vislumbrarse en el marco teórico actual un giro radical en ese sentido. En el mundo jurídico parece haberse instalado una actitud de pasividad, opuesto radicalmente a los cambios en curso que en el mundo económico y tecnológico se están operando. Sirva como ejemplo decir que las grandes corporaciones tecnológicas están apostando por un cambio de paradigma y por forzar la construcción de nuevas realidades. Mark Zuckerberg ha mencionado explícitamente sus planes de utilizar un proyecto de metaverso para apoyar el trabajo remoto y mejorar las oportunidades financieras para las personas en los países en desarrollo. La propiedad de Facebook de las redes sociales, la comunicación y las plataformas cripto le dan un buen comienzo, al permitirle combinar todos estos mundos en uno. La descontextualización del mundo financiero y social respecto a la realidad material y física tendrá, por no decir ya tiene, trascendentales efectos en el ámbito jurídico, no solo en la forma en que las subjetividades se percibirán a sí mismas, sino también respecto a la imagen que se tendrá del mundo y de los otros. Si esto está ocurriendo, nos preguntamos, ¿no deben los juristas y más aún quienes hacen Filosofía del Derecho interrogarse sobre las consecuencias que dicho proceso acarreará desde el punto de vista de la justicia?

Aunque el objeto de reflexión de la filosofía del Derecho es el Derecho en sí, desde su creación a su aplicación, la reflexión filosófica no puede caminar de espaldas a estos cambios tecnológicos y geopolíticos. Yual Noah Harari en *Homo Deus*¹¹ asevera que la gente es incapaz de comprender la conexión que existe entre sus problemas y el hecho de que una minoría en el mundo haya acumulado un enorme poder y riqueza, escapando a los sistemas de control tradicionales. El autor sostiene que el mundo va a cambiar radicalmente gracias a los algoritmos, el *big data* y la inteligencia artificial, hasta el punto que en un futuro no muy lejano el mundo no se dividirá entre ricos y pobres, sino entre superhumanos mejorados genéticamente, es decir,

¹¹ HARARI, H. N., *Homo Deus, breve historia del mañana*, Penguin Random House, Madrid, 2016.

humanos útiles, y una enorme masa de seres humanos prescindibles. Quienes puedan pensar que este aserto es exagerado, lo cierto es, que en las últimas décadas se han experimentado cambios trascendentes a nivel biogenético, que afectan incluso a la herencia genética humana y no solo a individuos concretos. Aun cuando estos cambios se presentan como positivos e inocentes en lo que afecta a las graves injusticias sociales –y en parte lo son–, lo cierto es que caminan en los límites de lo considerado justo y correcto¹².

Arropados por los avances tecnológicos y biogenéticos en las bondades que parecen acompañar a la ciencia y a la tecnología, lo cierto es que enfrenta a la ética y al Derecho a nuevos desafíos. Debemos ser precavidos respecto a los discursos que solo exaltan las bondades del cambio, pues recordemos que no hace mucho, la globalización económica se presentaba como un proceso que daría comienzo a una nueva era donde la igualdad y la no discriminación

¹² «Por ejemplo si una persona vulnerable de un país en vías de desarrollo necesita un medicamento, es probable que una de las pocas opciones para acceder al mismo sea aceptar un contrato de explotación con una poderosa empresa farmacéutica (Pogge, 2003). Por este motivo estamos convencidos que la realización y regulación de esos contratos abusivos no debería quedar en manos de individuos vulnerables y grandes empresas. Pues consideramos que es el Estado quien debe regular los contratos e impedir aquellos que posean un carácter explotador, posibilitando otras alternativas para los ciudadanos que atraviesan dificultades de salud. Desde este posicionamiento, deviene necesaria una prestación pública de salud con alta calidad, de modo que todo ciudadano acceda a medicamentos y tratamientos en un contexto que esté acompañado de un mejoramiento en el ámbito social, laboral, educativo y económico. Por consiguiente, éstos no quedarían únicamente en manos privadas, de manera que disminuiría el riesgo de ser utilizados para comerciar con las necesidades de los vulnerables. Esto último, se refiere a los Estados pobres de países en vías de desarrollo donde existen injusticias y desigualdades muy marcadas, pero los Estados de países desarrollados también deberían replantear su posicionamiento con respecto a esos contratos de explotación, porque tienen una capacidad mayor para actuar y abogar por la justicia de los seres humanos. Si existen injusticias y no hacen nada para evitarlo, son cómplices de esa situación. Por ende, mientras exista un aprovechamiento de la vulnerabilidad de otras personas, la injusticia y sus trágicos aspectos rondarán también en los países desarrollados, porque todos vivimos en el mismo planeta y las consecuencias siempre llegan hasta el lugar más recóndito. A su vez en los países desarrollados y en vías de desarrollo deberían funcionar instituciones gubernamentales y no gubernamentales que protejan a las personas vulnerables y pongan límites a las ansias de los grandes laboratorios de realizar investigaciones que persiguen sus propios intereses. Por su parte, las Universidades y los Comités de Ética deberían levantar su voz para plantear sus posiciones respecto de esos contratos explotadores, pues tienen la capacidad y responsabilidad de hacerlo. Por supuesto, no sería lógico dejar de lado a los poderes judiciales, legislativos y ejecutivos que conforman los Estados, con su correspondiente responsabilidad por lo sucedido y por lo que sucederá. Tampoco nos podemos olvidar del rol que deberían jugar los organismos internacionales y multilaterales. Todos esos organismos y personas que los componen tienen la obligación de analizar y tomar una posición clara respecto de los contratos de explotación mutuamente beneficiosos y voluntarios, de lo contrario corremos el riesgo de cometer graves injusticias que lastiman al género humano de una forma irreparable». STERN, L., «¿Contratos de explotación mutuamente beneficiosos? Abuso de poder, personas vulnerables y grandes laboratorios farmacéuticos», *Rev Bio y Der.*, 55, pp. 75-89, pp. 87-88.

sería una realidad. El optimismo fue tal que «La Declaración del Milenio del año 2000», afirmaba: «Estamos decididos a establecer una paz justa y duradera en todo el mundo, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta. Reafirmamos nuestra determinación de apoyar todos los esfuerzos encaminados a hacer respetar la igualdad soberana de todos los Estados, el respeto de su integridad territorial e independencia política; la solución de los conflictos por medios pacíficos y en consonancia con los principios de la justicia y del derecho internacional; el derecho de libre determinación de los pueblos que siguen sometidos a la dominación colonial y la ocupación extranjera; la no injerencia en los asuntos internos de los Estados; el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; el respeto de la igualdad de derechos de todos, sin distinciones por motivo de raza, sexo, idioma o religión, y la cooperación internacional para resolver los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario». Esta euforia y optimismo hoy resultaría imposible de sostener. Pero en aquel momento ya existían voces críticas que alertaban de los riesgos de una globalización liderada por la Organización mundial del comercio. El fin de los aranceles y de las diferentes medidas de control de los Estados con respecto a sus economías, unido a la privatización de todos los bienes y servicios básicos para la subsistencia, lejos de fomentar la igualdad y la no discriminación económica predicada sirvió para conformar las condiciones geopolíticas y de monopolio financiero que hoy sufrimos.

Frente a esta realidad compleja nos basta con recuperar las propuestas que realizaba León Duguit el siglo pasado, recordando el programa metodológico que sistematizara Emile Durkheim en sus *Règles de la méthode sociologique*: «Observar y constatar hechos: luego, tratar de determinar las leyes, es decir, las relaciones fijas que unen estos hechos en su orden de sucesión y en su orden de coexistencia; tratar, en fin, de predecir, con ayuda de las leyes, los hechos del futuro, tal es, brevemente, el objeto de estos estudios, tal debe ser el método». ¿Por qué los juristas abandonaron muy pronto el interés por la metodología a diferencia de otras ciencias sociales? Véronique Champeil-Desplats sostiene que este desinterés descansa en el acceso del jurista teórico a una literatura extranjera diversa y a la aparición de estudios transversales por la complejidad actual de los problemas jurídicos. La bioética, los problemas medioambientales, las nuevas tecnologías de la información, la ciberseguridad, las células madre, la inseminación artificial, entre un largo etcétera, no pueden analizarse exclusivamente desde los estrechos límites que marca el sistema jurídico. La complejidad de los problemas jurídicos obliga a desarrollar novedosas reflexiones –o no tan novedosas–, introducir la perspectiva de género,

análisis económicos del derecho, perspectivas transdisciplinares¹³, entre otras. Las reflexiones hoy en torno a los métodos de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho están discutiendo en una doble dirección: por una parte, se analiza al pasado para tomar perspectiva y observar los parecidos con otros momentos históricos de cambio; y por otra, se recurre al análisis de derecho comparado¹⁴. Aunque no podemos desconocer que ambas líneas de trabajo nos aportan información valiosa, creemos que no es suficiente. El contexto actual exige un gran esfuerzo creativo. No basta con superar los límites de las disciplinas, ni siquiera de las distintas áreas de conocimiento. Las realidades y contextos que está creando el metaverso a nivel económico, social y político-jurídico, nos obliga a pensar de otra manera, a crear otros sistemas de regulación y de control, a trabajar con diferentes planos y niveles a la vez. Y para ello es imprescindible centrar nuestra atención en las cuestiones metodológicas, y en la urgencia de un nuevo modelo de ciencia jurídica. Las viejas herramientas no sirven, estamos hablando de categorías, conceptos, definiciones. No podemos hacer frente a las demandas de especialización y tecnificación o esclarecimiento epistemológico, definiendo, como hoy lo hacemos, qué es una norma, el sistema jurídico, el sistema de fuentes y las teorías de la interpretación, para pasar a los caracteres de la democracia y el contenido de los derechos humanos.

Si a la globalización económica unimos un nuevo modelo científico que parece converger en torno a la idea de que los organismos, incluido el ser humano, no son más que algoritmos y que la vida es procesamiento de datos, es fácil afirmar que los algoritmos nos conocen mejor que nosotros mismos, y por consiguiente sería razonable dejar nuestro futuro en sus manos. La respuesta de Harari camina en esta dirección, es más entiende que el futuro será así, aun cuando no lo deseemos. La misma percepción tiene Mary Beard, experta investigadora en el mundo clásico, quien sostiene que el poder de la élite digital actual es un poder incontestable que no rinde cuentas ante nadie, algo que no pasaba ni tan siquiera en Roma en la etapa de los Césares. Si no tenemos experiencia de un poder tan desregularizado y global, deberíamos estar construyendo nuevas teorías y enfoques¹⁵. La globalización económica, cultural y digital ha conformado un poder superior amorfo y

¹³ El concepto de transdisciplinariedad desarrollado por Johan Galtung en el marco de los estudios sobre la paz y los conflictos implica un enfoque complejo del problema al exigirse tener al mismo tiempo una mirada generalista y especialista. Esto es, el especialista debe conocer las máximas informaciones posibles desarrolladas por otras disciplinas respecto al objeto de su reflexión y a partir de esa mirada amplia añadir su propia aportación.

¹⁴ CHAMPEIL-DESPLATS, V., «Las cuestiones de método y los juristas franceses», en RUIZ RESA, J. D., *Política, Economía y Método en la investigación y aprendizaje del Derecho*, Dykinson, 2014, pp. 111-117.

¹⁵ Entrevista de Carlos Manuel Sánchez a Mary Beard sobre la antigüedad a la luz de nuestra época, XL Semanal, 1817, Del 21 al 27 de agosto de 2022, p. 32.

desregularizado, al que es difícil enfrentarse, pero al que hay que controlar y regular si se quieren seguir manteniendo los Estados de Derecho y las democracias, aunque deban ser reformulados. En todo este proceso de análisis y reflexión, el Derecho tiene un papel esencial y en su seno la Filosofía del Derecho resulta ineludible.

3. CAMBIOS EXPERIMENTADOS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Hace ya algunas décadas que se vienen observando cambios relevantes en las estructuras lógico-formales de los diferentes Derechos y en la conformación de nuevas técnicas legislativas¹⁶. Esta situación nos lleva a interrogarnos sobre qué puede aportar la Filosofía del Derecho al mundo jurídico, y en qué medida sus distintos análisis pueden ayudar a los juristas prácticos. Creemos que a la Filosofía del Derecho le corresponde preparar a los juristas para la evolución en curso en el Derecho y en el Estado, ofreciéndoles una mirada compleja sobre la funcionalidad actual del Derecho, y para aportarles los recursos pertinentes con los que hacer frente a las nuevas representaciones de lo real ante las que el Derecho se enfrentará. Si el fin del Derecho es la justicia, y el eje central de la justicia constitucional lo conforman los principios y valores declarados y protegidos como esenciales para la convivencia en democracia y la protección de los derechos individuales, entonces las y los Filósofos deberán enfrentarse al desafío de comprobar hasta qué punto la legislación ordinaria se distancia de estos principios y valores, y cómo la concepción objetivada y construida sobre lo real favorece esta distancia.

A los datos expuestos debemos añadir las nuevas construcciones que se están desarrollando por ciertos colectivos sociales sobre un nuevo concepto de autodeterminación ligado al cuerpo y no a las instituciones jurídico-políticas. Quienes valoran positivamente este giro en la demanda política y jurídica sostienen que existe una reapropiación de las instituciones a través de los cuerpos, alegando que no nos encontramos ante un nuevo individualismo, sino ante una re-significación de las viejas clases sociales. Anne Doujin¹⁷ analiza estas nuevas teorizaciones y distin-

¹⁶ Al respecto remitimos al monográfico núm. 47, de 2013, que *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* dedicó a ello, bajo el título Ciencia de la Legislación. En torno al impacto normativo y argumentos económicos remitimos al artículo de Mercado, P; así como a Gil Ruiz, J. M., en lo referente al impacto normativo y género.

¹⁷ «On ne peut manquer de voir un paradoxe à l'affirmation croissante du corps dans les identités politiques, à l'heure où la traditionnelle métaphore organiciste du «corps social» paraît moins adaptée que jamais à des sociétés atomisées, travaillées par des phénomènes centrifuges de tous ordres. Faut-il voir dans l'affirmation des corps individuels et incarnés l'ultime étape d'une désaffiliation des individus par rapport aux institutions? Une autre hypothèse serait que nous sommes arrivés au bout d'un cycle de

que en el argumentario político actual distintas formas de presentar los cuerpos: como cuerpo comprometido, cuerpo abusado y cuerpo elegido. A partir de esta reflexión, Daniel Innerarity, nos habla del cuerpo en democracia, sosteniendo que: «El cuerpo en una democracia es un nuevo campo de batalla que nos proporciona la ocasión de volver a pensar conceptos políticos tan importantes como la libertad, el poder o la representación»¹⁸, a lo que nosotras añadiríamos también conceptos jurídicos, ante la constatación de que algunos de los debates más relevantes en el ámbito de los derechos y las obligaciones del Estado se están produciendo en el contexto de la identidad corporal.

Una de las consecuencias más preocupantes de los cambios expuestos es que la frontera entre el mundo real y el virtual o el mundo deseado se hace cada vez más difusa y porosa, tanto a nivel individual como social¹⁹. Las redes sociales invaden nuestro día a día, hasta el

mondialisation libérale, de déterritorialisation de notre rapport au monde et de «gouvernance par les nombres», qui en ignorant les corps a participé de la crise de la représentation que nous traversons. L'affirmation du corps à laquelle nous assistons est peut-être l'esquisse d'une nouvelle frontière politique, première étape d'une réappropriation des institutions, à partir de corps retrouvés. Des corps émancipés capables de se rassembler pour l'action collective, ouverts à l'espoir d'une vie meilleure à construire et partager. L'avenir dira si cette hypothèse était décidément trop optimiste». DOUJIN, A., «Faire corps», Introduction, *Esprit*, Juillet/Août 2022.

¹⁸ INNERARITY, D., «El cuerpo en una democracia», *El País*, 15 de agosto de 2022, p. 9.

¹⁹ Informe *El metaverso y el alma: viaje al próximo desafío del Turismo*, SEGITUR y Turium, presentado el pasado 21 julio 2022, sostiene que se acerca un fenómeno tecnológico que podría llegar a transformar la realidad actual a la hora de afrontar nuestro mundo: el metaverso. Este informe desde una mirada multidisciplinar, profundiza en la próxima revolución tecnológica. El catedrático en filosofía Fernando Broncano (Carlos III), los neurocientíficos David Bueno y Diego Redolar (UAB), el antropólogo Pablo Mondragón, el tecnólogo David Vivancos y los profesores universitarios de Diseño de videojuegos, David Alonso y Sergio Reyes (ESNE) han sido los autores del informe. Sus reflexiones dan forma a un estudio sobre cómo puede llegar a afectar al ser humano y a la sociedad el uso de los metaversos y su impacto en el sector turístico. Según diversas investigaciones, en el año 2025, el 25% de la población pasará en el metaverso más de una hora diaria. La preocupación por adaptar el sector turístico y de viajes a esta nueva realidad, dada la relevancia económica que tiene en España, pone de relieve su transcendencia. En la presentación David Bueno, Doctor en Biología y director de la Cátedra de Neuroeducación UB-EDU1st de la Universidad de Barcelona, sentó las bases de lo que el metaverso significa para el cerebro humano. David Vivancos, emprendedor y especialista en Inteligencia Artificial; Rebeca Cordero, profesora Titular en Sociología Aplicada de la Universidad Europea; Sergio Reyes, responsable de acciones especiales en el área de Videojuegos de ESNE y doctorando sobre el metaverso y José Ignacio Conde, director de Negocio de Bravent, todos destacan en su informe, que no es una tecnología pasajera que vaya a desaparecer». McKinsey dice que en 2022 se han invertido más de 120 billones de dólares y en 2030 serán 5 trillones de dólares. Hay creadores de dispositivos, de contenidos... muchas empresas invirtiendo para hacerlo más usable y más sencillo, el campo de desarrollo es enorme y hay muchas facetas en las que avanzar». Para Rebeca Cordero, «la evolución tecnológica hasta ahora afectaba a uno o dos aspectos sociales, el metaverso tiene una dimensión global que afecta a todo». Según la socióloga, además, «profundiza en la relación del individuo con la máquina». Si el impacto es de estas dimensiones, el juris-

punto –como referíamos al inicio– de pasar gran cantidad de tiempo interactuando en ellas con personas lejanas y, en ocasiones, mucho más que lo hacemos con las personas con quienes convivimos y trabajamos. Estas formas mediadas de relación, si bien tienen efectos muy positivos, también tienen el riesgo de llevarnos a insertar elementos virtuales en el mundo real, conformando una realidad aumentada o construida que, en ocasiones, la tecnología nos presenta como realidad mejorada. Pero ¿es así en realidad?

Las crecientes incursiones en el mundo virtual demuestran nuestras dependencias de él, y hace previsible que el metaverso se instale en la vida individual y social, eliminando definitivamente las barreras entre lo real y lo virtual. De hecho, esto ya está sucediendo en ciertas parcelas de interacción económica y financiera. Por este motivo debemos plantearnos de cara al futuro si las viejas cuestiones de comienzos del siglo xx sobre qué es lo real y cómo accedemos al conocimiento de esa realidad deben ser nuestra prioridad de nuevo.

Si nos enfrentaremos a una realidad incrementada, resultado de la interacción entre lo calificado como real y lo virtual, cómo podrá el Derecho afrontar estos nuevos contextos, como podrá regularlos, y qué límites tendrá el sistema jurídico actual para corregir las tensiones que lo virtual genere sobre lo real²⁰. En otras palabras, qué modelo de ciencia jurídica se debe de estar construyendo ya, y qué propuestas puede desarrollar la Filosofía del Derecho como teoría crítica e utópica, para adecuarse a los cambios en curso. Las transformaciones tecnológicas a las que asistimos, promoverán transformaciones radicales en el contenido del Derecho, y alterarán los principios con los que se había conformado el Derecho moderno, y construido el ideal de justicia social.

Las grandes inversiones por parte de las más influyentes agencias tecnológicas y poderosos fondos de inversión²¹ hacen presagiar que los

ta que reflexiona sobre el fin del Derecho, no puede mantenerse al margen de estos debates. Accesible en https://www.segittur.es/sala-de-prensa/informes/informe_metaverso_alma_viaje_proximo_desafio_turismo/

²⁰ Para Fernando Broncano, catedrático de Filosofía de la ciencia, el Estado está perdiendo su soberanía tecnológica. A este profesor le preocupa la pérdida de cohesión social que el metaverso genera, así como el impacto que lo virtual tendrá sobre la salud mental de la ciudadanía, dado que el cerebro no tiene capacidad para realizar varias funciones a la vez. ¿Sobre qué tiempo de vida intervendrá más lo virtual? Nos tememos que, sobre todos los tiempos, pero lo más negativo es que acabará eliminando el tiempo de silencio y la reflexión, lo que es tanto como decir que se verá aún más reducido el tiempo para informarse, reflexionar y decidir, desde la ausencia de ruido externo. Puede consultarse en *Ideal*, 22 de julio de 2022, p. 51.

²¹ El poderosísimo fondo de inversión Blackrock está desarrollando recomendaciones para promover la inversión sobre el metaverso. Una vez que se desarrollen los dispositivos informáticos «llegará la oportunidad para nuevos servicios y programas que empiecen a dar forma al metaverso». En esta fase, las empresas de vídeos por internet y las de juegos electrónicos pueden tener un papel muy importante.

La siguiente fase sería la apuesta decidida de marcas de lujo por estos desarrollos digitales. Los expertos de BlackRock recuerdan que hace solo unas semanas Gucci vendió un bolso virtual en la plataforma Roblox por 4.000 dólares. Hay otras platafor-

cambios no están lejanos, aunque el metaverso global aún parezca estarlo. «La empresa creadora de Fortnite o de Roblox anunció el 13 de abril de 2021 una inversión de cerca de mil millones de dólares para la construcción de una «visión a largo plazo del metaverso». Esta inyección permitirá a la compañía desarrollar de forma más profunda las experiencias sociales que implica el metaverso. Incluso Sony Group Corporation ha contribuido a la causa con una inversión adicional de doscientos millones para entrar de lleno en el proyecto y aportar tanto su tecnología como sus vías de entretenimiento; y Mark Zuckerberg se hizo con la empresa Oculus, especializada en gafas de realidad virtual. Desde ese momento, la compañía ha desarrollado diversas iniciativas dirigidas a la creación de un metaverso. De hecho, uno de los proyectos más avanzados es Facebook Horizon, un videojuego *online* que permite al usuario crear sus propios avatares e interactuar con objetos gracias a dichas gafas. En 2021, Facebook anunció la creación de 10.000 empleos en Europa durante los próximos cinco años para desarrollar el metaverso²². Que esta realidad aumentada encierra importantes riesgos y tensiones, no es difícil de prever, sirva como ejemplo decir que tales medidas ya están produciendo víctimas en el propio seno del propio liderazgo tecnológico. Sheryl Sandberg mano derecha, durante 14 años, de Mark Zuckerberg, y la mujer más poderosa del sector tecnológico, considerada por algunos el rostro humano de uno de los grandes gigantes tecnológicos ha abandonado recientemente dicha colaboración, y aunque se alegaron cuestiones de carácter personal, lo cierto es que las tensiones sobre la moderación de los contenidos parece ser el detonante real de esta salida y búsqueda de nuevas vías de negocio y liderazgo económico.

4. ¿QUÉ MODELO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO NECESITAMOS?

El valor de la disciplina Filosofía del derecho tanto ayer como hoy es el mismo, solo que sus tradicionales funciones analíticas, críticas e utópicas como saber meta-jurídico que es, se han visto fuertemente complejizadas a

mas de juegos, como League of Legends o Animal Crossing que reúnen cada día a millones de jugadores que interactúan entre sí. «Estamos viendo cómo hay compañías de citas por internet que están lanzando aplicaciones de realidad virtual; cómo hay eventos y conciertos que se hacen directamente en la web; cómo se venden a los seguidores merchandising virtual. Y cómo las grandes marcas se están ya anunciando en mundos virtuales y plataformas de juego». «Para la gran gestora, aquellas empresas que inviertan de forma decidida en comercio electrónico, serán capaces de afianzar liderazgo». Accesible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/01/27/fondos_y_planes/1643279877_759070.html

²² Iberdrola.com/innovacion/metaverso, se hace eco de todos estos cambios y anuncia transformaciones importantes en sectores tales como el trabajo, la socialización, el ocio, la observación y las compras.

la luz de lo ya expuesto. No pretendemos en ningún caso en este apartado, pormenorizar cada una de las aportaciones del profesorado de Filosofía del Derecho, aunque sí englobar algunas de los posicionamientos más detectables en torno a esta problemática.

En esta línea, algunos profesores de Filosofía del Derecho, privada o públicamente, lamentan que la disciplina «se haya vuelto (¿o siempre fue así?) algo chabacana, cómplice a menudo de los poderosos, rehén de modas, dada a poses y puede que un poco bobalicona, bastante simple, inane sin darse cuenta y, sobre todo, propensa a echarse en brazos de variados buscavidas y pescadores de río revuelto, de señoritos con ínfulas y de mandamases con chequera o subvención oficial u oficiosa». Estas palabras del profesor García Amado, serían respaldadas por una parte significativa de la disciplina añorando etapas anteriores en la que el liderazgo académico y los debates teóricos estaban más centralizados. De este modo, añade: «Pero no estoy siendo justo al contraponer con tanta simpleza los dos bandos, el de los iushumanistas y el de los analíticos. En primer lugar, porque habría que ampliar la clasificación para incluir a los «críticos», que no sé exactamente quiénes serían²³, pero que seguro que hay y algo criticarán cuando toque criticar y no se castigue por ello; y también a los iusnaturalistas de toda la vida, vayan o no de camuflaje. En segundo lugar, porque convendría reservar un amplio y especial apartado para los inclasificables, que ocuparían el mayor espacio dentro del grupo. En tercer lugar, porque los mismos iushumanistas merecerían ser subclasificados en apocalípticos (pocos y, por lo general, con bajo perfil en el escalafón) y los integrados o dispuestos a integrarse en cuanto les pinten oros. Y, en cuarto lugar y muy relevante, porque los analíticos propiamente dichos o de toda la vida cada vez son menos, pues muchos de los que ahí se alistaban se están pasando a la enésima reunificación de Derecho y moral y al principalismo, si bien tienen reparos en romper amarras con sus anteriores inspiradores y, para no confesarse derrotados, suelen acogerse a aquel postrero artículo de Alchourrón sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas».

Esta argumentación le sirve para sostener que, en su opinión, el modelo de la buena iusfilósofa/o debe partir de: «el Derecho de todos los días y arrancar de él en nuestras disertaciones es, a mi modo de ver, el ideal»²⁴. Se pregunta ¿Y no queda sitio para examinar también la justicia o moralidad de las normas del Derecho positivo? «Por supuesto que sí, y también para hacer análisis económico de las mismas o crítica textual y análisis del discurso, o semiótica jurídica y tantas cosas

²³ Esta afirmación viene a constatar la tendencia existente en la Filosofía del Derecho de leer y analizar solo a quienes comparten una determinada visión de la disciplina; tendencia también extrapolable a otras áreas de conocimiento, centradas en la lectura parcial y sectorial de lo que solo su saber aporta.

²⁴ GARCÍA AMADO, J. A., «La Filosofía del Derecho en España hoy: un balance pesimista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), pp. 523-538.

más. Pero lo primero es lo primero y, lo complementario, aun teniendo su relieve, no puede desplazar a lo central»²⁵.

Estos argumentos podrían llevarnos a pensar que es posible analizar el Derecho de todos los días, descontextualizado. Sin embargo, curiosamente estas debilidades son precisamente para nosotras, el potencial de la Filosofía del derecho hoy, con sus luces y sus sombras. Si el Derecho tiene como fin la justicia y ésta es indisoluble de los cambios sociales, entonces el Derecho tanto en su redacción como en su aplicación no puede ser analizado al margen de la evolución experimentada en los diferentes niveles de lo real, ni tampoco desconectado de los cambios sufridos en las últimas décadas en el desarrollo del discurso de los derechos humanos que sirve de base ética al Derecho a la hora de concretar a nivel político y jurídico qué se considera justo.

Estas afirmaciones le llevan a sostener que «Tenemos que hacer y enseñar, antes que nada, teoría de las normas jurídicas, identificándolas y diferenciándolas por sus notas estructurales. Esa teoría de las normas, además, ha de pasar el test de su contraste con la realidad y de su utilidad práctica: ha de servir para diferenciar por sus atributos (no por nuestro gusto o nuestro juicio moral sobre ellas) las normas que se contienen en cualquier cuerpo jurídico y ha de poder verse qué consecuencias prácticas se desprenden de que la norma en cuestión sea de una clase o de otra. Y luego, ciertamente, hemos de pararnos a examinar en qué se diferencian las normas jurídicas de las de otros órdenes. Pero no como disculpa para dedicarnos a las de otros órdenes que nos sean más gratos o nos procuren atajos para nuestra personal salvación, sino haciendo seriamente teoría de la validez y la eficacia de las normas jurídicas; (...) debería darnos qué pensar el hecho de que en la literatura jurídica actual la mejor teoría de las normas la estén haciendo algunos administrativistas, el mejor análisis económico del Derecho algunos civilistas, la mejor teoría del sistema jurídico unos pocos constitucionalistas, de la mano de unos cuantos internacionalistas, y la mejor doctrina sobre los postulados políticos y morales del Estado de Derecho la hallemos en los escritos de más de cuatro penalistas. (...) En cuestión de pocas décadas desaparecerán de nuestras universidades las disciplinas o áreas jurídicas tal y como hoy las conocemos. Serán los historiadores los que recuerden que hubo un tiempo, relativamente largo, en el que el filósofo del Derecho se diferenciaba y estaba separado del constitucionalista, el civilista o el internacionalista. Será bueno que se rompan ciertos moldes artificiales y dañinos para la comprensión completa de lo jurídico, pero es de temer que lo que venga sea todavía más triste: profesores generalistas a los que se hace explicar cualquier cosa a cambio de no exigirles que sepan en particular de nada y a los que se acredita o se asciende con tal de que hayan presentado unos cuantos “paneles” en congresos

²⁵ *Ibidem*, p. 535.

sobre gastronomía de género o robótica global y de que hayan acumulado un montón de diplomas firmados por pícaros pedagogos en lujosos gabinetes a la derecha del padre rector. Puede ser que dentro de un tiempo se recuerde como una época dorada éste de nuestra Filosofía del Derecho actual, que aquí he dibujado con trazos grises»²⁶. Tras este análisis realizado hace más de una década, se observa ante todo la preocupación por la disolución de una disciplina que desde el siglo XIX se ha demostrado esencial para la formación de cualquier jurista.

Frente a esta visión, encontramos otra bien distinta, la que refiere y resume recientemente Muñiz²⁷ que le lleva a sostener que «la filosofía del Derecho estudia cosmovisiones de lo jurídico, con lo que intenta ofrecer una visión global del fenómeno jurídico, incluyendo sus diversas dimensiones (institucional, normativa, social, moral, etc.). En este sentido, la filosofía del Derecho responde a tres grandes preguntas: ¿Qué es el Derecho? ¿Cómo debería ser? ¿Cómo lo conocemos? Por su parte, las distintas escuelas iusfilosóficas –el iusnaturalismo, el positivismo, las escuelas marxistas, la teoría de los sistemas, visiones analíticas y semiológicas, estructuralismo o las teorías de la argumentación entre otras– vienen a construir un modelo jurídico ideal para su propia visión de la sociedad y en base a sus propias categorías. Así pues, cada gran maestro manifiesta su singular cosmovisión, en ocasiones contradictorias, pero igualmente sugerentes y llenas de potencial. (...) En la definición de las fronteras de la filosofía del Derecho es necesario tener en cuenta su íntima relación con la sociología, la filosofía moral, la filosofía política y la ciencia jurídica en sí, siendo la configuración teórica que fundamenta la acción de esta última en su estudio, interpretación y sistematización del sistema jurídico. En definitiva, la filosofía del Derecho busca analizar, conocer y ofrecer un conocimiento pleno del Derecho, reflexionando y elaborando los conceptos de los que van a beber las distintas disciplinas jurídicas que abordan aspectos concretos del sistema jurídico con el objetivo de dar unidad y coherencia a toda la estructura».

Desde este enfoque más complejo las ramas de la filosofía del Derecho son: la hermenéutica, la cual implica la interpretación del texto jurídico y la lógica jurídica. La axiología centrada en el estudio de los valores claves para el derecho contemporáneo como son la justicia, la igualdad o la libertad (valores constitucionales en España), enlazando directamente con el ámbito de los derechos humanos (preguntándose sobre su carácter universal o relativo), materia en la que el derecho se relaciona con lo ético y lo moral. La gnoseología jurídica, también denominada «ontología jurídica» o

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ MUÑIZ, J. C., «La filosofía del Derecho: claves e implicación en el marco normativo», accesible en <https://www.unir.net/derecho/revista/filosofia-del-derecho/>

«teoría fundamental del derecho», se centra en el estudio de la esencia del Derecho y su fundamento, lo que permite diferenciar entre el ser y el deber ser del derecho, y en la cristalización de los valores como principios jurídicos universales. Este enfoque aspira a desentrañar la esencia de lo que es Derecho y los valores que lo conforman. Muy vinculada a la epistemología, o teoría del conocimiento jurídico científico, se encuentra la denominada Teoría del Estado, asignatura asignada al área de Filosofía del Derecho. La teoría del Estado se detiene en el estudio de los fundamentos políticos del Derecho, dado que vivimos en Estados de Derecho, analizando la naturaleza del pacto social y de sus acuerdos para desvelar los límites impuestos desde el plano constituyente a quienes deben legislar. El análisis de conceptos tales como norma, validez, eficacia, coacción, soberanía o persona surgen a su vez teorías diversas distintas sobre, por ejemplo, la justicia.

«Cada una de estas ramas [continúa Muñiz] son diversos modos en los que el pensamiento filosófico influye en el Derecho y, a su vez, el Derecho influye en el ámbito filosófico hasta el punto en el que la historia de la filosofía y las religiones se refleja en el ámbito jurídico en todas las tradiciones culturales. En términos generales, podemos decir que la filosofía del Derecho estudia diferentes visiones (en distintos autores) sobre los problemas y retos que afronta el Derecho y la definición de los conceptos jurídicos fundamentales. A partir de estos estudios, se alcanzan categorías universales que, cuando coinciden con las convicciones de la sociedad, se ven transformadas, positivadas, en normas específicas. De tal forma, la Filosofía del Derecho se convierte en un auténtico motor de transformación del Derecho y su función, objetivos y fundamento en la sociedad que rige. Permite proponer sistemas jurídicos que sean capaces de responder a las necesidades de la sociedad de cada tiempo, criticar las normas ineficaces y su conexión con las convicciones íntimas mayoritarias de la sociedad. Permite determinar en la práctica jurídica los valores protegidos por la norma en su aspiración ideal y, por ello, permite evaluar si la norma es adecuada para garantizar el fin que pretende perseguir siendo herramienta imprescindible en la interpretación jurídica. (...) En definitiva, la filosofía del Derecho es la disciplina jurídica llamada a afrontar en primer lugar el reto de la lucha por aquello que debe ser derecho o, en palabras de Ihering, el “sentimiento jurídico ideal”, puesto que “todo hombre que se encoleriza y que siente indignación moral al ver cómo el derecho se supedita a la arbitrariedad, lo posee sin duda alguna”²⁸. Comprender la interrelación entre la filosofía y el Derecho permite la comprensión holística del Derecho, su función social de protección del débil y en la persecución del inalcanzable ideal de

²⁸ VON JHERING, R., *La lucha por el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 91.

la justicia perfecta. Un ideal que todo jurista debe perseguir, aunque sea inalcanzable, porque de no aspirar a él se caería en la mayor injusticia imaginable».²⁹

Hemos entendido conveniente partir de estas largas citas, que quizás resumen el parecer de buena parte de la academia –sin entrar en particularizaciones–, para desvelar las formas diferentes de entender y comprender la Filosofía del Derecho, y los debates que –en su riqueza y disidencia– se producen en su interior. No en vano, como constataba Delgado Pinto, cuando se reflexiona sobre el sentido y el contenido de la filosofía, lo importante no es ser novedoso, de hecho la mayor parte de las citas se reiteran de una u otra forma sobre las funciones esenciales de la filosofía del Derecho, sino en que sea capaz de responder a los problemas reales³⁰. Así, como bien extracta Bastida³¹ desde los planteamientos «científicos» que conciben la Filosofía del Derecho como el resultado de la aplicación de un método analítico, hasta la contemplación de la Filosofía como disciplina abierta en la que todo cabe, a condición de partir del llamado espíritu crítico, podemos hallar una exuberante gama de posibilidades que más nos hablan de desconcierto teórico y «perplejidad compartida»³² que de pluralidad de miras. En palabras de A. Ollero, «si realizáramos un inventario de lo que por vía oral o escrita se ha acogido bajo tal rótulo [Filosofía del Derecho], nos encontraríamos con una mezcolanza enciclopédica difícilmente delimitable»³³. La constante reflexión que, según E. Opocher³⁴, realiza la Filosofía del Derecho sobre su quehacer, autopresentándose de forma problemática, no parece según Bastida Freixedo que conduzca a resultados mínimamente satisfactorios, «a no ser que nos contentemos con la mixtificación propia de una disciplina construida por materiales residuales. Tal parece ser la actitud de Laporta, Hierro y Zapatero, quienes, refiriéndose al «cajón de sastre» –¿desastre?– en el que se ha convertido la Filosofía del Derecho nos dicen: «no parece que haya, además, razón alguna que exija rechazar indignados tal calificativo, y pretender una posición indiscutiblemente sustantiva y diferenciada para la filosofía, y para la filosofía jurídica, como no fueran de simple

²⁹ MUÑIZ, J. C., «La filosofía del Derecho: claves e implicación en el marco normativo», accesible en <https://www.unir.net/derecho/revista/filosofia-del-derecho/>

³⁰ DELGADO PINTO, «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 45.

³¹ BASTIDA FREIXEDO, X., «Brevísima relación de los males de la Filosofía del Derecho o las formas entre las que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII, p. 227-252.

³² GIL CREMADES, J. J., «Filosofía del Derecho en España», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, núm. 25, p. 229.

³³ OLLERO, A., «Una Filosofía jurídica posible», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 251.

³⁴ OPOCHER, E., *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Cedám, Padova, 1983, p. 3.

política académica»³⁵. En definitiva, como en su momento afirmaría Bobbio, «buscar una definición de Filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo»³⁶.

Quizás tras todas estas afirmaciones se encuentren las razones principales esgrimidas por Marina Gascón³⁷ en torno a la dificultad de determinación del objeto de la Filosofía del Derecho. Por una parte, las especiales dificultades de definición inherentes al término «Filosofía del Derecho» –provocadas, en buena medida, por las circunstancias históricas que rodean su origen y posterior desarrollo–, y, por otra, la ingente cantidad de cometidos o funciones que se le atribuyen a la Filosofía del Derecho sobre las cuales, además, tampoco existe un consenso

Probablemente esta razón ha motivado que muchas filósofas del Derecho hayan centrado su obra en derechos sociales, la discriminación y la violencia de género, la inmigración, y los derechos humanos, siendo muy conscientes de la necesidad de adaptar la Ciencia del Derecho a las exigencias de la realidad social. María José Añón³⁸ así lo recogía, en coautoría, en el artículo publicado en 1982.

Y es que quizás la cuestión radica en plantearse por qué estas cuestiones no interesan –al menos no de modo destacable– a las pocas mujeres catedráticas de Filosofía del Derecho en España. La mayoría de ellas se han centrado en desarrollar un espacio propio de investigación y no tanto a reflexionar sobre la disciplina y su sentido en los estudios jurídicos. De este modo, desde finales de los años ochenta y noventa, se especializan en ciertos contextos como la argumentación jurídica, la bioética y el Derecho, la realidad del racismo o la igualdad y el derecho antidiscriminatorio. Este es el caso de Marina Gascón³⁹, María Casado⁴⁰, Fran-

³⁵ LAPORTA, F. J., HIERRO, L. L., ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 108.

³⁶ BOBBIO, N., «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del derecho*, editada por Ruiz Miguel, A., Debate, Madrid, 1990, p. 91.

³⁷ GASCÓN ABELLÁN, M., «Consideraciones sobre el objeto de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, p. 191.

³⁸ AÑÓN, M. J., ROJO, J. M., BEA, E., «¿Cómo adaptar la enseñanza de la Ciencia del derecho a las exigencias de la realidad social?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 5, 1982, pp. 249-259. Ejemplar dedicado a la filosofía y enseñanza del Derecho.

³⁹ Marina Gascón se ha centrado principalmente en cuestiones de Filosofía Política y de Teoría de la Argumentación, particularmente en los problemas de la prueba judicial. No obstante, en su obra «Principia Iuris: caracterización de una Teoría Jurídica», *DOXA*, núm. 31, junio de 2008, pp. 233-244, tras el análisis de la obra de Ferrajoli, la autora destaca el valor de teorizar sobre el Derecho. «El Derecho no es un objeto natural del que quepa dar cuenta con un discurso meramente descriptivo y avalorativo. Es un universo simbólico de creación humana, y en su construcción o «recreación» juegan un papel importante la teoría y la reflexión filosófica», p. 239.

⁴⁰ María Casado destaca especialmente por sus investigaciones en Bioética y Derecho. No en vano, es directora e investigadora principal del Observatori de Bioèti-

cesca Puigpelat⁴¹, María José Añón⁴², Ángeles Solanes⁴³ más recientemente, Maggy Barrère⁴⁴ y quienes suscribimos estas líneas, Ana Rubio⁴⁵ y Juana María Gil Ruiz⁴⁶, entre otras.

Por si fuera poco, las directrices generales para los planes de estudio de la licenciatura de derecho que establecía el Real Decreto 1424/1990, confirman aún más si cabe el confucionismo que practican quienes hacen Filosofía del Derecho acerca de los contenidos de

ca i Dret de la Universitat de Barcelona y titular de la Cátedra UNESCO de Bioética de la misma universidad.

⁴¹ En la obra de Francesca Puigpelat, «Sobre la ciencia del Derecho y el discurso racional», *Anuario de Filosofía del derecho*, 1986, núm. 3, constatamos el interés por descubrir claves racionales que permitan el control sobre el Derecho; así como en «Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 75, pp. 843-858. No obstante, la autora destaca por sus investigaciones en Bioética y Feminismo. Es miembro del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, así como pertenece al Grupo Bioética. Derecho y Sociedad de la UAB.

⁴² María José Añón aborda en su investigación temas propios de la filosofía del derecho y los derechos humanos. Entre ellos: interpretación y argumentación en derechos humanos, derechos sociales, igualdad y derecho antidiscriminatorio, inmigración, derecho y perspectiva de género, acceso a la justicia, teoría del derecho y argumentación jurídica.

⁴³ Ángeles Solanes, destaca por ser un referente en torno al racismo y la discriminación. Fruto de su investigación fue elegida presidenta del Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (Ministerio de Igualdad) desde octubre de 2018 hasta octubre de 2020. No obstante, también se ha interesado sobre «La importancia de la filosofía del derecho en los planes de estudio jurídicos dentro del EEES», *Revista Educación y Derecho*, 17, 2018.

⁴⁴ Remitimos, entre otras obras, a BARRÈRE, M. A., «Filosofía del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2018, XXXIV. Según la autora, «Nuestra Filosofía del Derecho antidiscriminatorio requiere, por tanto, hablar del poder en clave sistémica, pero definirla no es tarea fácil. Esto implica bucear en las teorías sobre la clase, la raza o el sexo cuya teorización, además está en continua evolución». Este tipo de reflexión resulta ser mucho más profunda que algunas de las posiciones tratadas en el texto sobre lo que la Filosofía del Derecho ha de ser en nuestros días.

⁴⁵ Ana Rubio es referente de la Teoría jurídica feminista en España, desde que en 1990 viera la luz su trabajo «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», *Revista de estudios políticos*, núm. 70, 1990, pp. 185-208. Su libro *Feminismo y Ciudadanía*, 1997, Instituto Andaluz de la Mujer, supuso un antes y un después en torno a la introducción del pensamiento iusfeminista en la Filosofía del Derecho. No obstante, en sus inicios, se interesó por la Filosofía del derecho Académica en España a principios del siglo xx.

⁴⁶ Juana María Gil Ruiz centra su investigación también en Teoría jurídica feminista, desde que en 1995 viera la luz su libro *Las políticas de Igualdad en España: avances y retrocesos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, fruto de la primera tesis doctoral iusfeminista en Filosofía del Derecho en España. Preocupada por las carencias formativas en metodología de género del jurista y la responsabilidad, como tarea ineludible, de la Filosofía del Derecho, ha publicado sobre esta cuestión. GIL RUIZ, J. M., «La Filosofía del derecho: entre un nuevo Derecho amenazado y una Ciencia jurídica desfasada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2014; «Formación en Derecho Antidiscriminatorio: carencias e incumplimientos institucionales», *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho* núm. 26, 2015.

la materia que explican o investigan. Dos son los temas en que se divide la ocupación de la Filosofía jurídica, en opinión de Xacobe Bastida: «la llamada “Teoría del Derecho” que comprende, sin orden ni método, materias tan diversas como la introducción al Derecho, la teoría de la ciencia jurídica, la teoría fundamental del Derecho o la axiología jurídica –entendiendo por ésta “los problemas del derecho justo y la eficacia del derecho”, como si ambas cuestiones fueran un correlato lógico–. De otro lado, la “Filosofía del Derecho” amalgama de materias que solo partiendo de una determinada concepción filosófica tienen acomodo –es el caso de la “Ontología y axiología”, campos cuya asociación presupone una adscripción iusnaturalista– e incurre en una memorable vaguedad al incluir en su seno materias tales como “el fenómeno jurídico” o los “problemas básicos del Derecho». En fin, la crítica pormenorizada a este tipo de separación temática ya fue apuntada por Hernández Marín⁴⁷. Pero continúa afirmando el citado autor que «el origen de esta vorágine temática obedece a dos causas. La primera radica en una dejación absoluta en el mantenimiento de un concepto de derecho sobre el que volcar el análisis filosófico. La segunda, que opera en defecto de la anterior causa, estriba en la defensa de un concepto ecléctico del derecho»⁴⁸. En definitiva, el planteamiento ontológico respecto de la realidad jurídica es una auténtica precondition de la Filosofía del Derecho.

Desde esta perspectiva, la ontología no solo es un tema del que se ocupa la Filosofía del Derecho, sino que se convierte en presupuesto de la misma. Solo si se formula un concepto de derecho, bien sea expresamente –procurando así el lujo de comprender las cosas–, bien sea de forma inconsciente; esto es, bien teórica, bien meta teóricamente (J. Wróblewski, 1989, 118), existe posibilidad cabal de acometer la tarea de acotar el terreno propio de la Filosofía del Derecho (J. Perenic, 1989, 62). (...) Si recorremos los lugares comunes que tradicionalmente han delimitado el campo propio de la filosofía nos encontraremos con que la Teoría General del Derecho, que desbroza los conceptos estructurales que conforman sistemáticamente el derecho; la Sociología jurídica, que contempla el derecho como un fenómeno más dentro de un complejo entramado social y, por último, la Axiología, que examina los valores implicados en la normatividad presente, traen inevitablemente causa de la Ontología jurídica. Por ello la Ontología jurídica es presupuesto inexcusable y problema del que no cabe sobreseimiento»⁴⁹.

Según estos argumentos, el hecho de que hoy día, muy pocos se ocupen de la Ontología jurídica es el causante del despropósito que

⁴⁷ HERNÁNDEZ MARÍN, R. L., «Concepto de Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, pp. 175-190.

⁴⁸ BASTIDA FREIXEDO, X., *op. cit.*

⁴⁹ *Ibidem.*

invade a la Filosofía del Derecho, o lo que es más preocupante, que se encuentre en su lecho de muerte.

A la luz de estas críticas, quizás sí se puede afirmar que, en cierto modo, existe un cierto consenso académico sobre lo que debe de ser la centralidad de la Filosofía del Derecho. La clave radica en qué concepción del Derecho⁵⁰ se tenga y se defienda. Los diferentes enfoques⁵¹ se deben, pues, y en buena medida, al modo distinto de entender el Derecho. O se entiende como un fenómeno social y, por consiguiente, imposible de analizar de forma descontextualizada; o, por el contrario, un sistema autónomo, con capacidad para desarrollar cambios propios y con influencia en la organización y el control de la vida social y política.

5. LA REALIDAD DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ESPAÑOLA

En el texto hemos señalado como parte de la academia iusfilosófica crítica que la teoría del Derecho la estén haciendo los administrativistas y constitucionalistas, mientras que los y las Filosofas del derecho se dedican a estudios de los más variopintos. Sin embargo, cuando observamos los cambios producidos desde las postrimerías del siglo pasado hasta nuestros días en torno a la estructura del Estado y del Derecho, y desvelamos la porosidad constante de las fronteras del derecho con otros fenómenos sociales, es fácil de comprender que administrativistas y constitucionalistas estén analizando los cambios jurídicos experimentados en los centros de imputación del Derecho, y se encuentren preocupados por la creciente capacidad de crear derecho que poseen actores tradicionalmente privados. Los cambios estructurales realizados, o en curso, no meramente formales, preocupan a gran parte de la teoría científica y como no, también a la filosofía jurídica, al introducir un elevado nivel de incertidumbre sobre qué es el derecho real.

Pero además existe otra razón que explica la diversidad de enfoques y problemáticas en el área de Filosofía del Derecho, y que no podemos desdeñar: la forma descentralizada de acceder a los diferentes niveles de la carrera académica. Las acreditaciones controladas

⁵⁰ GIL RUIZ, J. M., «Reconfigurar el derecho repensando al jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vinculantes», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 37, pp. 145-172.

⁵¹ En esta línea también se pronuncia Tomás de Domingo Pérez cuando afirma «En mi opinión, puede haber distintos puntos de partida para hacer Filosofía del Derecho. Lo decisivo es que se preste atención a todas las dimensiones del fenómeno jurídico intentando dar razón del mismo sin renunciar a afrontar las últimas preguntas», DOMINGO PÉREZ, T. de, «Sobre la naturaleza de la Filosofía del Derecho: bases para un proyecto de Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 35, p. 58.

por agencias privadas como la ANECA, y los sexenios como vía para acceder a las condiciones mínimas que habilitan para la obtención de una plaza o contrato, entre otras, hacen que el profesorado de Filosofía del Derecho, se vea obligado a seguir las pautas establecidas por las Agencias de Evaluación, y como no, también a teorizar sobre las líneas estratégicas que fijan los documentos políticos que establecen las inversiones en investigación. No olvidemos que uno de los criterios para obtener proyectos de investigación del Ministerio de Educación, o internacionales, es que las investigaciones tengan un impacto práctico importante. Esto implica proyectos de investigación, estancias en el extranjero, publicaciones en revistas de alto impacto, etc., elementos todos ellos que están fuertemente condicionados por las denominadas líneas estratégicas de investigación, gran parte de ellas establecidas por actores internacionales, y por el criterio económico en las líneas editoriales. Por consiguiente, cuando se critica la falta de coherencia en las líneas de investigación de los y las filósofos del Derecho en España, no se pueden ni deben ignorar estas circunstancias condicionantes y disuasorias.

La externalización del control sobre el acceso a los cuerpos docentes universitarios, y la creciente demanda de méritos e innovación docente e investigadora que hoy se exige al profesorado de Filosofía del Derecho, determinan claramente la diversidad de líneas de investigación y de enfoques con los que se construye el currículum de cada uno de los miembros de nuestra área. Tampoco hay que ignorar lo que supuso desde el punto de vista de la especificidad del área, el hecho de integrar en el área de Filosofía del Derecho la Filosofía Moral y la filosofía política, pasando posteriormente a separarse segmentándose la filosofía política, al integrarse tanto en el área de filosofía moral como de Filosofía jurídica.

No nos atrevemos a señalar cuál debería ser el sentido actual de la Filosofía del Derecho ni tampoco a valorar negativamente la diversidad que existe en su interior, tanto desde el punto de vista epistemológico como ontológico, pues como es bien sabido a lo largo de la historia⁵², las tensiones entre teorías, en momentos de crisis y de cambio de paradigmas, resultan ser lógicas y positivas. Pero lo que no cabe duda es que los cambios experimentados en el modelo de Estado y en la realidad –en el marco de una sociedad global digital– afectarán al contenido y fin del Derecho y demandarán nuevos modelos teóricos⁵³,

⁵² En este sentido, remitimos a la obra de RAMIS BARCELÓ, R., *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, Dykinson, 2021. Ramis afirma en la p. 227 que «Ante la crisis de las materias propedéuticas en unas Facultades de Derecho cada día más vencidas hacia el normativismo desdibujado, tal vez se pueda extraer una buena lección de la historia: tan perjudicial es el extremo de elaborar un derecho tan filosófico que abandone la praxis (como sucedió en Prusia, hasta el primer tercio del siglo XIX), como renunciar a cualquier pretensión filosófica, en un juridicismo hueco y romo».

⁵³ Ya hemos tenido ocasión de referirnos a ello en algunos de nuestros trabajos más recientes a los que remitimos: GIL RUIZ, J. M., «El mundo jurídico ante los desa-

con efectos hacia la Ciencia jurídica y la Filosofía del Derecho, tanto en su alcance teórico como en sus propuestas.

Cierto es que el auge de la IA y otras tecnologías ayudan y ayudarán a resolver problemas, pero del mismo modo, estas tecnologías están generando otros muchos. El propio Centro de Ética Aplicada de UMass Boston lo señalaba a través de Nir Eisekivits y Dan Feldman, en la presentación de resultados del Proyecto Inteligencia Artificial y Experiencia del propio Centro⁵⁴. La inteligencia artificial tiene el potencial de debilitar la capacidad de las personas para emitir juicios ordinarios sobre asuntos que incluyen cosas mundanas, como qué película ver, así como decisiones más importantes, como quién debería obtener un ascenso en el trabajo. También se conoce que socava el papel de la serendipia, es decir, los encuentros casuales y otros eventos inesperados que las personas experimentan en el mundo real, lo que puede mermar la creencia de las personas en la importancia de los derechos humanos y las instituciones públicas. Además, «Gran parte de la comunicación humana ocurre de forma no verbal. Las expresiones faciales y el lenguaje corporal revelan muchas de nuestras intenciones. ¿Pueden los avatares, representaciones de dibujos animados de nosotros mismos, transmitir expresiones faciales y lenguaje corporal de la misma manera?»⁵⁵. Estamos evolucionando, de hecho, ya hay avatares que son hiperrealistas y que podrían pasar por personas. La inmersividad total, sin duda, pasará por allí. Estos datos son relevantes porque gran parte del aprendizaje en las clases universitarias, particularmente en las clases de Filosofía del Derecho, se centran en el debate y la contra argumentación, lo que sin duda exige de una comunicación viva y espontánea. La comunicación espontánea, a menudo, implica la capacidad de transmitir y recibir señales no verbales. La mayor parte de lo que aprende el estudiantado de la Universidad ocurre fuera del aula. La mejor experiencia universitaria es aquella que fomenta un sentido de comunidad: los estudiantes se reúnen informalmente, se hacen amigos, se desarrollan puntos de vista sobre los demás, sobre sí mismos y sobre las instituciones políticas que gobiernan sus vidas.

fíos de la sociedad digital. ¿Es necesaria una nueva Filosofía del Derecho?», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 17; GIL RUIZ, J. M., «The Paradigm of Legal Science in a Global Digital Society», *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 22, núm. 2, pp. 9-40; GIL RUIZ, J. M., «Reconfigurar el Derecho repensando al jurista: Retos de la Sociedad Global Digital y compromisos internacionales vinculantes», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 37, pp. 145-172.

⁵⁴ Informe Inteligencia Artificial y Experiencia del Centro de Ética Aplicada de UMass Boston. Recomendamos la lectura de EISEKIVITS, N. y FELDMAN, D., «Anticipar elecciones y oportunidades, el objetivo de la Inteligencia Artificial», en *The Epoch Times*, marzo de 2021. Accesible en https://es.theepochtimes.com/anticipar-elecciones-y-oportunidades-el-objetivo-de-la-inteligencia-artificial_807569.html

⁵⁵ EISEKIVITS, N., «Los obstáculos de la universidad en el metaverso», en *Meta-verso. 100articulos.com*, julio 20, 2022. Accesible en <https://100articulos.com/los-obstaculos-de-la-universidad-en-el-metaverso/>

El sentido crucial de comunidad puede comenzar en clase, pero por lo general se desarrolla más allá de ella. ¿Hay alguna manera de que esta experiencia, uno de los grandes puntos de venta de la vida universitaria, se pueda replicar en el metaverso? En otras palabras, ¿se puede crear una comunidad significativa entre los estudiantes y el profesorado, y entre los estudiantes y ellos mismos, sin presencia física, cuando todos los miembros estén instalados en sus hogares, usando audífonos? ¿Qué pasaría si las llamadas «metauniversidades» se convirtieran en parte de un sistema generalizado a tres niveles, con escuelas tradicionales para los ricos, educación de realidad virtual en metaverso para las clases medias y aprendizaje remoto bidimensional, empleado en tiempos de pandemia, para aquellos que no pueden permitirse nada más?⁵⁶

A pesar de los desafíos y debilidades que enfrentan hoy las universidades siguen siendo instituciones sociales cruciales para la generación de conocimiento y para el desarrollo personal de quienes asisten a ellas. Esta relevancia se agudiza en el caso de las y los juristas al formarse y trabajar con un instrumento tan sensible a los cambios económicos, políticos y sociales como es el Derecho. El modelo de Jurista que debe formarse tiene como fin sumar al conocimiento técnico, una amplia formación ética y racional, con el objetivo de hacer del Derecho que existe el mejor Derecho posible. Para alcanzar esta meta, la Filosofía del Derecho en España debe abrirse a otras disciplinas, a fin de llevar a cabo análisis complejos y cercanos al mundo físico y material.

La diversidad de enfoques y problemáticas desarrolladas en la actualidad por el profesorado de Filosofía del Derecho lejos de ser consideradas negativas, se deben valorar cómo un esfuerzo investigador responsable, ante la necesidad de enfrentarse a conceptos y categorías jurídicas confusas y vagas⁵⁷. La transdisciplinariedad y la diversidad de enfoques serán las que logren en el futuro fortalecer nuestra disciplina y evidenciar su relevancia. No debemos olvidar tampoco que tan importante es resolver problemas como la forma en que se resuelven. La ética y la filosofía aportan al jurista práctico una perspectiva más amplia sobre el sentido de las normas jurídicas, y también sobre la complejidad de lo real. La formación humanista es clave para cualquier jurista, porque le proporciona siglos de reflexión e investigación sobre lo humano y lo social, al tiempo que le permite conciliar ciencia y filosofía. La Filosofía del Derecho como saber meta científico y de mayor alcance teórico que la ciencia jurídica

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ José Manuel Naredo, en su obra *La crítica agotada. Claves para un cambio de civilización*, nos habla de los «no conceptos», aludiendo a conceptos confusos, los cuales funcionan como puntos negros, impidiendo análisis correctos sobre el mundo económico y la ecología. Su trabajo tiene como fin situar en el centro del debate y de la reflexión, la función de la ideología y de las instituciones dominantes. *Vid.* NAREDO, J. M., *La crítica agotada. Claves para un cambio de civilización*, Siglo XXI, 2022.

positivista resulta clave a la hora de formar al jurista actual, proporcionándole los recursos necesarios para descubrir que no todas las soluciones técnicas son igualmente correctas.

A lo largo de todo el texto hemos tratado de plantear los cambios que los avances tecnológicos generan en el ámbito jurídico y social, hasta el punto de obligarnos a redefinir tanto lo real como el concepto mismo de ciencia social. Unos retos que en modo alguno se podrán enfrentar exclusivamente desde la ciencia⁵⁸, de ahí la importancia actual de la Filosofía del Derecho y de sus aportaciones. Hoy más que nunca la diversidad de enfoques y de metodologías se hace esencial en el análisis y aplicación del Derecho. No puede seguir habiendo, aún hoy en día, tantas separaciones entre tecnólogos, humanistas y legisladores. Debe irse en la dirección del mundo, avanzar a la transversalidad.

Haciendo nuestra la respuesta rotunda de Lloret a la pregunta ¿Puede el metaverso abrir espacios y borrar límites? aseveramos que, esto «solo será real con responsabilidad y el impulso por imaginar otro mundo»⁵⁹. En nuestras manos está.

⁵⁸ Pilar Manchón directora de estrategias de investigación en Inteligencia artificial en Silicon Valley afirmó cuando fue entrevistada al recoger el premio Clavero, en Sevilla, el 27 de agosto de 2022, que en este momento las y los ingenieros trabajan junto a éticos y filósofos a fin de encontrar las mejores soluciones a los problemas que deben enfrentar. En esta línea Google desde 2018 ha tratado de establecer límites éticos a sus contenidos, y en la misma línea se trabaja respecto a los servidores virtuales. Si esto está ocurriendo en las grandes corporaciones tecnológicas, cómo es posible imaginar que quienes trabajan con el Derecho puedan hallar las mejores soluciones posibles solo adoptando un enfoque científicista y unidireccional. Debemos tener presente algunos de los más relevantes avances tecnológicos que se produjeron a partir de 2017, y que afectan de modo directo a la vida de las personas y empresas, desde los drones hasta las gafas de realidad virtual. He aquí algunos ejemplos: Tesla Model 3: se espera que este coche sea diez veces más seguro que cualquiera de los coches actuales (pretendiendo reducir la mortalidad por accidentes de tráfico en un 90%), gracias a su sofisticado software y hardware; Gafas de realidad mixta: el ascenso de la realidad virtual en el mercado ha llevado a crear las HoloLens de Microsoft, gafas de realidad mixta que unifican la realidad aumentada y la virtual; Inteligencia Artificial; auge del bitcoin; Apps móviles y, por último, detección de rostro como sistema de pago. Este último sistema (Tecnología de face ++) ya ha comenzado a utilizarse en China y consiste en una aplicación con capacidad para reconocer los rasgos faciales y acceder a las cuentas bancarias solventando los pagos. Se trata, pues, de avances de gran impacto socioeconómico, por la rapidez con la que se incorporan, y por las brechas digitales que generan entre países y personas.

⁵⁹ LLORET, N., *op. cit.*, p.19.

Pasado, presente y futuro de la filosofía del derecho. Una mirada retrospectiva

Por MILAGROS OTERO PARGA
Catedrática de Filosofía del Derecho Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el pasado, presente y futuro de la Filosofía del Derecho. Se comienza por el pasado, que es la parte más extensa, para probar que la reflexión sobre el Derecho de ámbito filosófico ha existido desde los comienzos mismos de la humanidad, solo que se ha hecho con distintos nombres. Por eso es inadmisibile que en la actualidad este estudio, realizado fundamentalmente en las Universidades, esté en riesgo de desaparecer. Urge revertir esta situación revisando, y poniendo en valor los contenidos propios de la Filosofía Jurídica a fin de devolverle el lugar que por derecho le corresponde.

Palabras clave. Filosofía del Derecho, Historia del pensamiento, Derecho, Universidad, Planes de Estudios.

ABSTRACT

This paper analyzes the past, present, and future of the Philosophy of Law. It begins with the past, which is the longest part, to prove that reflection on Law in the philosophical field has existed since the very beginning of humanity, only that it has been done under different names. That is why it is inadmissible that this study, conducted mainly in universities, is at risk of disappearing. It is urgent to reverse this situation

by revising and valuing the contents of Legal Philosophy in order to return the place that rightfully belongs to it.

Keywords. Philosophy of Law, History of Thought, Law, University, Study Plans.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL PASADO DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO. – 3. EL PRESENTE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. – 4. EL FUTURO DE LA FILOSFIA DEL DERECHO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE PAST OF THE PHILOSOPHY OF LAW. – 3. THE PRESENT OF THE PHILOSOPHY OF LAW. – 4. THE FUTURE OF THE PHILOSOPHY OF LAW.

Es para mí un honor participar en este número conmemorativo del 70 aniversario del *Anuario de Filosofía del Derecho*. Me parece esencial que el estudio de la Filosofía del Derecho en España tenga un vehículo de comunicación que permita exponer los estudios de investigación y sus avances, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, de la doctrina española. Y me congratulo también por la constatación de los estándares tan altos de reconocimiento que esta publicación acredita a todos los niveles. Soy consciente de que, en este resultado, desde luego han colaborado año tras año todos los autores que han escrito en sus páginas, pero, sobre todo, las personas que se han encargado de dirigirlo y cuidarlo. Hacia ellos y ellas va hoy mi agradecimiento especial, pues su labor, mucho menos vistosa quizá, pero mucho más importante, es la que ha mantenido a flote al *Anuario*, y ha posibilitado su realización durante estos 70 años de vida, que sin duda no han sido fáciles. Muchas gracias a todos y seguimos avanzando.

1. INTRODUCCIÓN

El asunto que hoy nos convoca se refiere al pasado, al presente y al futuro de la Filosofía del Derecho. El tema es sin duda importante pues el título sugiere una necesaria reflexión sobre el momento en el que estamos, como disciplina o conocimiento, sobre cómo hemos llegado hasta aquí, y, sobre todo, hacia donde nos dirigimos como proyecto de continuidad.

La reflexión que se propone no es baladí pues, nunca antes como ahora, fue tan necesario proteger y defender esta materia como objeto de estudio dentro de los planes de estudios de las Facultades de Derecho.

La realidad actual muestra que, algunas Facultades, muchas de ellas de una gran tradición y un acreditado y continuado prestigio en el ámbito de la Filosofía Jurídica, se han quedado sin esta disciplina¹.

No nos enfrentamos pues con un futuro incierto, sino que el presente ya lo es en algunas Universidades españolas². Frente a esta realidad que supera a mi juicio cualquier previsión, es conveniente reflexionar sobre el presente de la Filosofía del Derecho y sobre todo sobre su futuro³.

¿A qué se puede deber la situación actual en la que nos encontramos de desafección de la Filosofía en general y de la Filosofía del Derecho en particular? Posiblemente se deba, al menos en parte, a una falta de interés por las humanidades, por la formación integral, por el pensamiento que cuestiona la razón de ser de las cosas.

Los seres humanos actuales han perdido el gusto por pensar, por la reflexión pausada, por la cultura entendida en un sentido amplio. La actividad «contemplativa» como algunos calificarían a la Filosofía Jurídica ha dejado de tener importancia. Es más, algunos la consideran casi una pérdida de tiempo. Lo importante son los resultados y si pueden ser inmediatos, mejor. Interesa saber para qué sirve una máquina, pero no cómo y por qué funciona. De manera que cuando se estropea no se puede arreglar, sino que simplemente hay que tirarla y buscar otra nueva.

Con esta forma de pensar el mundo se empobrece y la historia del pensamiento también. La formación de los alumnos futuros juristas se hace inmediata. Conocen muchas leyes, muchos procedimientos... pero no han tenido tiempo de reflexionar sobre la justicia, la ley, el derecho, la obligatoriedad, la responsabilidad, la razón de ser de la

¹ Este es el caso por ejemplo de la Universidad de Granada. Parece increíble que una Universidad que albergó a Francisco Suárez y que aún conserva su estatua en su patio no explique Filosofía del Derecho en sus aulas. Planes anteriores sí lo hicieron como el Plan de 2000 (BOE de 8 de enero de 2000), o el de 2011 (BOE de 19 de febrero de 2011). Sin embargo, el actual plan otorga al Área de Filosofía del Derecho las materias troncales de Teoría del Derecho y Derechos humanos (ambas en primer curso) y una optativa de Argumentación Jurídica. La Filosofía del Derecho queda excluida de la formación de los estudiantes granadinos.

² Algunas Universidades como la de Santiago de Compostela conservan la materia de Filosofía del Derecho como una troncal que se imparte en el último curso del grado. Además, el Área de Filosofía del Derecho imparte docencia en teoría del Derecho (primer curso) y dispone de una optativa que es de Historia del pensamiento jurídico a cursar a partir de tercer curso. Este plan de estudios fue autorizado por decreto 150/2010 de 16 de septiembre publicado en el DOG el 23 de septiembre de 2010 y en el BOE el 3 de marzo de 2011. La fecha de su última acreditación es de 2016.

³ Quizá se podría garantizar un mejor futuro para estudio de la Filosofía del Derecho, si los programas de estudios fuesen hechos por verdaderos especialistas en la materia y no por profesores o personas interesadas en defender su materia, sin tener una visión amplia, generosa y realista de conjunto que realmente beneficiara la formación de los futuros juristas convirtiéndolos en juriconsultos y no en leguleyos.

sanción, el bien común y tantas y tantas cosas que aprendían cuando estudiaban Filosofía del Derecho.

Las Universidades, concretamente algunas Facultades de Derecho, no forman juristas completos, cultos, interesados en todo, ansiosos por cambiar el mundo ofreciendo formas para mejorarlo... Las Facultades de Derecho tienden a crear «técnicos en derecho» que puedan «resolver problemas» aplicando normas y procedimientos, aunque en muchas ocasiones no hayan siquiera reflexionado sobre ellos.

Urge revertir esta situación. Es necesario «reconquistar» el peso de la Filosofía del Derecho en el ámbito de la sociedad española, singularmente referida a las Facultades de Derecho. Debemos hacerlo, pero no exclusivamente para «recuperar» el terreno perdido en las Facultades, sino para proporcionar a la sociedad española los juristas que necesita, que sin duda son aquéllos que saben mucho más que leyes.

Para conseguirlo, es preciso comenzar ya, porque en este momento ya llegamos tarde en algunos lugares. Debemos construir una argumentación convincente. Debemos usar una vez más de la Filosofía del Derecho para mostrar su necesidad y devolverle el peso en la formación de los jurisperitos, que nunca debió perder.

Para ello conviene echar mano una vez más de la historia, porque ésta a través de la reflexión sobre el pasado, explica el presente, y nos ayuda a prever los problemas que puede presentar el futuro, a fin de poder revertirlos en la medida de lo posible.

Una vez analizado brevemente el pasado, retornaré al presente para al fin, hacer algunas propuestas de futuro.

2. EL PASADO DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Es bien conocido el dato de que el estudio de la Filosofía del Derecho con tal nombre surgió con Hegel. ¿Quiere esto decir que antes de este autor no existió en realidad un estudio de carácter filosófico sobre el Derecho? A mi juicio, nada más lejos de la realidad.

Creo, y es una opinión bastante compartida, que la sociabilidad inserta en la naturaleza humana le llevo desde el comienzo de los tiempos a necesitar un conjunto de leyes que rigiesen su convivencia. Así surge el ordenamiento jurídico, y en torno a él la ciencia jurídica.

Los seres humanos, especialmente a partir del momento en que van siendo más conscientes de sus derechos como la libertad, la igualdad, el pluralismo y sobre todo la dignidad, necesitan reflexionar sobre el derecho en general, y no únicamente sobre el cumplimiento de las normas que se le imponen. Pues, con independencia del hecho de que las normas jurídicas llevan dentro de sí la posibilidad de ser impuestas a través de la fuerza legalmente canalizada, no es menos cierto, que es mejor que las personas obedezcan por convencimiento y no por el uso de la fuerza.

Además de sociable el ser humano es racional, y por lo mismo precisa razonar, necesita entender, e hipotéticamente discutir, sobre las normas, su razón de ser, su fuerza obligatoria o vinculante, etc.

Así que el surgimiento de la Filosofía del Derecho o mejor dicho de los estudios filosóficos sobre el Derecho son, a mi juicio, tan antiguos como el surgimiento de éste. Lo que sucede es que este tipo de estudios recibieron diferentes nombres a lo largo de la historia⁴.

¿Puede alguien defender que en Grecia no se estudió el Derecho desde el punto de vista filosófico? No parece posible siendo Grecia el pueblo filosófico por excelencia. Aquel que creó el primer sistema completo de Filosofía.

Claro que en Grecia se estudió el Derecho desde el punto de vista filosófico, solo que a este estudio no se le conoció con el nombre de Filosofía del Derecho. Se trataba más bien de una Filosofía Política entendida en aquel momento como el estudio que se encargaba del cuidado de la *Polis*.

Uno de los grandes sabios de Grecia, me refiero a Solón se refería a la *eumonia* entendida como la buena legislación, fundada «en lo que él calificaba como «las excelsas normas de *Dike*»⁵. En su pensamiento analizaba problemas filosóficos, pero también otros muchos de carácter social y político, como, por ejemplo, la liberación de los campesinos, la reforma social, la reestructuración de las instituciones, la reforma económica y la codificación de las normas⁶.

Otro claro exponente de la presencia del estudio de carácter filosófico unido al de carácter social y político que se produjo desde el comienzo de los tiempos, lo proporciona Platón. Para él, el ser humano debe buscar siempre la justicia individual, pero considera que ésta debe supeditarse a la del Estado pues la segunda es prioritaria⁷.

Aristóteles por su parte afirma que para la mayoría de los seres humanos no es suficiente la virtud y por lo mismo son precisas las sanciones para asegurar la justicia, el cumplimiento de las leyes y el bien común⁸.

⁴ Fundamentalmente se muestra como Derecho Natural, denominación muy anterior a la de Filosofía del Derecho en el tiempo, que tampoco es la única. Lo cierto es que «existe un tipo de conocimiento que se llama filosófico porque trata de conocer desde el fondo; por lo más radical, elemental y primario; buceando lo escondido bajo la superficie y horadando la tierra blanda de los fenómenos para buscar en el subsuelo de ellos la roca firme sobre la que cimentar una teoría: si damos por supuesto que existe o puede existir tal tipo de conocimiento, como diverso al conocimiento literalmente científico, o superficialmente opinativo; si admitimos tal tipo de conocimiento» tenemos que admitir la existencia una Filosofía del Derecho, con el nombre que se le quiera dar según el momento histórico en que nos encontremos, desde siempre. PUY MUÑOZ, F., *Lecciones de Derecho Natural*, Barcelona, Diosa, 1974, p. 25.

⁵ OTERO PARGA, M., *Conversaciones con la historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Reus, 2021, p. 35.

⁶ *Ibid.*

⁷ Esta idea la defiende en su obra *La República*, Libro II, 10, en la que afirma: «parece natural por tanto que la justicia sea mayor en el objeto mayor y resulte más fácil reconocerla en él».

⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro X, 9. Dice así: «la virtud no basta con conocerla, sino que hemos de procurar alcanzar su finalidad y practicarla.... Pero no

Con estos ejemplos, extraídos de obras de autores de la Grecia clásica, creo que no nos equivocamos al afirmar que en este momento de la historia no existía Filosofía del Derecho con tal nombre, pero se estudiaban los problemas filosóficos del Derecho con otros nombres. De hecho, se hablaba de la ley, de la justicia, de las sanciones, de la obligatoriedad de las normas, de las razones de la obediencia al derecho etc. Es decir, los temas clásicos que mucho tiempo después abordaría la Filosofía Jurídica.

Si Grecia fue el pueblo por excelencia filosófico, Roma fue el jurídico. Entre sus juristas se trataron algunos de los problemas filosófico-jurídicos más importantes de todos los tiempos, como la definición de derecho, de justicia etc. No es posible ahora detenernos más en esta cuestión, pero no podemos dejar de mencionar a Ulpiano y su célebre definición de jurisprudencia según la cual esta es: «la ciencia de lo justo y de lo injusto extraída del conocimiento de todas las cosas divinas y humanas»⁹.

Ya en la época medieval destaca la figura de Tomás de Aquino. Él fue un teólogo jurista cuya obra principal la *Summa Theologica* es indudablemente de carácter teológico. Sin embargo, dos partes de ella, la *prima secundae* y la *secunda secundae* hablan de cuestiones jurídicas. Podemos decir con Puy, que «Santo Tomas enseña tres cosas fundamentalmente, que han sido motivo permanente de estudio, polémica y profundización; su teoría de la ley, su teoría de la justicia y su explicación de fondo del derecho natural»¹⁰.

Ya en la modernidad surge la filosofía humanista. Esta época se caracteriza por una recuperación del espíritu romano y griego. Además, durante este período se intenta poner al hombre en el centro de todo, alejando las ideas medievales que le daban este lugar a Dios.

En relación con este tema precisamente, Maquiavelo, uno de los grandes filósofos juristas del momento, defiende que no hay que pretender un Dios que arregle todos los problemas de la humanidad. Ante este imposible los hombres no deben desesperarse, sino situarse en el contexto real que les ha tocado vivir y subordinarse únicamente a los intereses de la patria y del Estado¹¹.

No podemos olvidar que este autor es uno de los grandes teóricos del poder y lo estudia desde luego desde el punto de vista práctico,

parece servir, para impulsar a la mayoría a realizar buenas y elevadas acciones, porque parece natural que estos obedezcan, no por pudor, sino por miedo, al tiempo que se abstienen de lo inicuo, no por vergüenza sino por temor al castigo».

⁹ *Digesto*, 1,1,1,10. «*Divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*». Un estudio sobre esta definición en: OTERO PARGA M., «El Derecho como objeto de la Jurisprudencia» en *Problemas de la Ciencia jurídica. Estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz*, T. II, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 203-218.

¹⁰ PUY MUÑOZ, F., *Lecciones de Derecho Natural*, op. cit., p. 192.

¹¹ MAQUIAVELO, N., *Del arte de la guerra*, cito por la edición de Tecnos, Madrid, 1995, p. 168.

pues en su obra *El Príncipe*, trata de dar consejos a quien detenta el poder para no perderlo. Pero también realiza Maquiavelo un estudio pormenorizado de carácter filosófico ya que no se atiene únicamente a la forma legal de ejercer el poder a través de normas, sino que estudia el concepto mismo del poder, pues solo conociéndolo será posible, al príncipe, mantenerlo, especialmente cuando las circunstancias no le favorezcan.

El poder para este autor no necesita justificación ya que se justifica a sí mismo. Pues el fin justifica los medios y, consecuentemente todo medio es admisible si está encaminado a conseguir un fin deseable¹².

Con lo hasta ahora expuesto se puede comprobar la tesis que estamos defendiendo que entiende que el estudio filosófico sobre el derecho es tan antiguo como la existencia de este, si bien no recibió el nombre de Filosofía del Derecho hasta el siglo XIX debido a la obra de Hegel.

¿Qué sucedió durante la escolástica? ¿Se mantuvo la tendencia que estamos relatando o por el contrario cambió? Lo cierto es que se mantuvo. Al período de la escolástica pertenecen algunos de los más célebres teólogos juristas españoles de todos los tiempos. Me refiero a los integrantes de la conocida como Escuela de Salamanca, Siglo de Oro español o Escuela Española del Derecho Natural.

Uno de sus más insignes representantes fue Francisco de Vitoria. Él fue el creador del Derecho Internacional actual¹³. Podríamos pensar entonces que su pensamiento se encaminó más hacia el derecho positivo que hacia la Filosofía del Derecho propiamente dicha.

En realidad, no fue así porque cuando él estudió las complicadas relaciones entre los pueblos, así como la regulación del comercio internacional y del *mare liberum*, no lo hizo únicamente desde la perspectiva de las leyes concretas positivas, sino que diseñó el marco conceptual de esta nueva forma de enfoque de lo jurídico.

Pero, además, Vitoria analizó de forma excepcional algunos de los conceptos imperecederos del Derecho como por ejemplo la justicia. En este ámbito su pensamiento se cimento bastante en el de Santo Tomás y por lo tanto en el de Aristóteles¹⁴. Consecuentemente él entendía que

¹² MAQUIAVELO, N., *Escritos políticos breves*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 128-130. Advierto de que este título como tal, no fue escrito por Maquiavelo. Lo cito así para facilitar su localización a cualquier lector interesado.

¹³ «La Universidad de Salamanca fue el centro de la cultura escolástica del siglo XVI». VITORIA estudió desde sus aulas, entre otros «los temas sustancialmente nuevos, como aquel que en su tiempo alcanzó una particular actualidad, de Derecho regulador de las relaciones entre los Estados Soberanos». FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo II, Madrid, Pirámide, 1981, p. 58.

¹⁴ En este sentido coincidimos con LEGAZ LACAMBRA, L., *Lo medieval y lo moderno de Francisco de Vitoria (MDXLVI_MCMXLVI)*, Santiago de Compostela, Ediciones de la Universidad, 1947, p. 330. «Vitoria es el auténtico contemporáneo, el que anticipadamente superó esa modernidad que ya hoy (1947) es caduca, y señaló la trayectoria de una flecha cuyo blanco está aún en el futuro ideal de una humanidad organizada con paz y justicia».

la justicia era la virtud constante y permanente de dar a cada uno lo suyo. Definición aristotélica¹⁵ que más tarde completó Santo Tomás cuando cristianizó la doctrina de su predecesor ampliándola de esta manera: Lo suyo de cada uno es su Derecho.

En los siglos XVI y XVII comienza el iusnaturalismo racionalista con figuras de la talla de Hugo Grocio¹⁶. El pensamiento de este autor se caracteriza por la racionalidad y la tolerancia. En su obra se mezcla de nuevo la Filosofía Jurídica con el aspecto más práctico del Derecho. De hecho, él vivió preocupado por la consecución de la paz, pero no de cualquier tipo de ella sino de la «paz justa»¹⁷.

Además, se preocupó directamente por el derecho natural¹⁸ que definía como el estudio del conjunto de principios universalmente válidos de justicia¹⁹. Una vez más, los juristas anteriores a Hegel que, como ya se ha dicho, es el creador de la denominación Filosofía del Derecho, estudiaron e hicieron Filosofía del Derecho con distintos nombres, pero con un contenido muy parecido. Los problemas de la justicia, del Estado, del poder, de la tolerancia, de la soberanía, de la sanción, de la obediencia al derecho, de los derechos humanos etc., etc. no dejaron de estudiarse hasta el siglo XIX.

Desde luego con altibajos y con distintas opciones, pero se estudiaban. En realidad, es cierto que Grocio no fue propiamente un filósofo,

¹⁵ También fue Vitoria deudor del pensamiento de Aristóteles en la defensa del bien común sobre el individual. Decía que «si la ley es beneficiosa para el bien público, aun cuando perjudique a particulares, es justa y puede darse». VITORIA, F., *La ley*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 133. Debo advertir que VITORIA no escribió ninguna obra con este título (él en realidad no publicó ninguna en vida). Se trata de una compilación de artículos que cito de este modo para facilitar su localización.

¹⁶ Fue un pensador de extraordinaria cultura, pero «la erudición es no pocas veces en Grocio un obstáculo en el camino de la claridad expositiva, y sustituye con excesiva reiteración, con el peso de la autoridad, el propio razonamiento». TRUYOL SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II, Madrid, Alianza Editorial, 1955, p. 199.

¹⁷ En el estudio introductorio de su obra *Del derecho de la guerra y de la paz*, cito por la edición de clásicos políticos cuyo título genérico es *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. XXIX, se afirma que «la guerra que contempla Grocio es un estado, no una acción, de los litigantes tomados estos en cuanto a tales litigantes, lo que significa o lleva implícito el concepto de enemigo. Y la guerra la ve él en función de un fin. El fin de la guerra es la paz que se busca y se pretende con ella».

¹⁸ «Con Hugo Grocio empieza a extenderse la escuela del Derecho Natural, como un intento a gran escala de construir un sistema de normas universales fundadas en la naturaleza humana, cognoscibles por la razón y obligatorias, aunque no hubiese Dios, y tan inmutables que ni el mismo Dios pudiese alterarlas». RECASÉNS, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 370.

¹⁹ «El derecho natural de Grocio reposa en efecto, como ya advirtió Cassirer en numerosos momentos del platonismo del Renacimiento... Puede decirse que al igual que Platón, el jurista holandés procura igualmente, buscar antes que nada la idea, el *eidos*, del derecho y de lo justo. El Derecho es para él una cosa que se define y vale independientemente de cualquier experiencia o realidad empírica. CABRAL DE MONCADA, L., *Filosofía do Direito e do Estado*, Coímbra, Coímbra editorial, 1995, p. 162. La traducción del portugués es mía.

pero trató como otros muchos autores lo habían hecho antes y lo harían más tarde, muchos problemas que hoy en día se considerarían de este ámbito de conocimiento. Por ejemplo, se preocupó mucho del método, estableciendo la existencia del método deductivo e inductivo²⁰.

Otro ejemplo interesante que se puede aportar para completar este pequeño ensayo histórico que estamos realizando para probar nuestra teoría, lo encontramos en Samuel Puffendorf²¹.

Las cuatro ideas fundamentales que defiende su pensamiento son las siguientes: 1) El fundamento del Derecho está en la naturaleza humana²²; 2) La vida en sociedad se explica en función de un estado de naturaleza previo; 3) El origen del Estado y del Derecho están en un contrato social²³; y 4) Los seres humanos tienen unos derechos naturales innatos, inviolables e imprescriptibles.

Consecuencia de todo esto es su concepción de los derechos. Para él los derechos surgen por «el paso del estado de naturaleza al de sociedad (que es) el que da origen al Derecho y a la fuerza coactiva del Estado que es la que transforma los derechos imperfectos en perfectos, al añadir la coacción como garantía de cumplimiento»²⁴.

De nuevo vemos en estas palabras y sobre todo en la enseñanza que muestran, como los distintos autores a lo largo de la historia estudiaron los temas que hoy abarca la Filosofía del Derecho pues, al analizar sus inquietudes y la respuesta que dan a las mismas, podemos observar que el estudio que plantean es de carácter conceptual. Se preguntan sobre la razón de ser del Derecho, por la existencia de los derechos en relación con los deberes, por la obligatoriedad de las normas, por la posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento, etc. Esto es, temas candentes de la Filosofía Jurídica. Sin embargo,

²⁰ Entendía que no era necesario delimitar cuál de los dos métodos es más útil para el estudio del Derecho, pues en realidad hay que usar ambos. De hecho «él escribió aportando incesantemente datos científico-jurídicos y teológico-jurídicos a su construcción filosófica personal. Pero al mismo tiempo puso las bases de un método que dejaría de utilizar tales elementos tradicionales». PUY MUÑOZ, F., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, Escelicer, 1972, p. 342.

²¹ «PUFFENDORF es considerado como el autor más representativo de la Escuela del Derecho Natural, por ofrecer en forma típica uno de los sistemas más completos y elaborados, aunque falto de toda originalidad». LUÑO PEÑA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo II, Barcelona, La Hormiga de Oro, 1949, p. 221.

²² Es característico se esta concepción el predominio concedido a la consideración de los derechos sobre los deberes. Este carácter es común a toda la escuela del derecho natural (durante todo el siglo XVIII). DEL VECCHIO, G; *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 63.

²³ «Para fundamentar el derecho natural parte de un principio que resulta una vía media entre Grocio y Hobbes, admitiendo un instinto social («la sociabilitas»), pero haciendo de éste una derivación del interés, por cuanto los hombres, a consecuencia de su indigencia («imbecilias») se necesitan unos a otros. TRUYOL SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II, Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 264.

²⁴ OTERO PARGA, M., *Conversaciones con la historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Reus, 2021, p. 204.

muchos de estos autores no se consideraron a sí mismos filósofos del derecho, aunque de alguna manera sí lo fueron.

En el fondo poco nos importa poner nombres, o establecer categorías. Lo que de verdad interesa es analizar si antes de que Hegel utilizase por primera vez el nombre de Filosofía del Derecho para ponerlo a un manual, existieron o no estudios filosófico-jurídicos aun sin llamarse de este modo.

Mi respuesta es que sí existieron y creo haberlo mostrado con este repaso histórico necesariamente muy breve. Pondré un último ejemplo del siglo XVIII, es decir inmediatamente anterior a Hegel, perteneciente a un nuevo modelo, esto es la Ilustración. En este momento se afianza la confianza ciega en la razón. Esta situación, como las anteriores, influyeron, desde luego, en el resultado de las investigaciones y en los temas de estudio que más preocuparon a los jurisprudentes en esta época, pero no afectaron a la necesidad largamente manifestada de estudiar el Derecho desde el ámbito universal, conceptual, crítico y general; es decir desde el punto de vista filosófico.

Un ejemplo importante de este momento es Christian Thomasius. Este pensador procede de una familia dedicada al estudio de la Filosofía del Derecho, entre ellos su padre, del que recibió una importante influencia aristotélica²⁵.

Thomasius, destacó por ser combativo en la defensa de sus ideales. Su pensamiento fue puramente iluminista y defensor a ultranza de la libertad. Por eso no debe extrañarnos que fuera defensor de la libertad religiosa por un lado y, por otro, negara todo poder de coacción a la Iglesia pues no procedía de la única autoridad soberana que él reconocía, es decir del Estado.

Por lo que se refiere al derecho natural entiende que no está en modo alguno referido a la revelación, como se pensó en algún momento de la historia, sino que, según su concepción, se conoce mediante el razonamiento del ánimo sereno²⁶.

Y caminando a saltos a través de la historia, llegamos al pensamiento de Hegel. Cuando escribió su obra *Fundamentos de Filosofía del Derecho* se produjo en realidad un gran cataclismo en la historia de la evolución de nuestra materia. Antes Puffendorf autor del libro

²⁵ «Recuerdo que hace muchos años mi buen padre, cuando era profesor de oratoria en Leipzig, en sus lecciones públicas...». THOMASIIUS, C., *Historia algo más extensa del Derecho Natural*, cito por la edición de Tecnos, Madrid, 1998, p. 63.

²⁶ «El derecho es doble; el que tengo independientemente de toda voluntad humana y el que nace de la ley humana o del pacto. Se dice que tenemos por naturaleza un derecho primario que precede a la voluntad humana o a la norma de derecho natural; un derecho secundario procedente de la norma o de la voluntad humana o también procedente de derecho humano. El primero se llama derecho innato; el segundo derecho adquirido. Un ejemplo de derecho innato es la libertad y la comunicación de época primitiva. Un ejemplo de derecho adquirido es el poder y el dominio». THOMASIIUS, C., *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, cito por la edición de Tecnos, Madrid, 1994, pp. 213-214.

De iure naturae et Gentium, fue el primer profesor que ocupó la cátedra de derecho natural y de gentes como enseñanza oficial en las Universidades²⁷.

Lo sucedido con la obra de Hegel fue curioso. Muchos de los libros que manejamos de este momento titulan su obra como *Filosofía del Derecho*²⁸. Sin embargo, los que así lo hacen ignoran que en realidad el título que puso el autor alemán a su obra fue más complejo. La denominó: *Fundamentos de Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado*²⁹.

¿Por qué es importante atender a esta posible denominación más amplia? Porque fijándonos en ella parece que, aunque es innegable que Hegel es el padre de la nueva denominación Filosofía del Derecho, también parece cierto que el cambio de denominación de Derecho Natural a Filosofía del Derecho no fue tan importante para él, ya que utilizó ambas denominaciones, Filosofía del Derecho y Derecho Natural en su rótulo.

Lo que sucedió fue que la primera denominación, Filosofía del Derecho, tuvo más éxito a partir de ese momento y ya fue generalmente utilizada.

A pesar de lo dicho no se puede negar que con su pensamiento Hegel quería dar un sesgo nuevo a los estudios hasta ese momento llamados Derecho Natural. Él mismo lo dice en el prefacio de su obra cuando afirma que «en interés por el modo y manera de filosofar, que han sido restaurados por los acontecimientos entre los gobiernos, no se puede ignorar que ha llegado el momento de reconocerse la necesidad del apoyo y de la colaboración, por muchas razones, del estudio de la filosofía»³⁰.

En ese modo nuevo de estudiar y entender el fenómeno jurídico no se olvidaba de la necesidad de construir un pensamiento racional y real sobre los problemas que afligían a los seres humanos y de los cuales debía ocuparse una ciencia o arte que él denominó Filosofía del Derecho o compendio de Derecho Natural y Ciencia del Estado³¹.

²⁷ «Nacido en Dorfchemnitz (Sajonia) en 1632, enseñó primeramente en Heidelberg, donde tuvo la cátedra de Derecho natural y de gentes, disciplina que se convirtió con él, por primera vez, en materia de enseñanza universitaria y que más tarde recibirá el nombre de Filosofía del Derecho». FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Tomo II, Madrid, Pirámide, 1981, p. 121.

²⁸ Me refiero por ejemplo a la edición con prólogo de Carlos Marx editada por la editorial Claridad, en Buenos Aires en 1937, y de la cual se hicieron al menos cuatro ediciones. La última de 1955.

²⁹ Podemos ver este título concreto en numerosas ediciones. Entre ellas la de la Biblioteca Nueva S/L, de Madrid, 2000. O también de la editorial Libertaria/Prodhufi S. A, Madrid, 1993.

³⁰ HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1955, p. 31.

³¹ «Así pues, este Tratado, en cuanto contiene la ciencia del Estado, no debe ser otra cosa, sino la tentativa de comprender y presentar al Estado como algo racional en sí. Como obra filosófica, está muy lejos de pretender estructurar un Estado tal como

La Filosofía Jurídica se instaura a partir de este momento y definitivamente en las mentes de todos los jurisprudentes, incluyendo aquellos que la rechazan. Pero muchas veces lo hace como anunció Hegel, esto es, tarde³². Pues «cuando la filosofía pinta el claroscuro, ya un aspecto de la vida ha envejecido y en la penumbra no se le puede rejuvenecer, sino solo reconocer: el búho de Minerva inicia el vuelo al caer el crepúsculo»³³.

Quizá ese sea uno de los problemas que asola hoy a nuestra materia en un mundo en el que nada puede ir tarde, nada nos puede detener o retrasar. Quizá es un mundo poco preparado para la Filosofía. Pero de eso hablaremos más tarde.

¿Qué sucedió entonces con los estudios de Filosofía del Derecho a lo largo de la historia? ¿No comenzaron hasta que Hegel escribió su Filosofía del Derecho?

Creo que no. Más bien pienso, como he venido relatando, que se iniciaron con el estudio del Derecho, pero a veces nos resulta difícil rastrear sus distintos nombres. En la filosofía griega, los estudios que ahora podrían encuadrarse dentro de la Filosofía del Derecho surgieron con Platón y Aristóteles con obras especializadas en Filosofía Política. Buenos ejemplos son *La Política* y *Las Leyes*. En el derecho romano aparece la expresión derecho natural, aunque todavía no está desarrollado su contenido a pesar de que nunca se dejó de hablar de lo justo legal y de lo justo natural.

En la época medieval los problemas de Filosofía Jurídica siguen tratándose, pero bajo la más variada nomenclatura. Durante la escolástica se ordenaron mejor las ciencias y lo que más tarde constituiría el Derecho Natural y aún la Filosofía del Derecho se ordenó bajo el rótulo de Filosofía Moral³⁴. Más tarde hacia el siglo XIII el Derecho Natural se desperdigó en los siguientes ítems: 1) obras de Teología Moral, 2) obras de *Ética* o Filosofía Moral, 3) obras de Derecho Civil Romano, 4) obras de Derecho Canónico Eclesiástico, 5) obras de Derecho Municipal de reinos, señoríos, ciudades, gremios etc., y 6) obras de Polémica Política.

En el renacimiento se habían impuesto ya los rótulos de *De Legibus* y *De iustitia et iure*. Mientras que, en el barroco, con Hugo Grocio aparece por primera vez, ya en un libro el rótulo derecho natural, aunque, en segundo término, casi como subtítulo. Me refiero a *De iure belli ac pacis libri tres in quibus naturae et Gentium item iuris publici praecipua explicantur*.

“debe ser”; la enseñanza que pueda proporcionar no puede llegar a orientar al Estado “como él debe ser”, sino más bien de qué modo debe ser conocido como el universo ético». HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 34-35.

³² «Es así pues primero aparece lo ideal frente a lo real en la madurez de la realidad, y después él crea a este mismo mundo, gestado en su sustancia, en forma de reino intelectual». HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 36.

³³ *Ibidem*.

³⁴ PUY MUÑOZ, F., *Lecciones de Derecho Natural*, Barcelona, Diosa, 1974, pp. 31 ss.

Como ya queda dicho la primera obra con un título claro y preciso en el que se recoge el derecho natural con tal nombre se produjo en el siglo xvii (1672). Se debió a S. Puffendorf y se tituló *De iure naturae et Gentium*.

A partir de este momento se generalizó la denominación Derecho Natural que cedió pasó con Hegel a la de Filosofía del Derecho³⁵.

Bien sé que una parte de la doctrina opina que la Filosofía del Derecho nace en el siglo xviii y antes existía el derecho natural y aun antes de esto simplemente estudios sobre conceptos del Derecho que poco o nada tienen que ver con la Filosofía del Derecho. Coincido con el maestro Puy cuando afirma que «no se puede confundir la cuestión de nombres con la cuestión de contenidos. No se puede decir que el Derecho Natural ha sido especulación sobre el derecho de signo tradicional, medieval, católico etc., y correlativamente, que la Filosofía del Derecho es la especulación del Derecho de signo actual, revolucionario, protestante, filosófico etc. etc., No se puede decir que el Derecho Natural es la Filosofía del Derecho mal hecha y la Filosofía del Derecho, la Filosofía del Derecho bien hecha. No se puede decir todo eso, porque es falso históricamente»³⁶.

Por otro lado, sí es posible afirmar que en la actualidad la Filosofía del Derecho se ha apartado quizá un poco de lo que fue su estudio, pero de haberse producido esa situación es desde luego reciente, a partir del siglo xx, cuando comenzó a generalizarse la denominación Teoría del Derecho y se buscó para ella un contenido diferente en parte del que tradicionalmente había tenido la Filosofía del Derecho entendida en la evolución que hasta ahora hemos descrito.

Así las cosas, y para los efectos del estudio que estamos realizando, podemos concluir diciendo que los estudios metafísicos sobre el Derecho, sobre sus valores, sobre sus principios, sobre sus conceptos etc., han existido desde siempre, aunque han tenido distintos nombres. El último de ellos, compartiendo protagonismo con otros, es el de Filosofía del Derecho.

¿Cómo es posible entonces que un saber que ha permanecido en la historia del pensamiento jurídico desde el principio de los tiempos y que además es la base o fundamento del Derecho en general y de los derechos en particular se encuentre en esta situación actual de arrinconamiento y en algunos casos de desaparición?

³⁵ Con anterioridad a este momento la denominación Filosofía del Derecho solo aparece titulado una obra, de una forma ocasional. Según testimonio que aporta G. W. LEIBNIZ, la denominación fue utilizada hacia 1640 por Kaspar SCHOPPE o SCIOPUS (1576-1649) en una disertación titulada *De vera Philosophia iuris*. La expresión Filosofía del Derecho no vuelve a aparecer en un título hasta que lo hace de un modo decisivo, e imponiéndose para en adelante, en 1821». PUY MUÑOZ, F., *Lecciones de Derecho Natural*, op. cit., p. 41.

³⁶ PUY MUÑOZ, F., *Lecciones de Derecho Natural*, op. cit., p. 43.

3. EL PRESENTE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Esta situación se produce en gran medida al menos porque la Universidad se ha deshumanizado. Ha perdido su espíritu humanista, por eso no le interesa la reflexión. La Universidad aspira únicamente a «preparar buenos profesionales» sin darse cuenta de que su obligación es más amplia pues precisa formar personas³⁷.

En la nueva mentalidad se «propicia el conocimiento rápido y de inmediata aplicación³⁸. Los seres humanos buscan un aprendizaje que les asegure ganar un puesto de trabajo o la realización de un oficio. Lejos ha quedado el placer de pensar por pensar; la convicción de que es preciso entrenar la mente para hacerla funcionar»³⁹.

La Universidad busca la relación con la empresa, premia el emprendimiento para la realización de lo que se ha llamado «transferencia de conocimientos» como si en realidad no hubiese sido siempre eso, un lugar donde los profesores aprendían, y por eso investigaban, para transferir los conocimientos sus alumnos. Pero hoy la transferencia de conocimientos no significa eso, sino que se relaciona con la actividad económica o empresarial. Todo se ha mercantilizado⁴⁰.

Con esos condicionantes es difícil que prospere una disciplina como la Filosofía del Derecho⁴¹. Los planes de estudios han reducido los años de aprendizaje de licenciatura a grado y de 5 a 4 años. Así las cosas, todas las materias quisieron, al menos en principio, acaparar horas de enseñanza pensando, de forma errónea a mi parecer, que haciéndolo así sus materias seguían manteniendo un peso específico o

³⁷ SARAMAGO, J., *Democracia y Universidad*, Madrid, Universidad Complutense, 2010, p. 37. «La finalidad de la enseñanza es formar personas, no solo profesionales, porque aprender significa «formarse como persona» sin desdeñar la relevancia de fomentar los conocimientos científicos de cada materia, pero buscando también la formación de un espíritu crítico que parte de la observación sistemática y de la reflexión».

³⁸ DA SILVA OCHOA, J. C., «Transformación de las profesiones jurídicas», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 5, 1982, p. 232.

³⁹ OTERO PARGA, M., «La Universidad humanista ¿necesidad o capricho?», *La Universidad Humanista*, México, Editorial de la Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, p.141. De la misma autora «La universidad española en el siglo XXI ¿Tradición o renuncia?», *La universidad humanista en un mundo globalizado*, Madrid, Editorial Reus, 2017, pp. 129-149.

⁴⁰ Soy consciente de que es un poco ridículo, pero lo cierto es que siempre me pone de mal humor cuando tengo que rellenar algún curriculum oficial que varias de las preguntas que se hacen se refieren a la creación de patentes, a las relaciones con las empresas y a la célebre «transferencia de conocimientos». Es evidente que nadie espera de un profesor de Filosofía del Derecho que cubra esos requerimientos, pero la sensación que tienes al dejarlos en blanco es que algo te falta.

⁴¹ A pesar de que existen libros que abogan por ello como OTERO PARGA, M., *El presente de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Reus, 2020. La existencia de estos rótulos más que mostrar una realidad actual manifiestan un deseo y como tal es muy interesante, aunque sea preciso realizar más que esto para mantener a la Filosofía del Derecho en el lugar que le corresponde y lastimosamente ha perdido como mostrábamos al principio de este trabajo.

incluso obtenían más. Eso sin contar claro está, la disposición de plazas de profesores, ya bastante escasas.

La consecuencia de esta forma de pensamiento fue la prevalencia del bien particular sobre el bien común y unos planes de estudios en algunos casos bastante absurdos⁴², escorados hacia la técnica y poco favorecedores de las humanidades.

Las primeras materias en sufrir los recortes fueron las puramente formativas, historia del derecho, filosofía del derecho, derecho romano, derecho eclesiástico del Estado (antes Derecho Canónico). Todas estas disciplinas vieron en el mejor de los casos reducida su presencia en los currícula a la mitad, y en otros, simplemente pasaron a ser optativas y en algunos casos ni siquiera eso. En cambio, se llenaron horas con materias «interactivas» que a mi juicio no tienen el aprovechamiento para el que se previeron. Las Universidades se convirtieron en Colegios más o menos especializados con asignaturas de corta duración y exámenes cada poco tiempo.

Los alumnos se acostumbraron a otra forma de estudiar y desde la pandemia incluso muchos dejaron de ir a clase⁴³. La Universidad que tenemos no se parece en mucho a la que yo viví de alumna o incluso de joven profesora⁴⁴.

En esta tesitura las materias como la Filosofía del Derecho sufren y es difícil reconducirlas a lo que fueron.

Pero el hecho de que algo no sea sencillo nunca ha sido justificación suficiente para dejar de intentarlo, especialmente cuando estamos convencidos de su conveniencia y necesidad. Por eso es necesario analizar el pasado, y el presente para tratar de mejorar la situación actual y prever un mejor futuro.

Para mí la actualidad o el presente es el tiempo que he vivido, aunque para otros ese tiempo pertenezca casi al pasado. La historia es muy subjetiva y la pequeña historia de cada uno reduce mucho sus contornos.

⁴² Conozco una Facultad de Derecho en la que derechos reales quedaron antes que derecho de obligaciones simplemente porque se encajó de esa manera para contentar a otra materia que no quería quedar en primero. No primaron para nada los intereses de los alumnos ni la racionalidad del aprendizaje, sino los huecos que quedaban y las exigencias de algunos profesores de algunas áreas.

⁴³ Como dice MONTEJANO, B., *La Universidad, ayer, hoy y mañana*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad Académica, 2001, p. 63. El estudiante debe conseguir la «delectación» o sea estudiar con gusto. Aquí no nos referimos al «gusto inicial», vinculado con la vocación, sino al que se encuentra a lo largo del camino. Ese «gusto» no se tiene al principio, sino que va llegando poco a poco... como un premio al esfuerzo realizado».

⁴⁴ Aunque sería oportuno atender también a la perspectiva de los alumnos. DE CASTRO CID, B., «Enseñanza del derecho: el punto de vista de los estudiantes», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 5, 1982, p. 131. PÉREZ LUÑO, A. E., «La filosofía del derecho y la formación de los juristas», *Sistema*, 49, p. 91, o del mismo autor, «La enseñanza de la filosofía del derecho», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 5, p. 26.

La Filosofía del Derecho desde que yo tengo memoria por dedicarme a su estudio ha experimentado grandes cambios. Algunos de ellos son positivos, otros a mi juicio negativos.

Comencemos por los positivos: En aquel momento había mujeres por supuesto que se dedicaban a ella, pero no eran muchas, y desde luego catedráticas muy pocas. Estaba Francesca Puigpelat, un ejemplo para todas. Después fueron llegando otras mujeres, Ana Rubio a quien hemos rendido sentido y cordial homenaje hace unos días en Sevilla, María José Añón, Marina Gascón, María Elósegui, Ángeles López, Juana María Gil... pero muchas de estas ya fueron muy posteriores.

Recuerdo que todavía para mi oposición de cátedras no había suficientes mujeres catedráticas, así que por sorteo en mi tribunal asistieron dos catedráticas de áreas afines; una de Derecho Civil y otra de Derecho Mercantil. Las cosas afortunadamente han ido cambiando en este sentido.

Otra cosa en la que se mejoró con el tiempo fueron los enfrentamientos que había entre iusnaturalistas y iuspositivistas, de manera tal que casi podías saber el resultado de una oposición mucho antes de hacerla, en función del tribunal que había tocado.

Eso era desde luego bastante malo pues los criterios de mérito y capacidad quedaban totalmente vulnerados, pero era sobre todo muy triste. Yo nunca llegué a comprenderlo realmente. No podía entender como una materia con una carga valorativa tan fuerte y de crítica del ser, buscando un deber ser mejor, podía albergar en su seno esas injusticias.

¿Qué más da, pensaba yo ser iusnaturalista o iuspositivista? Es algo así como juzgar a las personas por el partido al que voten. Ingenua de mí, pensaba que lo realmente importante era tener conocimientos y ser bueno en la materia, la opción bajo la cual se trabajara quedaba dentro del ámbito de libertad de cada uno. Es más cuando me explicaron eso, llegué a pensar que había algo de exageración. No era cierto. No todos los profesores desde luego, pero algunos de ellos, quizá los jefes de escuela más que los otros, todavía llevaban a gala esas diferencias que te aupaban o castigaban casi desde los inicios si no tenías suerte.

Me pareció siempre tan injusto que me he esforzado toda la vida académica por cambiar esa situación y hoy en día puedo presumir de amigos dentro de la Filosofía del Derecho con opiniones, intereses de estudio y ámbitos de trabajo muy distintos de los míos.

Supongo que esa situación se da en otros muchos campos e incluso ámbitos profesionales, pero a mí me dolía el mío. Creo que entre la gente joven ese asunto está más diluido y me gusta pensar que quizá tuve alguna participación en ello.

Otra cosa buena en el presente de la Filosofía del Derecho en España es nuestra sociedad y nuestra revista, *Anuario de Filosofía del Derecho*. Creo que la sociedad es vigorosa y goza de buena salud. Todavía en Sevilla nos explicaron recientemente que había bastantes

nuevas incorporaciones lo que demuestra que no es una sociedad mortecina, sino activa y en expansión.

Y por lo que se refiere al *Anuario* debemos sentirnos satisfechos y agradecer a quienes lo hacen posible cada año, la extraordinaria calidad de sus escritos y las sucesivas menciones de calidad que se han ido consiguiendo.

Me parece también que como grupo humano hemos conseguido estrechar relaciones y ampliar el respeto por el trabajo del otro. Creo que hemos adquirido mayor conciencia de grupo y de la necesidad de apoyarnos los unos en los otros.

Pero también en nuestra evolución hay cosas malas que deberían corregirse. La primera de todas, y la que más pesa, ya la hemos mencionado. Se refiere a la falta de peso de nuestras materias en los currícula llegando a convertirnos en materia optativa o incluso ni eso.

También creo que existe cierta dispersión en los campos de estudio y trabajo a los que nos dedicamos en la actualidad. Es cierto que precisamos reinventarnos especialmente para reencontrar nuestro puesto en las enseñanzas jurídicas. Eso importa desde luego, porque corremos el riesgo de desaparecer, pero no implica que cualquier tema, del tipo que sea, pueda ser materia de Filosofía Jurídica. Creo que eso, unido al cambio que experimentamos también en los nombres de nuestras materias, confunde bastante tanto a los alumnos como a los ministerios encargados de refrendar los planes de estudios mediante la enumeración de los «descriptorios» de las materias.

La Filosofía del Derecho tiene sin duda un contenido muy amplio, pero no abarca cualquier cosa o estudio que se le ocurra a cada persona en un momento dado.

4. EL FUTURO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Una vez concluido este trabajo nos preguntamos ¿tiene futuro la Filosofía del Derecho? Desde luego a nosotros nos toca preocuparnos de su presente para garantizar su futuro y creo que eso estamos haciendo: «Aguantar» estos malos tiempos en los que se ha impuesto el tecnicismo en las Universidades y se ha olvidado el humanismo.

Estoy segura de que tarde o temprano cambiarán las tornas y los responsables de la Universidad española serán conscientes de que es preciso «formar» a las personas y no solo «informarlas».

El futuro de la Filosofía del Derecho está a mi juicio en dos frentes. Por un lado, en el capital humano, en las personas que se están formando en la actualidad, doctorandos, becarios, jóvenes profesores. Debemos protegerlos y potenciarlos. Debemos trabajar por ellos para dejarles un futuro cierto. Debemos formarlos de la mejor manera posible, ocupándonos de ellos a fin de que pronto puedan andar solos y seguir engrandeciendo a la materia. Y debemos tam-

bién agradecer a los que estuvieron antes el trabajo y esfuerzo que ellos realizaron por nosotros.

Poco importa, a mi juicio, que nuestras opiniones difieran. Que no hayamos opinado de igual forma sobre múltiples problemas o que incluso pertenezcamos a escuelas jurídicas diferentes. En un mundo globalizado donde el pluralismo se impone como un valor esencial, debemos dar ejemplo dentro de nuestra propia casa, respetando lo que otros de buena fe hicieron siguiendo sus convicciones de la mejor manera posible. Es imprescindible tratar con respeto al compañero y no descalificarlo simplemente porque piense de forma diferente. Tenemos cabida todos y es bueno que haya margen de discusión surgido de los diversos planteamientos.

Por el otro lado debemos fijarnos en el capital material, es decir en lo que estudiamos. La Filosofía del Derecho ha mostrado su vigor y su permanencia a lo largo del tiempo⁴⁵. Si se ha mantenido como uno de los estudios fundamentales del Derecho es sin duda porque tiene mucho que aportar al estudio y conocimiento de este. La Filosofía del Derecho supone la esencia de lo jurídico. La razón de ser que fundamenta la construcción de todo el edificio del Derecho. Y sabido es que un edificio sin cimientos se viene abajo al menor inconveniente. Por eso, si bien es necesario dominar cada una de las materias y ciencias coadyuvantes de la Filosofía del Derecho, un jurista debe conocer el Derecho de forma universal, crítica y valorativa. Y ese conocimiento solo lo puede adquirir estudiando Filosofía del Derecho.

Estoy convencida que esta realidad se impondrá tarde o temprano en la política universitaria. El estudio de los universales, de los conceptos jurídicos, de los valores, de la argumentación jurídica, de la metodología y también de la historia del pensamiento son ahora, han sido y serán esenciales para formar a un jurista.

⁴⁵ A pesar de que la preocupación por su destino ha sido una constante a través del tiempo. Recuerdo por ejemplo algunos de los trabajos publicados en 1975, en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 15 entre los que citaré algunos a modo de ejemplo: CAPELLA, J. R., «Sobre las perspectivas de la Filosofía del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 23.; DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 25; LAPORTA, F. J., HIERRO, L. Y ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 118; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., «Sentido y función de la filosofía del derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 406. OLLERO TASSARA, A., «Una Filosofía del Derecho posible», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 260; DIAZ, E., «Concepto y función actuales de la Filosofía del Derecho y del derecho natural», *Actas de las jornadas de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Rábida*, Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, 1978, p. 136. GIL CREMADÉS, J. J., «Un futuro posible de la Filosofía del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, p. 79; PUY MUÑOZ, F., «Perspectivas actuales de la Filosofía del Derecho», *Anuario de la Universidad de Málaga*, 1 p. 199 o PECES BARBA MARTÍNEZ, G., «La enseñanza de la Filosofía del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, p. 103.

Pienso que quizá deberíamos centrarnos en eso, en los temas universales y eternos que nos preocupan y no desdibujarnos tanto, pensando que podemos casi ocuparnos de cualquier cosa. Creo que eso es un error y que quien mucho abarca poco aprieta.

La Filosofía del Derecho debe identificarse con lo que siempre ha sido, a lo largo de toda la historia del pensamiento. Ahí tenemos un fructífero campo de trabajo, que es el que nos es propio. Ese campo es muy amplio, y permite modernizaciones que se imponen con el paso de los tiempos. Pero no es infinito y creo que es un error empeñarnos en que lo sea. Nuestra materia tiene entidad suficiente por sí misma.

Nosotros lo sabemos y por eso seguimos cultivándola. Otros, lo sabrán sin duda más tarde. Así que mientras tanto mantengámonos haciendo aquello que sabemos hacer. Como dijo Hegel «cuando la filosofía pinta el claroscuro, ya un aspecto de la vida ha envejecido y en la penumbra no se le puede rejuvenecer, sino solo reconocer: el búho de Minerva inicia su vuelo al caer el crepúsculo»⁴⁶.

⁴⁶ HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1955, p. 36.

La Filosofía del Derecho y sus tareas: presente y futuro

Philosophy of Law and its Tasks: Present and Future

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla

RESUMEN

El propósito de este trabajo consiste en exponer las tareas más apremiantes que, a juicio del autor, debe asumir la Filosofía del Derecho del presente y del inmediato futuro. Para ello, se analizan las dos tareas que se consideran de interés prioritario: la primera versa en torno a lo que entraña el desafío tecnológico propio de la sociedad digital que habitamos y que se concreta en la respuesta que desde la filosofía jurídica debe avanzarse respecto a la omnipresencia en todos los ámbitos sociales, económicos, políticos, culturales y jurídicos de la Inteligencia Artificial (IA). Hace referencia la segunda al riesgo cultural que entraña la pretensión de determinados movimientos que se autoconsideran portavoces de los signos del universo tecnológico y los desarrollos de la tecnociencia, para inferir la propuesta ideológica del final del humanismo y el inicio de la era posthumanista. El trabajo concluye asignando a la Filosofía del Derecho la función de ser la conciencia de la IA que es Inteligencia sin conciencia; y de reivindicar la persistente necesidad de respetar y realizar los valores humanistas frente a su pretendida abolición por el posthumanismo.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, humanismo, posthumanismo, Nuevas Tecnologías, robótica, sociedad digital.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to set out the most pressing tasks which, in the author's opinion, the Philosophy of Law of the present and the immediate future must take on. To this end, it analyses the two tasks that are considered to be of priority interest: the first deals with the technological challenge of the digital society that we inhabit and which is specified in the response that legal philosophy must advance with respect to the omnipresence of Artificial Intelligence (AI) in all social, economic, political, cultural and legal spheres. The second refers to the cultural risk involved in the pretension of certain movements that consider themselves to be spokespersons of the signs of the technological universe and the developments of technoscience, in order to infer the ideological proposal of the end of humanism and the beginning of the posthumanist era. The work concludes by assigning to the Philosophy of Law the function of being the conscience of the AI that is Intelligence without conscience; and of vindicating the persistent need to respect and realise humanist values in the face of their intended abolition by posthumanism.

Keywords: Artificial Intelligence, humanism, posthumanism, new technologies, robotics, digital society.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS TAREAS. – 2. LA TAREA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO RESPECTO A LOS IMPACTOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. – 3. LA TAREA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO RESPUESTA AL DESAFÍO POSTHUMANISTA. – 4. CONCLUSIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TAREA PRESENTE Y FUTURO.

SUMMARY: 1. APPROACH: THE PHILOSOPHY OF LAW AND ITS TASKS. – 2. THE TASK OF THE PHILOSOPHY OF LAW WITH RESPECT TO THE IMPACTS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE. – 3. THE TASK OF THE PHILOSOPHY OF LAW AS A RESPONSE TO THE POSTHUMANIST CHALLENGE. – 4. CONCLUSION: THE PHILOSOPHY OF LAW AS A PRESENT AND FUTURE TASK.

1. PLANTEAMIENTO: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS TAREAS

La Directiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política han promovido, con oportunidad y acierto la iniciativa de conmemorar el 70 Aniversario desde que iniciara su andadura su principal órgano de expresión, es decir, del *Anuario de Filosofía del Derecho*. Conmemorar evoca terminológicamente la idea de poner la memoria

en común, lo que equivale a ejercitar un acto de memoria colectiva. Conmemoramos aquellos hechos o aquellas efemérides que entendemos que son dignos de memoria y, por eso, pienso, que no debe caer en el olvido lo que esta publicación anual ha representado y representa para cuantos nos hallamos dedicados al quehacer iusfilosófico en España, hallándose también abierta a las colaboraciones de las más solventes personalidades de la cultura jurídica extranjera. El *Anuario*, en definitiva, ha cumplido con la relevante misión de ser cauce para expresar y difundir ideas, teorías y concepciones relativas a nuestra área de investigación y estudio.

La conmemoración nos sitúa ante una doble tarea: de una parte, invita a una evocación retrospectiva de cuanto han contribuido en el inmediato pasado, los distintos tomos y páginas del *Anuario* para reflejar y dar cumplida cuenta de la trayectoria científica de nuestra disciplina; de otra parte, nos plantea la exigencia de reflexionar sobre las tareas que en el presente y en un futuro próximo constituyen y/o constituirán el principal reto intelectual y práctico para el cabal desarrollo de la Filosofía jurídica. Personalmente, prefiero optar por este segundo empeño, por ser el que mejor se aviene a mis actuales inquietudes y programas de estudio relativos a nuestra disciplina.

Al promediar el siglo XIX Rudolf von Ihering titulaba el frontispicio de una publicación anual destinada a convertirse en una de las más importantes manifestaciones de la cultura jurídica de su época y del porvenir, con la expresión: *Unsere Aufgabe*, o sea, «nuestra tarea»¹. Con ello, deseaba aludir a la labor que apremiaba a la teoría jurídica para asumir y dar cumplida respuesta a los problemas más acuciantes de su tiempo. La noción de tarea evoca la labor ineludible e inaplazable que orienta el quehacer de cualquier actividad humana. A esas exigencias, precisamente, intentarán responder las reflexiones que aquí se avanzan, referidas al ámbito de nuestra disciplina, es decir, al de la Filosofía del Derecho.

Es notorio que las últimas décadas ha sido escenario de importantes e incesantes cambios, transformaciones y retos para el derecho. Diferentes escuelas y tendencias de la filosofía y teoría del derecho se han esforzado en comprender, explicar y responder a esos fenómenos, desde distintos enfoques y con diversa fortuna. Este ensayo se propone ofrecer, en forma compendiada, una panorámica de los desafíos que, a mi entender, más directamente inciden sobre la realidad jurídica y ante los que, por eso mismo, la Filosofía del Derecho no puede inhibirse o ignorar.

¹ IHERING R. von., «Unsere Aufgabe», *Jahrbuch des heutigen römischen und deutschen Recht*, 1, 1857, p. 52. Existe trad., cast., con Estudio preliminar a cargo de LLOREDO ALIX, L., «Rudolf von Ihering: Nuestra tarea (1857) En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, marzo – agosto 2013, p. 234 y ss.

De cuanto se ha expuesto se desprende que la contemporaneidad constituye el estímulo inspirador de estas reflexiones y el elemento determinante de su objeto. Mi propósito se cifra en explorar las dos tareas que, estimo, resultan más apremiantes para el presente y el futuro inmediato de nuestra disciplina. La primera versa en torno a lo que entraña el desafío tecnológico propio de la sociedad digital que habitamos y que se concreta en la respuesta que desde la filosofía jurídica debe avanzarse respecto a la omnipresencia en todos los ámbitos sociales, económicos, políticos, culturales y jurídicos de la Inteligencia Artificial (IA). Hace referencia la segunda al riesgo cultural que entraña la pretensión de determinados movimientos que se autoconsideran portavoces de los signos del universo tecnológico y los desarrollos de la tecnociencia, para inferir la propuesta ideológica del final del humanismo y el inicio de la era posthumanista.

2. LA TAREA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO RESPECTO A LOS. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La expresión «Inteligencia Artificial» (IA) se halla acogida en los más diversos ámbitos de la investigación científica y tecnológica y forma parte de la opinión común de nuestro tiempo. Conviene, no obstante recordar que la cultura clásica griega sostenía que, frente a la opinión común representada por la *doxa*, el filósofo debía hallarse dispuesto a indagar la *paradoxa*. Con ello, se pretendía aludir a la necesidad de profundizar en el significado de los términos, más allá de sus sentidos aparentes.

Esta observación parece del todo oportuna en cuanto atañe al significado de la IA. Resulta incuestionable admitir que la inteligencia es un rasgo definitorio, genuino y constitutivo del ser humano. Parece, por tanto, inapropiado poder predicar esa cualidad, intrínsecamente humana, de entes que no son humanos. Agregar el calificativo de «artificial» a la noción de inteligencia, no evita las perplejidades, equívocos y resistencias que suscita la expresión «IA».

En el año 1989 se celebró en la Universidad de Bolonia un Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, que tenía por objeto el estudio de las proyecciones de los Sistemas Expertos (SE) y la IA al Derecho². En los trabajos de quienes participamos en dicho evento se puso de relieve la disparidad de criterios entre quienes se mostraban partidarios de que la proyección de las Nuevas Tecnologías (NT) y de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) al Derecho se realizara bajo la denominación de los Sistemas Expertos (SE) y quienes, por el contrario, estimaban preferible optar por la expresión IA.

² PATTARO, E. (ed.), *Expert Systems in Law. An International Conference on Law & Artificial Intelligence* (University of Bologna, May 3-5), Bologna, CIRFID, 1989.

Por influjo de las enseñanzas de Georges Kalinowski³ y de Miguel Sánchez-Mazas⁴. Entendía que la experiencia humana consiste en un acopio de datos e informaciones, en la memorización de los mismos y en el uso de ese acervo documental en los distintos ámbitos de la experiencia humana, es decir, en distintos momentos de la actividad vital de la persona. Esas operaciones, por analogía, se pueden predicar de los sistemas informáticos. Un sistema informático puede acumular una información y documentación muy superior a la capacidad de los seres humanos. Puede poseer una capacidad de memoria de dichos datos e informaciones perfectamente organizada y estructurada. Puede, asimismo, con una adecuada programación, utilizar los datos e informaciones archivados y memorizados en los más diversos ámbitos del mundo y de la vida.

Esa proyección tecnológica se complica notablemente cuando su objeto es la inteligencia. Desde Aristóteles y, a partir de su enseñanza que irradia la entera evolución de la cultura occidental, la inteligencia entraña una doble dimensión: un aspecto «lógico» que se halla representado por el conocimiento y un aspecto «teleológico» que consiste en la dirección u orientación del conocimiento. La inteligencia humana es «consciencia», conocimiento, pero es también «conciencia», es decir, dirección hacia determinados fines del conocimiento.

En todo caso, convendrá advertir que la pregunta sobre: ¿qué es la inteligencia? no admite respuestas simplistas o precipitadas. Exige, en primer término, dilucidar lo que se entiende por «inteligencia», concepto que, en modo alguno, es constante y unívoco; por lo que conviene evitar el riesgo de hipostasiarlo y tratarlo como si fuese una entidad evidente.

Descartada cualquier pretensión de exhaustividad, se pueden advertir en el seno de la cultura occidental tres grandes acepciones de la inteligencia: 1) como «inteligencia práctica»: *intellectus practicus* (Aristóteles, Tomás de Aquino), *praktische Vernunft* (Kant), es decir, como virtud para discernir y actuar racionalmente que orienta la acción, los juicios de valor y la elección de las reglas de conducta y convivencia; 2) como «inteligencia o saber teórico», *nous theoretikós* (Aristóteles), *ratio speculativa* (Tomás de Aquino), o facultad cognoscitiva *Erkenntnisvermögen* (Kant, Hegel), que permite aprehender y representar formalmente la realidad, así como realizar cálculos y deducciones lógicas; 3) «como inteligencia o racionalidad instrumental», que alude a la idoneidad (eficacia) de los medios requeridos para

³ KALINOWSKI, G., «Sobre la importancia de la lógica deóntica para la Filosofía del Derecho», trad. cast. a cargo de PÉREZ LUÑO, A. E., en el vol. col., dirigido por PÉREZ LUÑO, A. E., *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Madrid, Tecnos, 1987, pp. 163 y ss.

⁴ SÁNCHEZ-MAZAS, M., «El programa Ars Judicandi» en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, cit., pp. 174 y ss.

la obtención de determinados fines, así como para dirigir procesos de adaptación y/o aprendizaje (Bergson, Köhler, Weber), en una acepción «neutra» diversa de la peyorativa que identifica la inteligencia o razón instrumental (*instrumentelle Vernunft*) con los procesos discursivos dirigidos a posibilitar y legitimar el dominio de la naturaleza y la explotación de los seres humanos (Horkheimer).

Para expresar las acepciones 2 y 3 se utilizan en la actualidad la distinción entre inteligencia: *epistemológica*, que permite la representación formal del mundo, así como el planteamiento y solución de los problemas que ello comporta; y *heurística*, que en función de informaciones resuelve problemas y decide los medios o instrumentos adecuados para el logro de objetivos⁵. Estas dimensiones de la inteligencia permiten comprobar que en sus acepciones 2 y 3, o epistemológica y heurística, la noción de inteligencia puede ser predicable respecto a determinados tipos de *software* que reproducen procesos de conocimiento. Respecto a la inteligencia teórica o epistemológica los avances de la IA han permitido evidenciar la carencia de fundamento de aquellas concepciones lógicas y antropológicas basadas en la supuesta aptitud humana inimitable de deducción e inferencia silogística, desde el momento en que tal facultad ha sido ventajosamente superada por los ordenadores. Esto no implica que la inteligencia o el razonamiento humano hayan sido absorbidos o suplantados en su integridad por la IA, sino que la peculiaridad de esas facultades ya no puede cifrarse en su mera dimensión silogística. Más bien habrá que referirla a su capacidad para imaginar, comprender, utilizar y valorar críticamente máquinas silogísticas.

De modo análogo, en el plano de la inteligencia instrumental o heurística se ha superado el prejuicio que consideraba la facultad de aprendizaje como privativa de la especie humana, en la medida en que desde que, con la máquina de Turing en 1950, se pudo comprobar la capacidad de las máquinas para realizar tareas definidas y/o simular juegos. Especial atención merece la capacidad de los programas de la IA para orientar (corregir o perfeccionar) su propio funcionamiento, a partir de la autoregulación o retroacción (*feedback*), de informaciones elaboradas en su propio proceso operativo, lo que implica capacidad para autocalibrar su aproximación o alejamiento de los objetivos programados para su actividad.

La evolución de las posibilidades operativas de la IA es, en principio, ilimitada máxime cuando se está experimentando con nuevas generacio-

⁵ Cfr., MCCARTY, J., y HAYES, P., «Some Philosophical Problems of Artificial Intelligence», en *Readings in Artificial Intelligence*, Los Altos (California), Morgan Kaufmann, 1987, pp. 431 y ss.; PÉREZ LUÑO A. E., «Computerized Information Systems in General Jurisprudence and Philosophy of Law in Spain», en *Expert Systems in Law. An International Conference on Law & Artificial Intelligence*, cit., vol., pp. 1 y ss.; *idem* «Expert Systems in Law. Premises for an Evaluation», en el vol col. a cargo de CIAMPI, C., SOCCI NATALI, F., y TADDEI ELMI, G., *Verso un sistema esperto giuridico integrale*, Padova, Cedam, 1996, vol. II, pp. 257 y ss.

nes de ordenadores que: en el plano del *hardware*, pudieran llegar a sustituir el *chip* de silicio por el de carbono, lo que auspicia todo tipo de conjeturas sobre la aproximación del sistema operativo de los circuitos de la IA a los procesos de la mente humana; mientras que en el del *software* se abre paso la posibilidad de utilizar lógicas polivalentes, probabilistas o *fuzzy*, es decir, borrosas, capaces de operar con tablas de verdad vagas e imprecisas y con reglas de inferencia cuya validez es aproximada en lugar de exacta, como ocurre en la lógica formal⁶.

Existe un sector de la inteligencia, el 1 o práctico, que es el que afecta a la conciencia, que no pueden ser asumidas por la IA. Se trata de actividades y modos de preferencia (valoraciones) y elecciones de fines, que los seres humanos llevan a cabo a través de su estructura biológica y psicológica, pero esa estructura no opera en abstracto, sino en función de experiencias sociales y culturales⁷.

De cuanto hasta aquí se ha expuesto se infiere que la IA posee una potencialidad incuestionable en los diversos ámbitos del conocimiento, pero carece de conciencia. La IA representa por tanto una inteligencia desprovista de conciencia. En estos últimos años los progresos de la IA en todos los ámbitos del conocimiento han adquirido un desarrollo de extraordinarias proporciones, pero sin que los desarrollos tecnológicos hayan podido avanzar en el ámbito de la conciencia.

En el Congreso de Bolonia y en los años siguientes, algunos investigadores de informática jurídica de la Europa continental nos mostramos proclives a que todas las proyecciones tecnológicas, en el terreno social, político y jurídico, deberían reconducirse y expresarse a través de los SE. Por el contrario, los estudiosos anglosajones se mostraron, decididamente, partidarios de la utilización terminológica de la IA, por entender que con la misma se reforzaban la potencialidad y las expectativas de las proyecciones de las NT y las TIC en todos los ámbitos de la realidad física y social. El protagonismo de la cultura anglosajona, en particular de la norteamericana, en los diversos aspectos y desarrollos de la tecnociencia ha determinado la definitiva consagración del término «IA».

El planteamiento y las reflexiones que anteceden permiten deducir mi personal respuesta en relación con los retos y, consiguientemente, con las tareas actuales que para la Filosofía del Derecho se derivan del protagonismo creciente, en el seno de la sociedad digital de la IA. Entiendo que la principal tarea y responsabilidad de la Filosofía del Derecho ante ese reto no puede ser otro que el de dotar de conciencia a la IA en la multiplicidad de ámbitos y sectores en los que se utiliza en el presente, o pueda ser utilizada en el futuro.

Desde las primeras proyecciones de la cibernética y de la informática al Derecho, la cultura jurídica mostró su sensibilidad por llevar a

⁶ Cfr., ATIENZA, M. *La analogía*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 56 y ss.

⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Saggi di informatica giuridica*, con prólogo de FROSINI, V., Milano, Giuffrè, 1998, pp. 111 y ss.

cabo una evaluación del impacto que de esa proyección pudiera derivarse. En años posteriores se ha mantenido esa inquietud por someter al tribunal de la conciencia, o sea, al conjunto de valores ético-jurídicos los constantes desarrollos de las NT y las TIC en la experiencia jurídica. En la actualidad y, en concreto, en lo que hace referencia a las implicaciones jurídicas de la IA, se han promovido numerosos programas y proyectos de estudio, en los que se analizan, de forma pormenorizada, los diversos aspectos y consecuencias de esta nueva frontera de la era digital⁸.

3. LA TAREA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO RESPUESTA AL DESAFÍO POSTHUMANISTA

La otra gran tarea que, entiendo, incumbe a la Filosofía jurídica del presente es la de mostrar y denunciar las falacias y trampas liberticidas que entrañan un riesgo grave para valores de la tradición humanista de persistente e irrenunciable actualidad.

El inicio del nuevo siglo, que coincidió también con el inicio de un nuevo milenio, se ha caracterizado, tal como he tratado de indicar en el apartado que antecede, por un protagonismo avasallador de las NT y las TIC, en todos los ámbitos de la vida humana. Este fenómeno ha contribuido a que, desde determinados enfoques tecnocientíficos, se considere que la humanidad actual y sus valores consagrados por el humanismo, deben ser superados, ya que nos hallamos ante los albores de una nueva etapa. Así, James Barrat, sostiene el fin de la era humana y el inicio de una nueva era presidida por la omnipresencia de la inteligencia artificial (IA)⁹. A su vez, Yuval Noah Harari afirma que se ha superado la era del *homo sapiens*, que ha sido suplantado por el *homo deus*¹⁰.

Entre las posturas que invocan hoy la ciencia y la tecnología como marco de referencia para el desarrollo de la vida individual y colectiva, deben distinguirse dos concepciones que obedecen a planteamientos diferentes. Es importante no dejar a la intemperie el respectivo alcance de esas dos concepciones, para evitar que puedan ser entendidas de una forma confusa y arbitraria. De ahí, que sea necesario distinguir netamente entre lo que implica las expresiones «transhumanismo» y «posthumanismo». En numerosas ocasiones, estos términos son asumidos y empleados de forma indistinta, como sinónimos. Ambas

⁸ Cfr., por todos, SÁNCHEZ BRAVO, A. (Ed.), *Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales*, Sevilla, Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2020; LLANO, F., GARRIDO, J. y VALDIVIA, R. (eds.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia, Laborum, 2022.

⁹ BARRAT, J., *Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*, trad. cast. de RODRÍGUEZ, S., México, Paidós, 2017.

¹⁰ HARARI, Y. N., *Homo Deus: Breve historia del mañana*, trad. cast. ROS, J., Barcelona, 2016.

expresiones aluden a la reivindicación del derecho a investigar y utilizar, con plena libertad, los avances de la tecnociencia, para conseguir el mayor grado de desarrollo tecnocientífico. Al propio tiempo, estos movimientos se proponen trascender los límites naturales, biológicos o sociales que actualmente condicionan el pleno desarrollo de la existencia. Ahora bien, existe una diferencia básica entre estas dos concepciones. Así, mientras los transhumanistas sostienen que la tecnociencia debe contribuir a la mejora, pero no a la suplantación de la especie humana¹¹, los posthumanistas postulan la superación de la humanidad actual por una superhumanidad, como resultado final del proceso de desarrollo tecnocientífico. Para los transhumanistas la tecnociencia debe ser utilizada para una mejora de la calidad de la vida humana. En sus análisis prospectivos se alude reiteradamente a la expresión «humanidad aumentada», para hacer referencia a aquellos progresos y desarrollos que en la condición humana pueden promover las NT y las TIC cuando se hace un uso adecuado de ellas. El transhumanismo no se propone, por tanto, la abolición de cuanto ha supuesto la cultura humanista. El posthumanismo implica la versión «fuerte» de esas proyecciones tecnocientíficas al ámbito de lo humano y, desde sus enfoques, no se duda en postular la sustitución del paradigma humanista por el paradigma posthumanista. De ello, infieren que nos hallamos ante el final de la era humana y la consiguiente aparición de una nueva forma de existencia: la posthumanidad¹².

En las reflexiones que siguen me ocuparé de esta última concepción e intentaré mostrar los riesgos que subyacen a su designio de abolir la tradición del humanismo. Plantear la contraposición entre humanismo y posthumanismo resulta hoy una tarea urgente y perentoria para la Filosofía del Derecho, cuando la entera población del mundo global que habitamos ha visto como se desmoronaba, de manera inimaginable y repentina, su convicción de seguridad existencial, a salvo de cualquier contingencia o imprevisto. El COVID-19 con sus devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas, ha abierto una brecha en la conciencia colectiva y ahora los miembros de la sociedad digital reclaman de la comunidad científica una evaluación objetiva y serena de esta crisis planetaria. Ante esas circunstancias parece no solo oportuno, sino obligado, someter determinados postulados y previsiones posthumanistas sobre el mundo futuro a la criba crítica de la razón humanista.

En el plano ético, político y jurídico el humanismo ha defendido siempre aquellos valores más intrínsecamente ligados con la personalidad humana. Dichos valores, a partir de la Ilustración y del movimien-

¹¹ Vid., por todos, LLANO ALONSO, F., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

¹² Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., «El posthumanismo no es un humanismo», *Derechos y libertades*, 44, 2021, pp. 17 y ss.; Este artículo fue también publicado en una versión ampliada en *Doxa*, 44, 2021, pp. 291 y ss.

to constitucionalista, se consagran en los derechos y libertades legitimadores de los Estados de Derecho. La tradición humanista consagrará sus valores, principios y derechos en las normas constitucionales que se hallan en la cúspide de los Estados de Derecho. Tras la Revolución francesa, dichos valores se expresarán mediante los símbolos de la tricolor: libertad, igualdad y fraternidad, que junto con la dignidad constituyen la síntesis axiológica del humanismo.

Hoy el posthumanismo plantea la transmutación de los valores desde un enfoque tecnocientífico. Su crítica a los valores humanistas aparece como una alternativa frontal respecto a esa concepción. Desde el enfoque posthumanista se niega, abiertamente, la existencia del libre albedrío y, por tanto, la posibilidad de un ejercicio autónomo e incondicionado de la libertad de elección y decisión¹³. De ahí, que la libertad que actualmente importa no es tanto la que atañe a los derechos o facultades de los individuos, sino que pone el énfasis en la libre investigación científica, sin límites o tabúes que puedan impedir su pleno ejercicio. Desde la ideología posthumanista se entiende cualquier restricción moral o legal a la libre investigación y experimentación como un símbolo anacrónico de oscurantismo. De igual forma que los Reformadores protestantes invocaban el libre examen, como principal garantía de la libertad de la conciencia, los posthumanistas defienden el libre ejercicio de la investigación y la experimentación tecnológica y científica, como la forma más representativa de la libertad en el presente. Para los posthumanistas, en definitiva, las normas éticas, jurídicas o políticas que representen una cortapisa al desarrollo tecnológico o científico, son trabas incompatibles con los avances que reclama el progreso. Por tal motivo, en fecha muy reciente, desde diferentes foros afines al posthumanismo, se ha considerado, como una victoria relevante, que la legislación japonesa haya permitido que el profesor de la Universidad de Tokio Hiromitsu Nakauchi, experto en biotecnología

¹³ En la lección que dedica a la «Libertad», incluida en *21 lecciones para el Siglo XXI*, trad. cast., Ros, J., Barcelona., Debate, 2018, pp. 73 y ss. Noah Harari reafirma su tesis sobre la imposibilidad del libre albedrío al que califica de «mito». Según afirma, para la ideología liberal, el libre albedrío permite que cada persona pueda elegir y decidir las principales cuestiones concernientes a sus preferencias políticas, económicas, sociales o personales. Esas decisiones se hallan contaminadas por sentimientos y no obedecen a pautas lógicas, por eso, pueden ser reemplazadas ventajosamente por decisiones inteligentes a partir de la IA y de algoritmos que procesan macrodatos. Es consciente, no obstante, del riesgo de que esa situación pueda conducir a una dictadura digital, en la que los humanos queden degradados a meros dóciles productores y consumidores de datos. En su opinión, las sociedades actuales invierten mucho en IA y muy poco en el desarrollo de la mente y la conciencia humana, condición necesaria para poder desarrollar el potencial humano. El temor de Harari me parece fundado, pero no así el remedio que apunta. Estimo que no podrá avanzarse mucho en el desarrollo de la mente humana y del potencial humano sin reconocer plenamente el libre albedrío, así como las demás manifestaciones de la libertad, la autonomía, la dignidad y el pleno desarrollo de la personalidad, tal como postula el proyecto humanista, que el posthumanismo, precisamente, pretende abolir.

lleve a cabo experiencias de humo-animales, que consisten en la implantación de células humanas en embriones de animales. Así, se pretende la producción de órganos susceptibles de ser trasplantados a seres humanos. La posibilidad de seres híbridos mezcla de elementos humanos y animales, que hasta el presente se hallaba en la esfera mitológica de los faunos, centauros, sirenas, esfinges..., puede llegar a ser una realidad futura. De esta forma, los aspectos más decisivos sobre el porvenir de la especie no obedecerán a procesos de selección natural, sino a una programación inteligente.

Criticando también los posthumanistas el valor de la igualdad, proclamado por el humanismo, por su carácter insuficiente y, en definitiva, injusto. En el Estado de Derecho liberal se pretende garantizar la igualdad jurídica de los ciudadanos, en términos de igualdad ante la ley. A su vez, el Estado social de Derecho se propone garantizar determinadas cuotas de bienestar, a partir del reconocimiento de la igualdad material. Los posthumanistas denuncian que estas formas de igualdad son insuficientes, ya que no tienen en cuenta las inmensas desigualdades existentes entre las facultades físicas e intelectuales de las personas. Sólo una insignificante minoría de personas puede participar en las Olimpiadas, u optar al Premio Nobel. Según los posthumanistas la experimentación sin trabas de la ingeniería genética, de las biotecnologías y de la neurociencia, hará posible imaginar a seres posthumanos, cuyas capacidades físicas e intelectuales posean un nivel mucho más completo y pleno de igualdad.

La descalificación posthumanista de los valores jurídico-políticos del humanismo, se dirige también a denunciar su fracaso en el diseño de sociedades bien ordenadas. Hasta el presente las sociedades democráticas no han podido erradicar de su seno las conductas desviadas delictivas o antisociales, que entrañan un peligro para el orden y, en ocasiones, para la propia pervivencia de la comunidad política. Estas graves insuficiencias de las sociedades actuales podrán ser corregidas mediante el empleo de técnicas neurológicas que erradiquen de los cerebros las actitudes antisociales y que permitan establecer un orden social plenamente justo, en el que no exista la lacra endémica de la delincuencia.

Para quienes, como es mi caso, no compartimos el ideario posthumanista, sus propuestas deben ser sometidas a una revisión crítica que tienda a poner de manifiesto las insuficiencias y falacias sobre las que se construye su desafío al humanismo. El posthumanismo no pretende ofrecer vías de acceso al conocimiento de la realidad, sino que crea una determinada forma de realidad, acorde a sus propios planteamientos. El posthumanismo más que un método de conocimiento tiende a convertir el método en el propio objeto de conocimiento. Pudiera ejemplificarse ese *modus cognoscendi* si imaginamos una ventana cuyo cristal nos permite contemplar un determinado paisaje. El cristal es un medio para visualizar, para conocer, el panorama que se halla más allá de la ventana. Nos permite conocer esa realidad sin tener que sufrir las inclemencias del tiempo: lluvia, viento, calor, frío... Cuanto más diáfano sea el

crystal, mejor contribuirá a nuestro conocimiento o visión de la realidad, pero si sustituimos el cristal por una lente calidoscópica, podremos obtener una combinación de coloraciones y unas combinaciones cromáticas que podrán gozar de gran plasticidad, en el plano estético, pero que no nos permitirá contemplar la realidad existente fuera de la ventana. El riesgo que se deriva del método cognoscitivo del posthumanismo, reside, precisamente, en que no nos ofrece una visión de la realidad, sino que propone una realidad construida artificialmente, a través de la IA, el *Big Data* y los algoritmos diseñados para su elaboración. Yuval Noah Harari ha resumido, de modo inequívoco el alcance de la revolución gnoseológica auspiciada por el posthumanismo: «Gracias a los ordenadores y la bioingeniería, la diferencia entre ficción y realidad se difuminará, a medida que la gente remodele la realidad para que se ajuste a sus ficciones favoritas»¹⁴.

La teoría del conocimiento que propone el posthumanismo, concluye por ofrecernos una realidad virtual que enmascara la realidad auténtica, propicia una postverdad que supone una mentira con apariencia de verdad¹⁵.

El posthumanismo concibe un futuro de seres posthumanos omniscientes, omnipotentes y eternos. Esas perfecciones imaginadas para un mundo futuro han sido abiertamente impugnadas por Stefano Rodotà, figura indiscutible de la cultura jurídica contemporánea. Uno de sus últimos trabajos lleva por significativo título: *Del ser humano al posthumano*. En dicho estudio denuncia que la lógica desde la cual se sitúan los vaticinios y profecías posthumanistas, no es la del interés y el bienestar de las personas, sino que representa la lógica del beneficio económico. A juicio de Rodotà, de los eventuales beneficios de la revolución posthumanista no gozaría la totalidad de la población mundial. Al realizarse dicha revolución desde parámetros elitistas, es decir, dirigida por

¹⁴ HARARI, Y. N., *Homo Deus*, cit., p. 203.

¹⁵ En su nuevo libro, *21 lecciones para el Siglo XXI*, cit., HARARI, dedica una lección a la «Postverdad» (pp. 286 ss.). Advierte que, a lo largo de la historia, las religiones, las ideologías políticas y los gobiernos, han recurrido, asiduamente, a la mentira para el logro de sus propósitos. Por tanto, la postverdad no es un invento de la sociedad digital, pero las tecnologías de la información y de la comunicación han originado en las sociedades actuales una alarmante sospecha de vivir bajo el constante signo de la postverdad, es decir, bajo la transmisión incesante de mentiras y ficciones. Harari estima que la contaminación de las informaciones públicas no debe considerarse inevitable y propone como medio para erradicarlo el recurso a lo que denomina «ciencia ficción» (pp. 303 y ss.), o sea, a que los científicos más responsables asuman la tarea de facilitar información veraz que sea accesible a la ciudadanía. No deja de sorprender esta propuesta paradójica, en la que para combatir la ficción de la postverdad se recurre a una «ciencia ficción». La ciencia o es rigurosa o deja de ser ciencia. La necesidad de combatir las postverdades con informaciones científicas veraces, que sean comprensibles para la mayoría de las personas, no puede confundirse con la degradación de los datos científicos en meras ficciones. La ciencia ficción es plenamente legítima como género literario o para determinados tipos de esparcimientos, e, incluso, puede aleccionar y alertar a la opinión pública sobre determinados riesgos derivados de un uso irresponsable de las NT y las TIC, pero ello no puede ser elevada a la categoría de teoría científica.

una minoría de científicos y tecnólogos, no existirían garantías de que de la misma pudiera beneficiarse la mayoría de la población. Se establecería así una brecha tecnológica entre tecnocráticos y tecnopobres. Estos últimos quedarían marginados de los avances del progreso y de las decisiones sobre su propio futuro. La robótica, sino se halla dirigida por valores humanistas y democráticos, corre el riesgo de condenar a ingentes masas de población a convertirse en una muchedumbre inútil para los procesos productivos y la evolución del nuevo sistema social con el consiguiente riesgo de que ello pudiera conducirla a la miseria o, en el peor de los casos, a su paulatina desaparición¹⁶.

Ante esos riesgos, resulta muy significativa la nueva actitud de Yuval Noah Harari, sustentada en sus *21 lecciones para el Siglo XXI*, donde se aparta abiertamente del optimismo posthumanista sobre la maximización del bienestar en la sociedad futura. En la lección sobre «Igualdad» advierte que el desarrollo tecnológico podría hacer surgir a las sociedades más desiguales de la historia. La globalización e Internet salvan las diferencias entre países, pero pueden agrandar las diferencias entre clases y, cuando la humanidad parece que puede conseguir la unificación global, la propia especie podría dividirse en castas biológicas. En esas sociedades toda la riqueza y el poder, podrían concentrarse en unas élites, mientras que la mayoría de la población sufrirían no solo la explotación, sino algo mucho peor: la irrelevancia¹⁷.

Los posthumanistas piensan que gracias a la robótica las sociedades del futuro quedarán emancipadas de la secular imposición bíblica de ganar el sustento con fatiga. La eliminación de las formas más penosas, arduas y peligrosas de trabajo humano pueden ser sustituidas por la robótica. Ahora bien, la responsabilidad en la dirección y orientación de los robots no puede quedar en manos de tecnólogos o de la IA, porque la organización del trabajo y el empleo del tiempo libre son cuestiones que afectan a la vida de las personas y que, por tanto, no pueden eludir las exigencias y garantías de un orden sociopolítico dirigido por el respeto a los derechos humanos¹⁸.

No resulta menos radical la crítica que, desde el humanismo, se pueden dirigir hacia los presupuestos y consecuencias éticas del posthumanismo. Quizás convenga recordar que, para Kant la dignidad humana se situaba en el reino de los fines y consistía en la exigencia de tratar a todas las personas como fines en sí mismas y no como medios o instrumentos para la consecución de otras metas u objetivos¹⁹. El posthumanismo, instrumentaliza y mediatiza a las personas en función de un

¹⁶ RODOTÀ, S., «Del ser humano al posthumano», en DE LA QUADRA-SALCEDO, T., y PIÑAR, J. L. *Sociedad digital y Derecho*, Madrid, BOE, 2018, pp. 87 y ss.

¹⁷ HARARI, Y. N., *21 lecciones para el Siglo XXI*, cit., pp. 107 y ss.

¹⁸ Cfr., DE ASIS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid., Dykinson, 2015.

¹⁹ Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., «Kant y los derechos humanos», en su vol., *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009, pp. 117 y ss.

modelo de progreso que no tienen en cuenta sus posibilidades de decisión. La lógica transpersonal de la IA y los algoritmos deciden sobre los fines y objetivos futuros del desarrollo de la vida, al margen de las elecciones de las personas concernidas por esos designios.

La dignidad humana es también el fundamento de la identidad personal, concebida como el derecho de cada ser humano a tener una personalidad única irrepetible y genuina. Para el posthumanismo ese derecho se basa en una pretensión ilusoria, ya que, como se ha indicado *supra*, niega la existencia de un yo auténtico e irrepetible por considerar que tal pretensión contradice las leyes de la genética y los desarrollos presentes de las biotecnologías. La posibilidad de proyectar circuitos cerebrales humanos sobre máquinas, es decir, robots, realizable a partir de la ingeniería de Cyborg, permite conectar el pensamiento, la memoria y las experiencias humanas en seres artificiales y multiplicar esos procesos ilimitadamente. Las experiencias de «interfaces» entre distintas personas, con la correspondiente intercomunicación de ideas, preferencias y exigencias suponen negaciones radicales de un derecho a la identidad, al permitir formas de identidades clonadas o identidades en serie; o lo que es lo mismo, la propia abolición del significado de la identidad.

Una temática, ampliamente debatida en los últimos años es la referente a las amenazas que las pretensiones posthumanistas pueden implicar para la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. En esta esfera, el *Big Data* y los algoritmos representan un riesgo de vaciamiento de las garantías jurídicas establecidas para la defensa de estos derechos²⁰.

De cumplirse ciertas profecías posthumanistas, cabe conjeturar que la colonización de la vida privada no se limitaría a las situaciones pasadas y presentes, sino que podría perpetrarse en invasiones de nuestra intimidad futura. Se aventura, desde esas premisas posthumanistas, la inquietante posibilidad de que los datos masivos almacenados sobre todos los aspectos de nuestra vida, una vez elaborados por los algoritmos, permitieran predecir con exactitud cuál iba a ser nuestro voto en los próximos comicios políticos, nuestras preferencias comerciales y nuestra elección sentimental.

Por tal motivo la Filosofía del Derecho tiene que precaverse ante esos eventuales y ominosos riesgos²¹. El derecho a la libertad y, en concreto el derecho a la libertad política de los ciudadanos, es considerado por el posthumanismo como una pretensión ilusoria. Ese postulado es fruto de su negación absoluta del libre albedrío, al que con-

²⁰ Cfr., GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua* Madrid, Dykinson, 2015, pp. 165 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2017, 12.ª ed., pp. 351 y ss.

²¹ PÉREZ LUÑO, A. E., 2018: «Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista», en *Sociedad digital y Derecho*, cit., pp. 137 y ss.

sideran fruto de una ensoñación metafísica, ya que la tecnobiología y la neurociencia, muestran que cualquier decisión humana es el producto de la carga genética, de determinados rasgos de los circuitos cerebrales o de respuestas necesarias de la mente ante ciertas situaciones ambientales.

De cumplirse las inquietantes profecías posthumanistas, nos hallaríamos ante el final de la libertad en el espacio público. Pero, ese diagnóstico, no tiene por qué ser irrefutable y la mejor forma de defender una Filosofía jurídica comprometida con la defensa de los derechos humanos consiste en reforzarlos²².

Como todo avance científico y tecnológico las NT y las TIC poseen una dimensión ambivalente y es posible revertir su amenaza liberticida, mediante una utilización racional y democrática, acorde con los valores humanistas, que aproveche los aspectos positivos que ofrece el progreso en la sociedad digital para reforzar la libre participación política a través de nuevas formas de ciberciudadanía²³.

La autonomía de las personas queda suplantada, en el proyecto posthumanista, por la autonomía de los sistemas, la autonomía de los vehículos, la autonomía en los procesos de producción y reproducción de cosas... Asimismo, Internet que ha sido concebida como un espacio para el ejercicio libre de las actividades personales, es decir, como Internet de las personas, pierde protagonismo en favor de la Internet de las cosas.

Las grandes decisiones políticas y sociales sobre la sanidad, educación, seguridad, empleo, medio ambiente... Quedan sustraídas al debate democrático público y se confían a gabinetes tecnocráticos que toman decisiones fundadas únicamente en los procesamientos de datos que a partir del *Big Data* elaboran los algoritmos. La culminación de este proceso, a tenor de la lógica «dataísta» del posthumanismo, desembocaría en la plena sustitución de las decisiones humanas por la IA, que estaría en condiciones de proporcionar, en cada caso, la solución correcta. Como es obvio, esta lúgubre posibilidad implicaría la disolución de toda forma de responsabilidad política, con las perversas consecuencias que ello entrañaría para la subsistencia de una convivencia en libertad.

En las previsiones sobre el futuro de la sociedad avanzadas por los posthumanistas se augura la plena superación de las desigualdades físicas y mentales entre todas las personas, gracias a la ingeniería

²² Vid., ANSUÁTEGUI, F. J., «Nuove tecnologie e spazio pubblico» en SALARDI, S. y SAPORITI, M., *Le tecnologie 'moral' emergentie le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività/Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 22 y ss.

²³ PÉREZ LUÑO, A. E., *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@com?*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 72 y ss.; *idem*, *Construcción Europea y Teledemocracia* con la colaboración de: DE CARRERAS, F., LIMBERGER, T., GONZÁLEZ-TABLAS, R., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013, pp. 13 y ss. y 117 y ss.

genética y a usos inteligentes de las biotecnologías²⁴. El posthumanismo vislumbra, a la vez, sociedades en las que se podrá abolir toda forma de delincuencia, a través de programaciones de la conducta. De cumplirse esa pretensión posthumanista, nociones tales como las de responsabilidad, culpa, dolo, negligencia, buena fe..., dejarían de formar parte del catálogo de conceptos jurídicos fundamentales, porque se habría suprimido el propio valor de la libertad personal, que es presupuesto necesario de todas esas categorías.

La sociedad futura, auspiciada por los posthumanistas, estimo, que más que un sueño confortador de una convivencia libre, armónica y bien ordenada se asemeja a la pesadilla de ese «Mundo Feliz», imaginado genialmente por Aldous Huxley, o al del modelo opresivo de organización política presidido por la sombra despótica del gran Hermano, según la distopía descrita por George Orwell en su célebre obra *1984*.

4. CONCLUSIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TAREA PRESENTE Y FUTURO

De cuanto hasta aquí se lleva dicho, se desprende que el posthumanismo, no implica la mejora, perfeccionamiento o actualización del legado humanista, sino que supone su negación, abolición o suplantación. El posthumanismo, por tanto, entraña un antihumanismo, por lo que se sitúa frente a lo que ha sido una de las principales conquistas históricas de la tradición humanista, estrechamente vinculada a las concepciones más fértiles de la Filosofía del Derecho. Por ello, los derechos humanos, principal expresión del humanismo a partir de la Modernidad, se hallan en abierta oposición a las pretensiones posthumanistas. Aludir a una generación de derechos humanos posthumanistas, o lo que es lo mismo, antihumanistas, implica una evidente *contradictio in terminis*²⁵.

La negación posthumanista de los derechos y libertades puede conducir a la posibilidad ominosa de que determinadas decisiones fundamentales para la vida sean sustraídas a la voluntad autónoma y libre de los seres humanos, para ser asumidas por el poder impersonal y difuso de las cosas. Dicha posibilidad deja en la penumbra a las fuerzas o poderes que pueden controlar la autonomía de las cosas y la robótica, en función de sus propios intereses.

²⁴ Para la crítica de los postulados posthumanistas, en relación con el uso de las biotecnologías y la ingeniería genética, resultan del mayor interés los principios de la bioética expuestos por ATIENZA, M., en su ensayo *Justicia genética*, en curso de publicación y cuyo texto debo a la deferencia de su autor. En ese estudio, se avanza, también, una atenta lectura y análisis crítico de las principales tesis de Jürgen Habermas y Michael Sandel sobre esta problemática.

²⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista», cit., pp. 149 y ss.

De modo análogo los apologistas de la IA sostienen que el futuro sentido de la libertad política no dependerá de las deliberaciones de los Parlamentos democráticos o de los foros internacionales, que siempre pueden estar sujetas a su contaminación por pasiones o intereses. La política del futuro será el producto de decisiones inteligentes y asépticas tales como los resultados de la investigación que tiene lugar en los laboratorios de Silicon Valley en California.

Haciéndose eco y reflejando puntualmente las inquietudes y exigencias de nuestro tiempo, Luigi Ferrajoli plantea la necesidad de que los problemas globales que aquejan a la humanidad sean asumidos desde la óptica de un humanismo real y operativo. A su entender, existen problemas globales como el calentamiento global, las amenazas a la paz mundial, el crecimiento de las desigualdades, la muerte de millones de personas todos los años por falta de agua potable, de alimentación básica y de fármacos esenciales, o las masas de migrantes que huyen de las condiciones de miseria y degradación de sus países..., que suponen violaciones masivas de los derechos fundamentales estipulados en las diversas cartas constitucionales y declaraciones vigentes, tanto nacionales como supranacionales. Ferrajoli concluye afirmando que la humanidad se encuentra hoy ante una encrucijada de la historia, seguramente la más dramática y decisiva: sufrir y sucumbir a las múltiples catástrofes y emergencias globales, o bien hacerles frente, oponiéndoles la construcción de idóneas garantías constitucionales a escala planetaria, proyectadas por la razón jurídica y política. Por ello, solo, lo que Ferrajoli denomina «una Constitución de la Tierra» que introduzca una garantía planetaria para la tutela de los bienes vitales de la naturaleza, prohíba todas las armas como materias ilícitas, comenzando por las nucleares, e introduzca un fisco e instituciones idóneas globales de garantía en defensa de los derechos de libertad y en actuación de los derechos sociales puede garantizar el futuro de la humanidad²⁶.

De la propuesta de Ferrajoli cabe inferir la reivindicación de un humanismo realista, fundado en la garantía real de las libertades personales y de los derechos sociales a nivel mundial, a partir de una Constitución planetaria. Tal propuesta se inscribe en las tareas abiertas a una reflexión iusfilosófica comprometida con los retos de la sociedad digital que habitamos. Aparece, de este modo, como *conditio sine qua non* para una actualización de la racionalidad humanista capaz de hacerse cargo y responder a las tareas que en el presente le incuben y de responder, de este modo, a las falacias subyacentes a los discursos de los ideólogos de la IA y del posthumanismo.

Los principales argumentos de los ideólogos de la IA y de los posthumanistas se presentan, en la actualidad, como verdades tecnocientíficas irrefutables e inexorables. No obstante, constituye una tarea irrenunciable de la Filosofía del Derecho actual el proponer un

²⁶ FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad., cast. DE ANDRÉS IBÁÑEZ, P., Madrid., Trotta, 2022, pp. 159 y ss.

análisis crítico de esas propuestas. Dicho examen crítico podrá poner de manifiesto que esos discursos responden a la pretensión ideológica de escamotear las grandes elecciones y decisiones sobre el presente y el futuro de la condición humana y del desarrollo tecnológico a la racionalidad y al debate político democrático. Para responder a los retos, que afectan a la humanidad en su conjunto, no debe acudir a la IA, que es una inteligencia carente de conciencia, sino a una conciencia crítica y fundada en valores que se haga cargo de las opciones de la sociedad política.

El carácter ideológico de las propuestas de los tecnócratas de la IA y de los posthumanistas se evidencia también cuando, a través de sus propuestas, se propugna expropiar de la decisión colectiva ética, jurídica y política, las cuestiones vitales de toda sociedad, como la educación, la sanidad, el medio ambiente o la pobreza. Los poderes que apoyan y financian la investigación tecnocientífica, no son anónimos ni neutrales, se trata de personas entidades o corporaciones reales y concretas, con intereses e ideologías fácilmente comprobables, que no pueden, ni deben, eludir su responsabilidad social, política y jurídica.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Notas sobre la efectividad del derecho
y la seguridad internacional (enseñanzas de Ucrania)

*Notes on the effectivity of law
and international security (lessons from Ukraine)*

Por FERNANDO ARLETTAZ
Centro Universitario de la Defensa
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El artículo busca mostrar que, contrariamente a lo que puede afirmarse desde una posición realista en Teoría de las Relaciones Internacionales, el Derecho Internacional influye de modo efectivo las conductas de los Estados, incluso en supuestos límite relacionados con su seguridad. El derecho no otorga una respuesta sustantiva preestablecida a cada situación de hecho, pero impone la realización de un proceso de justificación de las propias conductas. Las identidades e intereses de los Estados no están definidos de antemano, sino que se construyen en este proceso de justificación. En el mismo proceso se construye la percepción que tienen los Estados acerca de qué situaciones configuran amenazas para su seguridad.

Palabras clave. Derecho Internacional; efectividad; seguridad internacional; securitización; constructivismo.

ABSTRACT

The article seeks to show that, contrary to what can be stated from a realistic position in International Relations Theory, International Law effectively influences the conduct of States, even in extreme situations related

to their own security. The law does not grant a pre-established substantive response to each factual situation, but it imposes international actors the realisation of a process of justification of their behaviour. The identities and interests of the States are not defined in advance, but are built in this process of justification. In the same process, the perception that States have about which situations constitute threats to their security is built.

Keywords. International Law; effectivity; international security; securitization; constructivism.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEGURIDAD. – 3. SEGURIDAD, ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO. 3.1 *Seguridad, intereses y sanciones.* 3.2 *Seguridad y discurso jurídico.* 3.3 *Seguridad e identidad.* – 4. DE LA SEGURIDAD A LA SECURITIZACIÓN. – 5. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. APPROACH TO THE CONCEPT OF SECURITY. – 3. SECURITY, INTERNATIONAL ORDER AND LAW. 3.1 *Security, interests and sanctions.* 3.2 *Security and legal discourse.* 3.3 *Security and identity.* – 4. FROM SECURITY TO SECURITISATION. – 5. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

En febrero de 2022, Rusia invadió Ucrania. Una pléyade de cualificados analistas reaccionó señalando que el uso de la fuerza armada por parte de Rusia era un acto de agresión manifiestamente contrario al Derecho Internacional¹. Además de vulnerar el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, que prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, la conducta rusa iba en contra de los principios del Acta Final de Helsinki de 1975, del Memorándum de Budapest sobre

¹ European Society of International Law, «Statement of the President and the Board of the European Society of International Law on the Russian Aggression against Ukraine», 24 de febrero de 2022, <https://t.co/JtkyxXi332>. WILMSHURTS, E., «Ukraine: Debunking Russia's legal justifications», *Chatham House*, 24 de febrero de 2022, <https://www.chathamhouse.org/2022/02/ukraine-debunking-russias-legal-justifications>. DWORKIN, A., «International Law and the Invasion of Ukraine», *European Council on Foreign Relations*, 25 de febrero de 2022, <https://ecfr.eu/article/international-law-and-the-invasion-of-ukraine/>. WUERTH, I., «International Law and the Russian Invasion of Ukraine», *Lawfare*, 25/02/2022, <https://www.lawfareblog.com/international-law-and-russian-invasion-ukraine>. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, «Declaración de los miembros de la AEPDIRI sobre la agresión rusa en Ucrania», 26 de febrero de 2022, <https://www.aepdiri.org/index.php/declaracion-ucrania>.

garantías de seguridad a Ucrania de 1994 y de otras muchas disposiciones de Derecho Internacional relativas a la prohibición de uso de la fuerza y a la obligación de solucionar pacíficamente las controversias. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que según el artículo 24.1 de la Carta tiene «la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales», fue incapaz de condenar y sancionar el ataque ruso, por la obvia razón de que Rusia, miembro permanente del Consejo, ejerció su derecho al veto².

A primera vista, la conclusión es evidente: el Derecho Internacional no sirve para evitar la guerra o para castigar al agresor cuando esta ese produce. Muchas son las vías por las que se puede llegar a esta conclusión: se puede decir que esa cosa llamada «Derecho Internacional» no es en realidad derecho, porque no es obligatoria, y que es solo una aspiración moral (o ni siquiera eso); o afirmar que el Derecho Internacional es teóricamente obligatorio pero en los hechos altamente inefectivo; o sugerir que el Derecho Internacional funciona de modo selectivo; etc. Sin embargo, cuando se examina más de cerca la cuestión, se advierte que la «conclusión evidente» de la que aquí hablamos no solo es apresurada, sino que reposa sobre un conjunto de presupuestos teóricos que son cualquier cosa menos evidentes.

La cuestión de por qué, y en su caso cuándo, los Estados³ ajustan sus conductas a las normas del Derecho Internacional es una de las más discutidas por la Filosofía y la Sociología Jurídica en relación con esta rama del derecho. Se trata en principio de una cuestión empírica, pero ella tiene importantes repercusiones teóricas en la medida en que pone en juego el problema de la naturaleza «verdaderamente» jurídica del Derecho Internacional y, en última instancia, interpela al concepto mismo de lo que entendemos por derecho.

La perspectiva tradicional en relación con esta cuestión es la teoría del consentimiento. Los Estados siguen las normas del Derecho Internacional porque las han consentido⁴. Esta perspectiva tiene una

² «El derecho a veto de Rusia frustra la resolución de condena del Consejo de Seguridad de la ONU a la invasión de Ucrania», *El País*, 25/02/2022, <https://elpais.com/internacional/2022-02-25/el-derecho-de-veto-de-rusia-frustra-la-resolucion-de-condena-del-consejo-de-seguridad-de-la-onu-a-la-invasion-de-ucrania.html>. Ver también, Hannum, H. «International law says Putin's war against Ukraine is illegal. Does that matter?», *The Conversation*, 25/02/2022, <https://theconversation.com/international-law-says-putins-war-against-ukraine-is-illegal-does-that-matter-177438>.

³ Somos obviamente conscientes de que la categoría de los sujetos del Derecho Internacional (como la de los actores de la Teoría de las Relaciones Internacionales) no se agota en los Estados. Sin embargo, por razones de simplificación, asumiremos que el Derecho Internacional está principalmente dirigido a ellos. Las conclusiones que aquí se extraen sobre el Derecho Internacional son, en términos generales, aplicables a otros sujetos.

⁴ La teoría del consentimiento fue clásicamente formulada en el caso del *Lotus*. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Lotus*, serie A no. 9, 1927. Otras reformulaciones y críticas doctrinales aparecieron a lo largo del siglo XX. CORBETT, P. E., «The consent of States and the Sources of the Law of Nations», *British Yearbook of*

debilidad empírica de primer orden: la sola existencia del consentimiento no alcanza para explicar el comportamiento de los Estados porque el consentimiento en sí mismo no es un incentivo para acomodar las propias conductas a una regla. En otras palabras, esta perspectiva puede, en el mejor de los casos, darnos una respuesta normativo-moral a la pregunta sobre el porqué del comportamiento de los Estados (¿por qué deberían los Estados seguir el Derecho Internacional?). Pero en ningún caso nos proporciona una respuesta empírica (¿por qué siguen efectivamente los Estados el Derecho Internacional, si es que realmente lo hacen?).

Una distinción conceptual importante nos servirá a lo largo de todo este trabajo. Es en efecto posible establecer cuatro formas de relación entre una norma y una conducta: la simple «coincidencia» entre la norma y la conducta, de manera que no hay una relación causal entre una y otra; la «conformidad» de la conducta a la norma en aquellos casos en que el sujeto adecua su conducta a la norma porque la conducta prevista en la norma favorece sus intereses, pero no porque la norma motive de algún modo su conducta; el «cumplimiento» de la norma para obtener las ventajas que se siguen de él o para evitar las desventajas que resultarían del incumplimiento (típicamente, evitar la sanción por incumplimiento); y la «obediencia» de la norma en aquellos casos que el sujeto la ha internalizado como regla de comportamiento.

Para muchos teóricos, especialmente en el campo de la Teoría de las Relaciones Internacionales y en menor medida de la Teoría Jurídica, puede haber simple coincidencia entre la conducta de los Estados y la norma internacional o incluso conformidad de la conducta a la norma cuando ello favorece los intereses de los Estados⁵. Pero es muy poco

International Law, 6, 1925, p. 20. LAUTERPACHT, H., *The Function of Law in International Community*, Oxford, Oxford University Press, 2011 [1933]. FITZMAURICE, G., «The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law», *British Yearbook of International Law*, 30, 1953, pp. 1-42. MACGIBBON, I. C., «Customary International Law and Acquiescence», *British Yearbook of International Law*, 33, 1957, pp. 115-145. TUNKIN, G., «Co-Existence and International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 95, 1958. LISSITZYN, O. J., *International Law Today and Tomorrow*, Nueva York, Oceana Publications, 1965. TOMUSCHAT, C., «Obligations Arising for States without or against their Will», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 241, 1993.

⁵ Los trabajos de Jack Goldsmith y Eric Posner son paradigmáticos en este sentido. Para estos autores, las regularidades de comportamiento asociadas a la (presunta) existencia de una norma internacional podrían explicarse como el resultado de la coerción o como una simple coincidencia de intereses. En el mejor de los supuestos, podría admitirse que el Derecho Internacional orienta las conductas de los Estados cuando sirve para resolver problemas de cooperación o de coordinación entre estos, en cuyo caso los Estados aceptarían deponer sus intereses inmediatos en pos de mantener en funcionamiento el sistema de cooperación o coordinación. POSNER, E. y GOLDSMITH, J., «A Theory of Customary International Law», *University of Chicago Law Review*, 66, 1999, pp. 1113-1177. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., «Understanding the Resemblance between Modern and Traditional Customary International Law»,

probable que los Estados cumplan u obedezcan la norma, en el sentido antes expuesto, cuando ello va en contra de sus intereses. Al fin y al cabo, si los Estados son entes racionales que actúan de modo egoísta (una asunción común en buena parte de la Teoría de las Relaciones Internacionales), ¿por qué se acomodarían a la norma cuando ello es contrario a sus intereses? El pesimismo llega hasta tal punto que algunos terminan por concluir que el Derecho Internacional tiene poco o ningún impacto en el comportamiento de los Estados⁶.

En este trabajo intentaremos mostrar que el Derecho Internacional tiene efectos reales en las conductas de los Estados, aunque estos efectos no puedan ser reducidos a un sistema de sanciones que prevengan las violaciones o las castiguen automáticamente una vez producidas (es decir, a un sistema de sanciones que garantice el cumplimiento). Para ello, adoptaremos como punto de apoyo un supuesto límite: el de la seguridad internacional. Muchos escépticos del Derecho Internacional están dispuestos a admitir su relevancia en algunos supuestos, digamos, «blandos», como los que tienen que ver con la cooperación o la coordinación en el ámbito económico. Así, se admite que es posible que los Estados cumplan un tratado comercial incluso en contra de sus intereses de corto plazo si esto les permite resolver problemas y reducir costes de transacción de manera beneficiosa en el largo plazo. Pero esta actitud cambia cuando de lo que se trata es de los supuestos «duros» relativos a la integridad territorial o la supervivencia del Estado. Aquí el escepticismo retoma toda su fuerza.

Nosotros creemos, en cambio, que incluso en los supuestos «duros» el Derecho Internacional produce efectos en las conductas estatales, aunque estos sean más sutiles y difusos que los que habitualmente asociamos a un ordenamiento jurídico. Los aportes más decisivos para comprender por qué y cuándo los Estados ajustan sus conductas al Derecho Internacional han provenido de la Teoría de las Relaciones Internacionales⁷. En ella nos apoyaremos en los apartados siguientes. Procederemos en tres pasos. Primero, y de modo preliminar, clarificare-

Virginia Journal of International Law, 40, 2000, pp. 639-672. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., *The limits of International Law*, Oxford University Press, 2005. GOLDSMITH, J. y POSNER, E., «The Limits of International Law Fifteen Years Later», *Chicago Journal of International Law*, 22(1), 2021, pp. 110-127.

⁶ BOYLE, F., «The Irrelevance of International Law: The Schism Between International Law and International Politics», *California Western International Law Journal*, 10(2), 1980, pp. 193-219.

⁷ Cfr. ABBOTT, K. W., «Modern International Relations Theory: A Prospectus for International Lawyers», *Yale Journal of International Law*, 14, 1989, pp. 335-411. SLAUGHTER, A. M., «International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda», *American Journal of International Law*, 29(2), 1993, pp. 205-239. RAUSTIALA, K. y SLAUGHTER, A. M., «International Law, International Relations and Compliance», en *The Handbook of International Relations*, SAGE Publications, 2002, 538-558. ARMSTRONG, D., FARRELL, T. y LAMBERT, H., *International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. SLAUGHTER, A. M., «International Law and International Relations Theory: Twenty Years After», *en*

mos qué podemos entender por «seguridad internacional» (apartado 2). Después mostraremos cómo actúa el Derecho Internacional en el campo de la seguridad internacional y por qué no resulta correcto entender este campo como un espacio de puro poder fáctico no regulado por el derecho (apartado 3). Finalmente, señalaremos que los mismos principios que permiten entender el funcionamiento del Derecho Internacional en relación con los problemas de seguridad sirven para comprender cómo se construye la propia idea de seguridad internacional (apartado 4).

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE SEGURIDAD

La perspectiva tradicional concibe la seguridad internacional en términos estatistas y militares. Esta aproximación está vinculada a los Estudios Estratégicos, un campo disciplinar surgido en Estados Unidos, y en menor medida en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial. Los Estudios Estratégicos estuvieron fuertemente influenciados por los abordajes neorrealistas dominantes en las relaciones internacionales en aquellos años. Teóricos norteamericanos y europeos compartían la idea de que el sujeto de su reflexión teórica debía ser el Estado, considerado como un actor racional que persigue la defensa de sus propios intereses. En este contexto, pues, hablar de seguridad internacional es hablar de la seguridad de los Estados. El «qué» de la seguridad, por otra parte, es analizado en términos militares. Proteger la seguridad del Estado significa proteger la existencia del Estado frente a amenazas militares provenientes de otros Estados⁸.

El fin de la Guerra Fría implicó un desafío para los Estudios Estratégicos, en parte porque puso en duda su solidez al no haber previsto este evento y en parte porque su producción científica estaba enfocada mayoritariamente al tema de las relaciones entre las dos superpotencias⁹. La (re)aparición del terrorismo como problema internacional volvió a poner en el centro de la discusión la idea de la seguridad como una cuestión relacionada con el uso de la fuerza armada. Sin embargo, también planteó un problema para la concepción estrictamente estatista de la seguridad en la medida en que una de las partes en el conflicto (los grupos terroristas) no es un Estado ni un grupo de

Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 613-652.

⁸ Cfr. BUZAN, B., *An Introduction to Strategic Studies. Military Technology and International Relations*, Basingstoke, MacMillan, 1987. WALT, S. «The Renaissance of Security Studies», *International Studies Quarterly*, 35, 1991, pp. 211-239. MAHNKEN, T. G. y MAILLO, J. A. (eds.), *Strategic Studies: A Reader*, Nueva York, Routledge, 2014.

⁹ BETTS, R., «Should Strategic Studies Survive?», *World Politics*, 50(1), 1997, pp. 7-33.

Estados, sino un conjunto más o menos fragmentario de grupos con ciertos vínculos de red cuya racionalidad entendida en los términos clásicos del neorrealismo es dudosa.

La estructura anárquica del sistema internacional, un elemento central en el pensamiento neorrealista y, por consiguiente, en los Estudios Estratégicos, tiene consecuencias importantísimas en el campo de la seguridad. La guerra encontraría en la estructura anárquica del sistema internacional una condición básica de su existencia (lo mismo podría decirse de otras formas de conflicto armado). Desde la perspectiva de los Estudios Estratégicos, las guerras ocurren porque no hay nada en ese sistema internacional que pueda detenerlas. En lo que se refiere al tema que aquí interesa, las guerras ocurrirían porque el Derecho Internacional no puede detenerlas. Y si la anarquía es una condición necesaria para la guerra, la distribución del poder (y, en particular, el modo en que está construida la polaridad del sistema internacional) sería el principal factor explicativo de su ocurrencia y frecuencia¹⁰.

Esta forma de entender la seguridad internacional ha sido tremendamente influyente y ha permeado ampliamente la literatura iusinternacionalista, incluso los trabajos de aquellos autores que no comparten el pesimismo de los Estudios Estratégicos sobre la aptitud del Derecho Internacional para impedir o regular la guerra. En un trabajo de 1957, Hans Kelsen adoptó este concepto de seguridad¹¹.

El concepto clásico de la seguridad fue luego cuestionado por otras definiciones adoptadas en el campo de los estudios de seguridad, como las de la seguridad humana o la seguridad común¹². Sin embargo, aun al día de hoy, la concepción tradicional de la seguridad internacional es dominante en buena parte de la Teoría de las Relaciones Internacionales y del Derecho Internacional. En el apartado siguiente, cuando hablemos de los vínculos entre Derecho Internacional y seguridad

¹⁰ Cfr. WALTZ, K., *Man, the State, and War*, Nueva York, Columbia University Press, 1959. JERVIS, R., «Cooperation Under the Security Dilemma», *World Politics*, 30(2), 1978, pp. 167-214. SNYDER, G., «The Security Dilemma in Alliance», *World Politics*, 36(4), 1984, pp. 461-495. WALTZ, K., «The Origins of War in Neorealist Theory», *Journal of Interdisciplinary History*, 18(4), 1988, pp. 615-628. GLASER, C. L., «The Security Dilemma Revisited», *World Politics*, 50(1), 1997, pp. 171-201. Sobre la relación entre guerra y anarquía ver Zolo, D., *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005.

¹¹ KELSEN, H., «Collective Security under International Law», *Naval War College International Legal Series*, 49, 1954. Ver el estudio de Danilo Zolo al respecto. ZOLO, D., «Hans Kelsen: International Peace through International Law», *European Journal of International Law*, 9, 1998, pp. 306-324.

¹² Cfr. BARTOLOMÉ, M. C., «La Seguridad Internacional contemporánea: contenidos temáticos, agenda y efectos de su ampliación», *Relaciones Internacionales*, 27(55), 2018, pp. 123-146. ARLETTAZ, F., *Introducción a los regímenes internacionales de seguridad y defensa*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2021. Sobre la aparición de un sentido de inseguridad internacional, que sería una marca de nuestra época, ver COLOMBO, A., *Il governo dell'emergenza. Dall'apoteosi della sicurezza all'epidemia dell'insicurezza*, Milán, Raffaello Cortina Editore, 2022.

adoptaremos provisionalmente este concepto tradicional, con las salvedades que sea necesario introducir. Sin embargo, en el apartado 4 formularemos algunas consideraciones críticas a su respecto.

3. SEGURIDAD, ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO

3.1 Seguridad, intereses y sanciones

Como es bien sabido, la primera corriente teórica en el campo de la Teoría de las Relaciones Internacionales, dominante durante muchas décadas, es el realismo¹³. Los autores realistas clásicos, que parten de una concepción pesimista de la naturaleza humana, ven las relaciones internacionales como un juego en el que los Estados, actores racionales y egoístas, persiguen crudamente la defensa de sus propios intereses¹⁴. Con la pretensión de dar mayor científicidad a sus análisis, la generación siguiente de realistas (los llamados «neorrealistas» o «realistas estructurales») cambió la naturaleza humana por la estructura misma del sistema internacional como factor explicativo fundamental de la conducta de los Estados. Pero mantuvo la idea central de que los Estados son actores racionales y egoístas que persiguen sus propios intereses¹⁵.

En esta explicación de clara inspiración hobbesiana, el derecho es un fenómeno periférico. Obligados a sobrevivir en un mundo anárquico, los Estados solo pueden recurrir a la auto-defensa para proteger sus intereses. El primer interés del Estado es su propia supervivencia en tanto estructura política: el Estado utilizará así todos los medios a su alcance (y, principalmente, los medios militares) para garantizar su supervivencia. Para los realistas (clásicos y estructurales) el Derecho Internacional no motiva las conductas de los Estados: lo mejor que

¹³ Cfr. HERZ, J., *Political Realism and Political Idealism. A Study in Theories and Realities*, Chicago, Chicago University Press, 1951. WRIGHT, Q., «Realism and Idealism in International Politics», *World Politics*, 5(1), 1952, pp. 116-128.

¹⁴ Cfr. CARR, E., *The Twenty Years' Crisis, 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, Nueva York, Harper & Row, 1964 [1939]. MORGENTHAU, H., *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Nueva York, Alfred Knopf, 1985 [1948]. MORGENTHAU, H., *In defense of the National Interest*, Nueva York, Alfred Knopf, 1951. Sobre el realismo ver JERVIS, R., «Realism in the Study of World Politics», *International Organization*, 52(4), 1998, pp. 971-991.

¹⁵ Cfr. WALTZ, K., *Man, the State and War*, Nueva York, Columbia University Press, 1959. SNYDER, G., *Deterrence and Defense*, Princeton, Princeton University Press, 1961. HUNTINGTON, S., *The Common Defense*, Nueva York, Columbia University Press, 1962. WALTZ, K., *Theory of International Politics*, California, Addison-Wesley, 1979. SNYDER, J., *Myths of Empire: Domestic Politics and International Ambition*, Ithaca, Cornell University Press, 1990. MEARSHEIMER, J., «Back to the Future. Instability in Europe after the Cold War», *International Security*, 15(1), 1990, pp. 5-56. MEARSHEIMER, J., *The Tragedy of Great Power Politics*, Nueva York, W. W. Norton, 2001.

puede esperarse es una cierta «conformidad» derivada de la similitud entre la conducta exigida por el derecho y la conducta favorable a los intereses del Estado¹⁶.

Aunque, introduciendo algunos matices, los postulados realistas pueden ser compatibles con la idea de que los Estados «cumplen» u «obedecen» el Derecho Internacional en algunos casos¹⁷, los casos vinculados a la seguridad no suelen contarse entre ellos. Los problemas relativos a la seguridad del Estado se sitúan para los realistas en un ámbito de no-derecho: cuando se trata de garantizar su propia supervivencia, los Estados se guían siempre por sus propios intereses, descartando cualquier consideración normativa (*de maximis non curat praetor*). Citando la expresión clásica que Hans Morgenthau acuñó en relación con el sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas, pero que podría aplicarse a cualquier intento de subordinar el uso de la fuerza a un estándar normativo, desde la perspectiva realista puede decirse que el recurso al derecho es un «intento de exorcizar males sociales mediante la incansable repetición de fórmulas mágicas»¹⁸.

Desde la perspectiva realista, el orden global no surge de un régimen normativo que motiva las conductas de los actores, sino que es el resultado de un «balance de poder» entre actores egoístas que buscan su propio beneficio. La perspectiva realista parece atractiva a primera vista y coincide con el sentido común de la mayoría de las personas sobre cómo se mueve el mundo. En la introducción, refiriéndonos al ejemplo de la invasión rusa a Ucrania, dijimos que a primera vista podía sacarse la conclusión de que el Derecho Internacional había sido inútil para frenar esa invasión o castigarla una vez producida. Los realistas coincidirían con esta explicación.

¹⁶ Cfr. FISHER, R., *Improving Compliance with International Law*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1981. SNIDAL, D., «Coordination Versus Prisoners' Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes», *American Political Science Review*, 79, 1985, pp. 923-942. ABBOTT, K. W., «The Trading Nation's Dilemma: The Functions of the Law of International Trade», *Harvard International Law Journal*, 26, 1985, pp. 501-532. HOFFMANN, S., «Is There an International Order?», en *Janus And Minerva: Essays In The Theory And Practice Of International Politics*, Routledge, 1987, pp. 85-122. BULTERMAN, M. K. y KUIJER, M., *Compliance with Judgments of International Courts*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1996. Ver una presentación general de la crítica de la posición realista en HATHAWAY, O. y SHAPIRO, S., «What realists don't understand about law», *Foreign Policy*, octubre de 2017.

¹⁷ Andrew Guzman elabora una teoría del cumplimiento basada en perspectivas institucionalistas y constructivistas, que resulta sin embargo compatible con el postulado realista de los Estados como actores egoístas que persiguen su propio interés. GUZMAN, A., «A compliance based theory of International Law», *California Law Review*, 90, 2002, pp. 1823-1888. La conclusión es que aquellos ámbitos vinculados a la seguridad (el derecho de la guerra y la neutralidad, el control de armas, etc.) son precisamente aquellos en los que es menos probable que el Derecho Internacional inflencie las conductas de los Estados.

¹⁸ MORGENTHAU, H., «Positivism, Functionalism, and International Law», *American Journal of International Law*, 34, 1940, p. 269.

Sin embargo, la perspectiva realista es incapaz de explicar aspectos clave de las relaciones internacionales. El modelo realista no nos dice por qué los Estados destinan tanto tiempo y recursos a crear Derecho Internacional (por ejemplo, negociando y celebrando tratados) si, al fin y al cabo, este derecho es irrelevante. Igualmente, desde la perspectiva realista resulta difícil comprender por qué los Estados se esfuerzan en demostrar que están cumpliendo con el Derecho Internacional. Por muy disparatados que fueran sus argumentos, incluso Rusia intentó una justificación de su actitud dentro de la legalidad vigente: según el momento, dijo que en Ucrania se estaba produciendo un genocidio contra la población ruso parlante, que era necesario defender a las (auto-proclamadas) repúblicas populares de Donetsk y Lugansk, que la propia Rusia actuaba defensivamente o que era necesario «desnazificar» Ucrania¹⁹.

Los aportes de las teorías liberales en las Relaciones Internacionales²⁰ han sido cruciales para revisar el rol del Derecho Internacional. Los liberales están de acuerdo con los realistas en que puede existir una «conformidad» de las conductas de los Estados con el Derecho Internacional derivada de la superposición de intereses, aunque ven estos intereses de modo más amplio y los consideran en el largo plazo. En este caso el derecho funciona como un mecanismo de coordinación (en el que comportamientos simétricos de dos o más Estados incrementan los beneficios para todos) o como un mecanismo de cooperación (en el que los Estados renuncian a un beneficio inmediato para obtener un beneficio mayor de largo plazo). El sometimiento a las normas internacionales puede explicarse principalmente en términos de eficiencia. Si los Estados (que son concebidos, al igual que por el realismo, como actores racionales) crean instituciones y se someten a sus reglas es porque estas instituciones les permiten superar los problemas de la acción colectiva, reducir los costes de transacción y los déficits de información²¹.

¹⁹ «DW verifica: los argumentos de Putin para invadir Ucrania», *Deutsche Welle*, 25 de febrero de 2022, <https://www.dw.com/es/dw-verifica-los-argumentos-de-putin-para-invadir-ucrania/a-60922639>.

²⁰ El liberalismo es una corriente muy amplia de la Teoría de las Relaciones Internacionales. Un rasgo común a muchas variantes dentro de esta corriente es la convicción de que los procesos políticos internos son relevantes para comprender las acciones internacionales de los Estados. En la variante institucionalista del liberalismo, esta convicción se asocia a la confianza en las instituciones internacionales para resolver problemas de coordinación y de cooperación y también, en algunos casos, conflictos de intereses. Cfr. MORAVCSIK, A. «Liberal Theories of International Law», en DUNOFF, J. L. y POLLACK, M. A. (eds.), *International Law and International Relations: The State of the Art*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012. JOHNSON, T. y HEISS, A., «Liberal Institutionalism», en WEISS, T. G. y WILKINSON, R. (eds.), *International Organization and Global Governance* Londres, Routledge, 2018, pp. 123-134.

²¹ Cfr. KEOHANE, R., *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 1984. KEOHANE, R. (ed.), *International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory*,

Sin embargo, dentro del pensamiento liberal, la superposición de intereses no explica todos los supuestos en los que los Estados ajustan sus conductas a derecho. Hay supuestos de «cumplimiento» u «obediencia» al Derecho Internacional que pueden explicarse directamente como la consecuencia de las conductas de actores internos²². En efecto, para los liberales, un Estado acepta contraer una obligación internacional cuando tiene un motivo para ello; y este motivo es la existencia de una coalición de actores internos cuyos intereses son favorables a esa obligación y que prevalece sobre la coalición interna contraria.

La explicación del liberalismo resulta apropiada para entender el rol del derecho en algunos contextos. Pero, ¿qué hay del derecho en aquellas situaciones radicales en las que están en juego intereses vitales del Estado (las «cuestiones de seguridad» de las que hablábamos en el apartado 2)? Los liberales enfatizan aquí el rol que puede tener la existencia de una opinión pública interna favorable al Derecho Internacional. Por ejemplo, existen intentos de explicar la adhesión de los Estados al régimen de no proliferación nuclear como resultado de las dinámicas materiales e ideológicas al interior de las sociedades nacionales²³. Esta perspectiva puede funcionar más o menos cómodamente respecto de las sociedades democráticas, de las que puede predicarse una cierta coherencia entre opinión pública y acción gubernamental. Pero es más ver difícil cómo funciona en el caso de las sociedades autoritarias.

La variante propiamente institucionalista del pensamiento liberal cifra el éxito del Derecho Internacional en la existencia de un sistema de sanciones internacionales eficaz. En aquellos casos en los que el sistema de sanciones no sea suficiente para inclinar la balanza hacia el

Boulder, Westview Press, 1989. MORAVSKIK, A., «Liberalism and International Relations Theory», *Center for European Studies Papers*, 92(6), 1992. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, C., «Las teorías de la cooperación internacional dentro de las relaciones internacionales», *Polis*, 2(3), 2003, pp. 115-147. KEOHANE, R., «Twenty Years of Institutional Liberalism», *International Relations*, 26(2), 2012, pp. 125-138. Ver una crítica a esta posición en HAKIMI, M., «Unfriendly Unilateralism», *Harvard International Law Journal*, 55(1), 2014, pp. 105-150. HAKIMI, M., «The Work of International Law», *Harvard International Law Journal*, 58(1), 2017, pp. 1-46.

²² Cfr. SLAUGHTER, A.-M., «International Law in a World of Liberal States», *European Journal of International Law*, 6(3), 1995, pp. 503-538. MORAVCSIK, A., «Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics», *International Organization*, 51(4), 1997, pp. 513-553. SLAUGHTER, A. M. y BURKE-WHITE, W., «The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)», *Harvard International Law Journal*, 47(2), 2006, pp. 327-352.

²³ Cfr. HYMANS, J. E. C., «Theories of Nuclear Proliferation: The State of the Field», *The Nonproliferation Review*, 13(3), 2006, pp. 455-465. GROTTO, A. J., «What Drives States to Support New Nonproliferation Obligations? An Empirical and Theoretical Exploration», Discussion paper for *International Implications for and Levers on U. S. Nuclear Weapons Policy*, U. S. Nuclear Policy Review Project, The Stanley Foundation, Washington, Henry L. Stimson Center, 2008. SAGAN, S. D., «The Causes of Nuclear Weapons Proliferation», *Annual Review of Political Science*, 14, 2011, pp. 225-244.

lado del cumplimiento o para castigar a quien ha incumplido, se concluye que el Derecho Internacional resultará ineficaz. Aquí los liberales podrían coincidir con los realistas: en el caso de la invasión rusa de Ucrania, el Derecho Internacional habría resultado ineficaz porque el sistema de sanciones establecido en la Carta de las Naciones Unidas no disuadió a Rusia de invadir ni castigó directamente la invasión (como sucedió, por ejemplo, con la invasión de Irak a Kuwait).

Ver el derecho como un conjunto de mandatos apoyados por sanciones es la base de una buena parte del positivismo normativista que va de Austin a Hart²⁴. Como el Derecho Internacional ha carecido clásicamente de un sistema centralizado de sanciones (y lo tiene hoy de manera muy imperfecta), la conclusión es de sobra conocida: en aquellos ámbitos en los que el (así llamado) Derecho Internacional no tuviera sanciones, este no sería en realidad derecho. Por supuesto, siempre puede salvarse el carácter (verdaderamente) jurídico del Derecho Internacional si se admite que las sanciones en las que se apoya pueden ser de carácter descentralizado. Es obviamente el caso clásico de Hans Kelsen, quien acepta que el Derecho Internacional opera en base a sanciones (aunque tengan un carácter más descentralizado y primitivo que el sistema de sanciones del derecho interno)²⁵.

En el caso de la agresión rusa a Ucrania, la mayoría de las reacciones internacionales tuvieron carácter descentralizado. Dejando de lado una resolución de condena por la Asamblea General de las Naciones Unidas (adoptada ante el fallido intento de intervención por el Consejo de Seguridad)²⁶, la gran mayoría de las sanciones fueron impuestas por Estados individuales o grupos de Estados (como la Unión Europea)²⁷. Más aun: una parte importante de las reacciones, posiblemente muchas de las más efectivas, provinieron de empresas privadas. Seguramente ha preocupado más al Kremlin la suspensión de la actividad de Visa, Mastercard y American Express en territorio ruso²⁸ que una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas con efectos puramente simbólicos. Desde una perspectiva liberal, que hace énfasis en el rol internacional de actores tradicionalmente poco considerados desde la perspectiva estatocéntrica (como las empresas multinacionales o las

²⁴ AUSTIN, J., *The province of Jurisprudence determined*, Londres, Widenfeld and Nicholson, 1954 [1832]. HART, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

²⁵ KELSEN, H., *Principles of Public International Law*, Nueva York, Rinehart and Co, 1952.

²⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Agresión contra Ucrania*, Resolución A/ES-11/1, 02/03/2022.

²⁷ FERNÁNDEZ MOLINA, M., «Qué sanciones están activas ya y cómo están afectando a Putin y a Rusia», *Huffington Post*, 05/03/2022, https://www.huffingtonpost.es/entry/sanciones-occidente-rusia-putin-guerra_es_621fbf09e4b0783a8f0a16fc.

²⁸ SÁNCHEZ-VALLEJO, M. A., «Visa, Mastercard y American Express suspenden todas sus operaciones en Rusia por la invasión de Ucrania», *El País*, 06/03/2022, <https://elpais.com/internacional/2022-03-06/visa-y-mastercard-suspenden-todas-sus-operaciones-en-rusia-por-la-invasion-de-ucrania.html>.

ONGs), no hay razón alguna para no calificar estas reacciones «privadas» como sanciones al mismo nivel que las que pueden adoptar Estados u organizaciones internacionales.

3.2 Seguridad y discurso jurídico

En el subapartado anterior vimos cómo, tras la invasión rusa de Ucrania, varios actores internacionales reaccionaron adoptando medidas que podemos calificar de «sanciones jurídicas» (incluso en el caso de haber sido aplicadas por actores privados y generalmente menos considerados por el Derecho Internacional, como las empresas multinacionales). ¿Quiere esto decir que la perspectiva que ve el derecho como un conjunto de normas respaldadas por sanciones explica satisfactoriamente la naturaleza del Derecho Internacional? Más o menos. Podemos pensar que algunas de las «sanciones» aplicadas estaban previstas por normas: la violación del artículo 2.4 de la Carta lleva a la Asamblea General de las Naciones Unidas a emitir una declaración de condena. Pero otras estaban previstas de un modo más difuso o no lo estaban en modo alguno: nada obligaba a Visa, Mastercard y American Express a dejar de operar en Rusia.

Más que como un conjunto de normas que prevén sanciones para el caso de ser incumplidas, el derecho puede verse como un proceso o, si queremos, como un discurso que vuelve interpretables las conductas de quienes participan en un proceso. Permítaseme explicar esto con un ejemplo cotidiano. Hace un tiempo fui testigo de la siguiente escena. Un grupo de amigos estaba jugando a un juego de mesa. El hijo de una de las personas allí presentes también participaba del juego. En un momento, el niño hace un movimiento de fichas que no está permitido. La madre le dice: «No puedes hacer eso; “las reglas del juego no lo permiten”». Entonces el niño contesta, para sorpresa de los adultos presentes: «¡¿Y qué?!». Lo que provocó la sorpresa de los adultos no fue que el niño se saltara las reglas. Todos sabemos que hay personas que no se ajustan a las reglas; eso nos provoca indignación, pero no sorpresa. Lo que causó sorpresa fue que el niño «admitiera» que se estaba saltando las reglas.

Los actores internacionales se esfuerzan por mostrar que sus conductas son lícitas. Actúan aceptando implícitamente que sus conductas deben estar amparadas por las reglas del juego o, al menos, tener la apariencia de estar amparadas por esas reglas. Ahora bien, las reglas del juego no son un elemento externo, un simple adorno. Es el juego mismo el que lleva a los actores a aceptar que sus conductas deben estar amparadas por las normas (o, al menos, tener la apariencia de estar amparadas por las normas). Poco importa si, en su fuero interno, los actores creen o no en esas normas. Lo que verdaderamente importa es que, al jugar el juego de las relaciones internacionales, ellos se sienten constreñidos a respetarlas o, al menos, a generar la apariencia de que las están

respetando. Incluso Rusia ha ensayado una justificación de su intervención en Ucrania: la protección de su propia seguridad, la defensa de los grupos ruso-parlantes, la integridad de dos (seudo) repúblicas que acababa de reconocer... Ni siquiera el Kremlin ha dicho: «Entro en Ucrania porque se me antoja y tengo la fuerza para hacerlo».

El discurso jurídico puede ser una gran mentira que los actores, en su fuero interno, no se toman en serio. De acuerdo. Pero es una mentira en la que participamos todos. Si no fuera así, ¿por qué destinan los Estados tiempo, esfuerzos y dinero en intentar mostrar que sus conductas son adecuadas a derecho? ¿Por qué, directamente, no se ahorran los abogados y el discurso leguleyo y justifican sus acciones diciendo simplemente, como el niño del juego de mesa, «hago esto porque se me antoja»? Si los actores internacionales no tienen este brote de sinceridad y continúan fingiendo que actúan conforme a derecho es porque saben que los demás actores no aceptarían esta sinceridad radical. El derecho es una ficción, pero una ficción colectiva (y los juristas, en palabras de Bourdieu, son los «guardianes de esta hipocresía colectiva»)²⁹.

Y este hecho hace que el derecho tenga un efecto «real» sobre las conductas de los Estados: al tener que ajustar sus conductas, al menos, a cierta apariencia de legalidad, hay algunas conductas que los Estados ya no considerarán como opciones posibles. El sentido de las normas puede estirarse, maquillarse un poco, interpretarse de manera heterodoxa... Pero llega un punto en que la interpretación favorable a los propios intereses «ya no cuele», por la sencilla razón de que los demás actores (que juegan al mismo juego y también mantienen la apariencia del respeto al derecho) ya no las aceptarán como una interpretación válida del derecho vigente y reaccionarán en consecuencia. El hecho de pensar que los demás actores no aceptarán algunas de las conductas propias como conductas válidas dentro del sistema de normas imperante (y que actuarán en consecuencia) produce en muchos casos un efecto limitador de las propias conductas.

Esta forma de entender el funcionamiento del Derecho Internacional bebe de las teorías constructivistas que nos recuerdan el carácter intersubjetivo de los horizontes de actuación que los Estados ven como posibles.

²⁹ Uno de los referees anónimos de este artículo ha sugerido que en algunos casos, sobre todo en las décadas recientes, los Estados no se han preocupado ni siquiera de mantener la ficción de que sus conductas eran conformes al Derecho Internacional, sino que han recurrido a argumentos de moralidad política que estarían, desde el punto de vista de esos Estados, por encima del derecho. Esta situación se daría, por ejemplo, en la justificación de los actos desplegados en el contexto de la *War on Terror*. El recurso a argumentos morales para la justificación de las propias conductas es por supuesto un elemento que acompaña las decisiones de política internacional. El punto es si, al recurrir a tales argumentos, los Estados entienden (y admiten) que están actuando por fuera del derecho o si, por el contrario, pretenden también cubrir con el manto de la legalidad sus argumentaciones morales. El tema, de gran interés teórico, justificaría un estudio independiente y en detalle. Se agradece el comentario del referee.

La fuerza (grande o pequeña) del Derecho Internacional está en el modo en que este sujeto percibe las posibles reacciones de los demás actores a sus propias iniciativas (naturalmente, los demás actores actúan de la misma manera). Algunas veces se ha hablado, para designar este fenómeno, de un «efecto reputacional»: el Derecho Internacional limitaría las posibles acciones de un Estado porque si los demás actores las perciben como contrarias a derecho el primer Estado sufriría una pérdida de reputación que le resultaría perjudicial (por ejemplo, sería identificado como un Estado poco fiable para la firma de un acuerdo comercial en el futuro).

Desde esta perspectiva, un Estado que se ve inclinado a incumplir la ley porque considera que los costes directos derivados de ese incumplimiento (reacciones militares, económicas, etc.) son bajos puede revisar su actitud inicial considerando los efectos reputacionales del incumplimiento. También desde esta perspectiva, dado que la decisión de cumplir o no cumplir un tratado es el resultado de un análisis de coste-beneficio, en los casos en que se hallen involucrados intereses profundos de los Estados (como por ejemplo su seguridad nacional) el cumplimiento será menos probable³⁰.

Esta interpretación resulta sugerente y acertada, pero creemos que la idea de los efectos reputacionales solo explica una parte del funcionamiento del Derecho Internacional. En efecto, no se trata solamente de que, ante una violación, la reputación del incumplidor se vea afectada y esto reduzca su posibilidad de entrar en nuevos juegos cooperativos con los demás actores en el futuro. Quien actúa bajo el Derecho Internacional se obliga a convencer a los demás de que está respetando las reglas del juego no solo para que lo sigan considerando un jugador respetable en el futuro, sino para evitar consecuencias negativas presentes que podrían surgir como reacción de los demás Estados ante el incumplimiento. No hay inconveniente en llamar a estas reacciones «sanciones», utilizando el vocablo en un sentido amplio, siempre que seamos conscientes de que no se trata de consecuencias claramente previstas en una norma que resulta aplicable en un supuesto de hecho también claramente previsto en ella.

Los Estados miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte y de la Unión Europea reaccionaron de manera descentralizada, aunque coordinada, contra la invasión de Ucrania por Rusia³¹. Si esta reacción coordinada fue posible es porque el Derecho Internacional proveyó a los Estados involucrados un lenguaje y una manera de valorar la actitud de Rusia que facilitó que se pusieran de acuerdo sobre el modo de reaccionar. Las sanciones tampoco estaban previstas claramente de antemano y ellas fueron objeto de discusiones (los Estados involucrados tienen diferentes intereses y evalúan cómo pueden verse afectados esos

³⁰ Cfr. GUZMAN, A., *op. cit.*

³¹ HATHAWAY, O. y SHAPIRO, S., «Putin Can't Destroy the International Order by Himself», *Just Security*, 24/02/2022, <https://www.justsecurity.org/80351/putin-cant-destroy-the-international-order-by-himself/>.

intereses por la reacción colectiva). Pero la existencia de un discurso normativo que condena las guerras de agresión facilitó que todos ellos calificaran la actitud de Rusia como un uso de la fuerza contra la integridad territorial y la independencia de un Estado soberano, afirmaran que esa actitud era grave e injustificada, y estuvieran de acuerdo en que la reacción debía ser proporcional a esa gravedad.

La contribución del derecho a la seguridad no se halla en el hecho de que otorgue una respuesta sustantiva preestablecida a los problemas de seguridad, sino en que impone la realización de un proceso de justificación de las propias conductas. Moverse dentro de una determinada cultura legal (un determinado orden normativo) obliga a justificar las propias prácticas en términos de lo que son las prácticas históricas y los estándares de la comunidad. Lo verdaderamente importante es que los actores se sienten constreñidos a sujetarse a ciertos procedimientos: a hacer una referencia abierta a reglas y principios compartidos, a mantener cierta consistencia en sus conductas, a someter estas conductas a revisión a la luz de nueva información disponible, etc.³². Y los actores involucrados en este proceso saben que deben convencer a los demás actores de que su conducta se mantiene dentro de los estándares aceptados por la comunidad o bien correr el riesgo de las someterse a las reacciones que estos otros actores puedan tener.

El Derecho Internacional funciona como un moldeador de las conductas de los actores: el *gentle civilizer of national self-interest*, amable civilizador del interés propio de las naciones, del que hablaba Gerge Kennan (paradójicamente, un conocido realista)³³. Entender el Derecho Internacional de esta manera nos permite ver por qué es relevante incluso en las situaciones graves en las que está en juego la seguridad del Estado (entendiendo el concepto de «seguridad» en el sentido fuerte en el que lo entienden los realistas: como aquellas cuestiones relacionadas con la supervivencia misma del Estado). A ello dedicaremos el siguiente sub-apartado.

3.3 Seguridad e identidad

Realistas y liberales, a pesar de sus diferencias, tienen un punto en común: desarrollan teorías que se basan en la idea de que los actores de las relaciones internacionales tienen una cierta identidad a la que corresponden ciertos intereses invariables. Estas teorías en conjunto pueden llamarse «racionalistas»³⁴. Para los racionalistas, los actores tienen una

³² KOSKENNIEMI, M. «The Place of Law in Collective Security», *Michigan Journal of International Law*, 17, 1996, p. 478.

³³ KENNAN, G., *American Diplomacy*, Chicago, University of Chicago Press, 1951, p. 54.

³⁴ La distinción entre racionalistas y reflectivistas (constructivistas) aparece en KEOHANE, R., «International Institutions: Two Approaches», *International Studies Quarterly*, 32(4), 1988, pp. 379-396.

identidad previa y se mueven intentando maximizar sus intereses predefinidos. La estructura del sistema internacional los constriñe, pero su identidad y sus intereses son independientes de esa estructura. Los aportes fundamentales del constructivismo han servido para mostrar, en cambio, que la identidad y las preferencias de los actores son el resultado de procesos de interacción. Para los constructivistas, los actores no tienen una identidad y unas preferencias prestablecidas. Estas se construyen a través de sus prácticas intersubjetivas³⁵.

En la perspectiva de los racionalistas, el derecho es un elemento puramente externo e instrumental. Sin embargo, esta no es una descripción adecuada de la relación entre identidad, preferencias y orden normativo. La identidad y las preferencias de los actores no preexisten al orden normativo en el que se insertan, sino que son moldeados dentro de él. Por ejemplo, que un Estado considere una determinada situación como una amenaza para sus intereses vitales (un «problema de seguridad») depende de cómo perciba esos intereses. Y la percepción de los propios intereses se forma en la interacción con los demás actores bajo un cierto orden normativo. En otras palabras, los actores internacionales no «descubren» sus identidades e intereses preexistentes, sino que van creando sus identidades y preferencias bajo el horizonte normativo de la comunidad internacional en la que se insertan. Decir que los factores normativos son irrelevantes o marginales cuando se trata de asuntos de seguridad ignora el hecho de que cualquier acción social hace necesariamente referencia a normas.

Los constructivistas explican el comportamiento de los actores internacionales en términos intersubjetivos y contextuales. Señalan el carácter constitutivo de las normas y, por ello, la dependencia recíproca entre las instituciones internacionales y las identidades y preferencias de los actores. Tanto las identidades y preferencias de los actores como las instituciones internacionales están abiertas a un permanente juego de reinterpretación recíproca que los define en cuanto tales dentro del horizonte normativo de la comunidad a la que pertenecen. Las conductas y hábitos de los actores conforman el orden internacional pero este a su vez condiciona sus identidades y preferencias³⁶.

³⁵ Cfr. WENDT, A., «Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics», *International Organization*, 46(2), 1992, pp. 391-425. WENDT, A., «The Agent-Structure Problem in International Relations Theory», *International Organization*, 41(3), 1987, pp. 335-370. SHAPIRO, I. y WENDT, A., «The Difference that Realism Makes», *Politics and Society*, 20(2), 1992, pp. 197-223. Adler, E., «Cognitive Evolution», en ADLER, E. y CRAWFORD, B. (eds.), *Progress in Postwar International Relations*, Nueva York, Columbia University Press, 1991, pp. 43-88. WENDT, A., «Collective Identity Formation and the International State», *American Political Science Review*, 88(2), 1994, pp. 384-396. WENDT, A., «Constructing International Politics», *International Security*, 20(1), 1995, pp. 71-81. BARNETT, M. L., «Constructivism», en GHECIU, A. y WOHLFORTH, W. C., *The Oxford Handbook of International Security*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

³⁶ Cfr. RUGGIE, J. y KRATOCHWIL, F., «International Organization: a State of the Art on an Art of the State», *International Organization*, 40(4), 1986, pp. 753-775.

Para los racionalistas, los actores internacionales intentan maximizar sus intereses guiados por una lógica de consecuencias. Los constructivistas, en cambio, creen que los actores actúan guiados por una lógica de pertinencia. La conducta más racional en cada caso no es la que maximiza los propios intereses, sino la que mejor satisface la identidad y preferencias de los actores. Por supuesto, esto no quiere decir que los actores internacionales sean seres angelicales movidos por la intención más pura de obedecer el derecho. Cuando se dice que los actores se mueven guiados por consideraciones normativas («de pertinencia») no se quiere decir que desprecien sus propios intereses. Lo que sucede es que su identidad y preferencias determinan la manera en que perciben estos intereses; y como ya se ha dicho la identidad y preferencias de los actores se encuentran indisolublemente ligados al orden normativo en el que se insertan. La conducta «correcta» desde el punto de vista normativo no es separable de la conducta «provechosa» desde el punto de vista de los propios intereses, por la sencilla razón de que los propios intereses no pueden entenderse con independencia de ese orden normativo.

La perspectiva constructivista nos permite entender también que el ajuste de las conductas de los Estados al orden normativo internacional puede ser un caso de obediencia y no de simple cumplimiento. Como resultado de sus repetidas interacciones, los Estados pueden auto-percibirse como sujetos apegados al derecho e interiorizar las pautas legales de comportamiento³⁷. La tendencia a ajustarse a las normas proviene no solo de los intereses de los Estados («conformidad») o del temor a las sanciones («cumplimiento»), sino también del modo en que las identidades y preferencias de los Estados los impulsan a la «obediencia»³⁸.

Por supuesto, se trata de un camino de ida y vuelta: el sistema normativo forja las identidades y las preferencias de los Estados; pero los Estados participan en la construcción y aplicación de ese sistema normativo. Esto último no solo por el hecho evidente de que el Derecho Internacio-

Arend, A., *Legal Rules and International Society*, Oxford, Oxford University Press 1999. KOSKENNIEMI, M., «General principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International law», en KOSKENNIEMI, M., *Sources of International Law*, Londres, Routledge, 2000. KOSKENNIEMI, M., *The Politics of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

³⁷ KLOTZ, A., «Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and US Sanctions Against South Africa», *International Organization*, 49, 1995, pp. 451-478.

³⁸ Los positivistas más escépticos sobre el carácter jurídico del Derecho Internacional, como Austin o Hart, admiten sin embargo que el (así llamado) Derecho Internacional tendría una cierta fuerza moral; es decir, que en algunos casos sus normas se traducirían en conductas gracias a ciertos factores morales (como el temor de los Estados a la reprobación general de sus conductas y al desprestigio que esto les acarrearía). En el fondo, nos parece, la cuestión es puramente conceptual. Alcanzaría con considerar que el mecanismo que lleva a los Estados a actuar por temor a la reprobación general es un mecanismo jurídico y no moral (lo que es evidentemente una cuestión conceptual) para llevar a Austin y Hart no solo a reconocer el carácter jurídico del Derecho Internacional sino incluso convertirse en precursores del constructivismo (admitiendo que el derecho actúa no solo promoviendo la conformidad o el cumplimiento, sino también asegurando la obediencia).

nal es producto de la actividad de los Estados a través de tratados y prácticas que se convierten en costumbres, sino también por el hecho de que el cumplimiento o la obediencia a las normas internacionales dependen de la percepción que tengan los Estados sobre la legitimidad de esas normas. Si los Estados perciben que las normas han sido adoptadas en un proceso legítimo y que satisfacen ciertos criterios de justicia, esas normas tienen más probabilidades de ser obedecidas³⁹.

4. DE LA SEGURIDAD A LA SECURITIZACIÓN

Como esperamos que haya quedado claro de lo dicho hasta aquí, no puede decirse que cuando se trata de los temas de seguridad se abren espacios de no-derecho. Los temas de seguridad también están «dentro» del derecho. Ahora bien, podemos ir un paso más allá y ver que la relación entre derecho y seguridad es todavía más estrecha, en la medida en que ambos conceptos son construidos simultáneamente en el contexto de ciertas prácticas sociales.

Los autores del campo de los Estudios Estratégicos (como también otros autores que adhieren a ideas menos tradicionales de la seguridad) aceptan mayoritariamente que existen amenazas objetivas a determinados sujetos de referencia (principalmente, el Estado) y que la idea de seguridad se relaciona precisamente con el modo de hacer frente a esas amenazas. Un aporte fundamental de las teorías constructivistas ha sido poner en cuestión esta visión «objetiva» de la seguridad. La definición de la seguridad y su sujeto de referencia dependen del modo en que el concepto de seguridad sea construido por los actores sociales relevantes. Por ejemplo, saber si una crisis humanitaria es un problema de seguridad que deba ser tratado como tal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no depende de una constatación (objetiva) acerca de en qué medida esa crisis afecta los intereses (objetivos) de los Estados; por el contrario, depende de una decisión (política) acerca de cómo se define la seguridad y cómo se perciben esos intereses.

Desde los años noventa, la denominada «teoría de la securitización» ha tenido una importante influencia en los estudios sobre seguridad. Aunque existen varias versiones de la teoría, un rasgo común a todas ellas es que ven la seguridad como el resultado de la construcción

³⁹ Los trabajos de Thomas Franck sobre la legitimidad de las normas internacionales son de gran importancia en este sentido. En un primer momento, Franck considera que la percepción de legitimidad depende de que se haya seguido un procedimiento equitativo de razonamiento y negociación. FRANCK, T., «Legitimacy in the International System», *American Journal of International Law*, 82, 1988, pp. 705-759. FRANCK, T., *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990. En un segundo momento, Franck agrega consideraciones sustantivas, vinculadas a una concepción rawlsiana de la justicia distributiva. FRANCK, T., *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

social de una amenaza. Una realidad se convierte en una amenaza existencial, y en ese sentido se vuelve un problema de seguridad, cuando existe un acuerdo intersubjetivo entre un «actor de la securitización» y una «audiencia» que construye un conocimiento compartido acerca de esa amenaza. La securitización está así imbricada en mecanismos sociales de persuasión y aprendizaje. La securitización de un determinado objeto, a su vez, genera cambios políticos en la medida en que ese objeto puede ser tratado como una amenaza existencial (y, en consecuencia, ser combatido con la máxima fuerza).

Los aportes más decisivos a la teoría de la securitización provinieron, en un primer momento, de la Escuela de Copenhague⁴⁰. Esta escuela adopta un punto de vista discursivo radical respecto de la manera en que se define el contenido de los problemas de seguridad. La securitización es la forma en que el discurso construye una cuestión como un problema de seguridad. No hay temas que, por su propia naturaleza, deban ser considerados como problemas de seguridad. Es la práctica discursiva de ciertos actores la que construye una cuestión como un tema de seguridad, es decir, como una amenaza existencial a un objeto que puede reivindicar legítimamente su supervivencia. En esta perspectiva, la «seguridad» es el acto mismo de securitizar algo.

La securitización se produce a través de las acciones del Estado y, en última instancia, de sus élites. A través del proceso de securitización, las élites políticas pueden ganar control de una determinada realidad imponiéndole la etiqueta de la seguridad. Por ello, el foco central de los estudios de seguridad debe estar puesto en cuándo, cómo y por qué las élites intentan identificar ciertos temas como problemas de seguridad y cuándo, cómo y por qué tienen o no tienen éxito. La perspectiva de la securitización no cuestiona el hecho de que sean las élites políticas las que definan el alcance de la seguridad ni señalan que la definición que hacen estas élites sea una definición «equivocada» (por ejemplo, porque sea una definición hecha a partir de los intereses de la clase dirigente como opuestos a los intereses de la población). No hay una definición equivocada de la seguridad sencillamente porque no hay

⁴⁰ Cfr. WAEVER, O., «Securitization and Desecuritization», en LIPSCHUTZ, D. (ed.), *On Security*, Nueva York, Columbia University Press, 1995, pp. 46-86. BUZAN, B. y WAEVER, O., «Slippery? Contradictory? Sociologically Untenable? The Copenhagen School Replies», *Review of International Studies*, 23(2), 1997, pp. 211-239. BUZAN, B.; WAEVER, O. y de WILDE, J., *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, Lynne Rienner, 1998. WAEVER, O. y BUZAN, B., «After the Return to Theory: The Past, Present and Future of Security Studies», en COLLINS, A. R. (ed.), *Contemporary Security Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 383-402. WAEVER, O., «Peace and Security: Two Evolving Concepts and their Changing Relationship», en BRAUCH, H. G. (ed.), *Globalization and Environmental Challenges: Reconceptualizing Security in the 21st Century*, Heidelberg, Springer, 2008, pp. 99-112. BUZAN, B. y WAEVER, O., «Macrosecuritization and Security Constellations: Reconsidering Scale in Securitization Theory», *Review of International Studies*, 35(2), 2009, pp. 253-276.

una definición objetiva de la seguridad más allá de la que se constituye a través de los procesos de securitización.

Uno de los puntos más discutidos al interior de la teoría de la securitización (y que nos interesa particularmente aquí) es el de la relación entre las élites que actúan como actores de securitización y las audiencias. Para la versión de la Escuela de Copenhague, la securitización es un acto de las élites; las audiencias son, en todo caso, un medio para verificar si el proceso de securitización ha tenido éxito o no (es decir, si las élites han logrado convencer a aquellos a quienes se dirigía el acto discursivo de securitizar un determinado tema). Otras versiones, en cambio, insisten en la necesidad de ver la securitización como un proceso interactivo entre la élite y la audiencia⁴¹.

La teoría de la securitización ha sido desarrollada como un intento de explicación de la seguridad a nivel interno, lo que explica el rol central adjudicado al Estado y a las élites estatales como agentes de la securitización. Sin ánimo de zanjar las disputas de fondo sobre las teorías de la securitización, parece claro que si queremos trasladar la teoría al plano internacional la estructura descentralizada de este nos impide otorgar ese rol central al Estado. La calificación de un tema como un problema de seguridad internacional no es el resultado de un acto constitutivo realizado por un único Estado, sino de un proceso de interacción en el que los Estados (y otros actores internacionales) son a la vez agentes de securitización y audiencia⁴². Así, la seguridad es el proceso de construcción de una comprensión colectiva acerca de lo que puede ser considerado una amenaza.

La teoría de la securitización supone una ruptura radical con la perspectiva tradicional en el sentido de que parte de considerar que la seguridad no es un objeto con una esencia específica. La seguridad es un acto de habla que supone calificar algo como una amenaza existencial y que esa calificación sea aceptada por una determinada audiencia. En ese proceso, los agentes de la securitización identifican un objeto referencial cuya existencia se encuentra amenazada. Una crítica habitual a las teorías de la securitización es que no lograrían identificar problemas de seguridad que no han sido definidos como tales por los sectores dominantes. Por ejemplo, si los sectores dominantes no definen la violencia de género como un problema de seguridad, ella no sería tal. En este sentido, la teoría tendría un carácter conservador. Por

⁴¹ Cfr. BALZACQ, T., «A Theory of Securitization: Origins, Core Assumptions, and Variants», en BALZACQ, T. (ed.), *Securitization Theory*. BALZACQ, T., «The 'Essence' of securitization: Theory, ideal type, and a sociological science of security», *International Relations*, 2014, pp. 8-18. BALZACQ, T., «Securitization Theory: Past, Present, and Future», *Polity*, 51(2), 2019.

⁴² Ver una perspectiva sobre la construcción de los problemas de seguridad a nivel internacional en KRAUSE, K. y WILLIAMS, M. C., «Security and Security Studies. Conceptual evolution and historical transformation», en GHECIO, A. y WOHLFORTH, W., *The Oxford Handbook of International Security*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 14-28.

otra parte, se la ha acusado de considerar las identidades de los actores como identidades fijas y no como identidades que (al igual que el concepto de seguridad) son el resultado de un proceso de definición discursiva. Es posible que estas críticas tengan algo de acertado. Sin embargo, identificar y estudiar los procesos discursivos a través de los cuales se construye un tema como tema de seguridad no impide señalar que hay otros temas que no han sido contruidos como tales (de hecho, permite el contraste). Por otra parte, es posible como opción metodológica considerar las identidades de los actores como fijas (por ejemplo, para simplificar el alcance de una determinada investigación), admitiendo sin embargo que esas identidades también son, a su vez, el resultado de un proceso de construcción.

Si volvemos ahora la mirada al ejemplo que en el que nos hemos ido apoyando a lo largo de este texto, podemos ver que el discurso desplegado por la élite rusa ha ido orientado a construir la situación ucraniana como una amenaza para su seguridad⁴³. Principalmente, según el Kremlin, la expansión de la OTAN hacia el este encarnaría esta amenaza⁴⁴. Es posible que este discurso haya tenido éxito internamente, para convencer a la audiencia interna (la población rusa) de que existía efectivamente esa amenaza y justificar de este modo la eufemísticamente denominada «operación especial» en Ucrania⁴⁵. Pero el rechazo (casi) unánime que la invasión ha suscitado en otros actores internacionales muestra que la audiencia internacional no ha sido convencida de la misma manera.

El hecho de que las élites rusas no hayan convencido a la audiencia internacional de que la situación ucraniana estaba poniendo en juego su seguridad se traduce, en términos jurídicos, en el rechazo de los argumentos rusos de que la invasión puede justificarse como un acto de legítima defensa, como una intervención en defensa de la población étnica rusa en Ucrania o como una intervención humanitaria. El Derecho Internacional admite que los Estados pueden proteger su seguridad por determinados medios (incluso el uso de la fuerza en situaciones extremas); pero Rusia no ha tenido éxito en su intento de convencernos de que este caso encaja en alguno de los supuestos de legítima protección de su seguridad. Obviamente, no se trata de negar que un Estado pueda tener serias consideraciones sobre su seguridad; sino de afirmar que lo que resulta un problema

⁴³ MILANOVIC, M., «What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?», *EJIL: Talk!*, 24 de febrero de 2022, <https://www.ejiltalk.org/what-is-russias-legal-justification-for-using-force-against-ukraine/>.

⁴⁴ «Why does Russia focus on 'indivisible security' in Ukraine standoff?», *The Guardian*, 3 de febrero de 2022, <https://www.theguardian.com/world/2022/feb/03/why-does-russia-focus-on-indivisible-security-in-ukraine-standoff>.

⁴⁵ Por razones evidentes, resulta difícil saber cuál es exactamente el grado de apoyo de la población rusa a la invasión de Ucrania. «Rusia invade Ucrania: muestras de rechazo y apoyo de la población rusa a la ofensiva lanzada por Putin», *BBC News*, 25 de febrero de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60516284>.

de seguridad depende de las percepciones de los actores, construidas en cada momento bajo el horizonte discursivo compartido que proporciona el Derecho Internacional.

5. CONCLUSIONES

La perspectiva realista en la Teoría de las Relaciones Internacionales ve el derecho como un epifenómeno. Desde esta perspectiva, el Derecho Internacional no tiene la capacidad de influenciar las conductas de los Estados. Lo más a lo que se puede aspirar es a que estas conductas estén en conformidad con el Derecho Internacional en aquellos casos en los que exista una coincidencia entre las conductas exigidas por el derecho y las conductas que benefician los intereses de los Estados.

Nuestro objetivo en este trabajo ha sido mostrar que el Derecho Internacional sí tiene efectos reales en las conductas de los Estados, incluso en los supuestos «duros» que afectan los intereses vitales de los Estados como los que tienen que ver con la seguridad internacional. Hemos señalado que la variante institucionalista del pensamiento liberal cifra el éxito del Derecho Internacional en la existencia de un sistema de sanciones internacionales eficaz. En otras palabras, que los Estados cumplen el derecho por miedo a las sanciones que sufrirían en caso de no cumplirlo. Como se ha dicho, el liberalismo de la Teoría de las Relaciones Internacionales converge aquí con el positivismo normativista que ve el derecho como un conjunto de mandatos apoyados por sanciones.

Aunque la explicación liberal es acertada en muchos casos, creemos que el efecto del Derecho Internacional en las conductas de los Estados no puede ser reducido a un sistema de sanciones (en el sentido clásico del término) que prevengan las violaciones o las castiguen automáticamente una vez producidas. Como hemos dicho, los actores internacionales actúan aceptando implícitamente que sus conductas deben estar amparadas por las reglas del juego o, al menos, tener la apariencia de estar amparadas por esas reglas. Quien juega el juego del Derecho Internacional busca convencer a los demás de que está respetando las reglas del juego para evitar las consecuencias negativas que podrían surgir como reacción de los demás Estados ante el incumplimiento. Tales consecuencias negativas no son solamente sanciones en el sentido clásico, sino todo un conjunto de reacciones que el jugador internacional podría interpretar como negativas (solo podría aquí hablarse de «sanciones» en un sentido muy amplio que va más allá de la definición clásica de ellas como consecuencias preestablecidas en la norma como correlato de un hecho antecedente). Así, la contribución del derecho no se encuentra en el hecho de que otorgue una respuesta sustantiva preestablecida a los problemas de seguri-

dad, sino en que impone la realización de un proceso de justificación de las propias conductas.

Ahora bien, es posible ir un paso más allá en la relación entre el derecho y las identidades y los intereses de los Estados. Realistas y liberales, a pesar de sus diferencias, aceptan que los actores de las relaciones internacionales tienen una cierta identidad y unos ciertos intereses invariables. En esta perspectiva, que hemos llamado «racionalista», el derecho es un elemento puramente externo e instrumental. Sin embargo, como hemos visto, esta no es una descripción adecuada. Las normas internacionales forjan las identidades y las preferencias de los Estados, llevándolos a internalizar sus pautas de comportamiento. Esta perspectiva constructivista permite entender por qué en algunos casos el ajuste de las conductas de los Estados al orden normativo internacional puede ser un caso de obediencia y no de simple cumplimiento.

Este mismo modelo intersubjetivo que utilizamos para entender la relación entre el derecho y las identidades y preferencias de los actores nos sirve para comprender la relación entre el derecho y la seguridad. Como hemos dicho, ambos conceptos son construidos simultáneamente en el contexto de ciertas prácticas sociales. Desde la perspectiva de la teoría de la securitización, no hay temas que, por su propia naturaleza, deban ser considerados como problemas de seguridad. Es la práctica discursiva de ciertos actores la que construye una cuestión como un tema de seguridad.

En el ámbito interno, el agente principal de la securitización es el Estado. En el ámbito internacional, la calificación de un tema como un problema de seguridad internacional no es el resultado de un acto constitutivo realizado por un único Estado, sino de un proceso de interacción en el que los Estados (y otros actores internacionales) son a la vez agentes de securitización y audiencia. Así, la seguridad es el proceso de construcción de una comprensión colectiva acerca de lo que puede ser considerado una amenaza.

¿Por qué deberíamos recuperar la crítica ideológica en la teoría del derecho?¹

Why should we recover ideological critique in legal theory?

Por PABLO BONORINO
Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Vigo

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es mostrar la importancia que tiene recuperar el concepto de «ideología» y con él la labor de crítica ideológica en la teoría del derecho. En las teorías positivistas de Kelsen y Ross era uno de los conceptos centrales, pero cayó paulatinamente en desuso en la segunda mitad del siglo XX, tanto a nivel político como en el campo específico de la teoría jurídica. En este trabajo se examinan algunas de las razones por las que se dejó de utilizar y se propone un concepto de «ideología» capaz de evitar esos cuestionamientos. Por último, se ponen de manifiesto las consecuencias perjudiciales (tanto teóricas como prácticas) que trae aparejado el abandono de la crítica ideológica en la teoría jurídica. Se utiliza como caso de estudio la concepción postpositivista sobre la naturaleza del derecho defendida por Manuel Atienza y algunas de las decisiones argumentativas que el propio Atienza ha adoptado guiado por ella en una polémica sobre el estatus normativo de la gestación por sustitución en la práctica jurídica española.

Palabras clave: Ideología, Crítica Ideológica, Teoría del Derecho, Post-positivismo, Razonamiento jurídico, Gestación por Sustitución.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Sesgos cognitivos y discrecionalidad judicial» (PID2019-105841RB-C22) financiado por el MINECO y la Xunta de Galicia (Ayudas a GPC, grupo AGAF).

ABSTRACT

This paper aims to show the importance of recovering the concept of «ideology» and the work of ideological critique in legal theory. In the positivist theories of Kelsen and Ross, it was one of the central concepts. However, it gradually fell into disuse in the second half of the 20th century, both at the political level and in the specific field of legal theory. This paper examines why it fell out of use and proposes a concept of «ideology» capable of avoiding such challenges. Finally, it highlights the detrimental consequences (both theoretical and practical) of abandoning ideological critique in legal theory. We use, as a case study, the post-positivist conception of the nature of law defended by Manuel Atienza and some of the argumentative decisions that Atienza himself has adopted guided by it in a controversy on the legal status of surrogacy in Spanish legal practice.

Keywords: Ideology, Ideological Critique, Legal Theory, Post-positivism, Legal Reasoning, Surrogacy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. – II. IDEOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO. – III. ¿QUÉ ES LA IDEOLOGÍA? – IV. POSTPOSITIVISMO E IDEOLOGÍA. – V. CONCLUSIONES.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. – II. IDEOLOGY AND LEGAL THEORY LAW. – III. WHAT IS IDEOLOGY? – IV. POSTPOSITIVISM AND IDEOLOGY. – V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN

La presunta muerte de las ideologías en el plano político global trajo aparejada la muerte efectiva del uso teórico del concepto de ideología en los estudios jurídicos y el abandono de la crítica ideológica como una de las tareas centrales de la teoría del derecho². Lo mismo ha ocurrido en otros dominios de conocimiento y tiene su origen en el descrédito generado por los cuestionamientos a los que fue sometida la idea misma de «ideología». No obstante, los fenómenos a los que se

² El término «ideología» ha casi desaparecido de los estudios jurídicos iberoamericanos. La última monografía jurídica publicada en España –con la expresión en su título– tiene más de treinta años. Véase PRIETO SANCHÍS, L.; *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987. La anterior (de orientación marxista) fue publicada diez años antes, véase SAAVEDRA, M.; *Interpretación del derecho e ideología*, Granada: UdG, 1978. El uso residual más habitual es como sinónimo de valoraciones o enfoques normativos desde posiciones no cognitivistas en esos dominios, véase GUASTINI, R.; *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid, Trotta, 2008.

solía aplicar la expresión no solo no han dejado de existir, sino que proliferan a nuestro alrededor. Consideramos que el abandono del concepto trajo aparejado la renuncia a ciertos problemas y a algunas tareas que otrora se consideraban relevantes en la teoría jurídica –y que lo siguen siendo–. Su uso reciente se limita a identificar con ella un conjunto de creencias falsas o de entidades no susceptibles de verdad o falsedad (emociones, deseos, valores)³. Pero no siempre fue así. La «crítica ideológica» (para distinguirla de la «crítica de la ideología» característica de ciertas posiciones filosóficas identificadas con la llamada «Teoría Crítica») era una parte fundamental de la teoría del derecho positivista de la primera mitad del siglo xx. Lo que necesitamos para rescatar su uso es superar la manera en la que se entendía el concepto de «ideología» en esas obras.

El objetivo de este trabajo es mostrar la importancia que tiene recuperar el concepto de «ideología» y con él la labor de crítica ideológica en la teoría del derecho. En las teorías positivistas de Kelsen y Ross era uno de los conceptos centrales, pero cayó paulatinamente en desuso en la segunda mitad del siglo xx, tanto a nivel político como en el campo específico de la teoría jurídica. En este trabajo se examinan algunas de las razones por las que se dejó de utilizar y se propone un concepto de «ideología» capaz de evitar esos cuestionamientos y su uso peyorativo⁴. Por último, pondremos de manifiesto las consecuencias perjudiciales (tanto teóricas como prácticas) que trae aparejado el abandono de la crítica ideológica en la teoría jurídica. Para ello tomaremos como caso de estudio la concepción postpositivista defendida por Manuel Atienza, en la que se prescinde del concepto de ideología y se abandona la crítica ideológica, pero en la que se resalta – como una de sus virtudes– su capacidad para transformar la sociedad a través del derecho. Examinaremos como se plasma ese potencial transformador en algunas de las decisiones argumentativas que el propio Atienza adoptó guiado por esa concepción sobre la naturaleza del derecho en una polémica sobre el estatus normativo de la gestación

³ O ambas, como se puede apreciar en la definición que se emplea en un libro reciente que pretende abordar el problema de la ideología en la función judicial: «... excluiré del concepto de ideología todas aquellas creencias que son empíricamente verdaderas o lógicamente certificables, quedando incluidas, por lo tanto, las creencias falsas, los valores, los deseos o las preferencias.» MALEM SEÑA, J. F.; *Los jueces: ideología, política y vida privada*. México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 25.

⁴ El uso de «ideología» con un sentido descalificador para identificar y cuestionar al mismo tiempo las creencias del adversario es muy visible, por ejemplo, en los debates promovidos por el feminismo. En estas disputas es común descalificar al adversario por su «ideología machista o patriarcal», o, desde el lado opuesto, denunciar la imposición de una «ideología de género» en el derecho –uso que queda claro desde el mismo título de algunos libros recientes–. Véase TRILLO-FIGUEROA, J.; *La ideología del género*. Madrid: Libroslibres, 2009; y SCALA, J.; *La ideología de género, o el Género como herramienta de poder*. Madrid: Sekotia, 2010. En este uso peyorativo y vulgar del término es siempre el oponente quién defiende una «ideología», mientras que el que escribe lo hace desde el auténtico conocimiento.

por sustitución en la práctica jurídica española. Nuestra conclusión será que las teorías del derecho que no dan cuenta del papel de la ideología en la práctica jurídica no solo no pueden ofrecer una explicación adecuada de la manera en la que el derecho cumple con sus funciones sociales y políticas, sino que tampoco pueden guiar de manera efectiva los procesos de transformación social.

II. IDEOLOGÍA Y TEORÍA DEL DERECHO

El concepto de ideología es uno de los que mayores discusiones teóricas ha generado desde que fuera introducido por Destutt de Tracy a finales del siglo XVIII⁵. Las distintas posiciones sobre la naturaleza de la ideología que se han defendido en los últimos doscientos años se pueden clasificar según su carácter (positivas o negativas), su origen (subjetivo o social), su alcance (amplio o restringido), y sus relaciones con otros fenómenos cognitivos (principalmente con la ciencia)⁶. La teoría del derecho ha asumido desde sus inicios una concepción de la ideología de carácter negativo, originada en la forma de comprender de los individuos o grupos de individuos, de alcance limitado y que se presenta como la antítesis del conocimiento científico del derecho⁷. En la primera mitad del siglo XX la labor de crítica ideológica apelando a un concepto de ideología de ese tipo fue una parte sustancial del programa del positivismo jurídico, que puso el acento en el carácter antitético de la ciencia del derecho y de la ideología jurídica, y concibió una parte importante de su labor teórica como la de desvelar la realidad jurídica tal cuál es, poniendo al descubierto las creencias ilusorias o engañosas sobre el derecho que se propagan de manera interesada. El uso actual del concepto de ideología en el derecho descansa en gran medida en las concepciones presupuestas por Hans Kelsen y Alf Ross⁸ al llevar a cabo esas tareas.

⁵ Véase EAGLETON, T.; *Ideología: Una introducción*, Barcelona: Paidós, 1997; FREEDEN, M.; *Ideología: Una breve introducción*, Santander, Ediciones Universidad Cantabria, 2013; Zizek, S. (ed.); *Ideología: Un mapa de la cuestión*, Buenos Aires, FCE, 2003.

⁶ LARRAIN, J.; *The Concept of Ideology*, London, Hutchinson, 1979.

⁷ Llama la atención la despreocupación conceptual con el que lo utilizan los juristas. Véase PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*; GUASTINI, R., *op. cit.*; MALEM SEÑA, J. F., *op. cit.*; SAAVEDRA, M., *op. cit.* Uno de los pocos libros dedicado completamente a esta cuestión que comienza con un análisis conceptual más profundo sobre la idea misma de «ideología», antes de proyectarla al campo del derecho, es MARTÍNEZ ROLDÁN, L.; *Ideología, ciencia y derecho*, Oviedo, SPUO, 1983.

⁸ El concepto de «ideología» que se utiliza en algunas obras posteriores no solo no aporta novedades respecto a las propuestas de Kelsen y de Ross, sino que en ciertos casos constituye un retroceso hacia un uso vulgar peyorativo o se emplea para aludir a las creencias valorativas de los jueces o a los enfoques normativos sobre la aplicación del derecho. BONORINO, P., «Como conceptualizar las creencias que configuran los procesos de producción normativa», en GARCÍA AMADO J. A. y SENDÍN

Kelsen presenta su *Teoría pura del Derecho* como la única forma de construir una auténtica ciencia jurídica, capaz de «mostrar al descubierto el objeto que conoce» y, al hacerlo, poner en evidencia que la mal llamada «ciencia jurídica» (la dogmática jurídica tradicional o doctrina) solo ofrece una visión distorsionada de la realidad jurídica porque su interés es valorativo. No busca describir su objeto sino legitimarlo (o cuestionarlo). Por ello, la misión principal de una teoría científica del derecho es la de «crítica ideológica» en el campo de los saberes jurídicos⁹.

¿Cómo entiende Kelsen el concepto de «ideología»? La ideología para Kelsen es un conjunto de creencias comúnmente aceptadas y reproducidas entre los juristas que (i) se presentan como descripciones del contenido del derecho, y (ii) en realidad son valoraciones que cumplen la función de legitimar o cuestionar algunos de esos contenidos. Son creencias que un grupo social genera y defiende como científicas cuando en realidad son ideológicas, distorsionan el objeto de estudio (el derecho) con el objetivo valorativo encubierto de conservarlo o cambiarlo. El grado de distorsión con el que presentan los contenidos del derecho se puede determinar tomando como parámetro la descripción valorativamente neutral que ofrece la *Teoría Pura del Derecho* –única concepción científica (auténticamente «jurídica») sobre el derecho–. La ideología no se reduce a un conjunto de creencias valorativas o enfoques normativos sobre el derecho (como ocurre en muchos autores positivistas posteriores).

La *Teoría Pura del Derecho* permite develar que los dualismos que la ciencia jurídica tradicional (la ideología jurídica) se empeña en mantener entre derecho público y derecho privado, o en especial entre Derecho y Estado, solo cumplen una función ideológica: la de dotar de legitimidad a las formas de Estado existentes que ya no pueden apelar a fundamentos religiosos o metafísicos para justificarse. «...La *Teoría Pura del Derecho* no rechaza la idea de legitimar el Estado por medio del derecho... lo que niega es la posibilidad de que la ciencia jurídica proporcione la justificación del Estado a través del derecho o –lo que viene a ser lo mismo– la justificación del derecho por medio del Estado... Especialmente, se niega a aceptar que la ciencia jurídica tenga por misión justificar cualquier cosa. Justificación quiere decir valoración. Las valoraciones – por ser siempre subjetivas – pertenecen a la ética y a la política, y no al conocimiento objetivo¹⁰.» La verdadera ciencia jurídica rehúsa valorar su objeto de estudio, esto es, se niega a valorar el derecho positivo que debe

MATEOS J. A. (dirs.), *Argumentación jurídica y conflictos de derechos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 39-63.

⁹ Este objetivo está presente tanto en la primera edición, véase KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*, Madrid: Trotta, 2011 (edición original 1934); como en la segunda, véase KELSEN, H.; *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1979 (edición original 1960).

¹⁰ KELSEN, H.; *op. cit.*, 2011, pp. 126-7.

describir de manera objetiva. Es por eso que la *Teoría Pura del Derecho* «...rechaza servir a intereses políticos de cualquier signo que sean, proporcionándoles las ideologías que les permiten legitimar o descalificar el orden social existente¹¹.»

En el final del libro, Kelsen destaca como uno de los logros más importantes de su propuesta la disolución del concepto meramente ideológico de «soberanía estatal». Es en esa parte de su argumentación cuando Kelsen percibe la conexión entre «los logros más esenciales» de su *Teoría Pura del Derecho* en el campo de la crítica a la ideología jurídica y la defensa de ciertas posiciones ideológicas sobre la «evolución político-jurídica» de la práctica política internacional de su tiempo. Kelsen «disuelve» y «desenmascara» las «falsas ideas» que esgrime «la ideología imperialista...contra el derecho internacional» y fundamenta la verdad de ciertas afirmaciones que constituyen «un presupuesto en modo alguno irrelevante de la unidad organizativa de un ordenamiento jurídico mundial y centralizado»¹². Su ciencia del derecho no es valorativamente neutral, tiene consecuencias políticas –permite legitimar o cuestionar ciertos contenidos posibles del derecho–¹³.

Para salvar esta aparente contradicción en su concepción teórica Kelsen adopta una explicación funcional del concepto de ideología (similar en ese aspecto a la que algunos le atribuyen a Marx): son creencias teóricas generadas por el interés de legitimar (o cuestionar) ciertos contenidos normativos, no por la búsqueda de la verdad sobre el derecho. Por eso en su reflexión sobre el derecho internacional afirma que no importa que una auténtica ciencia del derecho genere ciertas creencias valorativas de naturaleza política: si llega a ellas con la intención de buscar la verdad seguirá siendo una ciencia. La clave no es el contenido de las creencias sino el interés que persiguen los sujetos que las aceptan y reproducen: si buscan legitimar o socavar ciertos contenidos del sistema jurídico haciéndolo pasar como una descripción neutral del objeto, entonces sus creen-

¹¹ KELSEN, H.; *ibidem*, p. 51.

¹² «La disolución teórica experimentada por el dogma de la soberanía, ese instrumento capital que la ideología imperialista esgrime contra el derecho internacional, constituye uno de los resultados más esenciales de la Teoría Pura del Derecho. Aunque en absoluto se haya llegado a ese resultado con intención política, puede tener resultados políticos, al sortear un obstáculo que se ha opuesto de un modo casi insuperable al desarrollo técnico del derecho internacional...» KELSEN, H.; *ibidem*, p. 144.

¹³ En la segunda edición de su libro Kelsen trata de adoptar una posición equidistante y neutral sobre la práctica política internacional. Apela a una alambicada argumentación en la que traza una analogía con la adopción de una perspectiva tolemaica o copernicana sobre el mundo para mostrar que la adopción de una u otra de estas perspectivas opuestas sobre las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional «no tiene influencia alguna sobre el contenido del derecho, ni en el del derecho internacional, ni tampoco en el del derecho estatal, permaneciendo idénticos los enunciados jurídicos con los cuales se describe su contenido, sea que el derecho internacional sea pensado como incluido en el derecho estatal, sea que el derecho estatal está incluido en el internacional». KELSEN, H.; *op. cit.*, 1979, p. 346.

cias son ideológicas¹⁴. La línea de demarcación se hace borrosa, ya no depende de ciertas propiedades identificables en el contenido específico de esas creencias sino de la manera en la que son experimentadas por el sujeto que las acepta y reproduce. Es precisamente para referirse a esa experiencia de los sujetos ante el derecho para lo que Alf Ross utiliza el concepto de «ideología».

Alf Ross se plantea la pregunta: ¿qué clase de motivos inducen realmente a los sujetos a actuar conforme a derecho? Los jueces (y en gran medida el resto de personas) actúan ante todo motivados por un impulso desinteresado de obediencia al derecho y no por miedo a ser sancionados si no lo hacen (o por otro tipo de intereses). Este sentido del deber depende de la aceptación de una ideología jurídica tradicional, a la que Ross denomina «conciencia jurídica formal (o institucional)» para distinguirla de una genuina actitud moral frente a las normas jurídicas a la que llama «conciencia jurídica material (o substantiva)». Esta ideología, sin la que no sería posible la subsistencia de un ordenamiento jurídico en sociedades de ciertas dimensiones, moviliza un sentido de justicia asociado al cumplimiento de las normas jurídicas con independencia de sus contenidos específicos. Este sentido ideológico de justicia asume que quienes detentan el poder son autoridades legítimas y que el uso de la fuerza ejercido en nombre de la ley constituye un ejercicio legítimo de aplicación del derecho. En un sistema jurídico estable esta actitud surge de forma automática en la mayoría de los sujetos. «La ley es la ley, y la ley debe ser obedecida, dicen, y aplican esta máxima aún en aquellos casos en que las exigencias del derecho están en desacuerdo con la evaluación de los contenidos del derecho en nombre de la moral o de la justicia»¹⁵.

Cuando la distancia entre la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material llega a ciertos límites se produce una ruptura en esa lealtad y cooperación espontánea, lo que puede dar lugar a cambios políticos revolucionarios. En una comunidad pueden existir grupos de personas que solo obedezcan el derecho por miedo a las sanciones y que lo experimenten como un «régimen de violencia» en lugar de un «orden jurídico», identificando a quienes ejercen el poder a través del derecho como dictadores, tiranos o usurpadores de la autoridad legítima. Estos grupos pueden coexistir con otros que obedezcan las mismas normas experimentándolas como un orden jurídico legítimo. Pero no es posible que un orden jurídico funcione de manera apropiada a menos que sus funcionarios judiciales (policías y otras autoridades

¹⁴ «La ideología... encubre la realidad, desfigurándola con el propósito de conservarla y defenderla, o desenfoándola con la intención de destruirla y sustituirla por otra. Todas las ideologías tienen en su raíz en la voluntad, y no en el conocimiento; ... responden a intereses que son muy diferentes al interés por la verdad... El conocimiento siempre destruye el velo que la voluntad extiende sobre las cosas.» KELSEN, H.; *op. cit.*, 2011, p. 52.

¹⁵ Ross, A.; *On Law and Justice*, Oxford, OUP, 2019, p 68. Todas las traducciones de esta fuente me pertenecen.

ejecutivas) compartan ese fuerte sentimiento desinteresado de adhesión a la ideología jurídica tradicional –o conciencia jurídica formal–. El poder no es algo que se encuentra detrás del derecho, sino que es algo que solo se puede ejercer a través del derecho.

Para Ross la explicación del concepto de «vigencia» solo es posible mediante una síntesis de las posiciones del realismo ideológico y conductista. Su concepción es conductista en la medida en la que persigue el objetivo de encontrar coherencia y predictibilidad en los comportamientos verbales (externos y observables) del juez. Es ideológica porque esa coherencia es entendida como un todo coherente de sentido y motivación que solo es posible presuponiendo que el juez, en su fuero interno, está guiado y motivado por una ideología normativa con un cierto tipo de contenido. Los hechos observables (conductas verbales en el caso de las decisiones judiciales) subdeterminan los hechos inobservables (estados mentales) que cabe atribuirles a los agentes sociales para comprender sus acciones. Con el concepto de «ideología» Ross identifica algunas de esas entidades mentales, a las que llama «conciencia jurídica». Una decisión judicial se puede comprender a través de una analogía con la manera en la que un paralelogramo de fuerzas permite explicar visualmente el efecto que produce la suma de dos fuerzas sobre el movimiento de un objeto. Los dos vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material, que determinan mediante su efecto combinado el acto de decisión.

Los jueces, por lo general, no reconocen su papel creador en la tarea de administrar justicia. Utilizan las técnicas de argumentación y los métodos de interpretación para hacer ver que han llegado a la decisión de manera objetiva, que su contenido se halla determinado por el (único) significado atribuible a la ley o por la (única) intención atribuible al legislador al sancionarla. Buscan preservar ante sus propios ojos y ante los de los demás la imagen que brinda la ideología jurídica (formalista o tradicional) de la labor judicial: las decisiones judiciales están motivadas por el único interés de obedecer al derecho y por las creencias racionales sobre el verdadero significado de sus normas o de la auténtica intención del legislador que las ha sancionado. Una vez que ha tomado la decisión (producto de la fuerza combinada de la conciencia jurídica formal y material) construye una «farsa (o fachada) de justificación» que no suele concordar con lo que en realidad hizo durante el proceso de toma de decisión. Las técnicas argumentativas y los métodos que aprende a utilizar durante su formación le permiten «justificar técnicamente» la solución jurídica que considera «justa o deseable» en cada caso, preservando al mismo tiempo la ficción de que solo está obedeciendo a la ley y a los principios objetivos de interpretación y argumentación¹⁶. Sería un error pensar que son

¹⁶ En la medida en la que esos métodos y técnicas también establecen límites a la libertad del juez en su esfera de discrecionalidad no se los puede considerar solo como parte de una ideología formal, sino que constituyen también una ideología

esas técnicas los factores que determinan el contenido del acto de decisión: «no son los métodos los que determinan la conclusión: es la conclusión la que determina los métodos»¹⁷. Las teorías sobre la decisión judicial (deductivistas o formalistas) ocultan la actividad político-jurídica del juez ofreciendo una imagen distorsionada o ilusoria de la toma de decisiones judiciales¹⁸.

III. ¿QUÉ ES LA IDEOLOGÍA?

Utilizando el esquema clasificador presentado al inicio de la sección anterior, podemos decir que Ross no utiliza el concepto de «ideología» de forma negativa o peyorativa. Su descripción de la labor judicial emplea el concepto de ideología, pero no para hacer una crítica ideológica de la administración de justicia ni de las teorías que asumen (y refuerzan) esas prácticas ideológicas. Critica al formalismo jurídico porque las descripciones que ofrece de la labor judicial son empíricamente falsas –científicamente inaceptables, no inaceptables por no ser científicas o por ser ideológicas–. En relación con el origen de la ideología, parece inclinado a entenderla como originada en la propia psicología del sujeto, aunque reforzada y compartida por todos aquellos que pertenecen al mismo grupo social (el cuerpo de funcionarios judiciales y de otras autoridades jurídicas). Aunque utiliza la expresión «cultura jurídica compartida» en varias ocasiones, para referirse a los contenidos específicos de las ideologías judiciales, el concepto de «ideología» no se funde con el de «cultura jurídica», lo usa para identificar un subconjunto de las entidades mentales relevantes para comprender las decisiones judiciales. Por último, no entiende la ideología como la antítesis del conocimiento científico, sino cómo uno de los elementos relevantes para poder explicar científicamente

material o substantiva implícita («determinan el área de soluciones justificables»). Esta característica es la que lleva a Shklar a hablar del «legalismo» como una ideología política, véase SHKLAR, J.; *Legalismo. Derecho, moral y juicios políticos*, Madrid, Clave Intelectual, 2021.

¹⁷ Ross, A.; *On Law...*, *op. cit.*, p. 179. En la sección XXX del Capítulo IV existen algunas diferencias relevantes entre la edición original en danés de 1953 (utilizada en la nueva traducción al inglés de 2019) y la edición inglesa de 1958 reflejada en la traducción en castellano de 1963, por lo que he utilizado ambas al redactar esta parte del trabajo, véase Ross, A.; *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963 (Traducción de Genaro Carrió).

¹⁸ «Es un interesante problema psicosocial en sí mismo determinar por qué se quiere ocultar lo que realmente ocurre en el ejercicio de la autoridad jurídica. No es el momento de abordarlo. Debemos limitarnos a señalar que... parece ser un fenómeno universal. Probablemente no exista ninguna razón para considerar esta ficcionalización como un inconveniente, sea que el propio juez crea o no que la farsa argumentativa expresa lo que realmente motivó su decisión.» Ross, A.; *On Law...*, *op. cit.*, p. 179. Nino, por el contrario, considera que mantener oculta la actividad valorativa de los jueces es perjudicial porque impide el control público sobre sus decisiones, véase NINO, C. S.; *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 299.

te el derecho. No cree que el objetivo epistémico de una ciencia jurídica (o filosofía jurídica, pues reconoce que los límites entre ambas dependen de intereses y preferencias subjetivas de los investigadores), sea la de desvelar la realidad tal cual es a los ojos de los actores sociales. Ni siquiera cree que sea perjudicial que los actores sociales cuyo comportamiento aspira a comprender científicamente se auto engañen respecto a sus propios motivos para actuar como actúan.

Si nuestro objetivo es recuperar el espacio de la *crítica ideológica* en la teoría del derecho positivista deberíamos incorporar algunos de los rasgos de la concepción de Marx sobre la ideología –una de las más influyentes¹⁹– pero sin reproducir los defectos de las posiciones marxistas posteriores²⁰. El paso del tiempo y los cambios políticos de finales del siglo XX nos permiten volver a Marx sin tener que asumir ninguno de los dogmas marxistas asociados (con mayor o menor rigor) a sus ideas ni tener que legitimar ninguno de los regímenes políticos contruidos en su nombre. El objetivo es dar sentido a ese espacio de «crítica ideológica», sin asumir los presupuestos de la llamada «crítica de la ideología» –tarea asumida por las teorías críticas en general y en algunas de sus propuestas específicas para los estudios jurídicos–²¹. La exclusión en este estudio de los trabajos producidos desde las corrientes de *Teoría Crítica del Derecho* no se debe entender como un rechazo general a los aportes de ese tipo de enfoques para el estudio del derecho²². La «crítica de la ideología» de orientación marxista presupone un acceso epistemológico privilegiado desde el que se puede acceder a la realidad tal cual es y desde el que es posible llevar a cabo el cuestionamiento de la ideología como un conocimiento falso, encubridor y legitimador de la posición de las clases dominantes. Este tipo de enfoques dieron lugar a trabajos dogmáticos y estereotipados sobre el tema, lo que condujo al abandono del propio concepto de ideología en el espacio identificado con las teorías críticas, tal como se puede apreciar en la ausencia del término en los trabajos de Bourdieu o de Foucault. El ejemplo más palmario del agotamiento al que condujo el marxismo dogmático en su afán por monopolizar el espacio de la «crítica de la ideología» lo encontramos en la obra de Ernesto Laclau, que pasó de un uso central del concepto de ideología en *Política e ideología en la teoría marxista: capitalismo, fascismo, populismo* (1978) a abandonarlo completamente en su obra más influyente –escrita junto a Chantal Mouffe– *Hegemonía y estrategia socialista* (1987). El espacio de la «crítica ideológica» es más amplio que el de la «crítica de la ideología».

¹⁹ MARX, K., y ENGELS, F.; *La ideología alemana*, Madrid, Akal, 2017.

²⁰ KOLAKOWSKI, L.; *Las principales corrientes del marxismo*, Madrid, Alianza, 1980-83, véanse en especial los volúmenes II y III.

²¹ Sobre los problemas de las llamadas «teorías críticas», véase GEUSS, R.; *The Idea of a Critical Theory. Habermas and the Frankfurt School*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

²² Véase MARÍ, E. (ed.); *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

Son varios los rasgos que Marx atribuye a la ideología y que se deberían preservar en una concepción capaz de superar algunas de las deficiencias detectadas. Primero, la relevancia de las circunstancias sociales e históricas en la conformación de las creencias (políticas y de otro tipo). Segundo, la importancia que tienen las ideologías en la conformación del mundo material no como meros elementos retóricos o meras superestructuras. Tercero, el reconocimiento de las funciones políticas cruciales que cumplen las ideologías, como las de ordenar el mundo social, legitimar o deslegitimar sus prácticas y guiar a los actores sociales en sus decisiones. El ejercicio del poder en una sociedad requiere la mediación de las ideologías²³. Cuarto, el método de aproximación que propone Marx es de gran importancia aún para aquellos que no se consideran marxistas, y se puede resumir diciendo que lo visible no siempre es lo que importa. Para comprender las ideologías debemos aceptar que contienen niveles de significación que se encuentran ocultas para sus propios seguidores y, en ocasiones, también para quienes las producen. El estudio de las ideologías consiste en gran medida en una labor de decodificar, identificar estructuras, contextos y motivos que no son directamente observables a partir de la apariencia que presentan las conductas de los actores sociales u otros fenómenos de relevancia política –como los actos argumentativos con los que justifican sus decisiones deliberativas–. En palabras del propio Marx: «Ellos no lo saben, pero lo hacen».

Existen algunos atributos del enfoque de Marx que se deberían evitar, en parte porque resultan problemáticos en sí mismos, y en parte para hacer compatible sus aportes con la concepción de la ideología que hemos identificado en la propuesta de Ross. El primero es suponer que es posible adoptar una posición en el campo social totalmente libre de ideología desde la que llevar a cabo la identificación de los fenómenos ideológicos a partir del grado de desviación (falsedad, engaño, ilusión) que presentan respecto a ese punto de acceso privilegiado al conocimiento de la realidad social. El segundo rasgo a evitar es adoptar una concepción exclusivamente peyorativa, que aluda a creencias falsas, distorsionadas, enmascaradoras de la realidad, ofusadoras del buen juicio del actor social o que adolezcan de otros deméritos epistémicos similares. Por último, hay que evitar el funcionalismo (definir la ideología según la función social que cumple respecto a los intereses de ciertos individuos o grupos sociales), y el holismo metodológico (entender las ideologías como

²³ «El poder político o poder del Estado es aquel que es ejercido mediante la técnica del derecho, o, en otras palabras, mediante el aparato del Estado, que es un aparato para el ejercicio de la fuerza. Pero la función de este aparato está condicionada... por factores ideológicos, a saber, la conciencia jurídica formal... Todo poder político es competencia jurídica. No existe un poder «desnudo», independiente del derecho y de su fundamento.» Ross, A.; *Sobre el derecho...*, op. cit., p. 57.

redes de creencias sociales irreductibles a las creencias adquiridas y sostenidas por individuos en una sociedad). La adopción del individualismo metodológico para explicar el concepto de ideología es importante no solo porque es lo que permite la conexión entre las ideas de Ross en el campo del derecho y algunas de las tesis que se pueden atribuir a Marx desde lecturas no dogmáticas, sino porque permitiría conectar la ideología con las teorías de psicología cognitiva que se ocupan de analizar el impacto de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales²⁴.

Para estas cualidades la «ideología» debería aludir únicamente a estados mentales de individuos particulares: cierto conjunto de creencias individualmente sostenidas –de forma consciente o inconsciente– por los individuos de una sociedad o de un grupo social. Son entidades mentales que (i) existen, (ii) existen en la mente de individuos, (iii) los individuos son conscientes de su existencia –o pueden llegar a serlo luego de una labor de autorreflexión–, y (iv) cumplen cuatro restricciones respecto a su contenido proposicional: son descriptivas y valorativas, son relativas a la sociedad, son ampliamente compartidas con otros individuos y son determinantes para la acción del sujeto. Son entidades inobservables, su existencia solo puede ser constatada de forma indirecta, a partir de otros rasgos observables en el comportamiento del sujeto. Las creencias ideológicas están subdeterminadas por los actos observables de los actores sociales, no pueden ser simplemente inferidas a partir de ellos. Su importancia es innegable para explorar la relación entre el pensamiento social y la realidad social, porque estamos ante (1) entidades mentales que tienen por objeto la realidad social (o los hechos sociales), (2) el surgimiento o la permanencia de esas creencias puede ser causado o explicado a partir de ciertos hechos sociales, (3) son entidades mentales que son en sí mismas hechos sociales y que, como tales, pueden tener consecuencias en la estructura social: pueden causar su estabilidad –o contribuir a su inestabilidad– o causar cambios y transformaciones en la estructura social²⁵. Para Elster el cambio en la red social de creencias a las que llamamos «ideología» la producen los individuos con sus creencias individuales, por eso para estudiar su estructura se debería emplear el mismo principio metodológico que para analizar

²⁴ FERNÁNDEZ RODICIO, C. I.; «Sesgos cognitivos y decisión judicial», en BONORINO, P. y otros (eds.), *Justicia, Administración y Derecho. Nuevos retos del Derecho en el siglo XXI*, Pamplona, Thompson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 213-232; y GIMENO PRESA, M. C.; «Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del derecho», en BONORINO, P. y otros (eds.), *op. cit.*, pp. 233-262.

²⁵ Este rasgo es fundamental para la recuperación del uso del concepto de ideología que propone Piketty en su último libro, aunque puede que no sea compatible con el individualismo metodológico que intentamos preservar, véase PIKETTY, T.; *Capital e ideología*, Barcelona, Deusto, 2019.

su cambio: el individualismo metodológico²⁶. Pero las creencias ideológicas deben ser creencias ampliamente aceptadas por grupos de individuos. La biografía no es relevante para la ciencia social, por lo que aquello que una mente individual crea no resulta relevante para una explicación científico-social de la ideología. El estudio de la ideología debe explicar por qué muchos individuos situados de manera similar en una sociedad se avienen a aceptar las mismas creencias, o las producen de manera independiente unos de otros –en ocasiones sin ser conscientes de ello–.

IV. POSTPOSITIVISMO E IDEOLOGÍA

En la segunda mitad del siglo xx el concepto de «ideología» fue paulatinamente abandonado. No solo por los defensores de la «muerte de las ideologías», sino por pensadores agobiados por la carga emotiva y teórica acumulada después de años de predominio de marxismo dogmático. Salvo por algunos representantes de la llamada *Teoría Crítica del Derecho* que no sucumbieron a las corrientes posmodernas en boga, el concepto dejó de utilizarse en las corrientes dominantes de teoría del derecho –tanto iusnaturalistas como positivistas–. Si revisamos el índice analítico de *El concepto de Derecho* de Hart, *Justicia para erizos* de Dworkin, o *La moralidad del Derecho* de Fuller, veremos que no utilizan el término en ninguna ocasión²⁷. La crítica ideológica (o el uso del concepto de ideología para explicar el derecho –o aspectos salientes de la práctica jurídica–) fue eliminada junto con el uso teórico de la expresión.

¿Cuál es el costo de abandonar la crítica ideológica junto con el uso teórico del concepto de «ideología»? Tomaremos como caso de estudio la concepción postpositivista sobre la naturaleza del derecho propuesta por Manuel Atienza, en la que no se emplea el concepto de «ideología» en su formulación ni se asume la «crítica ideológica» como una de las tareas de la teoría jurídica. Sin embargo, con ella se aspira a potenciar el poder de transformación social del Derecho²⁸. Según Atienza los autores positivistas no abordan en

²⁶ ELSTER, J.; *Making Sense of Marx*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

²⁷ Finnis en *Derecho natural y derecho naturales* lo usa en tres ocasiones, de forma meramente incidental, para referirse a (i) ciertas creencias sociales infundadas («ideological myth»), (ii) al afirmar que Dworkin –en *Los derechos en serio*– sostiene que «la teoría jurídica es una rama de la teoría moral o política, o ideología», y (iii) cuando señala que uno de los problemas que trae aparejados utilizar la etiqueta «teoría de derecho natural» es que ese tipo de teoría se presenta a sí misma como filosofía moral o política correcta y no como «una ideología o teoría históricamente condicionada en busca de nombre». FINNIS, J.; *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, OUP, 2011, pp. 15-16, 344, 347. Las traducciones me pertenecen.

²⁸ ATIENZA, M.; *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.

sus teorías las funciones sociales del derecho y, por ello, proponen un modelo de filosofía del derecho en el que la cuestión de su incidencia en las transformaciones sociales queda al margen. Solo utiliza el término ideología en una ocasión de manera marginal, en una sección denominada «fragmentos», para referirse a la «ideología de la separación» puesta de manifiesto en los esfuerzos de Kelsen por separar las normas de los hechos y las normas jurídicas de las normas morales –la primera basada en razones metodológicas y la segunda en su escepticismo moral–. La «ideología de la separación» (o «ideología aislacionista») sostiene un modelo de ciencia jurídica o de filosofía del derecho que se desentiende de la función transformadora del Derecho²⁹. ¿Por qué la llama «ideología»? ¿En qué sentido utiliza el término? No hay forma de saberlo, al menos leyendo el libro, aunque se percibe cierta intención peyorativa en el uso de la expresión.

¿Qué es el «postpositivismo» para Atienza y qué respuesta puede dar al problema de la relación entre el Derecho y la transformación social? La respuesta a la primera pregunta podemos encontrarla en los siguientes fragmentos, en los que presenta su propuesta e identifica su antítesis teórica:

La tesis principal es que el derecho no consiste exclusivamente en un conjunto de normas, sino que debe verse, sobre todo, como una práctica social guiada por fines y valores³⁰.

Al igual que tampoco (menos aún) debiéramos ser positivistas normativistas, sobre todo, a la manera de Kelsen ... Me parece que el derecho (o mejor, la idea regulativa del derecho) podría definirse... como el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad que satisfacen los derechos humanos fundamentales basados en la dignidad humana, aseguradas esas condiciones mediante la coacción externa por un poder público ejercido de acuerdo con los requerimientos del Estado de Derecho³¹.

La filosofía del derecho «postpositivista» es una herramienta apta para promover la transformación social en la medida en que asume como propio el problema de justificar –asumiendo para ello el objetivismo moral– los fines y valores que guían al derecho, sin negar –como hacen las teorías de derecho natural tradicionales– su carácter

²⁹ «De manera que la pregunta por el papel transformador del Derecho no puede ni siquiera (desde el punto de vista de su teoría) plantearse; y si se planteara (pero entonces ya no estaríamos en el marco de la teoría pura) no podría contestarse racionalmente; mejor dicho, podría quizás señalarse qué modificaciones habría que introducir en el sistema jurídico si se desea producir ciertos efectos sociales, pero esos efectos, esos fines, no podrían propiamente justificarse». ATIENZA, M.: *op. cit.*, p. 281.

³⁰ ATIENZA, M.; *ibidem*, p. 13.

³¹ ATIENZA, M.; *ibidem*, pp. 45-46.

artificial, social e histórico. La forma de superar esta aparente contradicción (introducir la moral objetiva en la definición de derecho y defender al mismo tiempo su naturaleza relativa a ciertas formas sociales históricamente situadas) es justificar la objetividad de algunos de los valores y fines intrínsecos a la práctica jurídica contemporánea (liberal y democrática). La filosofía del derecho debe comenzar justificando la manera en la que ciertas posiciones morales históricas y contingentes pueden ser objetivadas (o «naturalizadas»), para poder ofrecer una explicación adecuada de los «Derechos del Estado Constitucional» y una guía para la toma de decisiones jurídicas racionales (en sentido procedimental y sustantivo) adecuadas para promover el proceso de transformación social en nuestras sociedades (occidentales, liberales y democráticas). El concepto de «ideología» no es necesario para explicar la práctica jurídica ni para comprender la forma en la que se pueden justificar sus fines y valores intrínsecos ni para dar sentido a la idea misma de «transformación social» sobre la que gira todo su proyecto filosófico³².

Nos parece importante explorar no solo lo que «saben» quienes defienden teóricamente este tipo de posiciones postpositivistas, sino también lo que «hacen» en la práctica jurídica. Observar los procesos de transformación social que generan o impulsan quienes asumen esa concepción sobre el derecho. Para evitar las distorsiones que las distintas variantes de ese saber pudieran generar en un caso particular analizaremos un intercambio argumentativo en el que el propio Atienza defiende la respuesta postpositivista a un problema surgido en la práctica jurídica española. El mismo año en que se publicó su libro una cuestión que acaparaba la atención de los medios de comunicación era si los padres que hubieran recurrido a la gestación por sustitución en países donde estuviera legalizada tenían derecho a inscribirlos como sus hijos biológicos en España. Las decisiones de los Registros Públicos y de los tribunales no eran uniformes: algunas permitían la inscripción y otras la denegaban. El debate con el profesor de Derecho Constitucional Octavio Salazar se desarrolló en las páginas de uno de los periódicos de tirada nacional de más impacto³³. Nos centraremos solo en los argumen-

³² Los «rasgos de nuestro tiempo» de los que daría cuenta el postpositivismo (a diferencia de la pobre y superada forma de positivismo jurídico, superadora en su momento del derecho natural) son la preeminencia de los derechos, el constitucionalismo jurídico como forma de institucionalizarlos, el giro argumentativo en la metodología jurídica para determinar su alcance y el proceso de globalización que los ha universalizado. ATIENZA, M.; *ibidem*, p. 10.

³³ El intercambio comenzó con un artículo de Atienza en la sección de opinión el día 4 de mayo de 2017, titulado «La gestación por sustitución», duramente cuestionado por Salazar en un artículo del día 20 de mayo de 2017 titulado «Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran». Atienza respondió a esas críticas en la sección de opinión el día 21 de junio de 2017 con un breve escrito titulado «Dos falacias sobre la gestación por sustitución». Véase www.elpais.es.

tos con los que Atienza defendió sus dos primeras tesis y en la manera en la que replicó a las críticas de Salazar³⁴. La argumentación es la siguiente:

Primer argumento:

P1: El artículo 10 de la Ley de Reproducción Humana Asistida (LRHA) establece que un contrato de gestación por sustitución (GxS) es «nulo de pleno derecho».

P2: Que el contrato de GxS sea «nulo de pleno derecho» no quiere decir que ese tipo de convención esté «prohibida», sino que la misma no produce el efecto de que el (o los) comitente(s) sea(n) considerado(s) por el Derecho como padre(s) del bebé así gestado.

P3: Una cosa es realizar un comportamiento prohibido y, por tanto, ilícito, y otra incumplir con alguno de los requisitos de validez de un contrato, incumplimiento que no necesariamente implica realizar una acción prohibida, ilícita.

P4: La LRHA no prohíbe expresamente esa conducta, ni establece tampoco ninguna sanción al respecto en los artículos que fijan el régimen de infracciones y sanciones.

[C-I]: La GxS no está prohibida en el Derecho Español.

Argumento central:

P1 [C-I]: La GxS no está prohibida en el Derecho español.

P2: Si la GxS no se trata de una conducta prohibida, entonces tampoco cabe esgrimir que la institución de la GxS atenta contra los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico para negar la inscripción en el registro español a niños nacidos (en el extranjero) mediante ese tipo de práctica.

[C-Tácita]: No se puede esgrimir que la institución de la GxS atenta contra los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico para negar la inscripción en el registro español a niños nacidos (en el extranjero) mediante este tipo de prácticas.

El primer argumento constituye un entimema (o argumento incompleto), hay un salto entre lo que se afirma en las premisas y en la conclusión. En las premisas se alude exclusivamente a lo que establece una ley (en sentido técnico) y en la conclusión se atribuye la solución jurídica al conjunto del «Derecho español». El argumento se apoya en el supuesto de que solo las normas jurídicas positivas son relevantes para determinar la solución que el «derecho» brinda en un caso particular –no se consideran relevantes ni los valores, ni los principios morales objetivos ni se hace mención a la finalidad perseguida por el legislador al sancionar ciertas normas—. ¿Dónde están los fines y valores que –de acuerdo a

³⁴ Para un análisis completo del intercambio argumentativo véase Bonorino, P.; «Sesgos ideológicos en debates jurídicos», en BONORINO, P. y otros (eds.), *op. cit.*, pp. 263-284.

la concepción postpositivista– deberían guiar (junto a las normas positivas) la práctica social a la que denomina «Derecho español»? Su segunda tesis se refiere al alcance a dar al principio de dignidad en esta cuestión, y la justifica de la siguiente manera:

P1: El significado de la dignidad humana es el establecido por Kant en la segunda formulación del imperativo categórico: «Obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio».

P2: El adverbio «solamente» en dicha formulación marca una diferencia crucial.

P3: Para sostener que la GxS es, en sí misma considerada, contraria a la dignidad no basta con señalar que esa práctica supone tratar instrumentalmente a un ser humano (¿qué contrato de trabajo no supone eso?), sino que habría que probar que implica «necesariamente» tratar a la mujer gestante «solamente» como un medio.

P4: Casi nadie (incluyendo a muchas feministas) ha probado que la gestación por sustitución implica «necesariamente» tratar a la mujer gestante «solamente» como un medio.

[C]: La GxS no es en sí misma contraria a la dignidad de la mujer gestante.

Atienza desplaza la discusión sobre los valores y principios relevantes a una pregunta conceptualmente diferente, de naturaleza moral, en la que los argumentos que esgrime no son jurídicos sino de ética normativa y la conclusión que defiende se limita a ese plano. Al separar –como dos problemas independientes– la cuestión jurídica de la cuestión moral respecto a la gestación por sustitución, los argumentos sobre la posible violación del principio de dignidad no son relevantes para fijar el contenido del ordenamiento jurídico español. Atienza mantiene la argumentación en torno al alcance y aplicación del principio de dignidad exclusivamente en el plano moral, dejando a un lado su incorporación jurisprudencial y constitucional en la práctica jurídica española. Su saber postpositivista torna enigmático su hacer argumentativo, porque uno de los pilares de la teoría del derecho que defiende en su libro es precisamente el principio (moral objetivo) de dignidad. La concepción sobre el concepto de «derecho» que permitiría comprender de manera consistente tanto las premisas tácitas en algunos de sus argumentos como la manera en la que planifica su argumentación es de naturaleza positivista y normativista: el derecho consiste exclusivamente en un conjunto de normas jurídicas positivas, claramente diferenciadas de las normas o principios morales. No encontramos en el texto argumentos para justificar el alcance constitucional en la práctica jurídica española del principio de dignidad, sino una argumentación que se inscribe claramente en el plano de la ética normativa (con la que defiende una interpretación polémica de la ética kantiana). La estructura general de su argumentación presupone la llamada «ideología de la

separación» –uno de los rasgos por los que el positivismo jurídico debía ser abandonado según el propio Atienza–.

Salazar no es un argumentador riguroso, se mueve de manera confusa de un plano a otro y mezcla permanente sus reflexiones sobre la serie de televisión y la novela *El cuento de la criada*, su cuestionamiento a la práctica de la gestación por subrogación y la refutación de la argumentación de Atienza. Sus críticas son de dos tipos: cuestionamientos a algunas de las premisas de los dos argumentos principales y una impugnación general a toda la argumentación. A pesar de que Atienza en su réplica solo responde a estos últimos, los más interesantes son los primeros³⁵. Salazar afirma que si se tienen en cuenta los principios consagrados en las normas y tratados internacionales en materia mercantil que «excluyen al cuerpo humano del comercio de los hombres» no se puede sostener que los contratos de gestación por sustitución no se encuentran prohibidos en el Derecho español. Respecto al segundo de los argumentos de Atienza, afirma que el Tribunal Constitucional Español interpreta la máxima kantiana en el sentido de «que la garantía de la dignidad de la persona implica el valor absoluto de sí misma como sujeto, la negación de su instrumentalización y la exigencia de las condiciones necesarias para que el libre desarrollo de su personalidad sea una realidad». Si se asume que el principio de dignidad es un principio constitucional, la manera en la que los órganos jurisdiccionales lo han interpretado en la práctica jurídica española es más relevante para fijar su alcance en un caso particular que la exégesis literal de los textos de un filósofo moral. En ambos casos Salazar insiste en que, si se conectan las cuestiones morales con las cuestiones jurídicas –en consonancia con la posición que asumen los movimientos feministas en los que abiertamente milita–, los argumentos de Atienza resultan insostenibles. La institución de la gestación por sustitución atenta contra los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico español.

De las dos falacias que Atienza le atribuye en su réplica final, la segunda es la de reducir artificialmente una cuestión compleja a una pregunta que se puede responder por sí o por no³⁶. La falacia consistiría en fundir dos preguntas en una (formular una pregunta compleja es precisamente eso, presentar como si fuera una sola pregunta lo que en realidad son dos cuestiones lógicamente independientes): es condenable moralmente la práctica de la gestación por sustitución y está jurídicamente prohibida son dos cuestiones que solo «artificialmente» podrían fusionarse. Si tenemos en cuenta el contenido y estructura de su argumentación, y la manera en la que responde a las críticas, se puede percibir que Atienza argumenta asumiendo una concepción positivista del derecho,

³⁵ La argumentación completa de Salazar (y la réplica de Atienza) están reconstruidas en: BONORINO, P.; «Sesgos...», *op. cit.*, pp. 263-284.

³⁶ La primera es un ataque al hombre circunstancial: Salazar descalifica los argumentos sobre la gestación por sustitución porque los formula un hombre, blanco y heterosexual –en este caso Atienza.

no postpositivista como defiende en su libro. Su «ideología jurídica» no coincide con su «teoría jurídica», lo que muestra que nos encontramos ante dos niveles de creencias que –aunque conectadas o con fronteras difusas– influyen de manera independiente en las decisiones que toman los sujetos en la práctica jurídica. Incluso actores sociales conscientes de los presupuestos conceptuales que moviliza cualquier acto de argumentación jurídica pueden no percibir la influencia que ejerce la ideología en su toma de decisiones. No todas las decisiones jurídicamente relevantes se producen en el ámbito judicial, también se debe decidir cómo argumentar y en defensa de qué afirmaciones, cómo planificar una argumentación o cómo refutar a un adversario.

En una sociedad postideológica, como la que suponen las teorías del derecho postpositivistas, los sujetos se encuentran a merced de la ideología de una forma más acuciante que en las sociedades supuestamente ideologizadas de principios del siglo xx. En ellas existía la preocupación teórica y práctica sobre la manera en la que la ideología era capaz de influir en la producción académica (Kelsen) y en las decisiones jurídicas (Ross). Si recordamos la frase de Marx para aludir a la ideología: «Ellos no lo saben, pero lo hacen», Atienza sería un claro ejemplo de actor social que, cuando cree estar alejado de la ideología, se vuelve más ciego a su influencia. La ideología jurídica tradicional (formal o institucional en términos de Ross) lo guía de la forma ideológicamente más pura: presentándose como la forma «natural» de tomar posición frente a un problema de relevancia social dentro de la práctica jurídica. Examinando sus actos argumentativos (lo que hace en lugar de lo que sabe) podemos percibir la fuerza de la ideología en la toma de decisiones en la práctica jurídica. Un rasgo silenciado por el saber teórico sobre el derecho que promociona y reproduce.

Las concepciones postpositivistas se presentan como teorías que describen de manera más adecuada la realidad jurídica y, en particular, la labor de interpretación y argumentación jurídica, porque dan cuenta de ciertos rasgos propios de los sistemas jurídicos de posguerra, como la incorporación a través de los textos constitucionales de ciertos principios de moralidad objetivos. Pero en el fondo solo han incorporado –o redefinido– ciertas técnicas argumentativas o interpretativas que cumplen la misma función ideológica de los métodos jurídicos tradicionales: presentar al decisor como un sujeto motivado exclusivamente por su conocimiento del derecho y por su deseo de obedecerlo, negando toda relevancia a sus valoraciones, deseos, intereses, emociones, y demás elementos motivacionales de naturaleza subjetiva y social. Atienza defiende una posición postpositivista en el plano del saber, pero argumenta (posiblemente por su rechazo valorativo y subjetivo a las posiciones feministas sobre la cuestión) desde técnicas ancladas en el positivismo jurídico tradicional cuando quiere acomodar la conclusión a su conciencia jurídica material sin someter sus criterios axiológicos a una auténtica confrontación. Pero opta por otras cuando el material normativo no le permite acomodar la conclu-

sión a sus valoraciones subjetivas –como se puede apreciar en muchas de las polémicas en las que ha participado³⁷–. Pero no se puede afirmar que actúa de esta manera de forma consciente o deliberada, he ahí la razón por la que resulta relevante emplear el concepto de «ideología» para explicar sus actividades.

V. CONCLUSIONES

La principal conclusión que se deriva del análisis realizado es que deberíamos recuperar el uso explicativo del concepto de ideología y con él la tarea de crítica ideológica en la teoría del derecho. Nadie puede actuar en la práctica política si no es desde una ideología que le de las coordenadas para entender la realidad social y lo guíe en la toma de decisiones. La práctica jurídica es una parte fundamental y constitutiva de las prácticas políticas tal como las conocemos, nadie puede actuar en ella si no es desde una ideología jurídica. Pero no debemos identificar esa ideología con la propia teoría jurídica o la filosofía del derecho, su naturaleza y funciones exigen un análisis y estudio particular (así como las relaciones que mantiene con otros saberes o discursos), porque la ideología se manifiesta como un hacer con el saber o un hacer desde el saber, entendido no como un cuerpo de creencias consciente y plenamente articulado. Si pensamos en la frase de Marx –«Ellos no lo saben, pero lo hacen»– sin hacer hincapié en el «saber ilusorio» como clave para entender la ideología, sino en lo que los sujetos «hacen espontáneamente» cuando viven la realidad social, podremos reformular el concepto de «ideología» para integrarlo de manera relevante en nuestras teorías sobre la naturaleza del derecho. Nuestro estudio ha mostrado que las teorías que invisibilizan el papel de la ideología en la práctica jurídica no solo ofrecen una explicación inadecuada de las funciones sociales y políticas del derecho, sino que no se podría promover con ellas ningún proceso de transformación social –ya que ni siquiera son capaces de transformar la práctica argumentativa de los actores sociales que las asumen como ciertas–.

³⁷ Véase, por ejemplo, la discusión con J. A. García Amado sobre el caso Baltasar Garzón en la que defiende su posición adoptando los métodos ponderativos defendidos desde concepciones postpositivistas del derecho. El objetivo ideológico es el mismo: atribuir el contenido de la decisión (argumentativa) al propio ordenamiento jurídico (entendido ahora como una práctica guiada por valores y principios morales objetivos) y defenderla por un interés desinteresado en su cumplimiento efectivo, véase ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J. A.; *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2016.

Deber de motivación de las sentencias
judiciales en el estado constitucional:
dimensiones y problemáticas

*The duty to justify court
rulings in the constitutional state:
dimensions and problems*

Por J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

RESUMEN

El texto analiza y sistematiza de un modo completo la doctrina que sustenta el deber de motivación de las sentencias judiciales en el Estado constitucional. Este deber se encuentra anclado al Estado de Derecho y a sus principios, valores y derechos recogidos por la Constitución, al sistema «político» de la Democracia y al sistema «jurídico» del Estado constitucional. Abordo las peculiaridades de la motivación judicial en cada una de estas dimensiones (Estado de Derecho y Constitución, sistema político y sistema jurídico), y en el ámbito del sistema jurídico, me detengo especialmente en la problemática más habitual de la motivación judicial en relación a los principios de la decisión judicial (parte fáctica y parte normativa) en el ámbito de desarrollo de la praxis jurídica. Finalmente, abordo las principales patologías de la motivación judicial que surgen en la actividad profesional de los jueces, juezas y tribunales de justicia.

Palabras clave: motivación judicial, Estado de Derecho, Constitución, sistema político (Democracia), sistema jurídico, premisas fácticas, premisas normativas, patologías de la motivación judicial.

ABSTRACT

The text analyzes and systematizes the fundamental doctrine of duty to justify the judicial sentences in the constitutional State. This duty rests on the rule of law and its principles, values and rights included in the Constitution, on the «political» system (Democracy) and on the «legal» system of the constitutional State. The peculiarities of judicial justification are examined in each of these dimensions (rule of law and Constitution, political system and legal system). In relation to the legal system, I focus on the main problems of judicial justification about the principles of judicial decision (factual part and normative part) in the development of legal practice. Finally, I examine the main pathologies of judicial justification in the professional activity of judges and courts of justice.

Keywords: Justification of judicial decision, rule of law, Constitution, political system (Democracy), legal system, factual premises, normative premises, pathologies of judicial justification.

SUMARIO: PLANTEAMIENTO. – 1. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO: TEORÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DE LOS DERECHOS. – 2. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y SISTEMA POLÍTICO (DEMOCRACIA). – 3. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y SISTEMA JURÍDICO. 3.1 *Los problemas vinculados a la motivación de los hechos en la sentencia.* 3.2 *Los problemas vinculados a la motivación de las normas invocadas en la sentencia.* 3.3 *Crítica de las resoluciones judiciales: sobre las patologías en la fundamentación de las sentencias.* – 4. CONCLUSIONES.

SUMMARY: APPROACH. – 1. DUTY TO JUSTIFY THE JUDGE'S SENTENCE AND THE PRINCIPLES OF RULE OF LAW: THEORY OF LAW AND THEORY OF RIGHTS. – 2. DUTY TO JUSTIFY THE JUDGE'S SENTENCE AND POLITICAL SYSTEM (DEMOCRACY). – 3. DUTY TO JUSTIFY THE JUDGE'S SENTENCE AND LEGAL SYSTEM. 3.1 *Problems on the justification of facts in judge's sentence.* 3.2 *Problems on the justification of norms in judge's sentence.* 3.3 *Review of judicial resolutions: On the pathologies in the justification of judge's sentence.* – 4. CONCLUSIONS.

PLANTEAMIENTO

Como ha puesto de manifiesto N. MacCormick, la argumentación jurídica cumple una función de justificación racional en el Estado de Derecho. Partiendo de la idea de que el Derecho tiene una naturaleza fundamentalmente «argumentable» y que no es radicalmente indeter-

minado, el razonamiento judicial contribuye tanto a determinar el Derecho a la hora de su aplicación como –en su consideración de retórica– a fortalecer el ideal del Estado de Derecho¹. Con este texto busco concretar y determinar el alcance de estas dos funciones en todas las dimensiones del Estado constitucional: la institucional del Estado de Derecho, la política de la Democracia y la jurídica del ordenamiento constitucional. A partir del artículo 24.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), que establece que «toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», una amplia y consolidada doctrina ha estimado que en el enunciado de este derecho se incluye el derecho a obtener una resolución judicial «motivada» y de «acuerdo a Derecho» vigente como elementos necesarios para que pueda darse la tutela judicial efectiva. Así lo establece, por ejemplo, la STC núm. 192/2003, según la cual el derecho fundamental del artículo 24.1 CE «exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho». De modo, que el derecho a obtener una sentencia motivada constituye de por sí un derecho fundamental que forma parte del contenido del artículo 24.1 CE. En el mismo sentido, el artículo 120.3 CE también determina que «las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública».

Ahora bien, la motivación de la sentencia que se ha aludido no es solo un derecho y un deber normativos, sino que responde a raíces doctrinales muy profundas, ancladas en el Estado de Derecho y en sus principios, valores y derechos reconocidos por la Constitución, en el sistema político de la Democracia y en el sistema jurídico del Estado constitucional. Aunque, como nos dice M. Atienza, «la obligación de justificar las decisiones no es consustancial con la existencia del Derecho»², porque, efectivamente, justificar las decisiones no forma parte de los elementos que definen ni al concepto de Derecho ni a sus consecuencias. Pero, esta afirmación lo que nos quiere trasladar es la idea de que, a pesar de que no es una exigencia del Derecho en sí, sin embargo, sí lo es del Derecho del Estado de Derecho. La relación entre motivación judicial y Estado de Derecho nos la confirma el profesor Atienza cuando afirma que «en el Derecho podemos, pues, distinguir entre las decisiones encaminadas a resolver problemas prácticos y las razones en las que se apoyan esas decisiones», por lo que aunque «el Derecho no

¹ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998; MACCORMICK, N., *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Hay traducción española: MACCORMICK, N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*, traducción de José Ángel Gascón Salvador, prólogo de Manuel Atienza, Palestra Editores, Lima, 2017.

² ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación*, UNAM, Ciudad de México, 2016, p. 255. Asimismo, ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012.

es... solo argumentación, ... la práctica [jurídica] consiste [sin embargo] en razonar, en justificar esas decisiones, [y] tiene [en este sentido] una especial relevancia, en especial en el derecho del Estado constitucional»³.

De hecho, desde el punto de vista histórico-jurídico de los Estados de Derecho, el deber de motivación que tienen los jueces es una exigencia constante que se hace a la actividad judicial y, a este respecto, dicha exigencia forma parte de cómo concebimos el ejercicio de esta actividad. El origen o la procedencia de dicha exigencia tal como la entendemos hoy no es algo arbitrario o caprichoso o a voluntad del intérprete que elabora la sentencia, sino que, como se ha mencionado, tiene claros referentes doctrinales en la *rule of law*, en la política y en el Derecho. Y, sin duda, el deber de motivación judicial tiene que ver directamente con la argumentación en el Derecho, que MacCormick entiende que es parte integrante de la argumentación práctica en general⁴.

En este texto exploraré el deber de motivación judicial en cada uno de estos ámbitos:

1. El deber de motivación judicial en relación a los principios del «Estado de Derecho».
2. El deber de motivación judicial en relación al «sistema político» (Democracia).
3. El deber de motivación judicial en relación al «sistema jurídico» en particular.

Examinaré qué particularidades presenta esta exigencia de las sentencias judiciales en cada una de estas dimensiones y cuál es la problemática más habitual que es susceptible de presentar.

³ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 254. Asimismo, ATIENZA, F. y FERRAJOLI, L., *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, UNAM, Ciudad de México, 2016. Y también, FERRAJOLI, L., MORESO, J. J. y ATIENZA, M., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Fontamara, Ciudad de México, 2013.

⁴ Para N. MacCormick, la teoría de la argumentación jurídica forma parte de una teoría general de la argumentación práctica. Entiende que se trata de una teoría integradora de la argumentación jurídica; así, como la consideración que lleva a cabo de los casos difíciles según los problemas de relevancia, interpretación, calificación y prueba; la justificación de primer nivel considerada requisito de la universalidad; y la justificación de segundo nivel como consistencia, coherencia; además de los argumentos consecuencialistas. Véase, MACCORMICK, N., «Argumentación e interpretación en el Derecho», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, pp. 65-78. MACCORMICK, N., «Derecho, el imperio de la ley y democracia», en AA. VV., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995; y MACCORMICK, N., «La argumentación y la interpretación en el Derecho», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, Instituto Vasco de Administración Pública, Donostia-San Sebastián, 1993.

1. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO: TEORÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DE LOS DERECHOS

El deber de motivar las sentencias viene a constituir un principio general del ordenamiento del Estado constitucional⁵. Y en relación a los principios del Estado de Derecho, la justificación de las resoluciones judiciales se muestra como una exigencia de:

A) ... como una exigencia del principio de legalidad

El deber de motivar que tienen los jueces aparece como una exigencia de los «principios que identifican al Estado de Derecho», concretamente, de uno de los principios que lo singularizan: el «principio de legalidad», el imperio de la ley, en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos al Ordenamiento jurídico, y como vértice del mismo, a la Constitución, tal como establece en nuestro Derecho el artículo 9.3 de la Carta Magna: «Los ciudadanos, y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Esta exigencia que desde el principio de legalidad se hace a los jueces no es sino la traslación a este colectivo profesional (poder del Estado) del deber más general que este mismo principio requiere a todos los poderes públicos, del que es parte el poder judicial: el «sometimiento al Derecho» de todos los poderes del Estado como expresión del *rule of law*⁶. El deber de motivación de los jueces en relación al principio de legalidad se traduce para con la actividad judicial en dos principios particulares relacionados con ésta, tal como son el «sometimiento de los jueces al Derecho» en exclusiva y la «independencia judicial» resultante, pues que los jueces se sometan únicamente al Derecho excluye que se sometan a nadie más y, por tanto, da lugar a su independencia de cualquier otro poder.

En este sentido, no es concebible la actividad judicial fuera de los parámetros aludidos. Y, en verdad, «la obligación de obediencia [de sometimiento] al Derecho ha servido siempre para caracterizar la actuación judicial y para describir su función»⁷. En todo caso, la obligación de los jueces de someterse al Derecho es expresión del principio de legalidad y el imperio de la ley, que es la espina dorsal del

⁵ Véase IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La Motivación de las Sentencias, Imperativo Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; e IGARTUA SALAVERRÍA, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra Editores, 2017.

⁶ LAPORTA, F., *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta, 2007; LAPORTA, F., «Sobre la independencia del juez», en *Claves de Razón Práctica*, núm. 265, 2019, pp. 102-115; y asimismo, LAPORTA, F., «Imperio de la Ley y Constitucionalismo: un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 0, 2008, pp. 46-55.

⁷ DE ASÍS, R., *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 82-83 y p. 87.

Estado de Derecho. Y precisamente, la motivación de las decisiones judiciales forma parte del «contenido» de esa obligación que tienen los jueces de ejercer su función dentro del Derecho vigente, acatándolo y aplicándolo. La motivación no deja de ser también un instrumento en el que evaluar si se da o no ese sometimiento. La exigencia que impone a los jueces el imperio de la ley y el principio de legalidad, en relación a la motivación judicial va a consistir en «la indagación de las razones que los jueces utilizan o deberían utilizar a la hora de justificar sus decisiones» desde diferentes planos como el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación⁸.

B) ... como una exigencia de valores constitucionales:

El deber de motivación judicial es también una exigencia de «valores constitucionales». Aludo en este sentido a uno de los principales valores jurídicos que recoge la Carta Magna: «el valor de la seguridad jurídica», que garantiza el artículo 9.3 CE en relación al «principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Sin duda, que los jueces, actúen y ejerzan sus funciones sometidos al Derecho y, por consiguiente, a ningún poder más, proporciona seguridad a la ciudadanía de que aplicarán imparcialmente el Derecho vigente que corresponda al caso en cuestión, y no decidirán de modo arbitrario.

La seguridad jurídica consiste en el establecimiento de un ámbito de certeza en relación al Derecho, de saber a qué atenerse, tanto en las relaciones entre los ciudadanos y el poder, a fin de defendernos de sus excesos, como en las relaciones entre los ciudadanos y el Ordenamiento jurídico, a fin de conocer de antemano lo permitido y lo prohibido, evitar la arbitrariedad y que cada individuo tenga la posibilidad de adecuar su comportamiento a lo establecido por la ley⁹, sorteando la sanción que conllevan los supuestos de incumplimiento. La finalidad de la seguridad jurídica es, por tanto, la de crear un clima de confianza en el tráfico jurídico y en la relación de los destinatarios del Derecho con el sistema jurídico y el poder.

⁸ Esta indagación, que puede ser realizada desde diferentes planos a raíz de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, posibilita diferenciar entre «la motivación como actividad», en la que se han «destacar las razones realmente utilizadas por el juez y que, en principio, sirven para justificar su decisión»; y «la motivación como producto», en donde «se trata de señalar las razones que el juez ha manifestado o debería manifestar en la justificación de su decisión», véase DE ASÍS. R., *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 15 y ss. Habitualmente, la motivación judicial se traduce en esta segunda proyección.

⁹ PECES-BARBA, G., *Lecciones sobre derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2005.

Ahora bien, la seguridad jurídica es un valor jurídico «procedimental» que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia y realización de los «demás» valores jurídicos y derechos que de aquéllos se derivan. Y para esto, el valor de la seguridad jurídica, que es consecuencia del principio de legalidad, también genera derechos fundamentales propios. Siendo el más importante: el derecho a la tutela judicial efectiva, a su vez fuente de otros «derechos fundamentales procesales». Sea el caso del derecho a las garantías procesales (presunción de inocencia; proceso debido; juez predeterminado por la ley; el derecho a la prueba, etc.) o los relacionados con principio generales del Derecho (tales como la irretroactividad de la ley, el respeto a los derechos adquiridos, etc.).

La importancia de la seguridad jurídica en un sistema jurídico contemporáneo es tal que hoy viene a ser recogida como un valor superior en sí mismo, con contenido propio autónomo, a pesar del carácter instrumental en relación a otros valores y derechos que hemos mencionado. A este respecto, G. Peces-Barba ha definido a los valores superiores como «el contenido y la razón de fondo, la expresión de la legitimidad del sistema político y de la justicia del ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto son cauce para la afirmación de la dignidad humana, y en ese sentido, de ellos se extraen las razones éticas para la obediencia al Derecho»¹⁰.

Y, sin duda, la relevancia de los valores superiores es que su fin último es la consecución de la dignidad humana. En palabras de Elías Díaz, «si el derecho es, como mínimo, un conjunto de normas e instituciones encaminadas a hacer posible la convivencia pacífica, si la política tiene que ver con cómo debemos vivir en común, y si la ética debe orientarnos a vivir decentemente, afirmar la unidad de la filosofía práctica no es, en definitiva, más que traducir en palabras académicas la constatación de que para vivir con dignidad tenemos que poder coexistir y convivir como debemos en justicia, y que los conflictos de nuestra coexistencia no se resuelven sin vivir y convivir conforme a los valores de libertad, igualdad y seguridad»¹¹. Así, por medio de los valores, «se trata de convertir en «legalidad» (normas, Constitución) el sistema de valores (constitucionales) que caracteriza a la “legitimidad” democrática»¹². En el Estado constitucional, «los valores, los principios y los derechos marcan líneas de conducta desde la Constitución, que condicionan, orientan y limitan los comportamientos de los legisladores, de los jueces y de todos los demás operadores jurídicos, en la producción de otras normas o de otras resoluciones, y en los comportamientos como ciudadanos», como

¹⁰ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 44-45.

¹¹ DÍAZ, E. y COLOMER, J. L., *Estado, justicia, derechos*, Alianza, 2002.

¹² DÍAZ, E. «Estado de Derecho y legitimidad democrática», en DÍAZ, E. y COLOMER, J. L., *Estado, justicia, derechos*, *Op. Op. cit.*, p. 75.

«consecuencia de la condición de norma suprema o norma de normas, que no tiene por encima ninguna otra norma»¹³.

Pues bien, el valor de la seguridad jurídica en el ámbito judicial, en virtud del contenido que muestra y la relevancia que adquiere en el Ordenamiento jurídico, se presenta como una instancia de exigencia a los jueces de que resuelvan los conflictos que les llegan a sede judicial y que lo hagan: en primer lugar, «de acuerdo a Derecho vigente», acatando y aplicando la ley y la Constitución como ley de leyes, y en segundo lugar, que resuelvan y apliquen la ley vigente «de modo motivado», explicando y dando cuenta del contenido de sus resoluciones a la sociedad civil y a los demás poderes del Estado en general, y a las partes del proceso en particular, a fin de contribuir a crear el clima de confianza en el Derecho que es objetivo precisamente del valor de la seguridad jurídica. Por consiguiente, no parece haber ninguna duda de que el deber de motivación judicial conforma un contenido significativo de este valor superior. O, dicho con otras palabras, que los jueces den razones de sus decisiones, contribuye a satisfacer la seguridad en el Derecho. Y que no lo hagan, la vulnera.

C) ... como una exigencia de derechos fundamentales:

En tercer lugar, además de constituir una manifestación y acatamiento del principio de legalidad y el imperio de la ley y del valor de la seguridad jurídica, en el Estado constitucional la motivación de las decisiones judiciales es, además, una exigencia de «derechos fundamentales.» Como hemos aludido, el valor de la seguridad jurídica, consecuencia del principio de legalidad, también genera derechos propios: un conjunto de derechos arropados bajo el paraguas de derechos fundamentales con gran incidencia en la vida de las personas. Me refiero al derecho fundamental «a la tutela judicial efectiva» y en particular el derecho al «debido proceso», que se configuran en este sentido como parte del contenido de la exigencia de motivación judicial. En consonancia con esto, la motivación de los fallos judiciales es un elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, al derecho de defensa y un instrumento (un «antídoto») eficaz contra la arbitrariedad. En este sentido, como afirma MacCormick, el Estado de Derecho no debe interpretarse como un ideal aislado, y de hecho la justificación racional de la acción del Estado lo que trata de evitar es que se presente como tiranía, y lo hace a través de uno de sus componentes dinámicos como es la naturaleza «argumentable» del Derecho, consistente en el derecho de defensa de cualquier parte en una disputa jurídica «a cuestionar y refutar la argumentación presentada contra ella», pues «No hay seguridad contra un Estado arbitrario sin que tales cuestionamientos

¹³ PECES-BARBA, G., *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 48.

sean libremente permitidos y sujetos a aplicación por órganos del Estado separados y distintos de aquellos órganos que acusan»¹⁴.

Por supuesto, la relación entre derechos fundamentales y valores superiores significa que el catálogo de los derechos fundamentales no surge del mero albedrío del legislador, que la lista de derechos en la Constitución no es una lista arbitraria, porque «todo Estado pretende satisfacer siempre unos valores que se juzgan dignos de protección, y... en el Estado de Derecho esos valores adoptan la forma jurídica de derechos fundamentales, razón por la cual éstos ofrecen la definición ideológica del Estado; de manera que su sometimiento al Derecho no representa la simple juridicidad del poder, sino la juridicidad en un determinado sentido, es decir, con la finalidad de realizar una cierta axiología»¹⁵.

En este sentido, el valor de la seguridad jurídica genera un elenco de derechos fundamentales propios que pueden agruparse bajo la denominación –a la que anteriormente hemos aludido– de derechos fundamentales procesales, cuyo núcleo principal es el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Lógicamente, los derechos fundamentales procesales tienen como objetivo primordial garantizar, en última instancia, la seguridad jurídica que debe existir en todo Ordenamiento jurídico moderno. Téngase en cuenta que sin este valor constitucional no podría alcanzarse la plena efectividad de los derechos. Tal como se ha dicho, nos referimos a la seguridad jurídica como «una cualidad objetiva del Derecho, un imperativo basado en razones que incluyen su propia racionalidad y coherencia interna como sistema, la eficacia en el control social, etc., y que confluyen en el logro de un orden jurídico que se estructura y funciona correctamente»¹⁶. Estamos ante un valor «formal» de carácter «procedimental», que se proyecta sobre el sistema jurídico en su conjunto para dar certeza y seguridad al individuo de que no se va a producir arbitrariedad alguna en la administración de justicia. Hablamos, en este punto, de la justicia procedimental y no sustancial, de modo que, en realidad, todos los derechos fundamentales procesales que aparecen recogidos en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva responden al valor de la seguridad jurídica¹⁷.

¹⁴ MACCORMICK, N., *Retórica y Estado de Derecho*, op. cit., en *Isegoría*, núm. 21, pp. 5-21; asimismo, MACCORMICK.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L. F., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Un estudio sobre el concepto, modos de producción normativa y ejercicio de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español)*, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 81.

¹⁶ PÉREZ-LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia», *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 15, 2000, pp. 25-38; PÉREZ-LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991. ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 71.

¹⁷ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Prólogo de J. Albero del Real Alcalá, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 53 y ss.

Como bien dice Díez-Picazo, «en el caso del artículo 24 CE, los derechos fundamentales que en el mismo se consagran son derechos fundamentales de naturaleza «procesal» o «jurisdiccional», es decir, derechos fundamentales que despliegan su eficacia frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional»¹⁸. Y aquí es conveniente mencionar a Ferrajoli cuando habla del papel de los derechos fundamentales como «leyes de los más débiles», en el sentido de que «todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia»¹⁹. Ello supone que los derechos fundamentales procesales, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva y todos los derechos que de ahí se deducen y en cuyo contenido hay que situar la exigencia de motivación judicial, conformarían leyes que garantizan la libertad o autonomía de cualquier persona frente a la arbitrariedad o abuso del más fuerte, incluido el poder político²⁰.

Respecto al contenido preciso de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, se pueden distinguir los derechos fundamentales procesales en función del momento en que se ejercitan, que puede ser antes del proceso (derecho de libertad de acceso al proceso) o una vez iniciado el mismo (derecho a un proceso con todas las garantías formales; derecho a un proceso con todas las garantías materiales; y derecho a un proceso justo). A este respecto, cuando hablamos del derecho al «debido proceso» debe precisarse que nos encontramos ante un derecho subjetivo de las partes que surge tras el ejercicio previo del derecho de libertad de acceso al proceso, y que, posteriormente, origina el derecho a que ese proceso, desde un punto de vista técnico, se desarrolle con todas las garantías legales y, desde un punto de vista material, sea un proceso justo, en el sentido de que se aplique al mismo el Derecho procesal de forma garantista, o sea, interpretando y aplicando las normas procesales conforme a la Constitución, lo que significa el respeto a los valores superiores en todo momento, razón por la cual el proceso está concebido para que finalice con una resolución justa²¹.

Igualmente, en relación al «juez», una vez iniciado por las partes el «debido proceso», éstas tienen derecho a que el mismo sea dirigido por un juez en su calidad de representante del poder estatal y que ha de ser un juez que haya sido predeterminado por la ley, además de independiente e imparcial. Y respecto a la «controversia jurídica» que plantean las partes en el proceso, mencionar que ésta se constituye en la materia u objeto sobre la que recae el «debido proceso» y que es decidida por un juez independiente e imparcial como se ha

¹⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Comentario al Artículo 24: Garantías procesales», en ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1996, t. III, p. 24.

¹⁹ FERRAJOLI, L., «Sobre los derechos fundamentales», en CARBONELL, M., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trotta, Madrid, 2007, p. 75.

²⁰ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, op. cit., pp. 197 y ss.

²¹ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, op. cit., pp. 197 y ss.

dicho. Siendo el punto de partida el hecho de que las partes en un proceso tienen un derecho a la presunción de inocencia que podrá ser desvirtuado mediante el ejercicio de su derecho a la prueba. Y si observamos la «decisión judicial» con la que ha de finalizar necesariamente el «debido proceso», el juez debe resolver en todo caso la controversia jurídica y las partes no solo tienen derecho a acceder libremente a un proceso, que este sea dirigido por un juez, independiente e imparcial, y conforme a todas las garantías legales, sino que también tienen derecho a obtener una decisión judicial justa, motivada y de acuerdo a Derecho vigente, por tanto, que aquella se despliegue dentro de los parámetros de la seguridad jurídica. E igualmente, tienen derecho a que esa decisión sea invariable y a que sea cumplida en todos sus términos²².

La doctrina del Tribunal Constitucional español ha ratificado muy claramente que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye en su contenido la exigencia de que las resoluciones judiciales han de estar motivadas. Esto se traduce en que han de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que justifican la decisión en cuestión y, además, que estén fundados en Derecho, lo que es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. El requisito de la motivación, que alcanza tanto a los «Fundamentos de Hecho» como a los «Fundamentos de Derecho» implica que las resoluciones judiciales «en su texto han de exteriorizar las razones (los «motivos») que justifiquen o expliquen el signo de la decisión adoptada por los tribunales, si favorable o adversa a un litigante o al otro»²³. En relación a lo cual, la doctrina constitucional refiere de modo reiterado la idea de que la decisión judicial ha de ser «razonable», lo que se traduce en que contenga una argumentación lógica y coherente²⁴.

No obstante, juegan aquí ciertos límites, derivados del hecho de que, como todos los derechos, el derecho a la tutela judicial efectiva tampoco es un derecho absoluto. Límites, que se manifiestan en que «el deber de motivación no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, «no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial», sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (es

²² UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, op. cit., pp. 222, 229 y ss.

²³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 80.

²⁴ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, op. cit., pp. 252 y ss.

decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho»²⁵.

De este modo, en la doctrina constitucional se estima que una resolución judicial no está fundada en Derecho o no está suficientemente motivada en los siguientes casos: a) ante la carencia absoluta de motivación; b) cuando el razonamiento es arbitrario, irrazonable o incurre en error manifiesto; c) cuando se incumplen las exigencias de motivación reforzadas impuestas en determinados casos; y d) si el Juez no ha tenido en cuenta la ordenación constitucional y legal de los controles normativos. Si se diera cualquiera de estos supuestos en el contenido de una resolución judicial faltaría el elemento jurídico que integra el derecho fundamental a una decisión judicial motivada y de acuerdo a Derecho²⁶.

2. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y SISTEMA POLÍTICO (DEMOCRACIA)

También existe una estrecha relación ente la motivación de las sentencias judiciales y el sistema político que acompaña al Estado de Derecho: la Democracia constitucional. La relación entre motivación judicial y Democracia tiene que ver, por un lado, con que la sede de la soberanía no es el Estado sino que radica en el pueblo («soberanía popular») ²⁷, que es en nombre de quien se ejerce la potestad jurisdiccional por parte de jueces y magistrados cuando imparten justicia. Y por otro, en última instancia, con la legitimidad democrática del juez en la sociedad y en el Estado constitucional²⁸.

Como es conocido, los poderes del Estado y sus instituciones se expresan a través del Derecho, siendo las dos decisiones más importantes en el ámbito del Estado de Derecho decisiones revestidas de legalidad (ambas decisiones jurídicas) y (por consiguiente) sometidas al imperio de la ley. Me refiero a los mandatos del legislador y los mandatos de los jueces. Ambos, tienen como destinatarios a la ciudadanía (el pueblo soberano) y a los poderes públicos que se constituyen a par-

²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 81.

²⁶ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, pp. 255 y ss.

²⁷ Sobre la diferencia entre soberanía popular y soberanía estatal, véase ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, traducción y estudio preliminar de María José Villaverde, Altaya, Barcelona, 1993: Libro I, Capítulo VI, p. 14, Libro II, Capítulo VI, pp. 32 y 36 y Libro III, Capítulo XV, pp. 91-92. Y asimismo, SIEYÈS, E., «¿Qué es el Tercer Estado?», en ID., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, traducción, introducción y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 88 acerca de la soberanía popular equiparada a la nación como sociedad civil.

²⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 623 y ss.

tir del pueblo soberano. Y claro está, cuando los poderes del Estado, a través de sus decisiones, imponen conductas de hacer o no-hacer, ya sean mandatos generales (la legislación) o mandatos particulares (las resoluciones de los jueces), deben explicarlos y justificar las razones que sustentan establecerlas. Y aquí, dar cuenta –por parte de los jueces– de sus decisiones a la sociedad civil y a los demás poderes del Estado, es una conducta propia y típica de un poder democrático. Y no darla, denota autoritarismo, al menos de conducta.

A partir del artículo 9.3 CE, que establece que todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, la separación y relaciones de equilibrio entre los poderes del Estado es un principio definidor del Estado democrático de Derecho, así como la independencia judicial lo es particularmente de los jueces y magistrados (Título II de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ: «De la independencia judicial»), que se gestionan como poder del Estado a través de un órgano de gobierno propio (Consejo General del Poder Judicial) con atribuciones específicas (artículos 558 y 560 LOPJ). En relación al control del poder judicial, los jueces y magistrados, que ejercen la potestad jurisdiccional se definen en su actividad profesional por las características identificadoras de que «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 a la Constitución y al imperio de la ley» (artículo 1 LOPJ).

Pues bien, la motivación judicial de las resoluciones judiciales es uno de los elementos que posibilitan llevar a cabo el «control público de los poderes públicos» por parte de la ciudadanía y de los otros poderes del Estado, a fin de garantizar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se acomode al contenido anteriormente mencionado. Y aquí, como bien ha indica Taruffo, «la obligación del juez de emitir una opinión razonada estableciendo las razones que puedan justificar su decisión, está comúnmente considerada como una condición esencial que caracteriza la concepción democrática del poder judicial en los Estados modernos»²⁹. Por ello no cabe duda que la importancia de la motivación se ve reforzada en un Estado que se dice democrático, dado que la Democracia se basa en la participación del pueblo en las decisiones de los poderes públicos. Y en este aspecto, hay que poner de manifiesto que «es un error pensar que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa solo a las partes directamente afectadas por ella: la sentencia es también un acto público, colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y, por tanto, ha de ser no solo interna, sino tam-

²⁹ TARUFFO, M., «La protección judicial de los derechos en un Estado constitucional», *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburu Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 36.

bién externamente controlado»³⁰. Y, de hecho, la falta de motivación absoluta y manifiesta de una resolución judicial (artículo 417.15 LOPJ) está considerada una falta disciplinaria muy grave³¹, pues, entre otras cuestiones, impide llevar a cabo el control público de dicha resolución. Que las resoluciones judiciales estén motivadas supone que ellas contienen los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, además, que están fundadas en Derecho, lo que es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad³².

En síntesis, el punto de partida de la motivación judicial en un ordenamiento jurídico moderno, en palabras de Taruffo, se corresponde con la adopción de una «concepción racional de la decisión». Y si además esta obligación de justificación de la decisión judicial se ha constitucionalizado, tal como ha tenido lugar en el ámbito del modelo de Estado de Derecho que representa el Estado constitucional, eso ha supuesto «una transformación de las funciones que se asignan a la motivación»³³, porque se ha traducido en añadir a la tradicional función «endoprocésal», que responde a que la sentencia debe facilitar su impugnación y abrir para ello el sistema de recursos como instrumento de garantía, la denominada función «extraprocésal» representada ahora por «la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal» y en el ambiente constitucional, y que se corresponde con una concepción democrática (y constitucional) del poder³⁴. Mientras que la función endoprocésal de la motivación judicial es sobre todo de carácter «formal», la función extraprocésal tiene carácter «material» y de garantía institucional-democrática en relación a los contenidos del Estado de Derecho, de la propia Democracia y de la Constitución (justicia constitucional). Pues bien, el Estado democrático de Derecho y el Estado constitucional como tal exigen de ambas funciones y en el sentido mencionado³⁵. Lo dicho viene a poner de manifiesto

³⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 192.

³¹ Artículo 417.15 LOPJ: «La absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme. Si la resolución inmotivada no fuese recurrible, será requisito para proceder la denuncia de quien fue parte en el procedimiento.»

³² UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, op. cit., pp. 282 y ss.

³³ TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Autor-Editor, 2009, p. 38.

³⁴ TARUFFO, M., ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y CANDAU PÉREZ, A., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, op. cit., p. 38.

³⁵ Desde el punto de vista discursivo, si nos planteáramos la cuestión de qué diferencia habría entre la motivación judicial que ha de llevarse a cabo en un Estado democrático de Derecho (inclusive el modelo de Estado constitucional) y en un Estado autoritario si ambos tipos de Estados cuentan con un principio de legalidad al que atenerse, la respuesta tiene que ver con que la motivación judicial de los

de manera significativa la relevancia que alcanza la relación entre motivación judicial y Democracia.

3. DEBER DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES Y SISTEMA JURÍDICO

Como hemos visto anteriormente, la justificación de las decisiones judiciales abarca a principios y valores del Estado de Derecho y del sistema político (democrático) que lo acompaña³⁶. Este deber está vinculado igualmente al sistema jurídico en relación a los principios de la decisión judicial: las premisas fácticas que configuran el caso judicial incluido en la sentencia y las premisas normativas de la misma. Hablamos –en el sentido aludido en el anterior epígrafe– de la tradicional función «endoprocésal» de la motivación judicial en relación a las partes del proceso y al sistema jurídico en el que dicho proceso se gestiona para obtener una resolución motivada que solvete el fondo del asunto y facilite su impugnación abriendo para ello el sistema de recursos como instrumento de garantía.

De esta afectación entre la motivación judicial y el sistema jurídico da cuenta el artículo 248.3 de la LOPJ, determinante de la estructura de la sentencia en el Derecho español, distinguiendo la «parte fáctica», la «parte normativa» y el «fallo judicial»: «Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los funda-

jueces en el Estado autoritario puede que incluso se acomode formalmente a un determinado principio de legalidad, pero el contenido material de aquella legalidad no se identificará con un contenido democrático, sino, por ejemplo, vulnerador de los derechos fundamentales y de los principios de participación política, correspondiéndose con una concepción autoritaria del poder que busca atar las decisiones judiciales a los criterios autoritarios de gobierno. Por el contrario, la motivación judicial en un Estado democrático de Derecho tiene carácter tanto «formal» como «material» en relación a los contenidos democráticos y de justicia constitucional reconocedores de las garantías e instrumentos de control público y de los derechos humanos fundamentales que son propios del constitucionalismo contemporáneo. Y en este supuesto, la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal en relación a la motivación de las decisiones judiciales se identificará con una concepción democrática y constitucional del poder ejercida en última instancia por la ciudadanía en relación al contenido mencionado. De este modo, esta garantía de control de las motivaciones de las decisiones judiciales va a asegurar que aquellas se corresponden con los criterios democráticos y los valores, principios y derechos que incluye la justicia constitucional. Por tanto, la diferencia se encontraría en el contenido material (democrático o autoritario) con el que se configura el principio de legalidad en cada tipo de Estado: una noción democrática o autoritaria del poder.

³⁶ GÓNZALEZ LAGIER, D., «Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho», en COMNADUCCI, P., AHUMADA, M. A. y GÓNZÁLEZ LAGIER, D., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 41-84.

mentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten». Y del mismo modo, aquella afectación también se configura en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Pues bien, el deber de motivación judicial plantea diferentes cuestiones problemáticas habituales si está contemplando en relación a los hechos de la sentencia o respecto a las normas invocadas en la misma para aplicar a aquellos hechos, tal como examino a continuación.

3.1 Los problemas vinculados a la motivación de los hechos en la sentencia

El «relato fáctico» que fija los hechos del caso en la sentencia tiene una gran relevancia en el resultado de la misma. Este relato de hechos y argumentos predetermina el resto de la decisión judicial, condicionando tanto las normas que han de traerse a colación para aplicarlas a los hechos fijados como caso, como a la resolución judicial que se infiere de aquellas premisas fácticas y de estas premisas normativas³⁷. Dada la importancia que adquiere el relato fáctico en la sentencia, parece bastante razonable que no deba ser reducido a un relato simple objetivo, meramente empírico, independientemente de un hilo conductor o de razones que lo expliquen y expongan secuencialmente cómo ha acontecido³⁸. Es por eso del todo admisible que el deber de fundamentación de la sentencia incluya que el relato fáctico de la misma (que configura el caso judicial) debe tener un «sentido» que se encuentre «argumentado» y justificado en la sentencia. En el texto de la decisión judicial debe estar «motivado» el por qué los hechos se han hilado (cosido) de una determinada manera y no de otra³⁹. Todo lo cual se traduce en poner los hechos bajo sospecha, a partir de cómo influye el razonamiento judicial en asumirlos en la sentencia de una determinado manera, así como en tener en cuenta la relevancia de los conceptos para la prueba de los hechos⁴⁰. Aquí, González Lagier asume una perspectiva argumentativa de la prueba de los hechos en base a tres puntos:

³⁷ GONZÁLEZ LAGIER, D., «Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003, pp. 17-26.

³⁸ GASCÓN, M., «La motivación de los hechos», pp. 169 y ss., en ID, *Los hechos en el Derecho*, op. cit.

³⁹ Véase FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, 2005.

⁴⁰ GONZÁLEZ LAGIER, D., *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, casualidad y acción*, Fontamara, Ciudad de México, 2013.

a) La estructura de la inferencia probatoria; b) qué razones cuentan como buenas razones para establecer el grado de corroboración de una hipótesis, y c) la posibilidad de formular un estándar de prueba objetivo y preciso. En todo caso, la exigencia de motivación en los hechos de la sentencia tiene la finalidad de que no se abra una brecha entre la verdad judicial y la verdad material del caso⁴¹.

Como bien señala Cortés Domínguez, «de la interpretación correcta, pues, del mandato constitucional se deduce que el órgano judicial tiene que motivar en su sentencia no solo el derecho sino también los hechos: el Juez tiene que relatar cual ha sido la razón por la que dicta una sentencia con un contenido determinado y para ello, no solo debe de afirmar la existencia de los hechos y del derecho, sino que tiene que razonar de forma lógica que camino ha utilizado o ha seguido para alcanzar la verdad de los hechos a los que posteriormente aplicará el derecho»⁴². Y de esto se sigue que dicha justificación debe ser completa, consistente, suficiente o adecuada y coherente. Así, una justificación es «completa» cuando cada afirmación relevante incluida en la decisión está expresa y adecuadamente justificada, es decir, es consistente siempre y cuando los argumentos utilizados en la decisión no se contradigan entre sí; es «suficiente» o «adecuada» en el caso de que cada una de las afirmaciones se encuentre bien fundamentada en argumentos justificativos; y, por último, es «coherente», cuando los argumentos que se utilicen encajan bien con la naturaleza de los aspectos decididos⁴³.

Sin embargo, la cultura jurídica europeo-continental (también la latinoamericana) no se ha caracterizado en mayor medida por resaltar esa importancia que han de adquirir los hechos en la interpretación jurídica, y esto aun cuando el peso de los hechos en la decisión del juez o tribunal, como se ha mencionado, es siempre muy significativo, determinante del fallo judicial. Advirtiéndose aquí una gran contradicción: peso contrastado de los hechos en la decisión del juzgador, pero escasa presencia de éstos en la motivación de tal decisión.

Una causa que explicaría en alguna medida la contradicción mencionada tiene que ver con el hecho de que nuestra cultura jurídica es tradicionalmente «normativista». Se centra sobre todo en la norma y en menor medida en lo demás, incluidos los hechos. Y esto tiene expresión en aspectos muy destacados del Derecho, tales como el modelo de juez. Dato, que sigue constituyendo en buena medida, hoy por hoy, una cuestión pendiente de la argumentación jurídica, así

⁴¹ GÓNZÁLEZ LAGIER, D., «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2020, pp. 79-97.

⁴² CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «La Constitución española y los principios rectores del proceso civil», en *Principios constitucionales en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 144.

⁴³ UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, op. cit., pp. 282 y ss.

como un campo abierto a la discrecionalidad judicial de más difícil control⁴⁴, e incluso una puerta a la sentencia arbitraria. Este «desinterés» por los hechos es reflejo de una mentalidad jurídica según la cual, como nos indica M. Gascón, «los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados». Criterio, que venía a constituir «el gran lema de una tradición epistemológica judicial que pretendía con confianza ‘mágica’ certezas absolutas al respecto»⁴⁵.

En la misma orientación, en palabras de R. L. Vigo, «una cultura jurídica —como la decimonónica— centrada en las normas y su conocimiento, no se preocupó de los hechos; pues el mundo empírico (y el derecho procesal) despertaba suficiente confianza a los fines de poder constatar la existencia de un hecho que luego se subsumía en el supuesto de la norma y se sentenciaban las consecuencias»⁴⁶. Igualmente, la despreocupación por motivar los hechos ha incidido —según este autor— en la concepción de la interpretación jurídica como la actividad destinada a «desentrañar el sentido de las normas», lo cual nos viene a mostrar «la ausencia de la problemática fáctica»⁴⁷ como tendencia tradicional aún presente en la motivación judicial.

A pesar de lo dicho, afortunadamente esta tendencia a la poca significación de los hechos en la fundamentación de la decisión del juzgador está cambiando, y aun cuando los parámetros jurídicos tradicionales se encuentran apegados al normativismo, encontramos en la actualidad una mayor concienciación sobre la importancia de que la justificación de la sentencia incluya también la motivación de los hechos fijados que conforman el caso judicial.

Hoy «se comprende [en mayor medida] que más que verdades absolutas» en relación a los hechos, lo aconsejable es el camino que viene dado por la hipótesis más probable, en el sentido, de más confirmada⁴⁸. Para paliar esta laguna sobre los hechos en la motivación judicial, la cultura jurídica debería abrirse a lo «no-jurídico»: que la cultura jurídica asuma «los recursos crecientes que le ofrecen las ciencias y técnicas no jurídicas al objeto de alcanzar el mejor conocimiento de los hechos» y a fin de que el juez no sea esclavo de los peritos, pues «un Poder Judicial de espaldas a la siquiatria, la genética, la ingeniería de accidentes, la matemática financiera, etc., pierde independencia y es presa sencilla de errores y engaños. No se trata de sustituir a los peritos, sino de estar en condiciones de saber adónde y en qué medida podemos ir a buscarlos y tener idoneidad suficiente como para apreciar la seriedad y confiabilidad elemental de sus conclusiones»; pues,

⁴⁴ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 274 y ss.

⁴⁵ GASCÓN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 6 y ss.

⁴⁶ VIGO, R. L., *De la Ley al Derecho*, Porrúa, Ciudad de México, 2003, p. 47.

⁴⁷ VIGO, R. L., *De la Ley al Derecho*, op. cit., p. 47 y ss.

⁴⁸ VIGO, R. L., *De la Ley al Derecho*, op. cit., pp. 47-48.

por el contrario, si se mantiene la «pureza kelseniana» centrando la motivación en las normas, dejando fuera de aquella fundamentación a los hechos, eso conlleva el riesgo de caer en «caricaturas o recortes de la realidad desaconsejables desde el punto de vista gnoseológico e intolerable desde la función judicial»⁴⁹.

A partir de la diferencia procesal entre «hechos alegados» por las partes, «hechos probados» en el proceso y «hechos fijados» en la sentencia (configuradores del caso judicial a juzgar), la valoración e interpretación de los hechos por el intérprete, su inclusión o exclusión de la sentencia, no es posible sin que aquél lleve a cabo un «juicio de hecho»⁵⁰. No se puede –por tanto– reducir la elaboración del relato fáctico de la sentencia (Fundamentos de Hecho) a una narración puramente fáctica, sin llevar a cabo este juicio a los hechos, que no son únicamente interpretados (subjektivamente) por las partes sino también por el juzgador. Sin lugar a dudas, el paso de los «hechos alegados» por las partes a «hechos probados» en el proceso y de aquí a «hechos fijados» definitivamente en la sentencia supone para el juzgador tomar decisiones que conllevan valoración o interpretación y, por consiguiente, subjetivismo en mayor o menor medida, pero subjetivismo.

Es importante tener en cuenta que la valoración e interpretación de los hechos que lleva a cabo el juzgador es siempre «bivalente», en el sentido de que los hechos alegados o son declarados hechos probados o no lo son (pero no pueden ser probados a medias, o en un %). En este sentido, los sistemas jurídicos establecen «que en los casos en los que una afirmación no pueda considerarse probada, los hechos cuya ocurrencia es dudosa» se consideran como no sucedidos, «no en el sentido de que se niegue que ocurrieron, sino en el sentido de que no se pueden válidamente utilizar como premisa [fáctica válida] la que afirma unos hechos no suficientemente constatados»⁵¹. Esto quiere decir que «en los supuestos en que alguna afirmación fáctica no haya quedado suficientemente constatada, el decisor debe actuar como si los hechos no hubieran ocurrido»⁵². Lo cual significa decidir sobre los hechos aplicando la «regla de la bivalencia». Siendo expresión de esta bivalencia, por ejemplo, el principio penal *in dubio pro reo*. Obligando todo lo anterior a diferenciar, sin más remedio, entre verdad «judicial»⁵³ y verdad «material»⁵⁴.

⁴⁹ VIGO, R. L., *De la Ley al Derecho*, op. cit., p. 48.

⁵⁰ DE ASÍS, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, op. cit., p. 99.

⁵¹ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, op. cit., p. 36.

⁵² MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, op. cit., p. 36.

⁵³ La «verdad judicial» emerge de la sentencia en relación a los hechos fijados en la misma (caso judicial), en el relato fáctico que aquella incluye, y que no necesariamente incorpora a todos los hechos sucedidos, pues legalmente no puede acoger a los hechos acontecidos que no han podido ser probados.

⁵⁴ La «verdad real» incluiría absolutamente todos los hechos sucedidos, independientemente si han sido probados o no en un proceso judicial.

Además de ser bivalente, la valoración (interpretación) de los hechos que lleva a cabo el decisor tiene lugar respecto a las pruebas practicadas (de los hechos que han sido objeto de prueba) y en relación al grado de veracidad que dichas pruebas proporcionan a estos hechos según el parecer del juzgador⁵⁵. Valoración o interpretación, que siempre debe formar parte (implícita o explícitamente) del relato fáctico que finalmente incorpora la sentencia. De este modo, si el relato fáctico no tiene motivación, si está falto de justificación, habitualmente se reduce a una mera descripción empírica de hechos sin más, pretendidamente descripción objetiva (falsamente objetiva) en un sentido absoluto, de hechos que el operador estima que hablan por sí solos y no necesitan ser argumentados. Por lo que, falta de motivación de los hechos de este tipo en la sentencia, que son más propias del modo tradicional de elaborar las decisiones judiciales, suelen reducir la sentencia a las premisas normativas de la misma. Si, por el contrario, la valoración o interpretación del juez o tribunal sobre los hechos está incluida en la sentencia, este supuesto se corresponde con un relato fáctico justificado, que tiene un hilo o argumento conductor del contenido del mismo, que incorpora la valoración de las pruebas practicadas y la veracidad que han producido en el juzgador. Se trata de una motivación de la sentencia que abarcará tanto a las premisas fácticas como a las premisas normativas. Se puede aquí afirmar que se corresponde con el modo más actual de elaborar las sentencias, más propio del Estado Constitucional.

Pues bien, a la hora de interpretar los hechos en la sentencia, de valorarlos, los problemas más habituales con los que puede encontrarse el juzgador son los siguientes:

Por una parte, los «problemas de prueba». Los problemas de prueba afectan a las premisas fácticas. En palabras de Martínez Zorrilla, estos problemas se centran a menudo «en la imposibilidad de establecer, más allá de toda duda razonable», esto es, «más allá del mínimo de certeza exigido por la ley», que «determinados hechos han acontecido (o que no han acontecido)». Y tienen que ver con «situaciones en las que existe desconocimiento o conocimiento incompleto de los hechos relevantes», o bien «situaciones en las que, a pesar de conocer los hechos del caso individual, éstos no pueden acreditarse jurídicamente por no alcanzar las mínimas condiciones legales»⁵⁶.

En estos supuestos, el juzgador ha de utilizar la regla de la bivalencia jurídica que hemos mencionado anteriormente a la hora de considerar qué hechos han quedado probados en el proceso (incluyéndolos en la sentencia) y cuáles no (excluyéndolos).

⁵⁵ Véase FERRER BELTRÁN, J., *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Marcial Pons, Barcelona, 2020.

⁵⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, *op. cit.*, p. 36.

Y, por otra parte, los «problemas de la calificación jurídica de los hechos»⁵⁷. Los problemas de la calificación jurídica de los hechos están relacionados con la subsunción de casos individuales. Y tienen que ver «con las dificultades que en algunas ocasiones se plantean en relación con la subsunción del caso individual en el supuesto de hecho de la premisa normativa, debido a problemas lingüísticos como la vaguedad o la textura abierta» del lenguaje jurídico-normativo. Conviene aclarar que no se trata «de un conocimiento defectuoso de los hechos», sino, que «a pesar de conocer perfectamente lo ocurrido empíricamente, existen dudas acerca de cómo» calificarlos⁵⁸.

3.2 Los problemas vinculados a la motivación de las normas invocadas en la sentencia

La elección de las normas que trae el juzgador a la sentencia a través de un determinado «relato normativo» (Fundamentos de Derecho) con el fin de aplicar sus consecuencias jurídicas al caso que se está juzgando, ha de incluir un hilo argumental que dote de sentido «al enunciado o conjunto de enunciados [normativos] elegidos», a la vez que justifica el porqué de su posible aplicación al caso en cuestión»⁵⁹. Mediante ese relato normativo, el intérprete «fija» esas normas aplicables que son jurídicamente relevantes para los hechos del caso, dejando de traer al mismo aquellas otras que no tienen ninguna incidencia en él.

Lógicamente, la selección de uno y otro material normativo determinará la respuesta jurídica del juzgador al caso que se juzga. Esto supone para el juzgador tener que llevar a cabo un «juicio de Derecho» en la sentencia, buscando en el Ordenamiento jurídico aquella o aquellas normas en las que puede subsumirse el caso individual. Este proceso de fijación del material normativo relevante para el caso en la sentencia exige sin más remedio de la «interpretación» de las normas que el juez o tribunal traen a colación a la misma. Sin esa interpretación es imposible fijar las normas invocadas en la decisión del juzgador. E igualmente, la interpretación de las normas invocadas va a exigir de su «justificación» (argumentación, motivación) en la sentencia.

En esta búsqueda que hace el decisor del «material normativo» que es jurídicamente relevante, la «subsunción» es la técnica que utiliza para contrastar qué normas trae a la sentencia para aplicar al caso y cuáles no. Sin embargo, desde la aparición del neoconstitucionalismo en nuestro tiempo contemporáneo y la vigencia del Estado Constitucional, que introduce a los principios como contenido del ordenamiento jurídi-

⁵⁷ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «Interpretación y calificación jurídica de hechos», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, núm. XII, 2019, pp. 3-31.

⁵⁸ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, op. cit., p. 37.

⁵⁹ DE ASÍS, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, op. cit., p. 103.

co, y declara a los preceptos constitucionales (en los que abundan los contenidos de principios) directamente aplicables sin necesidad de desarrollo legislativo ordinario, no hay más remedio que considerar junto a la «subsunción» también a la «ponderación» como técnica jurídica que posibilita aplicar una solución de principios como solución a un caso concreto⁶⁰. En palabras de J. J. Moreso, la ponderación como técnica para tomar decisiones no difiere esencialmente de la subsunción, pues la ponderación se reconduce en una etapa final a una subsunción bivalente tal como es la subsunción tradicional, con la diferencia de que las opciones bivalentes no están claras al inicio y ha de elaborarlas el juzgador, pero en el momento de aquél se encontrará con dos soluciones contrarias de carácter bivalente y habrá de optar por una de ella. Podíamos decir, en este sentido, que la ponderación vendría a corresponderse con una etapa previa a la subsunción⁶¹.

Así, pues, en la elaboración del relato normativo de la resolución judicial tiene un rol absolutamente relevante tanto la interpretación como la argumentación (justificación) jurídicas. Utilizando el juzgador los métodos o criterios de interpretación para asignar un significado concreto a las normas traídas a la sentencia en relación con los hechos del caso. Y determinando las normas cuyos supuestos de hecho interpreta en su significado que son coincidentes («relación de identidad») con dichos hechos, a fin de proceder, mediante la subsunción, a aplicar a estos hechos las consecuencias jurídicas de aquellas normas⁶². Una vez que el juzgador lleva a cabo la interpretación de la norma que va a regular el caso y, por consiguiente, una vez determinada la consecuencia jurídica que incluye la norma y que va a aplicar como solución del mismo, el juzgador ha de fundamentar en el relato normativo de la sentencia aquella selección normativa e interpretativa traída a la sentencia. Y esta tarea se lleva a cabo a través de los criterios de argumentación jurídica.

En este momento es relevante distinguir entre interpretación y argumentación. Mientras que la interpretación, a través de los métodos interpretativos elegidos por el operador, proporciona una solución al caso que se juzga (y no otra), los criterios de argumentación proporcionan la justificación a esa solución que nos ha facilitado previamen-

⁶⁰ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007. Véase ALEXY, R., «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica», trad. Carlos de Santiago, en GARZÓN VALDÉS, E. (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 43-57. Y ALEXY, R., «La justicia como corrección», *Doxa*, núm. 26, Alicante, 2003, pp. 161-173.

⁶¹ MORESO, J.J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 293 y ss.

⁶² La elección de uno u otro «método de interpretación» genera un significado particular a la norma, ya sea este significado fijado por criterios subjetivos (*voluntad legislatoris*) o por criterios objetivos (*voluntad legis*). Y a este respecto, la selección de uno u otro método de interpretación para asignar un significado a la norma dependerá de la «concepción de la interpretación» jurídica que asuma el juzgador.

te la interpretación. Por consiguiente, la motivación del relato normativo de la sentencia (Fundamentos de Derecho) ha de incluir: a) la «justificación» de por qué se traen a la sentencia unas «normas jurídicas» y no otras; b) la «justificación» de por qué se utilizan unos «métodos de interpretación» (y no otros) para obtener el significado de esas normas traídas para aplicar al caso sus consecuencias jurídicas; y c) la «justificación», a través unos u otros «criterios de argumentación», de «la solución que se aplica finalmente al caso» según los métodos de interpretación seleccionados por el operador.

Pues bien, a la hora de seleccionar aquel material normativo, de interpretarlo y de justificar el por qué se elige ese material y no otro, el por qué se lleva a cabo una determinada interpretación de dicho material y no otra, los problemas más habituales con los que puede encontrarse el juez o tribunal, en definitiva, cuando redacta el relato normativo de la sentencia, son los siguientes:

a) *Problemas de relevancia o de determinación de la norma aplicable:*

Según MacCormick, los problemas para determinar cuáles son las normas relevantes o aplicables a un caso se presentan cuando «el juzgador no puede determinar al menos con plenas garantías cuál es la norma o normas aplicables al caso, no por desconocimiento del derecho, sino por ciertos problemas imputables al propio sistema jurídico», y aquí se plantean una serie de cuestiones como las antinomias o contradicciones normativas, por la que varias normas regulan de manera distinta y contradictoria los mismos hechos; o las lagunas normativas que no ofrece solución alguna a un caso. En estas cuestiones, los problemas que se plantean son de gran calado y tienen como punto de partida las posiciones sobre la determinación e indeterminación del Derecho, que arrastran a las nociones de casos fáciles y casos difíciles y éstas a una u otra concepción sobre la tarea interpretativa del operador jurídico para determinar la norma aplicable. Está claro que una posición radical sobre la indeterminación del Derecho, o absolutamente escéptica acerca de la posibilidad de su determinación, dificultaría enormemente, e incluso haría imposible, la aplicación del Derecho al caso concreto excepto a través de la arbitrariedad⁶³. Para el autor escocés, mientras que en los casos fáciles los razonamientos de los tribunales son estrictamente deductivos, cuya justificación es interna o de primer nivel y se traduce en cumplir el requisito de la universalidad, en los casos difíciles son los argumentos consecuencialistas los decisivos para resolverlos, aunque no en el sentido concluyente de que para cada caso exista una única respuesta correcta⁶⁴.

⁶³ Véase ENDICOTT, T., *La vaguedad del Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2007.

⁶⁴ MACCORMICK, N., «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», trad. de M. Atienza y J. R. Manero, en BETEGON, J. y PARAMO, J. R. de (eds.), *Derecho*

No cabe duda que donde se presenta más batalla jurídica es en los casos difíciles (y no digamos en los casos trágicos), en los que a veces la determinación de la norma aplicable se arrastra hasta el máximo órgano jurisdiccional e incluso al Tribunal Constitucional. Aunque también es verdad que el operador jurídico entra habitualmente en la gestión de la cuestión de la determinación de la norma aplicable con las cuestiones anteriormente mencionadas más o menos resultas, pues de lo contrario ralentizaría enormemente la resolución judicial. Además de las anteriores cuestiones, también hay que contar en estas problemáticas con los criterios para la solución de antinomias, o la utilización de argumentos como *a sensu contrario*, *a fortiori*, analógico u otros utilizados para resolver lagunas, poniéndose de manifiesto en cualquier caso la importancia que alcanza la solidez de las razones que vayan a respaldar la selección de la premisa normativa elegida⁶⁵.

b) *Problemas de interpretación y argumentación en sentido estricto:*

Si los anteriores problemas tenían que ver con qué normas eran las adecuadas para traer a la sentencia, estos problemas ahora se refieren a las dudas que pueden surgir acerca de «cuál es la interpretación adecuada» de las normas seleccionadas como relevantes jurídicamente (el significado que ha de asignársele) en el caso, de «entre varias alternativas [interpretaciones] razonables y que dan lugar a consecuencias jurídicas diversas»⁶⁶. Partiendo de que la interpretación consiste en la asignación de un significado a las palabras de la norma o normas que son relevantes en la solución judicial de un caso, aquí juegan los métodos generales de interpretación jurídica (los «subjetivos» o de *voluntad legislatoris*, preponderantes en los sistemas jurídicos continenta-

y moral. *Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 9-22. Pues, mientras que los razonamientos de los tribunales en los casos fáciles son estrictamente deductivos, cuya justificación es interna (o de primer nivel), consistente en cumplir el requisito de la universalidad, en los casos difíciles (a causa de problemas de interpretación, de relevancia, de prueba o de calificación) en los que la justificación deductiva no es suficiente, la resolución judicial debe estar justificada internamente (esto es, cumplir con el requisito de la universalidad) y externamente, o sea, poseer asimismo una justificación de segundo nivel: que la decisión en cuestión «tenga sentido» en relación con el «sistema» jurídico de que se trate (lo que significa que cumpla con los requisitos de consistencia y coherencia normativas), pero asimismo que tenga sentido en relación con el «mundo»: lo que hace referencia a las consecuencias de las decisiones, que tengan sentido no solo hacia el pasado (ser coherente y consistente) sino también hacia el futuro (hacia las consecuencias que ocasiona: argumento consecuencialista). De modo, que para para MACCORMICK, la argumentación jurídica, dentro de los límites marcados por la universalidad, la coherencia y la consistencia, es una argumentación consecuencialista. Los argumentos consecuencialistas son, pues, los decisivos para resolver un caso difícil, aunque, sin embargo, no son concluyentes en el sentido de que no puede pretenderse que para cada caso exista una única respuesta correcta.

⁶⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, op. cit., pp. 34-35.

⁶⁶ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, op. cit., p. 35.

les, de tradición normativista; y los «objetivos» o de *voluntad legis*, preferentes en los sistemas jurídicos anglosajones) para obtener un resultado (solución) al problema de fondo planteado en el caso, cuya elección por el operador jurídico arrastra a la elección de unos u otros métodos ahora particulares de interpretación⁶⁷.

3.3 Crítica de las resoluciones judiciales: sobre las patologías en la motivación de las sentencias

En consonancia con lo visto a lo largo del texto, los defectos o patologías de la motivación de la sentencia pueden ser categorizados/as de diferentes modos y con distintas expresiones. Pero, en cualquier caso, comparten la característica de la falta (parcial o total) de los elementos esenciales en la motivación, o de la lógica del fallo judicial. Se trata de una motivación defectuosa o incorrecta en relación a las premisas fácticas y/o a las premisas normativas de la decisión judicial, e igualmente de una defectuosa lógica en relación al fallo de la resolución judicial. En la medida que existe falta de motivación o de lógica exigida por el Derecho, la sentencia se introduce en el campo de la arbitrariedad y es susceptible de recurso judicial.

Genaro R. Carrió ha enumerado algunas causas de falta de motivación o motivación defectuosa de la sentencia en relación a los «hechos», tales como cuando la sentencias: «prescinden de prueba decisiva», «invocan prueba inexistente» o «contradicen abiertamente otra instancia de los autos». En relación a las «premisas normativas»: cuando las sentencias «prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna», cuando «aplican preceptos derogados», o cuando «dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables». Y en relación al «fallo judicial»: cuando «omiten considerar y resolver ciertas cuestiones oportu-

⁶⁷ En mi opinión, cuando el operador puede elegir entre criterios subjetivos u objetivos de interpretación, para una correcta interpretación que no desborde arbitrariamente el marco de significado de la norma, es «recomendable» obtener el resultado del caso a través de los «criterios subjetivos» si ha transcurrido «escaso tiempo» desde la entrada en vigor de la norma a aplicar y el contexto de aplicación actual, en razón de que la sociedad del contexto de aplicación será aproximadamente similar a la que tuvo en cuenta el legislador al crearla. Y, por el contrario, es recomendable utilizar los «criterios objetivos», si ha transcurrido un «plazo de tiempo considerable» desde la entrada en vigor de la norma y el contexto de aplicación actual, cuando el contexto de aplicación de la misma (la sociedad a la que ahora se va a aplicar) es radicalmente diferente a la sociedad que consideró el legislador cuando creó aquella norma. Si los criterios de interpretación proporcionan una solución al caso, los criterios de argumentación jurídica posibilitan la justificación de aquel resultado al que se ha llegado previamente por el operador jurídico. Por tanto, de nuevo aquí es muy importante la solidez de las razones que apoyan la premisa normativa elegida para incluir en la sentencia, el significado obtenido de sus enunciados normativos a través de la elección por el operador jurídico de métodos interpretativos, justificado a través de los criterios argumentativos orientados a dar cuenta de aquel fin.

namente propuestas», cuando «resuelven cuestiones no planteadas», cuando «fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no sintieron limitados por el orden jurídico», cuando «son autocontradictorias» o «cuando pretenden dejar sin efecto decisiones definitivas firmes»⁶⁸.

A la hora de sistematizar una lista de patologías voy a seguir en mayor medida el «inventario» que sobre éstas ha elaborado M. Pasquau, para quien las sentencias «son textos escritos que requieren una disciplina formal cuya observancia puede afectar a su misma validez como sentencia», en razón de que «los defectos de la sentencia como texto afectan a la exigencia» legal de motivación⁶⁹.

Los defectos o patologías más habituales en la motivación de las sentencias son los siguientes:

a) *La imprecisión de las premisas fácticas por ocultación del juicio de hecho:*

La ocultación del juicio de hecho en la motivación judicial constituye una patología de la motivación de las sentencias. Lo habitual es que, «por lo general las partes no están de acuerdo sobre los hechos». Suele ocurrir que «el demandante en el proceso civil, o la acusación en el proceso penal, describen un relato integrado por un conjunto de hechos a los que atribuyen relevancia jurídica desde el punto de vista de sus pretensiones». Pero, claro está, «este relato es contestado por la parte demandada o acusada: algunos hechos se niegan, otros se matizan, otros se consideran irrelevantes, y se añaden otros hechos omitidos en la demanda o acusación». Las partes proponen medios de prueba para convencer al juez «de la verdad de su relato: el que han propuesto en sus alegaciones». A continuación, «el juez debe admitir la prueba que resulte útil para dirimir la controversia sobre los hechos, que ha de estar perfectamente identificada. Y una vez practicada la prueba, el juez debe inexcusablemente tomar partido y definir qué hechos considera probados, es decir, verdaderos, y cuáles no»⁷⁰.

Aunque lo anterior parece evidente, «sin embargo, es demasiado frecuente... el vicio de absorción de los hechos por el derecho». Se trata de un «vicio común, derivado de la pereza o de la torpeza, pero con graves consecuencias». Y «consiste en envolver el relato de hechos probados, identificadores del supuesto de hecho, en las consecuencias jurídicas expuestas para la decisión sobre el caso». Lo grave, es que

⁶⁸ CARRIÓ, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, *op. cit.*, pp. 297-298.

⁶⁹ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», en JÍMEZ LIÉBANA, D (coord.), *Estudios en Homenaje al Profesor José González García*, Aranzadi y Universidad de Jaén, Pamplona, 2012, p. 124.

⁷⁰ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 117.

«se lleva así a cabo un ocultamiento selectivo de los hechos que estorban a la coherencia de la resolución». Por lo que «la sentencia corre el riesgo de carecer de motivación para el caso concreto y, desde luego, deja de servir para la función propiamente jurisprudencial, en la medida que no resulta posible identificar la *ratio decidendi*», que consiste en «el diálogo entre las razones jurídicas y los hechos». No olvidemos que desde el punto de vista de lo que es correcto a la hora de elaborar una sentencia, el Derecho exige que se exprese por separado el juicio de hecho (el relato fáctico justificado) y el juicio de Derecho (el relato normativo justificado). Y «las partes tienen derecho a recibir una sentencia que cumpla estas condiciones»⁷¹.

b) *La falta de justificación en la valoración de las pruebas practicadas y, en consecuencia, la falta de justificación de los hechos probados:*

La falta de justificación en la valoración de la prueba y, en consecuencia, de los hechos probados, constituye otra patología de la fundamentación de las sentencias. Ante esta situación que tradicionalmente ha sido habitual, hay que decir que esta posición tradicional según la cual «el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas» viene a reflejar «la cultura de un juez autoritario y decisionista», que basa su actuación en el «mandar sin dar explicaciones», que trata de justificar «por un argumento de autoridad: porque proviene de la decisión de quien tiene competencia para ello»⁷².

Por supuesto, este tipo de afirmaciones y posiciones son contrarias al deber legal que tiene el juzgador de motivar los hechos. Así, el decisor «tiene la obligación de motivar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de la prueba, debiendo la motivación incidir en los distintos elementos fácticos y normativos del caso, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. Sin embargo, la inercia de no fundamentar los hechos probados se disimula en ocasiones con ciertas excusas». De modo que, aunque hoy ya no se mantienen de modo explícito las anteriores posiciones de falta de motivación de los hechos, sin embargo, «sí subsisten [estas] excusas que permiten esconder la motivación del juicio de hecho» y que ocultan la valoración de los hechos que hace el juzgador. Estas excusas se expresan con las siguientes expresiones en la sentencia: «la apreciación en conjunto de la prueba practicada...», «la credibilidad del testigo (o perito) al que se ha oído con inmedia-

⁷¹ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 118.

⁷² PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 118.

ción y contradicción...», y similares»⁷³. Estas excusas utilizadas para no motivar los hechos constituyen, sin duda, una falta o patología grave de la motivación judicial. Y en la medida que en la sentencia hay ausencia de motivación en relación a los hechos probados, dicha sentencia es susceptible de caer en la arbitrariedad a partir de las premisas fácticas.

c) *La imprecisión de las premisas normativas por pseudomotivación de los Fundamentos de Derecho:*

La pseudomotivación de las premisas normativas, su fundamentación imprecisa, es una patología a veces frecuente en la fundamentación de las sentencias. Pues, «motivar una sentencia no es rellenar dos o cinco fundamentos de derecho antes de escribir el fallo. Es exponer los términos del debate y persuadir de que la decisión adoptada es la más conforme con el ordenamiento jurídico». Como el juez ha de hacer explícitas esas razones, el juez «se juega su autoridad en cada argumento que ofrece, pues al quedar por escrito puede ser criticado con mejores argumentos». Razón, por la que, para el juez «el deber de motivar es de enorme complejidad que requiere de especiales habilidades que no se adquieren de pronto» sino con el tiempo. Para evitar los jueces estar tan expuestos, en la praxis, en buena medida, en opinión de este Magistrado, «lo que muchos jueces tendemos a desarrollar es un conjunto de estrategias defensivas cuya finalidad es suministrar motivaciones aparentes o formales, menos expuestas a la crítica racional al involucrarse en capas, formas, ritos, ruido de palabras o silencios calculados». Prueba de ello son «las tautologías, las premisas convertidas en conclusiones, la cuestión convertida en supuesto [de hecho], «el ‘es evidente que’ y el ‘huelga de todo comentario’, [que irritan] con razón... [al jurista]... que se ha esforzado en evitar la aplicación mecánica de los pseudoargumentos que ha procurado combatir»⁷⁴.

Son destacables tres expresiones típicas de la «pseudomotivación» de las sentencias, de la «motivación formal» (pero no real) y de la «motivación aparente». Aquí «cada cual podrá reconocer estos «modelos de argumentación» que no son sino obstáculos para la formación de una jurisprudencia limpia, clara, honesta y ‘expuesta’ a la crítica»⁷⁵.

Son los siguientes:

i) «El doctrinarismo»: «consiste en la transcripción de ‘cuerpos de doctrinas’ que se han ido formando sobre la base de determinados supuestos, pero que acaban desligándose de los mismos, solidificándose en un

⁷³ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 119.

⁷⁴ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 120.

⁷⁵ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 120.

texto que más parece propio de un manual que de una sentencia». O, dicho con otras palabras, «se trata de parrafadas jurisprudenciales que se repiten como estribillos y que suministran una motivación ‘de brocha gorda’, tales como ‘por todo lo que se ha dicho sobre esta norma’, ‘en virtud de lo expuesto y en aplicación del caso presente’», etc. El vicio en estos casos consiste que estamos ante «argumentos cuya naturaleza es decisoria... que se acaban convirtiendo en máximas o dogmas... con valor intrínseco cuasi-normativo», y que vienen a constituir de hecho una «técnica» que «hace difícil identificar la verdadera razón por la que se ha decidido de una manera y no de otra, porque no siempre está claro cuál de los matices de la doctrina transcrita es la determinante»⁷⁶.

ii) «El casuismo»: es otro modo de seudomotivación. Se da cuando el juez o tribunal «fija su atención exclusivamente en los hechos, desentendiéndose de las normas o de la posibilidad de extender la solución y sus razones a casos similares». En estas sentencias, «no hay aplicación de criterios precedentes», sino que realmente el juez o tribunal emite una «decisión en equidad, revestida después de vagas referencias jurídicas no generalizables». Posiblemente, este tipo de sentencias que contienen una decisión de equidad «acaso suministran una decisión justa», pero «que no logran apoyar la decisión en un criterio susceptible de ser formulados en términos generales»⁷⁷.

iii) «Peor» aún: el corta y pega: en este supuesto de pseudomotivación no se trata ahora «de que una sentencia repita un estribillo largo lleno de flecos que no afectan al caso». Es más grave, porque en estos supuestos el «cuerpo argumentativo fundamental es la transcripción de otra sentencia concreta anterior (a veces, incluso con los datos procesales propios de aquel asunto), a la que se remite, sin discriminar lo que en aquella sentencia precedente era un argumento generalizable, de lo que era propio y específico del procedimiento en el que recayó». Este supuesto es «la técnica del corta y pega», que tiene por causa «la pereza argumentativa [del juez] redoblada con la pereza tipográfica». Por supuesto, «la técnica del corta y pega no solo es empobrecedora, sino que sobre todo es arriesgada: el juez ‘desea’ que el precedente sea útil y se enoja si no todo cuadra, por lo que puede tender a prescindir de lo que no encaja»⁷⁸.

d) *La ausencia de argumentos convincentes:*

Otra patología de la motivación judicial es la ausencia de argumentos convincentes en la sentencia. Este defecto lo sufren las sentencias que tienen una abundancia de argumentos en la motivación pero que,

⁷⁶ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 121.

⁷⁷ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, pp. 121-122.

⁷⁸ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 122.

debido a aquella abundancia de argumentos abstractos y poco relacionados con el caso, producen el efecto contrario: generan confusión en la fundamentación de la decisión judicial. Esto ocurre cuando no se ha identificado con claridad cuál es el fondo del asunto, cuál es el pleito a resolver. Y es entonces cuando se «motiva por tanteo, yuxtaponiendo consideraciones circulares», ninguna de las cuales expresa «afirmaciones concretas, claras y comprensibles». En este sentido, «se trata de sentencias cuyo fallo es el resultado de varias aproximaciones, todas ellas falibles, inseguras, no terminantes, que recurre a la seguridad de afirmaciones incontrovertidas pero alejadas del problema concreto», e incluso presentándose el fallo judicial «como la lógica conclusión de un silogismo nunca formulado»⁷⁹.

e) *La decisión judicial que es extraña al proceso:*

La decisión judicial que es extraña al proceso viene a constituir otra patología de la motivación judicial. La sentencia que adolece de este defecto es una sentencia «dictada de espaldas al proceso y fuera de contexto de desacuerdos escenificados en el proceso en el que recae». Las sentencias son el resultado de un proceso y no debe sorprender a quien ha seguido el proceso. «Ello obliga a redactar las sentencias precisamente como resultado explícito de un proceso, es decir, de una controversia. Y la primera condición, entonces, habría de ser reflejar con fidelidad la controversia, sin desfigurarla, desvirtuarla o ignorarla para rebatirla con facilidad y que no ofrezca resistencia a la decisión que va a adoptarse»⁸⁰.

La sentencia, por tanto, debe ser previsible en relación al desarrollo del proceso, del cual es su punto final (provisional o definitivo). Sin embargo, «algunos jueces se empeñan en escapar de la sentencia ‘previsible’, [y] aunque den la razón a quien la tiene, la dan por razones propias y ajenas a los argumentos cruzados, a modo de sello personal que sitúa al juez en un plano superior a los abogados». En este sentido, «las razones [de la motivación de la sentencia] parecen caídas del cielo, y no surgidas del debate procesal». Por ejemplo, «que se estime una pretensión por razones diferentes a las invocadas es posible, por el principio *iura novit curia*; lo que sí habría de ser insoslayable es que la sentencia exponga con fidelidad la tesis contraria a la que finalmente se adopte. Sin caricaturizarla, sin simplificarla para rebajar la exigencia de la propia argumentación». Ante este tipo de sentencias, no debe olvidar el juez o tribunal que «el juez debe el fallo a quien tiene razón, y debe una explicación a quien no obtiene el fallo pretendido»⁸¹.

⁷⁹ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 120.

⁸⁰ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 119.

⁸¹ PASQUAU LIAÑO, M., «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», *op. cit.*, p. 120.

4. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este texto ha sido analizar y sistematizar del modo más completo posible la doctrina que sustenta el deber de motivación de las sentencias judiciales en el Estado constitucional. Este deber se encuentra anclado al «Estado de Derecho» y a sus principios, valores y derechos recogidos por la Constitución, al sistema «político» de la Democracia y al sistema «jurídico» del Estado constitucional. He abordado las peculiaridades de la motivación judicial en cada una de estas dimensiones (Estado de Derecho y Constitución, sistema político y sistema jurídico), aunque en donde me detengo en mayor medida es en el ámbito del sistema jurídico y de la problemática más habitual de la motivación judicial respecto a los principios de la decisión judicial (parte fáctica y parte normativa de la sentencia). Eso sí, lo hago en un sentido general que me impide entrar en cada cuestión concreta por razones de extensión del texto. Con estas páginas he pretendido principalmente ubicar doctrinalmente la pieza de la motivación judicial en el puzle político-jurídico-institucional del *rule of law*, del sistema político y del sistema jurídico del Estado constitucional.

Es un hecho asumido que un Estado de Derecho debe exigir a los jueces, a las juezas y a los tribunales que justifiquen sus decisiones. La respuesta que debe dar el juez a la petición de tutela por las partes no puede ser injustificada, caprichosa o arbitraria. Necesariamente ha de motivar como deber profesional que regula nuestro ordenamiento jurídico. La «seguridad jurídica» en el ámbito judicial consiste: a) en «decidir» ante una petición de justicia en sede judicial –la no respuesta vulnera este derecho–; b) en decidir «de acuerdo a Derecho vigente»; y c) en decidir de «modo motivado». De esta manera, los jueces dan satisfacción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al debido proceso que garantiza la CE. E igualmente, las partes de un proceso tienen «previsibilidad» de la respuesta judicial en razón de los hechos alegados en dicho proceso y de las pruebas practicadas en él para determinar los hechos probados que el juez fijará en la sentencia, a la que le aplicará la norma pertinente, dando cuenta justificada de cada uno de estos pasos procesales en la misma, de la que resulte un fallo judicial coherente con todo lo anterior. Cuando deciden cumpliendo estos requisitos, los jueces están excluyendo las decisiones arbitrarias. Siendo la motivación judicial el elemento de la sentencia que posibilita llevar a cabo el necesario «control público» de las decisiones judiciales que pueden resultar arbitrarias. Por eso, cuando la justificación de la sentencia judicial es deficitaria (parcial o totalmente) se expresa como una patología de la motivación, susceptible de generar los siguientes efectos negativos, que deberíamos evitar por las consecuencias catastróficas que conlleva:

Por una parte, las patologías en la motivación generan un efecto negativo de carácter endoprosesal, que contamina a las partes del caso

y al ordenamiento jurídico en el que se ha gestionado el caso. En el ámbito jurídico estricto, la falta de motivación se encuentra en más ocasiones en el ámbito de las premisas fácticas de la sentencia que en parte normativa de la misma. Se trata de una tendencia con cierto arraigo en los sistemas jurídicos continentales, en los que a veces puede darse exceso de normativismo. Se trata de una tendencia que es necesario romper porque arrastra a las decisiones judiciales a una motivación deficiente del conjunto de la sentencia.

Y, por otra parte, las patologías en la motivación generan también un efecto negativo de carácter extraprocesal. Esto ocurre cuando se instala en la mentalidad del jurista la idea errónea de que la decisión judicial tiene únicamente una dimensión privada, que interesa solo a las partes afectadas directamente por ella en el ámbito estricto del proceso judicial. Sin embargo, desde el punto de vista del sistema político-jurídico-institucional que sustenta doctrinalmente la motivación de las decisiones judiciales en el Estado constitucional, la sentencia, por la trascendencia de su contenido y por quien la elabora, es asimismo un «acto público» destacado y significativo, colectivo, que representa el ejercicio de un poder (potestad jurisdiccional, poder judicial) que es público y, por tanto, que por tal ha de ser controlado interna y externamente. El Estado constitucional debe llevar a cabo este control público a través de la legislación y de los propios tribunales. Téngase en cuenta que la vulneración de un elemento de la sentencia tan significativo como su motivación, si es deficitario deslegitima a todo el sistema político-jurídico-institucional que la sustenta, contaminando en un sentido deslegitimador a la *rule of law* como ideal social y de las instituciones y a la «calidad democrática» del Estado de Derecho.

En resumen, «la exigencia de motivación de toda actuación» obliga «al juzgador a operar desde el principio con unos ‘parámetros de racionalidad expresa y de conciencia automática mucho más exigente... pues no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados’⁸². Y en este sentido, la motivación que –resulta preciso subrayar– alcanza tanto a los hechos como a los fundamentos de derecho, «no es solo “formal”, equivalente a la presencia de palabras que acompañen la parte dispositiva afirmando que los hechos principales han ocurrido de tal manera, sino sobre todo “material”, consistente en la presencia efectiva de un razonamiento justificativo apto para mostrar que esos enunciados se pueden considerar como verdaderos sobre la base de las pruebas que los confirman»⁸³.

⁸² ANDRÉS IBAÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, núm. 12, 1992, pp. 290 y ss.

⁸³ TARUFFO, M., *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 270.

En definitiva, no debemos olvidar que en un Estado democrático y de Derecho, aplicar el Derecho exige dar argumentos que lo justifiquen. Y si no es propio de un legislador democrático prescindir de la justificación de las normas que impone a la ciudadanía, igualmente no lo es de los jueces, juezas y tribunales cuando deciden, como miembros que son de un poder del Estado constitucional, prescindir del razonamiento jurídico completo y suficiente, a través del cual dan cuenta de sus decisiones «en general» a la ciudadanía, que es el pueblo soberano del cual emana la justicia y el mandato y potestad para impartirla por el poder judicial, y «en particular» a las partes afectadas directamente por la decisión judicial que debe satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

Cultura, identidad y nueva diversidad cultural: tentativas de revisión de los modelos de gestión de la diferencia¹

Por JESÚS GARCÍA CÍVICO
Universitat Jaume I

RESUMEN

Este artículo revisa críticamente los modelos de gestión de la diferencia a la luz de algunas novedades que afectan a los conceptos de cultura, identidad y diversidad cultural. De un lado, se sugieren razones para dejar de identificar diversidad étnica con diversidad cultural o cultura con tradiciones, lengua y religión; de otro, la ambigua categoría de cultura sigue presentando una dualidad antagónica de sentidos (como tradición y como valor formativo) que redundante en su falta de operatividad. Se propone una reflexión sobre el sentido de los términos acorde con un pluralismo y un cosmopolitismo crítico donde la comprensión de algunas instituciones jurídicas y políticas forma parte de un marco universalizable de racionalidad en un sentido cultural.

Palabras clave: cultura, identidad, diversidad cultural, gestión de la diferencia.

ABSTRACT

This article supposes a revision of the politics of the difference in the light of some novelties that affect the concepts of culture, identity and

¹ Este trabajo se inscribe en el proyecto «Resiliencia del derecho antidiscriminatorio a los sesgos y estereotipos: desafíos y propuestas de intervención (RESEST)». Referencia: PID2021-123171OB-I00.

IP: Dolores Morondo Taramundi (Universidad de Deusto).

cultural diversity. On the one hand, it has become evident that we cannot continue to identify ethnic diversity with cultural diversity or culture with traditions, language and religion; on the other, the ambiguous category of culture continues showing an antagonistic duality of meanings (as tradition and as a formative value) that results in its lack of operability. A reflection on the meaning of the terms is proposed in accordance with a pluralism and critic cosmopolitanism in which the understanding of some legal and political institutions is a part of a universalizable framework in a cultural sense.

Keywords: culture, identity, cultural diversity, politics of difference

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA COMPLEJA ACTUALIDAD DE LA DIVERSIDAD CULTURAL: UNA REFLEXIÓN PREVIA. 2.1 *La crítica a la idea (acrítica) de diversidad.* 2.2 *Las dos acepciones básicas de cultura como punto de partida.* 2.3 *Sobre la identidad que resulta de la diversidad cultural.* – 3. LA MULTICULTURALIDAD COMO HECHO AMPLIO: ¿QUÉ ES HOY «LO CULTURAL»? – 4. TIPOLOGÍA DE LOS MODELOS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD Y LA INTERCULTURALIDAD COMO LOGRO «CULTURAL» (EN SENTIDO UNIVERSAL): UNA REVISIÓN. 4.1 *Políticas públicas asimilacionistas: notas sobre una ambivalencia.* 4.2 *Políticas públicas multiculturalistas: apunte sobre nueva literatura europea.* 4.3 *Políticas públicas interculturalistas.* – 5. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE COMPLEX CURRENT SITUATION OF CULTURAL DIVERSITY: A PRELIMINARY REFLECTION. 2.1 *Criticism of the (uncritical) idea of diversity.* 2.2 *The two basic meanings of culture as a starting point.* 2.3 *On the identity that results from cultural diversity.* – 3. MULTICULTURALISM AS A BROAD FACT: WHAT IS «THE CULTURAL» TODAY? – 4. TYPOLOGY OF DIVERSITY AND INTERCULTURAL MANAGEMENT MODELS AS A «CULTURAL» ACHIEVEMENT (IN THE UNIVERSAL SENSE): A REVIEW. 4.1 *Assimilationist public policies: notes on an ambivalence.* 4.2 *Multiculturalist public policies: note on new European literature.* 4.3 *Interculturalist public policies.* – 5. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con una tipología básica de la gestión de la diversidad cultural solemos hablar de tres modelos caracterizados por el distinto significado que asignan a la diversidad, a la cultura y a la identidad.

De menor a mayor conciencia sobre el reconocimiento del carácter valioso de las diferencias estos modelos serían el asimilacionista, el multiculturalista y el intercultural².

Sin negar la validez inicial de esa clasificación –útil, por ejemplo, para la distinción entre políticas públicas desde la perspectiva del derecho comparado–, y siendo conscientes de su complejidad teórica interna visible, por ejemplo, en el exceso de carga semántica negativa del término «asimilación», en la omisión de distintos tipos de multiculturalismos o en la difusa y algo voluntarista idea de interculturalidad y, en general, del carácter poco pacífico de estos modelos, creemos que hay una serie de cuestiones actuales inscritas en el propio carácter evolutivo de las tres nociones clave que les subyacen (diversidad y cultura e identidad) que permiten una reflexión tentativamente novedosa sobre el marco actual de la diversidad cultural y algunos retos sociales, jurídicos políticos de su gestión.

A modo de ejemplo, entre otras novedades de la segunda década del siglo XXI, deberían citarse, de un lado, la relación entre la nueva esfera pública fragmentada –objeto del reciente trabajo de Jürgen Habermas *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*³–, la enorme accesibilidad de información procedente de todo el mundo o los cambios en costumbres y conciencia social tras décadas de convivencia en países como España y otros de la Unión Europea (UE) –al menos con dos generaciones de población inmigrante– que habrían desmentido (y «desmontado») la «alarma» del «choque» cultural; de otro lado, y paradójicamente, la creciente hostilidad hacia la inmigrantes musulmanes (que aqueja a las políticas de asilo en países como Polonia, Hungría o Eslovaquia tras la crisis de 2015) y aún más recientemente (2022) los alarmantes datos sobre el racismo contra gitanos, marro-

² Algunas revisiones sobre retos actuales: SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. YURREBASO, A., «Mitos sobre el migrante en España, una revisión actualizada», N. SANZ (dir.), *Derechos Humanos y Migraciones. Una Mirada Interdisciplinaria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 373-398. Sobre la tipología a la que hacemos referencia, entre muchos otros, *vid.*, TAYLOR, Ch., «Interculturalism or Multiculturalism?», *Philosophy and Social Criticism*, vol. 48, 2012. AÑÓN ROIG, M. J., «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en DE LUCAS, J. (ed.), *La multiculturalidad*, Madrid: CGPJ, 2001. PÉREZ DE LA FUENTE, O., *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Madrid: Dykinson, 2005. SÜSSMUTH R., WEIDENFELD, W., «The Integration of Challenge: Living Together in a Europe of Diversity», en *Managing Integration. The European Union's Responsibilities towards Immigrants*, Süßmuth, R., & Weidenfeld, W., (ed.), Migration Policy Institute, 2005. PENNINX, R., *Integration Policies for Europe's Immigrants: Performance, Conditions, and Challenges*, Independent Council of Experts on Migration and Integration, 5, 2004. Sobre esquemas de políticas de la diferencia, *vid.* YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Cátedra, 2004.

³ HABERMAS, J., *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, Berlin: Shurkamp, 2022.

quies y subsaharianos en nuestro país que respaldan la idea de lo que Cea D'Ancona y Vallés Martínez han estudiado los últimos años como «discriminación múltiple»⁴.

En otro orden de cosas que nos interesa principalmente aquí, hay factores culturales novedosos como la revitalización del discurso de la igualdad de la mujer (y de los colectivos LGTBIQ+) y la oposición del feminismo a formas de opresión tradicionales que enarbolaban un peculiar uso de «lo cultural»⁵, la mayor conciencia de los sesgos y estereotipos en el ámbito discursivo (no solo en el derecho antidiscriminatorio) y otras tendencias sociales que aluden el estado actual del debate ya clásico entre políticas de redistribución y reconocimiento revitalizado por las «batallas culturales» y lo que en otros lugares hemos llamado «nueva sensibilidad»⁶, el impacto del culturalismo en las luchas típicas de la izquierda política y el desplazamiento de la justicia social entendida como reparto de la riqueza en favor de «identitarismo» (en fenómenos del tipo «cultura de la cancelación» o el movimiento «woke»⁷), cierta entropía antropológica⁸, las transformaciones en el plano religioso (espiritual, si

⁴ CEA D'ANCONA, M.^a Á., VALLES MARTÍNEZ, M., «Discriminación múltiple: medición y acciones antidiscriminatorias, Madrid: Dextra, 2020. Id., «Multiple Discrimination: From Perceptions and Experiences to Proposals for Anti-Discrimination Policies». *Social and Legal Studies*, 30 (6), 2021, pp. 937-958. Id., «Propuestas antidiscriminación múltiple de analistas sociales, ONG y otros actores en materia no solo migratoria», *REIS*, núm. 177, 2022, pp. 143-160.

⁵ Somos conscientes de que hay voces discordantes, pero en general, podemos convenir en que el feminismo es contrario a prácticas culturales (en el sentido etnológico al que luego aludiremos) expresivas de patriarcados tales como los matrimonios forzados, el burka o la recurrente ablación del clítoris (mejor, mutilación genital femenina), una opinión paradigmática es la de Judith Butler quien ha expresado la idea de que «la libertad de la mujer se instrumentaliza para atacar culturalmente al islam», BUTLER, J., *Marcos de guerra*, trad. Bernardo Moreno Carrillo, Barcelona: Paidós, 2010, p. 149.

⁶ GARCÍA CÍVICO, J., PÉREZ DE ZIRIZA, C., PEYDRÓ, E., VALERO, A., *Ficciones, las justas. La nueva moral en el cine, la literatura y la pornografía*, Valencia: Contrabando, 2022, pp. 69-70.

⁷ Con el término «woke» designamos no solo una suerte de «alerta» contra la agresión simbólica o frente a actitudes misóginas, transfóbicas o racistas sino una inversión de la prioridad política de la izquierda que se habría desplazado desde las reivindicaciones socioeconómicas y el discurso de clase social hacia la concienciación identitarista en relación con el género y la orientación sexual, la memoria racializada del poscolonialismo o el énfasis en los derechos las personas LGBTI (hoy LGTBIQA+), de la comunidad negra y de las mujeres. *Ibid.*, p. 13 y ss.

⁸ Hoy, seguimos inmersos en un episodio complejo y acelerado de la historia de esa «extraña paradoja» de la que fue plenamente consciente Lévi-Strauss: de un lado, la interacción, la influencia o el mero contacto de culturas es una condición necesaria, una premisa del progreso, por otro lado, esta conexión entre culturas trae consigo la pérdida de rasgos diferenciales entendidos estos como rasgos identitarios con lo que en un futuro no muy lejano es probable que deje de tener sentido hablar de «culturas» (al menos en un sentido fuerte). De ahí la pregunta del antropólogo (en absoluto retórica) acerca de si la diversidad de culturas constituye una ventaja o una «desventaja» LÉVI-STRAUSS, *Raza y cultura*, Madrid: Cátedra, 1996, p. 50.

se quiere así) en lo que toca a uno de los contenidos, al parecer básicos, de la identidad cultural; la psicología evolutiva y la nueva «semiótica del velo» a raíz de los recientes acontecimientos en Irán, las subculturas juveniles ante el creciente impacto de la globalización capitalista y la comunicación digital cuya intensificación de las relaciones sociales parece discurrir hoy en un sentido muy distinto al que se asumía desde una identificación ideologizada entre universalismo y globalización o, en la esfera internacional las nuevas amenazas mundiales que han dado un impulso a las tesis cosmopolitas⁹, así recientemente, el libro de Luigi Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra*¹⁰.

¿Podrían plantearse como cuestiones propias del ámbito de la diversidad cultural formas de vivir contrarias a una «cultura dominante» de acuerdo con valores profundos más allá del espacio propio de la libertad ideológica, por ejemplo el nuevo naturismo, los intentos de recuperar el tejido interactivo y solidario y «la participación de la clase trabajadora en la producción cultural¹¹» como parte de una infraestructura «culturalmente corroída», al decir del crítico cultural Mark Fisher y otros, por el neoliberalismo desde los años ochenta? ¿Entran en el ámbito de lo cultural las resistencias ante los imperativos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación con su acompañamiento habitual (dominio de productos de la industria cultural, presión psíquica de lo que Franco Berardi o Byung Chul Han, tratan como precariado cognitivo, «fusión de psique y redes sociales¹²»), paralela, por cierto, a la degradación de la cultura popular? ¿Son englobables bajo el rótulo de la «diversidad cultural» modos de vida basados en una ética o una moral no dominante, por ejemplo en relación con una aguda sensibilidad con la vida animal y vegetal, revaloración de los ancianos y de formas vitales de experiencia, alternativas al proceso de mercantilización capitalista (algunas de las que antes llamábamos precisamente «contraculturales»)? A nuestro juicio, estos interrogantes solo se pueden empezar a responder tras examinar el significado no solo de la palabra «cultura» sino de los términos elementales del debate sobre diversidad cultural.

⁹ Desde un cosmopolitismo crítico, *vid.*, HELD, D., *Cosmopolitismo*, Madrid: Alianza, 2021. Id. «Los principios del orden cosmopolita», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, 2005, pp. 133-151.

¹⁰ FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta, 2022. GARCÍA PASCUAL, C., *Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional*, Madrid: Trotta, p. 94.

¹¹ FISHER, M., *Los fantasmas de mi vida. Escritos sobre depresión, hauntología y futuros perdidos*, trad. Fernando Bruno, Buenos Aires: Caja negra, 2019, p. 54.

¹² LOVINK, G., *Tristes por diseño*, trad. Matheus Calderón, Torres, Bilbao: Consonni, pp. 86-101.

En efecto, toda reflexión sobre una cuestión compleja –y la de diversidad cultural lo es– debería pasar por un examen crítico de los términos. Incluso si abordamos la gestión de la diversidad cultural desde la perspectiva de los derechos humanos¹³ –gestión que cuenta con un marco normativo ya dado (el cuadro de derecho positivo que la regula)– ¿no deberíamos reparar antes tanto en la evidencia de que la diversidad cultural es una noción más amplia y lábil que la de diversidad religiosa o lingüística como en la polisemia del propio término «marco»? ¿No apunta también al encuadre tanto una forma de mirar como un mandato relativo a «qué mirar»? Reparemos también en que no solo ningún sistema normativo es neutral, tampoco lo es su interpretación, la actividad básica que precede o forma parte de la aplicación. A menudo sucede que ni la creación normativa (legislativa, jurisprudencial o consuetudinaria) ni la interpretación de normas básicas viene precedida de una reflexión ya no sobre las tan traídas «desigualdades constitutivas» sino sobre el significado de los conceptos: estos se presumen, prejuzgan o aplazan su dilucidación. ¿No sucedió algo así con la antigua, pero no del todo superada, polémica entre universalismo y relativismo cultural en la labor del antropólogo Levi Strauss en la UNESCO? ¿No es perceptible en nuestro país cierta zozobra legislativa ante la falta de una ley de la cultura que explicita toda una serie de fundamentos y significados?

«Diversidad», «cultura» e «identidad» son términos en evolución. La misma idea de diversidad cultural fue pronto reconocida como «herencia común de la humanidad», cuya defensa se consideró «un imperativo ético y práctico inseparable del respecto por dignidad humana», pero, por citar solo un ejemplo, el estudio «*UNESCO and the issue of cultural diversity. Review and strategy, 1946-2004*» identificaba distintas fases y discursos (algunos, como veremos, contradictorios) en relación con la «evolución» del concepto de diversidad cultural y los cambios que ha desarrollado¹⁴. Es también desde una

¹³ GARCÍA CÍVICO, J., «Scientific aspects of the UDHR as a cultural milestone», *Current Issues On Human Rights* / Alexander Sungurov (ed. lit.), Carlos R. Fernández Liesa (ed. lit.), María del Carmen Barranco Avilés (ed. lit.), María Cruz Llamazares Calzadilla (ed. lit.), Oscar Pérez de la Fuente (ed. lit.), Madrid: Dykinson, 2020, pp. 15-30.

¹⁴ En una primera fase tras la segunda guerra mundial se habla de cultura en términos de producción cultural y los estados naciones eran vistos como entidades unitarias. El concepto de pluralismo se fijaba en diferencias entre naciones y no dentro de las naciones. La segunda fase supone el ensanchamiento del concepto de cultura hasta abarcar la propia «identidad», esta fase coincide la resistencia hacia la expansión estatal y la ideología imperialista en el contexto emergente de la guerra fría. En una tercera fase la cultura empieza a asociarse al desarrollo y trae un cambio importante en las políticas y en el campo de la investigación. La cuarta está caracterizada por un vínculo entre cultura y democracia, y una conciencia creciente de la necesidad de ampliar el concepto de diversidad cultural afín de abarcar todos los cambios y significados que contiene. El periodo más reciente está vinculado a las expresiones culturales. En relación con el debate en sede de Naciones Unidas sobre

psicología evolutiva como se pueden plantear las transformaciones sociales en ese espacio (más cultural que geográfico) que llamamos «occidente», en particular, tras la convivencia con inmigrantes e inmigrantes de segunda generación¹⁵.

Otras veces el debate cultural parte de premisas malintencionadas, así, por ejemplo cuando algún dirigente político sigue hablando hoy (contrafácticamente) de «choque de culturas» (donde las más de las veces el islam funciona como metonimia o, mejor, como sinécdoque) no se hace mención al choque cultural catolicismo-protestantismo, al grupo de accionistas y gestores de grandes corporaciones que con su inglés de «*business school*» parecen constituir un grupo semejante a la francófona y transnacional sociedad cortesana descrita por Norbert Elias-, a los inmigrantes de origen asiático, a la distancia que separa a los entusiastas de la telefonía móvil y a los ancianos que echan en

la naturaleza de estos derechos, y de nuevo solo a efectos ilustrativos: hasta 2009, la mayor parte de la labor realizada por las Naciones Unidas relativa a los derechos culturales guardaba relación con las minorías y los pueblos indígenas, sin embargo, en los informes de los Estados partes se ha prestado poca atención general a los diversos derechos enumerados en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales todavía no ha interpretado muchas partes. Si bien los defensores de los derechos de las minorías y de los indígenas apoyaban la labor sobre los derechos culturales, algunos Estados y grupos de la sociedad civil se mostraron cautelosos respecto de esos derechos: consideraban que no eran derechos individuales sino más bien cuestiones relegadas a la «cultura» responsabilidad de la UNESCO. Algunos temían que su reconocimiento amenazara a los Estados y otros que socavara la universalidad de los derechos humanos y fuesen utilizados para justificar prácticas tradicionales que los vulneran. ONU, A/HRC/40/53, Consejo de DDHH 40.º período de sesiones 25 de febrero a 22 de marzo de 2019. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, 2019, p. 3.

¹⁵ Desde una antropología evolutiva, el biólogo Joseph Henrich defiende la idea de que el individuo occidental es psicológicamente raro –WEIRD (acrónimo en inglés de *Western, Educated, Industrialised, Rich, Democratic*)– en la medida en que supone algo inhabitual histórica y numéricamente (lo habitual en la Tierra son lazos más intensos de parentesco y un perfil menos individualista que colectivista u holista) consecuencia, a su vez, de una particular evolución cultural en la que entre otros factores, destacan una forma de lectura o la ampliación de los lazos de parentesco de acuerdo con el programa de familia y matrimonio de la Iglesia. Me referiré en algún momento de este artículo a la tesis de la peculiaridad (no «superioridad») de la psicología del individuo occidental, de acuerdo con la cual, el «perfil WEIRD» está conformado por seres humanos, los occidentales, que piensan de manera analítica (no holística), creen en el libre albedrío, rechazan la poligamia, subrayan la relevancia de los atributos internos de los individuos, se rigen por normas impersonales (prosocialidad impersonal), se sienten moralmente responsables de sus actos hasta el punto de desarrollar fuertes sentimientos de culpa individual (algo distinto al sentimiento oriental de la vergüenza ante la mirada colectiva) cuando se comportan mal, o se comprometen con leyes y principios de justicia universal mientras rechazan el nepotismo y abrazan una suerte de meritocracia impersonal (el *achievement*, el mérito o *desert* personal) junto a otras formas de parcialidad ética. HENRICH, J., *Las personas más raras del mundo. Cómo Occidente llegó a ser psicológicamente peculiar y particularmente próspero*, trad. Jesús Negro, Madrid: Capitán Swing, 2022, p. 508-510, 604 y ss.

falta una atención personal, o a los desencuentros que puedan darse entre cazadores y animalistas¹⁶.

Hace poco, el partido polaco Justicia y Libertad expresaba su negativa a la construcción de mezquitas al resultar «elementos culturalmente extraños», sin embargo, los tártaros polacos originarios de Asia central viven en este país europeo desde el siglo XIV y fue en XVII cuando el rey Jan Sobieski III regaló los terrenos de bosque y pastizal a los soldados tártaros por los servicios prestados en las luchas contra el imperio otomano. Hoy, en día, la única diferencia con sus compatriotas eslavos es una confesión religiosa, ¿por qué hablar entonces de diferencia «cultural»? ¿Y tan insalvable es? En el mismo sentido, tanto el cristianismo como el islam son religiones monoteístas muy semejantes en su mensaje espiritual, ¿no hay más diferencias culturales entre un agnóstico y un creyente sea este cristiano o musulmán?

Y lo que nos parece más grave, todavía hoy no es difícil que muchas demandas sociales en términos de defensa y promoción de multiculturalidad (simbólica, si se quiere así) se expresen a través de imágenes de personas de distinto color de piel, ¿no es una clara forma de racismo presumir que distintos melanocitos –células que producen y contienen pigmentos– conllevan, nada más y nada menos, que una diferencia cultural? ¿No se usa el término «cultura» allí donde biólogos y antropólogos llevan décadas sugiriendo evitar hablar de «razas humanas»¹⁷? Y si el de «cultura» es un concepto que debe generar controversia, lo mismo podría ocurrir con términos como «identidad», «diversidad» y «multiculturalidad». ¿Qué englobamos hoy bajo la idea de cultura? ¿Qué diferencia es relevante en la regulación de la diversidad cultural? Si algo está poniendo de manifiesto la complejidad de los retos ante los cuales debemos reaccionar es que la reflexión filosófica no es un lujo ornamental separado de la práctica, sino una cuestión clave que debe ser previa.

¹⁶ Como señala Ángeles Solanes, en relación con esta libertad religiosa, cabe recordar que el reto de la regulación de la vía pública, por ejemplo, en relación con «la cuestión del velo» no es reconducible a una suerte de «choque» con el islam. SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, cit., pp. 152-154. Sobre la jurisprudencia del TEDH sobre el velo islámico, *vid.*, entre otras, BATTJES, H., DEMBOR, M. B., et al., «The European Court of Human Rights and Immigration: Limits and Possibilities», *European Journal of Migration and Law*, 11,3, 2009, pp. 199-204; Dahlab v Suiza, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 42393/98, 15 febrero 2001. MCGOLDRICK, D., *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, London, 2006, pp. 184 y ss. ALLEN, A. L., «Hijabs and Headwraps: The Case for Tolerance», *The Philosophical Foundations of Law and Justice*, vol. 3, 2010, pp. 115-127.

¹⁷ Sobre teorías críticas de la raza: PINKER, S., *Racionalidad*, trad. Pablo Hermina, Barcelona: Paidós, 2021, p. 153. Entrecruzamiento de categorías: ANDERSEN, M., «Race, gender, and class stereotypes: new perspectives on ideology and inequality», *Revista Académica del CISANUNAM*, 1, 2006 pp. 69-91.

2. LA COMPLEJA ACTUALIDAD DE LA DIVERSIDAD CULTURAL: UNA REFLEXIÓN PREVIA

Hemos apuntado que el debate sobre la gestión o las políticas sobre diversidad cultural debe pasar por una reflexión previa sobre el inestable concepto de cultura sometido hoy a una crisis de sentido, a la extensión de usos espurios y a una inflación desorbitada (hablamos de «cultura del esfuerzo», «cultura de la cancelación» o incluso de «cultura de la violación»). Palabras como «cultura» (en la base del sintagma «diversidad cultural») parecen hoy desbordadas de significados. El filósofo y poeta francés Gaston Bachelard dejó dicho que cuando un concepto cambia de sentido es «cuando cobra mayor sentido». Si la cuestión de la diversidad nos parece importante por veladamente contraintuitiva, empecemos por aquí.

2.1 La crítica a la idea (acrítica) de diversidad

Lo diverso tiene que ver con las diferencias, no con las desigualdades (aunque las diferencias impliquen de hecho desigualdades en la estratificación social que deben removerse¹⁸) por ello una doble precaución inicial es, de un lado, (desde la sociología de los derechos humanos) retener que no parece haber una correspondencia entre el hecho de que las sociedades sean culturalmente heterogéneas y que se alcancen por ello mejores resultados en términos de eficacia de derechos humanos¹⁹. Por otro lado, (desde una perspectiva axiológica) cabe señalar que la diversidad no es buena *per se*, sino que dependerá del ámbito de donde la prediquemos. Sobre esto último ha insistido en una de sus recientes obras, «Cultura», el crítico literario Terry Eagleton cuando analiza algunos de los fundamentos de la legislación cultural y el marco axiológico que le subyace. Su crítica proviene de algunos fundamentos universalistas de la izquierda (de la tradición marxista británica) y con «excesos» del discurso de la diversidad» apunta que se trata de una categoría «extendida» por el lenguaje comercial, en particular en las estrategias de segmentación en el ámbito del consumo²⁰. Mientras la diversidad étnica es positiva al

¹⁸ La desigualdad socioeconómica es algo que debe removerse, la diferencia («el valor jurídico de la diferencia» en expresión de Ferrajoli) debe protegerse. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 1999, pp. 73-76. De otro lado, como ha insistido en ello Javier de Lucas, igualdad no es sinónimo de uniformidad, ni unión lo es de unidad, ni cohesión lo es de homogeneidad. DE LUCAS, J., *Globalización e identidades*, Barcelona: Icaria, 2003, p. 14 y ss.

¹⁹ WALKER, S., POE, C., S., «Does Cultural Diversity Affect Countries Respect for Human Rights?» *Human Rights Quarterly* 24, 2002, pp. 237-263.

²⁰ «Diversidad en la oferta de cereales para el desayuno» o en la composición social: «la cultura de los ángeles del infierno». EAGLETON, T., *Cultura*, trad. Belén

igual que las múltiples formas de vida (en la tradición intelectual de un liberal político como Stuart Mill) no es seguro que podamos decir lo mismo de la diversidad en el sistema de salud (sistemas exclusivos para rentas privilegiadas), la segregación de clase que implica la educación elitista privada o incluso la que hoy se da en el ámbito de la discusión parlamentaria en muchos países (racistas, negacionistas del cambio climático, defensores del apartheid, teóricos del «gran reemplazo»). Porque, como señala provocativamente este autor, ¿hace mejor la esfera del debate público la presencia de misóginos declarados, de racistas recalitrantes, de supremacistas que expresan sus ideas sin rubor?

Para Eagleton el énfasis acrítico sobre la diversidad (a la cuestión de la tensión entre redistribución y reconocimiento dedicaremos un epígrafe posterior) podría estar socavando la unidad de clase social (lo que Charles Wade Mill llamaba «coalición transversal de los desfavorecidos»), el consenso de tono universalista imprescindible para la movilización social y la construcción de una agenda política que limite los efectos disgregadores del capitalismo²¹. En esa misma línea, Mark Fisher incluye la «privatización psíquica» en la vida cultural británica bajo el gobierno Tory en los años noventa, la proliferación de las tecnologías de consumo y las plataformas del nuevo entretenimiento y difusión de cultura industrial de baja calidad a través de la televisión satelital (entonces en sus comienzos), el discurso *there is no alternative*, la denigración del espacio público, la destrucción de cajas informales de solidaridad, la persecución de las fiestas rave a través del Acta de Justicia criminal y Orden Público de 1994 (que incluía el fin de ocupaciones de espacios en desuso, desmantelamiento de viviendas en tiendas de campaña, «campamentos nómadas», «fiestas libres» y otros comportamientos auto-regulados y prácticas colectivas culturalmente compartidas²²).

Dicho de otra forma, el énfasis en la diversidad étnica (como diversidad de origen, si se quiere así) de la clase trabajadora y antes el deterioro de la vida sindical, el auge de espacios des-socializados, el

Urrutia, Barcelona: Taurus, 2017, pp. 44-45.

²¹ En relación también, con la hoy casi olvidada cuestión de la «conciencia de clase», si para Wade Mill se trata de revertir la creación de «una clase en sí misma, pero no por sí misma», para Eagleton, en la línea de teóricos más jóvenes como Mark Fisher, se trata de adelantar la formación de una conciencia compartida relativa a problemas tan amplios como la dualización económica, la «ontología de negocios» o el propio calentamiento global. EAGLETON, T., *Cultura*, cit., p. 48. La alusión a la sociedad como empresa y «la ontología de negocio» en FISHER, M., *Realismo capitalista. ¿No hay alternativa?*, trad. Claudio Iglesias, Buenos Aires: Caja Negra, 2016, p. 42.

²² Para Fisher, la angustia por la destrucción del espacio público «exige ser leída en términos culturales» FISHER, M., *Los fantasmas de mi vida. Escritos sobre depresión, hauntología y futuros perdidos*, cit., p. 199. Id., *Realismo capitalista. ¿No hay alternativa?*, cit. p. 23.

proyecto de «individualización forzosa²³» y la sustitución de las redes de solidaridad urbana por nuevos tipos de comunicación a distancia, estarían funcionando, al decir de teóricos culturales como Eagleton, Fisher y otros, como obstáculo para la unanimidad en relación con problemas comunes (desprotección laboral, precariedad, aumento de brecha socioeconómica, aislamiento urbano, extrañamiento social, vulnerabilidad financiera y otras).

Es probable que el modo en que intercambiamos el significado de «diversidad» y «pluralismo» al predicarlo de «lo cultural» evite averiguar si con pluralismo no estaríamos apuntado a un sentido consciente, a un ejercicio de libertad moralmente «valioso» que no estaría presente en la meramente descriptiva idea de diversidad. También es posible que la crítica de izquierda cometa un error de fondo parecido a la crítica liberal a la multiculturalidad: minusvalorar el peso de lo identitario en un sentido no material más allá de lo individual (y del eje de la política de partido). En todo caso, pensar sobre los usos de la diversidad (es cierto que en un contexto específico: el de países desarrollados con minorías nacionales y/o significativos índices de inmigración) permite reflexionar acerca de si lo que vamos a llamar el «acento *Kultur*» (en un uso espurio –y un tanto inconscientemente racista–, por ejemplo cuando se identifica con la diferencia étnica en origen) no estaría socavando la posibilidad universalista, hoy más urgente que nunca, de generar sentimientos de pertenencia amplios que a su vez permitieran consensos necesario para combatir desafíos supraestatales como el calentamiento global, las crisis médicas y energéticas o la polarización socioeconómica mundial. Nuestra crítica ni agota ni es aplicable a la inaprensible casuística de lo culturalmente diverso pero no adolecerá de carencias ilustrativas (la habitual falta de ejemplos en los textos sobre multiculturalidad más allá de la lengua y la religión) y puede resultar interesante para el análisis de nuestro entorno.

2.2. Las dos acepciones básicas de cultura como punto de partida

Aunque lo abordamos en segundo lugar por seguir el orden de la expresión «diversidad cultural», lo cierto es que el de cultura es el concepto clave para repensar la diferencia cultural y los retos actuales de las políticas públicas en ese campo. A nuestro juicio, el problema inicial proviene de la vaguedad y ambigüedad del término²⁴.

Un buen ejemplo de esta vaguedad es el preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural: «la cultura debe ser considerada como conjunto de rasgos distintivos espiritua-

²³ *Ibid.*, p. 205.

²⁴ KAHN, J. S., *El concepto de cultura. Textos fundamentales*, Barcelona: Anagrama, 1975, pp. 15 y ss.

les y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, modos de vida, maneras de vivir juntos, sistemas de valores, tradiciones y creencias²⁵», y afirma que el respeto de la diversidad de las culturas, la tolerancia, el diálogo y la cooperación, en un clima de confianza y de entendimiento mutuo, son los mejores garantes de la paz y la seguridad internacional²⁶.

Otro problema que rodea el término «cultura» es de índole técnico jurídica, así la abundancia de definiciones circulares en las que aparece lo definido en la propia definición), algo semejante a la definición de etnia (en la RAE como «Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.»). Antes de preguntarnos si aquella tolerancia es que la que se escenificó con el tapado de las esculturas de mujeres semidesnudas en los Museos Capitalinos de Roma ante la visita de una delegación iraní (tapado ciertamente no solicitado por la delegación del país asiático), cabe plantearse otros interrogantes: ¿no conducen las definiciones antropológicas tan amplias y tan circulares de cultura a contradicciones básicas una vez tratan de operar en el ámbito de la filosofía práctica, por ejemplo, considerar la esclavitud como una tradición cultural de determinados pueblos y a la vez, la abolición de la esclavitud como un hito cultural? Desde nuestro punto de vista y aunque no hay espacio aquí para un desarrollo extenso, creemos que es esencial partir de una distinción elemental (no siempre presente en el discurso sobre la multiculturalidad) y retener que con «cultura» solemos referirnos a dos cosas (un tanto contradictorias):

(a) a la tradición: «formas de vida» y ficciones de sentido, usos, folclores, costumbres (lo que somos en términos lingüísticos, étnicos, etc., es decir, aquello que el filósofo Wittgenstein situó en las «Investigaciones filosóficas», como «lo dado») y

(b) a la idea «formativa»: imagen constructiva (según la metáfora del cultivo) de civilización como una suma de hitos que hacen a las

²⁵ Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural Adoptada por la 31.ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO París, 2 de noviembre de 2001. La propia Declaración señala que la definición se hace conforme a conclusiones de la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales (Mondiacult, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998).

²⁶ Cabe incluir de nuevo aquí la peligrosa identificación entre minoría étnica y cultura (ya en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966). Por otro lado, el artículo 2 del Tratado de Lisboa establece que «la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística» y el artículo 22 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística». De acuerdo con nuestra distinción inicial, estos logros caen del lado de la concepción constructivista, normativista de cultura. GARCÍA CÍVICO, J., «Derecho y cultura: una dimensión cultural del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, núm. 11, 2018, pp. 3-43.

sociedades mejores en términos de conocimiento y bienestar: lo que queremos ser de forma «artificial» y consciente.

La primera acepción de cultura (*Kultur*) es propia de la historia, de la sociología y, sobre todo, de la antropología; la segunda (universo semántico de la *Bildung*, formación o progreso) pertenece a la idea acumulativa de cultura expresada en lo científico por la metáfora de Newton tomada de Bernard de Chartres: «somos como enanos a los hombros de gigantes» y que tiene en lo político-jurídico la pretensión de consecución y mejora de un orden mundial (de Kant a Kelsen o Ferrajoli). Aquí la cultura es una cuestión moral, jurídica y política e incluye la teoría de la constitución como acto de cultura²⁷, el derecho internacional de los derechos humanos (como límites a tradiciones siempre ubicuas), instituciones como la ONU e instrumentos entre los que se encuentra el propio marco jurídico de protección de la diversidad cultural y donde la salvaguardia de los miembros de los pueblos indígenas y sus derechos colectivos²⁸ (por referir una diversidad cultural en sentido «fuerte») no es expresión ni del etnocentrismo ni del multiculturalismo rígido o esencialista sino de los ideales racionales de mejora de la humanidad y de un código normativo – nunca universal en sentido ontológico como deducción de un hipotético derecho natural– consciente de su artificialidad, de su amplio consenso y de su carácter «universalizable»²⁹.

La idea de formación de la humanidad recorre, como resultará sabido, la *Filosofía del Derecho* de Hegel y está presente en el humanismo político de Marx así como en aquella filosofía política posterior que asume que lo que hace la cultura («esa acepción de cultura») es liberar al ciudadano de los particularismos para integrarlo en instituciones más amplias y plurales: «emanciparlo de la arbitrariedad para despertarlo hacia el punto de vista de la universalidad». En el ámbito específico de la Filosofía del derecho, Gustav Radbruch apela a un progreso de la humanidad que tiene que ver con su «formación»³⁰. Esa idea formativa de cultura de cuño ilustrado que nos interesa destacar, con toda su conciencia de la perfectibilidad y su autodescripción metafórica como un «joven educando», lejos de ser arrogante es humilde en el sentido en que ella misma es objeto continuo de revisión y crítica (crítica transformadora de uno mismo en la línea Mon-

²⁷ HÄBERLE, P., «La Constitución como cultura», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 177-198.

²⁸ Dado que el mundo hay aproximadamente 476 millones de indígenas en más de 90 países, nada de lo que podamos decir (en realidad, nada de lo que se pueda decir) es aplicable a la totalidad de ese 6 % de la población mundial. El conjunto es tan heterogéneo que muchas de nuestras reflexiones no tienen aplicación en comunidades que han hecho del asilamiento una cuestión de supervivencia. GARCÍA CÍVICO, J., «Scientific aspects of the UDHR as a cultural milestone», cit., p. 19 y ss.

²⁹ STEINER, G., *Nostalgia de lo absoluto*, Barcelona: Siruela, pp. 115-116.

³⁰ GARCÉS, M., *Nueva ilustración radical*, cit., p. 4. RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 25.

taigne-Foucault³¹), no es dogmática sino consciente del error cuya presencia «en el mismo origen», como recordaba con su sutileza cínica habitual Peter Sloterdijk, es «una de las características más impresionantes de las culturas altamente avanzadas»³².

La literatura sobre las distintas acepciones del término «cultura» es inmensa, incluso si nos limitamos al ámbito jurídico³³, pero para entender la necesidad de una distinción sencilla y previa al hablar de diversidad cultural bastan unos sencillos ejemplos: bajo la idea de cultura como «formas de vida» se apunta a estructuras sociales, lengua, gastronomía, indumentaria, festividades, etc., de manera que aquí, se puede decir que la esclavitud era parte de la cultura griega, que el consumo de hamburguesas hipercalóricas es una seña cultural de los Estados Unidos, que la mutilación genital femenina es parte de la cultura de Malí, Guinea o Etiopía o que el Antzar Aguna («día de los gansos»), las corridas de toros y lanzar cabras desde un campanario son parte de la cultura española. Pero es evidente que también utilizamos la palabra «cultura», en un sentido crítico para decir que hay que fomentar el acceso a la cultura (artículo 44 CE) o que la abolición de la esclavitud, la prevención médica, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, la protección jurídica de los animales o las declaraciones de derechos humanos son hitos culturales. ejemplos, todos estos, ya no de tradiciones locales o nacionales, sino de una reflexión racional más amplia que somete a juicio crítico todas estas tradiciones³⁴.

No interesa aquí entrar en mayores precisiones en la distinción entre el derecho de acceso a la cultura y el patrimonio cultural³⁵, aunque sí

³¹ FOUCAULT, M., «¿Qué es la crítica?», *Sobre la Ilustración*, trad. Javier de la Higuera, Madrid: Tecnos, 2006, pp. 3-52.

³² SLOTERDIJK, P., «¿Dónde están los amigos de la verdad?», *Epidemias políticas*, trad. Nicole Narbury, Buenos Aires: Godot, 2020, p. 9.

³³ Vid., G. TARELLO *Cultura jurídica y política del derecho*, México, 1995. R., COTTERRELL, «The Concept of Legal Culture» en D. NELKEN, (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, 1997, pp. 13-31. Id. *Law, Culture and Society*, Aldershot, 1996. L. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, 1975. R. GALLEGO, «Sobre el concepto de cultura», *Jueces para la democracia*, núm. 66, 2009, pp. 56-74. DE LUCAS, J., «¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?», en V. Abramovich, M. J. Añón, y C. Courtis (comps.), *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México: Fontamara, 2003. LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Cultura y Derecho: las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura», en F. Balaguer Callejón (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid: Tecnos, 2004, p. 215. FERRAJOLI, L., *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 1. Hemos estudiado esta cuestión en GARCÍA CÍVICO, J., «Derecho y cultura: una dimensión cultural del Derecho», cit., p. 7 y en AYMERICH OJEA, I. GARCÍA CÍVICO, J., *Derecho y cultura*, Valencia: Canibaa, 2018.

³⁴ KURASAWA, F., «A Cosmopolitanism from Below: Alternative Globalization and the Creation of a Solidarity without Bounds». *Arch. Europe. Social.* Vol. XLV, 2., 2004, pp. 233-255.

³⁵ VAQUER CABALLERÍA, M., «El derecho a la cultura y el disfrute del patrimonio cultural», *PH: Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, núm 28, 2020, pp. 48-73.

cabe recordar con Vaquer Caballería que en lo que toca al derecho administrativo entre las construcciones dogmáticas destinadas a plasmar el valor y la singularidad de la cultura como bien jurídico destacan al menos tres: (a) La doctrina alemana del Estado de cultura o *Kulturstaat*, inspirada en el siglo XIX por el pensamiento de autores como Schiller, Goethe y von Humboldt, que no solo afirma la institución de la libertad o la autonomía de la cultura, sino que se afirma que el Estado está a su servicio y debe contribuir a su reconocimiento; (b) la doctrina italiana de los *beni cultural* (su inmaterialidad y su publicidad); (c) la doctrina francesa del *service publique culturel* basada, precisamente, en la peculiaridad de la cultura como objeto de la acción de las Administraciones públicas (el servicio público singular³⁶).

Retengamos al menos que nuestra distinción, elemental por otro lado, entre cultura como tradición (*Kultur*) y cultura como formación (*Bildung*), resulta útil, a pesar de su esquematismo, no solo en la tarea de desmitificación romántica de la identidad que cristaliza en la idea de Estado-nación sino, por ejemplo, en la crítica a la falsa identificación entre el modelo de globalización del capitalismo y el universalismo: aquí, la globalización según el modelo neoliberal resultaría de un tipo de *Kultur* –la evolución de distintos estadios del capitalismo anglo-norteamericano– mientras que los ideales de gobierno mundial y conciencia de la humanidad como sujeto corresponden a la acepción formativa de cultura en un sentido acumulativo: *Bildung*.

2.3 Sobre la identidad que resulta de la diversidad cultural

En relación con el tercer término –identidad– hoy se evidencia como nunca su naturaleza híbrida, dialéctica, dinámica. La idea de que «buscar identidades primarias, totales, estáticas, excluyentes, esenciales, mediante la identificación de atributos y propiedades constantes y estables, constitutivos de entidades inmutables³⁷» constituía un grave error de partida fue expresada ya en los años noventa, por autores como Luis Villoro o Javier de Lucas en atención a la distinción entre dos vías de construcción identitaria (la singularidad y la autenticidad). Si la identidad no es estática sino que supone un «proceso» continuo de formación, transformación y conservación en contraste dialógico con los demás³⁸, cabría atender a algunas imágenes actuales «resultado» de ese proceso.

³⁶ VAQUER CABALLERÍA, M., «La relación entre cultura y mercado en el Derecho de la Unión Europea: de la excepción a la diversidad cultural», *Cuadernos del derecho a la cultura*, núm. 2, 2013, pp. 6-8.

³⁷ Para Villoro, la búsqueda de la identidad se convierte en construcción de la representación de sí mismo que establece coherencia y armonía entre sus diversas imágenes VILLORO, L., *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, 1998. DE LUCAS, J., *Globalización e identidades*, cit., p. 21.

³⁸ *Ibidem*.

La idea se expresa desde distintos lugares. Por citar solo algunos, la literatura poscolonial (Toni Morrison, Nadine Gordimer o Dereck Walcott, entre otros) es central en la teoría de la hibridez cultural de Homi K. Bhaba quien ha subrayado la tendencia hacia la «desaparición del centro cultural en favor de lo intersticial». Se trata, al decir de este profesor de Harvard de origen indio, de «dar una forma de la escritura de la diferencia cultural en medio de la modernidad que es enemiga de las fronteras binarias: ya sean estas entre pasado y presente, adentro y afuera, sujeto y objeto, significante y significado³⁹».

Las rápidas transformaciones en la relación que las metrópolis mantienen con las antiguas colonias siguen afectando a los principios de gestión de la diversidad cultural pero, al mismo tiempo, a la misma noción de identidad, por ejemplo en la manera en que países como Inglaterra o Francia (con diferentes prioridades y fórmulas de pertenencia ciudadana) renuevan una imagen de redención de su pasado imperial (nuevas políticas de museos, devolución de patrimonio cultural, currículo multicultural y otros). Tras una serie de lamentables intentos de legitimar el colonialismo sobre la base de una supuesta superioridad racial (y no solo cultural en términos civilizatorios), la diversidad étnica se planteaba en la segunda mitad del siglo xx de forma positiva, (aunque desde la sociología de los derechos humanos fuera objetivamente un factor de conflicto a corto y medio plazo y algunos críticos literarios, como Fredric Jameson ya vislumbraran el uso ideológico de lo diverso como lógica cultural del capitalismo tardío⁴⁰). Convertida Europa en una zona privilegiada del planeta, al final del siglo xx y principios del siglo xxi, la inmigración de terceros países hacia el viejo continente ocupa un lugar dominante en la agenda política y renace la cuestión de cuál es la identidad de esa zona política que los acoge. En el plano teórico, frente al discurso de la «preferencia nacional» (la razón de la *Kultur*), el reductivo enfoque de la inmigración en términos de mano de obra o la incipiente alarma sobre el «choque cultural» («de civilizaciones» en el altisonante texto de Samuel P. Huntington), se plantearon algunas propuestas constructivas que bien incidían en el análisis de la diferencia cultural en términos de dinamismo discursivo (Luis Villoro), bien en su ubicación en el ámbito del reconocimiento (Charles Taylor y otros), bien bajo las coordenadas individuales del paradigma liberal (Kymlicka) bien en la necesidad de reconducir la cuestión a términos de igualdad, derechos y respeto en el marco jurídico del Estado democrático y de derecho como hizo en nuestro país Javier de Lucas.

³⁹ BHABHA, H. K., *El lugar de la cultura*, trad. César Aira, Buenos Aires: Manantial, 2007, p. 177 y p. 301.

⁴⁰ CLAUDE, R. P., JABINE, Th., «Exploring Human Rights Issues with Statistics», *Human Rights and Statistics*, University of Pennsylvania Press, 1992. CLAUDE, R. P., *Science in the Service of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2002.

Si una idea caló durante las últimas décadas del siglo XX es que ni la UE, ni la ciudadanía de sus estados dependían de rasgos étnicos, de origen, color o religión. También, al menor formalmente, quedaron evidencias de la importancia del enfoque de la multiculturalidad como pluralismo (que cae del lado de la cultura entendida como progreso o formación): lo que el constitucionalista alemán Peter Häberle entiende como «constitución cultural»⁴¹. Sin embargo, en 2022, el uso de la identidad como bien amenazado sigue estando detrás del auge de partidos de extrema derecha y de su presencia en los parlamentos de los principales países de la UE: un paso más en la escalada retórica que comenzó con la extensión en los medios de comunicación de expresiones próximas a la crónica de catástrofes («avalancha migratoria»), peticiones de principio del tipo «el problema de la inmigración», la falaz identificación entre extranjería y delincuencia, etc.

Sin ánimo de agotar el cuadro de transformaciones antropológicas (no tenemos espacio ni competencia), en lo que toca a la religión, hace tiempo que en el seno de los sistemas de creencia monoteístas parecen haberse producido distensiones y pérdidas de lo dogmático (ya anticipadas por el teólogo protestante Friedrich Schleiermacher) a favor de una vivencia más subjetiva. De otro lado, las señas de pertenencia cultural en sentido religioso se hacen simbólicamente más ostentosas como reacción ante la presión homogeneizadora, así, el repliegue cultural parece más una estrategia social ligada a la resistencia emblemática que a la vivencia identitaria. En relación con lo primero, ensayos como *La metamorfosis de dios* de Frédéric Lenoir o las reflexiones de Luc Ferry y Marcel Gauchet. *Lo religioso después de la religión*⁴², echan luz sobre la continuidad y la cambiante evolución de la espiritualidad. En ese plano lo que se apunta como «metamorfosis de Dios» (modos de adaptación subjetiva de la espiritualidad compatibles con creencia antitéticas) desplaza lo religioso de lo identitario-cultural en sentido fuerte. La crisis de la cultura de inspiración teológica da lugar a un eclecticismo: hablamos de la Tierra (la teoría Gaia de Lovelock) en sentido menos profano, hablamos de nuevos «templos del saber», de la «biblia del desarrollo económico», expresiones secularizadas de una antigua espiritualidad. Paralelamente a la pérdida de relevancia de la religión institucionalizada

⁴¹ HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000, pp. 39 y ss. Id., *Pluralismo y constitución estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid: Tecnos, 2002. GARCÍA CÍVICO, J., «Scientific aspects of the UDHR as a cultural milestone», *Current Issues On Human Rights / Alexander Sungurov* (ed. lit.), Carlos R. Fernández Liesa (ed. lit.), María del Carmen Barranco Avilés (ed. lit.), María Cruz Llamazares Calzadilla (ed. lit.), Oscar Pérez de la Fuente (ed. lit.), Madrid: Dykinson, 2020, pp. 15-30.

⁴² Ya para Schiele el romanticismo sustituye la relación dogmática-moral con la religión por una unión estética-perceptiva con lo trascendental, es decir, es la continuación de la religión con recursos subjetivos, estéticos. Sobre la crisis más actual, *vid.*, FERRY, L., GAUCHET, M., *Lo religioso después de la religión*, trad. Esteban Molina González, Barcelona: Anthropos, 2007.

se observa cierta uniformización en el contenido y modos de comunicación de ficciones literarias (y en narrativas de ficción audiovisual) como cristalización de la función poética del lenguaje. Incluso en el seno de un multiculturalismo como el de México con fuerte presencia indígena, escritores como Sol Ceh experimentan con sus géneros de forma no muy distinta a como Lawrence Sterne «jugó» en *Tristram Shandy* con las posibilidades de la novela del siglo XIX. Esto es, ni siquiera lo que llamamos pueblos indígenas, permanecen aislados sino que participan de una realidad compleja e intersubjetiva donde la evolución de los sistemas de comunicación, la construcción narrativa dominante o la información normativa del marco jurídico resultan centrales en sus demandas identitarias⁴³. Hoy, la literatura indígena ha asumido la figura de «autor» y editorial entrando en sistemas de producción, y difusión de «libros» para retomar la escritura como medio para hacer una literatura capaz de comunicación universal⁴⁴.

No hay espacio para una reflexión extensa sobre las dinámicas de la identidad en el ámbito de la diversidad lingüística. En lo que nos interesaba aquí, solo querríamos señalar significativas aporías en la identificación de la identidad con lo lingüístico (hoy, más del 40% de la población no habla más que 8 de las casi 7.000 mil lenguas del mundo). Por todo lo expuesto atrás, parecen preferibles afirmaciones abiertas y operativas, así de acuerdo con Solanes, la identidad cultural puede ser entendida como «conjunto de valores, tradiciones símbolos, creencias y modos de comportamiento que funcionan como elementos dentro de un grupo social que actúan como fundamento del sentimiento de pertenencia»⁴⁵.

3. LA MULTICULTURALIDAD COMO HECHO AMPLIO: ¿QUÉ ES HOY «LO CULTURAL»?

De un tiempo a esta parte, la investigación académica ha partido acertadamente de la idea de que la multiculturalidad es un hecho, así se dice que la práctica totalidad de los estados actuales son en menor o

⁴³ Según el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT los pueblos indígenas son considerados como tal por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica que pertenece al país en la época de la conquista, colonización o establecimiento de las actuales fronteras estatales y conservan todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas (art. 1).

⁴⁴ La literatura parece más bien un fenómeno cultural e históricamente determinado: una entre las muchas posibilidades de aquello que el lingüista ruso Roman Jakobson llamó función poética, una función que, al igual que las otras funciones pueden ejercer todas las lenguas del mundo. AGUILAR GIL, Y. E., «¿Literatura? ¿Indígena?», *Letras Libres*, 26 de marzo de 2015. <https://letraslibres.com/libros/literatura-indigena/> Consulta del 7 de abril de 2022.

⁴⁵ SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, cit., p. 23.

mayor medida multiculturales⁴⁶. Con ello se apunta a que su población no es homogénea en términos étnicos, lingüísticos, religiosos –o en relación con otras variables relevantes distintas del origen, de los marcadores genéticos observables (fenotipos), de la pigmentación de la piel, la lengua o la fe– de acuerdo con la acepción descriptivo-antropológica (*Kultur*) de cultura ya señalada atrás. De nuevo, detenerse en el punto de partida resulta imprescindible. Se recuerda –como no podría ser de otra forma– la presencia de minorías nacionales o el antiguo y lamentable proceso de homogeneización en el desarrollo del Estado-nación decimonónico, sin embargo, no es posible dejar de advertir dos problemas en este planteamiento: de un lado, la palabra «raza» debería estar completamente en desuso mientras que, cabe recordar una vez más, «etnia» es un término vago y la etnicidad entendida como particularidad física u origen compartido no es cuestión de la cultura (ni siquiera un indicador, *per se*, de la diferencia –solo podría dar señal de la posibilidad de distintas genealogías bajo el paradigma de la familia biológica), sostener eso (o su inversión: cultura como cuestión de la misma etnicidad) supone una esencialización de la cultura (y una culturización de lo étnico –en su sentido al menos débilmente racial–) que en nuestra opinión equivale al viejo racismo. Otro argumento incide en esta misma idea: hay países como Estados Unidos o Singapur donde la diversidad étnica no es un factor de diversidad cultural, sino precisamente de «identidad» cultural. La multiculturalidad como hecho tampoco debe limitarse a la comprobación de la existencia de distintas lenguas o religiones en un mismo territorio (muchas familias europeas tienen hijos de distintas religiones sin que eso implique que entre sus miembros haya una diferencia cultural relevante) sino que la complejidad y lo inabarcable de la casuística aconsejan precaución y prudencia⁴⁷. Esa obviedad no impide señalar que en un sentido histórico la práctica totalidad de estados del mundo son multiculturales en un sentido «más profundo», al ser multicultural el propio proceso de formación. Los estados actuales son el resultado siempre dinámico, abierto, «vivo» e incompleto de largos intercambio de influencias culturales reflejadas en el arte, la literatura y los sistemas de creencias; de comunicaciones (trato con lenguas

⁴⁶ El término *multiculturalidad* o *multicultural* tiene un uso descriptivo y por ello axiológicamente neutro y alude a la diversidad cultural en un mismo territorio. Un texto de referencia: KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, 2003.

⁴⁷ Desde luego, empezando por nuestra parte. De nuevo, la mayor parte de lo dicho aquí resulta difícilmente trasladable a países que como Colombia, México o Brasil donde las demandas de las minorías están centradas en derechos específicos ligados a un complejo sistema de pluralismo normativo. VRDOLJAK, A., (ed.) *The Cultural Dimension of Human Rights*, Oxford University Press, 2013. HOGEMANN, R. E., «Human Rights Beyond Dichotomy Between Cultural Universalism and Relativism», *The Age of Human Rights Journal*, 2020. Sobre el primer caso, GÓMEZ ISA, F., «Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly* 36, 2014, pp. 723-756

distintas, contacto con cosmovisiones alternativas o preponderantes – hoy, la globalización económica–), innovaciones y descubrimientos (científicos y geográficos) y transacciones comerciales. Esa forma de «ser multicultural» es tan sólida, está «tan integrada» en la identidad que no puede operarse en ella sin dañar de forma irreversible el cuerpo social en un amplio abanico de formas históricas, siendo las más terribles las «limpiezas étnicas» tal como sucedió con la población polaca cuya homogeneidad hoy –enarbolada tan aterradora como frívolamente– por el partido Ley y justicia– es resultado de una «extirpación traumática»: el exterminio nazi de una parte de su población judía.

El discurso de la diferencia cultural en la UE sigue evitando la espinosa cuestión de la minoría gitana cuya discriminación podría estudiarse desde la perspectiva del racismo. Sobre ese racismo que afecta a gitanos, árabes y subsaharianos y por volver al campo de las expresiones culturales, de acuerdo con la experiencia de muchos jóvenes de origen árabe en Europa, los problemas más inmediatos (acceso a vivienda, participación en tejido empresarial) achacados a la multiculturalidad son, en realidad, expresión del viejo racismo. Ese es el testimonio de la escritora española Najat el Hachmi, nacida en Nador, experta en filología árabe y premio Nadal quien a propósito de cuestiones que afectan a derechos como la vivienda (el rechazo de muchos propietarios a alquilar a personas de origen árabe) analiza en *El lunes nos querrán*, la desconfianza hacia «el moro» bajo los parámetros de la discriminación racial⁴⁸.

Si en el marco de una globalización acelerada por la evolución de las nuevas tecnologías y los sistemas de comunicación, la diferencia étnica ya no es sinónima de la diferencia cultural bajo ninguna antropología ni teoría social (a pesar de los contundentes enunciados de gran parte del marco jurídico), la multiculturalidad podría resultar un hecho más amplio que las diferencias lingüísticas, religiosas o nacionales (en España del relato mítico del origen o de la construcción nacional, no solo, por supuesto periférica) porque el propio concepto de cultura es dialéctico. Un pueblo es resultado de su cultura en sentido histórico pero a la vez es consciente de su naturaleza «viva», abierta y por tanto cambiante. Ya para el filósofo y crítico literario alemán Johann Gottfried von Herder, la cultura era indesligable del desarrollo de la conciencia de los pueblos pero al mismo tiempo la conversión de la civilización en cultura se basaba en la confianza en la perfectibilidad de la especie humana⁴⁹. Esa dualidad se observa también en la defensa

⁴⁸ EL HACHMI, N., *El lunes nos querrán*, Barcelona: Destino, 2021.

⁴⁹ Se atribuye a la diversidad cultural la diversificación de la experiencia humana y por ello se oponen a la misma. Herder, en su *Filosofía de la Historia para la Educación de la Humanidad* (1774), fue el primero en usar la palabra «culturas» en plural, distinguiéndolas de civilización. HERDER, J. G., *Obra selecta*, Madrid: Alfaguara, 1982, p. 22.; LLINARES, J. B., «El concepto de “cultura” en el joven Herder», *Ensayos de filosofía de la cultura*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2002, pp. 219-238. Eagleton recuerda que el proyecto de Herder conjugaba distintas acepciones de «cultura»: la

que hace Kant de una paz mundial y en la reflexión de Fichte, para quien la cultura es «el último y más perfecto medio para realizar el fin humano porque está ordenada a la realización del reino de los fines, reino en cuya consecución está comprometida la humanidad entera⁵⁰». En el *Discurso de las artes y las ciencias* de Rousseau, en *El sobrino de Rameau* de Diderot, pero también en los textos taoístas, en Borges, en Rabindranath Tagore y en expresiones literarias y filosóficas asiáticas, africanas y transoceánicas es posible encontrar ese juego entre lo particular y lo universalizable. Reflexiones menos conocidas de la cultura aluden también a un sujeto difuso tendente a la expansión. Para Edmund Burke o T. S. Eliot «cultura» se refiere al inconsciente social. John Stuart Mill prefería hablar de civilización como declive de la superstición y progresiva limitación de la tiranía de los fuertes sobre los débiles. Para Oscar Wilde la cultura es una imagen del amplio futuro (y una crítica estética del presente). Para el ensayista austriaco Egon Friedell «la cultura es riqueza de problemas»⁵¹.

Hoy perviven cientos de acepciones y usos de la palabra «cultura» y ya hemos apuntado la posibilidad de que el exceso de uso y el «culturalismo» con todo su interés moral por la diversidad y las diferencias estén dificultando la unanimidad frente a problemas globales como el aumento de la desigualdad socioeconómica a nivel mundial, pero esa es otra cuestión. En gran medida, el primer mensaje que extraemos del «Babel» cultural es complejo: en lugar de analizar fenómenos como lo que llamamos «sociedades multiculturales» desde una única perspectiva o en relación con un elemento de las mismas (lengua, religión) quizás debamos aceptar el reto de pensarlos desde el dinamismo, la crítica interna y la interdisciplinariedad. Hoy la diferencia cultural se expresa en ciudadanos con formas de entender el mundo distintas y no tanto en personas que visten de forma distinta (si escapan del dictado de la moda como industria cultural), indumentarias que denotan sistemas de creencias o eso que llamamos «identidades culturales», jóvenes que celebran por la mañana el miércoles de ceniza y se disfrazan de Ghostface la noche de Halloween.

Y hay otro error fundamental al identificar «lo occidental» con «lo europeo», un exceso de mixtificación y una reducción que ha permitido lecturas equivocadas sobre el papel del *locus* greco-latino en la identidad europea. En realidad, lo que llamamos «antigüedad griega»

cultura en el sentido de las artes ha de nutrirse de la cultura en el sentido de forma distintiva de vida, a fin de que la cultura en el sentido de la civilización como un todo pueda restablecerse, EAGLETON, T., *Cultura*, cit., p. 101. Para Rüdiger Safranski, Herder es un proto-romántico cuya simpatía por la diversidad de las culturas es análoga al ecologismo en una versión romántica (en el sentido hermoso del término) que a su vez es parte de la «cultura política». SAFRANSKI, R., *Romanticismo, Una odisea del espíritu alemán*, Barcelona: Tusquets, 2018.

⁵⁰ FICHTE, J. G., *Discursos a la nación alemana*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 37.

⁵¹ SLOTERDIJK, P., «El largo camino hacia la sociedad mundial», *Epidemias políticas*, cit., p. 84.

resulta de la profusión de contactos culturales, influencias y mestizajes de una civilización formada por pueblos localizados en el norte de África y en las costas de Asia, territorios que hoy llamamos Turquía, Siria, Túnez, Egipto o Irak, país este último, que junto con Irán –los antiguos pueblos de Babilonia o Persia– supusieron el inicio de toda nuestra cultura, la humana, en un sentido universalista: las civilizaciones mesopotámicas.

Hoy, en el seno de las «batallas culturales» nos preguntamos si no es un error continuar planteando lo cultural en el viejo sentido antropológico, y en relación con esto si no es una equivocación identificar el universalismo de la Ilustración como un proyecto europeísta o un juicio eurocéntrico de superioridad étnico (aquí el hecho de que los pensadores franceses, alemanes, italianos, españoles o escoceses fueran «blancos» es accidental) y una reducción injusta hacer equivalentes la razón ilustrada (tanto científica como política) con el combate de la ciencia contra la religión, de la razón contra la fe o con el episodio colonial⁵². La equivalencia trazada por Adorno o Horkheimer entre Ilustración y acumulación científica en la base de la crítica posmoderna de autores como Lyotard participa, a nuestro juicio, de esa misma reducción. Mejorar nuestra propia condición (la de la humanidad), asumir la fragilidad pero también la perfectibilidad, luchar contra la opresión, disminuir las indecentes diferencias económicas, proteger el medioambiente y evitar el inmenso sufrimiento animal, aumentar la felicidad de los niños del mundo, luchar por la paz o el bienestar desde nuestra comprensión como seres humanos es parte de un proyecto tendencialmente universal o «sin centro». Dicho de otro modo, en el proyecto de mejora de la humanidad todas las culturas en sentido etnográfico contribuyen: lo cultural-particular se vuelve tendencialmente universal, por ejemplo ya se acepta cada vez más aquella observación de Kymlicka (y la metáfora de la isla de Ordine y otros) según la cual, los pueblos indígenas como exponentes de la diferencia cultural proporcionan modelos para la tarea esencial de redefinir un nuevo orden mundial distinto a la explotación ambiental industrial⁵³. La multiculturalidad de los estados actuales no es, pues –somos conscientes de la insistencia en este punto–, una cuestión relativa a la diferencia étnica, ni, desde luego una novedad que tenga que ver con cuotas de refugiados, inmigración, ni extranjería. Tampoco es un cuadro estático de gru-

⁵² Recientemente, Marina Garcés retomaba el ideal ilustrado como «nueva ilustración radical» y la «crítica» como medio con que la humanidad en su conjunto se hace mejor a sí misma. Esa apuesta no solo no se confunde con los tics de los imperios sino que es crítica con la expansión del colonialismo. GARCÉS, M., *Nueva ilustración radical*, Barcelona: Anagrama, 2017, p. 9.

⁵³ Dicho de otra forma, como la identidad cultural es resultado de dinámicas de contacto, intercambio, comunicación, hoy el concepto de identidad es revisado bajo el paradigma de un modelo de globalización cultural. Sobre la metáfora de la isla: ORDINE, N., *Los hombres no son islas. Los clásicos nos ayudan a vivir*, trad. Jordi Bayod Brau, Barcelona: Acanalado, 2022.

pos que coexisten en un mismo territorio, sino un hecho sociohistórico complejo que hoy más que nunca apunta a individuos con diversas formas sustantivas de dar sentido a su identidad (en un sentido singular ajeno a las tradiciones sobre lo que el filósofo Peter Sloterdijk llama «etnogénesis⁵⁴»). ¿No podrían expresar la «diversidad cultural» no solo la fantasía del nativo «de un mundo cerrado fundado una vez y para siempre» sino también las minorías difusas que se sienten culturalmente ajenas a la proliferación de centros comerciales, zonas genéricas de tránsito y esos «lugares a medio camino» que el antropólogo Marc Augé llamaría no-lugares⁵⁵?

La nueva diversidad cultural en países con altos niveles de desarrollo (y probablemente mucho flujo turístico) podría estar resultando de las creencias relativas a aspectos esenciales de lo que se considera una «buena vida», juicios profundos que dibujan maneras de vivir refractarias a la aceleración cotidiana (como expresan de distinta forma Rüdiger Zafranski o Simon Reynolds⁵⁶), planes de vida hondamente marcados por una conciencia ecológica (el «espíritu de reverencia» de Chakrabarty, la «biofilia» de Edward O. Wilson o Bruno Latour⁵⁷), por la conmovedora, melancólica percepción de la fragilidad del planeta y del resto de animales, (veganos, hippies, naturistas, etc.) incluso, visiones sobre el placer, el sentido de la vida y las relaciones interpersonales, sexuales, sentimentales, o alternativas al modelo tradicional de la familia (comunales, poliamor, etc.); de la estética (droga y arte) o de la economía (gente que se niega a usar teléfono móvil, Internet o tarjetas de crédito) o con la vivienda, nómadas, movimiento ocupa, formas de vida «alternativas», subculturas, en fin, como grupos de personas con creencias y comportamientos que los hacen diferenciarse de la cultura predominante de la que también son parte. Es cierto que en el ámbito jurídico necesitamos acotar la cuestión para poder hacerla manejable en términos político-legislativos pero eso no es óbice para una paulatina revisión conforme a la realidad de nuestro tiempo. La constitución española de 1978 refiere dos sentidos básicos de cultura: como diferencias de tipo lingüístico y como un bien al que todos tienen acceso. Aunque resulta tentador identificar la protección de las diferencias lingüísticas con la *Kultur*

⁵⁴ Vid., SLOTERDIJK, P., *Fobocracia*, trad. Nicole Narbebury, Buenos Aires: Godot, 2021, p. 20 y ss.

⁵⁵ AUGÉ, M., *Los no lugares: espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*, Barcelona: Gedisa, 1993, p. 51.

⁵⁶ A partir de expresiones culturales como la música pop, en REYNOLDS, S., *Retro-manía. La adicción del pop a su propio pasado*, trad. Teresa Arijón, Buenos Aires: Caja Negra, 2012. Frente a la aceleración desde «el arte de vivir», ZAFRANSKI, R., *Tiempo*, trad. Raúl Gabás, Barcelona: Tusquets, 2017, p. 109 y ss.

⁵⁷ Sobre la relación de la pérdida del «asombro» en clave ecológica con la liberación del miedo en la Ilustración en el análisis de Adorno y Horkheimer y su efecto en los valores morales, CHAKRABARTY, D., *El clima de la historia en la época planetaria*, trad. Manuel Antonio Córdoba, Natalia Baizán de Aldecoa, Madrid: Alianza, p. 326.

vista atrás y el contenido del artículo 44 con la *Bildung*, lo cierto es que a día de hoy no hay en nuestro país una ley general de la cultura y que mientras tanto necesitamos un concepto operativo.

4. TIPOLOGÍA DE LOS MODELOS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD Y LA INTERCULTURALIDAD COMO LOGRO «CULTURAL» (EN SENTIDO UNIVERSAL): UNA REVISIÓN

Hemos insistido en que el término «multiculturalidad» apunta a un sentido «descriptivo» para referir cómo es una sociedad. Es «lo dado» expresando la tradición a través de la lengua y algún relato (s) fundacional (es). Así, por ejemplo se ha dicho que la española es una sociedad multicultural porque de hecho hay distintas lenguas, etnias y comunidades de personas procedentes de otros continentes, regiones, con distintas religiones, tradiciones, etc. Igualmente y por el mismo motivo podemos describir como multicultural a la UE. A pesar de que los principales instrumentos jurídicos y políticos vinculan a los estados en el respeto a la diversidad cultural y las minorías culturales, cierta ductilidad de la norma y algunas expresiones relativas a la existencia de valores en conflicto permite hablar básicamente de tres tipos de respuestas o modelos de gestión: asimilación, multiculturalismo e interculturalismo. Plantearemos ahora otras novedades específicas en relación con esos modelos a la luz de las revisiones terminológicas anteriores (diversidad, cultura e identidad) desde una definición plurifactorial de diversidad cultural que, como señala Ángeles Solanes, «da lugar a la creación o desarrollo de grupos socialmente diferenciados, con vocación de proyectar sus diferencias en el espacio público y mantenerlas en el privado, y con una cierta dosis de voluntad de presencia política⁵⁸».

4.1 Políticas públicas asimilacionistas: notas sobre una ambivalencia

De forma muy esquemática suele decirse que el asimilacionismo consiste en buscar la homogeneidad cultural en un territorio no solo desde políticas de promoción de determinadas señas tenidas como «propias», sino también a través de limitaciones de la libertad (individual y de grupos) de la alteridad o de los señalados como «ajenos». En este apartado, creemos que la idea de «asimilación» (que tendría en el ámbito de la biología la acepción más positiva como suministro de nutrientes) podría ser revisada hoy como una categoría ambivalente y

⁵⁸ SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, cit., p. 23.

que frente a las formas de asimilación forzosa (en el pasado conquistas, conversiones, evangelización, jerarquías coloniales impulsadas desde la metrópoli, homogeneización violenta, exterminio) son posibles otras formas de asimilación en términos culturales (aquí, algunos ejemplos conocidos fueron el doble proceso de influencia cultural entre las antiguas Grecia y Roma o la extensión del código civil francés en el siglo XIX) entre las que destaca, como señalaba recientemente Joseph Henrich, la rápida forma en que sociedades sofisticadas copian con «voracidad» junto al «hábito bizarro de llevar corbata», instituciones formales, leyes y prácticas democráticas⁵⁹.

En todo caso, dada la identificación con el primer tipo de asimilación decimonónica vinculada a la homogeneización del Estado-nación (asimilación forzada como aculturización) durante la segunda mitad del siglo XX ya resultaba difícil encontrar un modelo que propusiera explícitamente políticas de coacción frente a las minorías en el espacio público común obligándolas a renunciar a su lengua, creencias o tradiciones y a adoptar patrones de la mayoritaria. La conciencia anti-colonialista y el éxito del modelo liberal estaban lo suficientemente extendidos para impedirlo. Sin embargo, hoy es posible encontrar peligrosos repuntes de este modelo así, con importantísimas diferencias de grado, en los disparos sobre el busto del poeta Taras Shevchenko –humanista y pintor ucraniano, uno de fundadores de la literatura moderna ucraniana– en Borodianka en la actual guerra de Ucrania; o en el intento de elevar una tradición cultural en sentido descriptivo (aquí, por ejemplo, las corridas de toros) a patrimonio cultural inmaterial de la humanidad de la UNESCO; en ciertos populismos románticos, como se vio en la campaña del llamado «Brexiteo» cuando entre los argumentos para la salida de Reino Unido de la UE se incluían visiones nostálgicas de un pasado idealizado coincidente con los primeros conciertos «pop» de The Beatles; también en el falaz discurso de la «inintegrabilidad cultural» del inmigrante o refugiado de origen árabe en el este de Europa o en las masacres, genocidios y «limpiezas étnicas» latentes en tantas partes del mundo. Por centrarnos en nuestro continente, desde que en 2009 llegara a celebrarse en Suiza un referéndum sobre la prohibición de la altura de los minaretes que se tradujo en un 57% de votos

⁵⁹ Para Henrich, si la diversidad psicológica humana es efecto de la interacción entre la plasticidad natural de nuestra especie y la cultura, el individuo occidental es una rareza resultado de esa doble interacción entre la (rápida) influencia cultural y la (lenta) genética, entre *nature and nurture* (naturaleza y crianza), o, más claramente, de una coevolución gen-cultura donde el peso corresponde a lo cultural, una suerte de proceso ontogénico en el que la cultura es capaz de modelar el cerebro humano dando lugar a una interacción causal bidireccional entre nuestra mente, las instituciones y los valores sociales que caracterizan al occidente entendido este como la península europea de Eurasia, Reino Unido-Norteamérica, y, añadiríamos que también y cada vez más, una larguísima serie de ciudades y territorios de Latinoamérica, del sur y del norte de África, Asia pacífico y Oceanía si entendemos lo occidental en un sentido no geográfico sino cultural. HENRICH, J., *Las personas más raras del mundo*, cit. p. 375.

que pedían su prohibición/limitación, los partidos de extrema derecha europeos no han cesado de explotar electoralmente la islamofobia⁶⁰. En 2016, Eslovaquia cambió su legislación para aumentar el número de fieles necesarios para construir templos o participar en la escuela⁶¹. Hoy, la idea de que el islam es una amenaza cultural es el eslogan más repetido del Partido Nacionalista Eslovaco.

Pero junto a estos ejemplos, persiste, al menos en teoría, un modelo «asimilacionista» ambivalente. De acuerdo, otra vez, con el antropólogo Joseph Henrich, los hijos de inmigrantes en Europa que cuentan con un bagaje cultural de «parentesco intensivo» –sociedades de procedencia donde los vínculos familiares y comunitarios son más densos que el individualismo típicamente occidental– inhiben psicológicamente la gobernanza participativa o el pluralismo político. Al contrario, esto significa que siempre hay un proceso de asimilación cultural en pugna con tradiciones de resistencia que redundan (en pureza, «que puede redundar») en un mayor ejercicio de las libertades públicas y de los derechos subjetivos⁶². En las polémicas páginas que el biólogo Mark Moffet dedica a la cultura se señala que la mayoría de las sociedades ya no se definen por la cultura en un sentido tradicional⁶³, sino que, en países de construcciones supraestatales como la propia UE el discurso es eminentemente político-jurídico. En el caso francés, habitualmente citado como ejemplo de prácticas neoasimilacionistas, su propuesta de integración republicana distingue –al menos en teoría– dos dimensiones del concepto de integración, la cultural y la política y en un modelo caro al ideal de la Ilustración, se rechaza la asimilación étnica o «cultural» (*Kultur* o tradición) pero se exige una integración política definida por la Constitución y las leyes generales. En este caso, bien podríamos estar ante un modelo donde la cultura adquiere esa conciencia artificial, constructiva (de nuevo la *Bildung*) no por ser universal de hecho (ninguna cultura lo es), sino en el sentido en que resulta asimilable por «universalizable». En el plano global, coincidimos con las tesis de Honneth o de Habermas acerca de que una Organización de Naciones Unidas reforzada, equipada con medios de sanción y coerción fuertes estaría en mejores condiciones para expandir los derechos humanos (hacerlos «asimilar» incluso por autocracias⁶⁴). Por último, el consenso sobre la forma en que los derechos

⁶⁰ SOLANES CORELLA, A., «Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 31, 2015.

⁶¹ SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, cit., p. 39 y ss.

⁶² HENRICH, J., *Las personas más raras del mundo*, cit., p. 580.

⁶³ MOFFET, W. M., *El enjambre humano. Cómo nuestras sociedades surgen, prosperan y caen*, trad. Joaquín Chamorro Mielke, Barcelona: Penguin Random House, 2021, pp. 123 y 427.

⁶⁴ HONNETH, A., RANCIÈRE, J., GENEL, K., «Recognition or disagreement: a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity», Columbia University Press, 2016. HONNETH, A., «Brutalization of the social conflict: struggles

fundamentales actúan como límite a determinadas expresiones englobables bajo el sintagma «diversidad cultural» o conceptos como la ciudadanía «anacional⁶⁵» encajan en ese paradigma.

De otro lado, en la actualidad muchas de las llamadas «batallas culturales» no solo expresan estrategias anti-asimilacionistas defensivas (resistencia frente a un modelo dominante) y ofensivas («ira anti-occidental⁶⁶»), sino que aparecen en sí mismas como señales de lo que Zygmunt Bauman llamaba «retrotopías» (utopías que se proyectan hacia un pasado idealizado) en cuyo repliegue de la vida tribal no puede dejar de observarse el ensalzamiento de cualquier forma de vida precolonial, «por el solo hecho de serlo». Para Zafranski, la uniformidad del actual modelo de globalización presenta aspectos positivos como el hecho de que «los tiranos se sienten observados»⁶⁷. Además, el cosmopolitismo implícito en esa forma de «asimilación» no es «etnocéntrico» sino que está basado en la interacción de distintos agentes. Para Ulrich Beck, es un cosmopolitismo intercultural, ubicuo y transformativo⁶⁸ cuyo pluralismo en la agencia es una señal de la nueva idea de progreso.

En sentido contrario, y por volver a uno de los ejemplos más recurrentes (el islam), si la carencia de una homogeneidad cultural monolítica, esencial, étnica o religiosa es precisamente la principal característica tanto del proyecto europeo como de su ciudadanía entonces la incompatibilidad cultural (en sentido formativo) no es la de la población musulmana en Europa sino la de los partidos xenófobos europeos. Dicho de otra forma, una vez desmontada esa visión «externa» como gráficamente la llama la politóloga turca Seyla Benhabib⁶⁹, es el ideario nacionalista «interno» el que debería asimilar el significado de los valores de la propia UE: constitución, respeto de la diferencia, jurisprudencia en derechos humanos, Estado democrático de derecho, etc. como *Bildung*.

for recognition in the early 21st century» *Distinktion: Journal of Social Theory* 13, (1), 2012, pp. 5-19.

⁶⁵ KOSTAKOPOULOU, D., «Citizenship Goes Public: The Institutional Design of Anational Citizenship», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 17, núm. 3, 2009, pp. 275-306.

⁶⁶ Como correlato al «orientalismo», BURUMA, I., MARGALIT, A., *Occidentalismo. Breve historia del sentimiento antioccidental*, Barcelona: Península, 2005, p. 49 y ss.

⁶⁷ <https://ddooss.org/textos/entrevistas/entrevista-a-rudiger-safranski> Consulta de 7 de septiembre de 2022

⁶⁸ También el cosmopolitismo crítico de David Held trata de evitar los obstáculos del universalismo mal llamado «occidental» y del relativismo con expresiones tanto europeas como asiáticas de principios globales que consideran la perspectiva del otro. BECK, U., *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, Barcelona: Paidós, 2005, p. 17 y ss. DELANTY, G., «La imaginación cosmopolita», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 82-83, 2008, p. 43.

⁶⁹ Desde un cosmopolitismo entendido como unidad de ideales universalistas y a la vez, defensa de la diferencia. BENHABIB, S., *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires: Katz, 2006, p. 29.

4.2 Políticas públicas multiculturalistas: apunte sobre nueva literatura europea

De lo visto atrás cabe retener que la diferencia cultural viene expresada hoy de forma compleja, intersticial, contradictoria, híbrida no solo en relación con la evolución de las minorías nacionales, ni desde luego solo en el interior de los flujos migratorios (la diferencia cultural, de nuevo, no se predicaría de la totalidad, sino acaso de una parte), sino también en los modos de vida (y aquí en interesantes intersecciones con las dos primeras) y en los sistemas de valores. De nuevo, cabe recordar que del hecho de que una sociedad, un estado, la UE etc. sea multicultural no se deriva que deba regularse según la premisa multiculturalista (en una de las versiones más esquemáticas como coexistencia respetuosa pero «separada» de distintas culturas). El multiculturalismo no es la gestión «neutral», ni mucho menos «natural». También es injusto reducir el multiculturalismo a las versiones más convenientes para el mantenimiento de esta tripartición. Javier de Lucas desmontó con buenas razones la crítica del multiculturalismo (paradigmáticamente la de Giovanni Sartori) como lo inverso del pluralismo insistiendo en nociones como las de «ciudadanía inclusiva⁷⁰», en el propio pluralismo como elemento de legitimación de la legitimidad democrática o en las posibilidades (sometidas a crítica) de la ciudadanía posnacional⁷¹.

En España, un reciente estudio de la Fundación FAD ha desvelado datos enormemente preocupantes sobre la extensión del racismo entre jóvenes. Hoy, hay tres motivos principales de discriminación: origen étnico, sexo o género y orientación sexual. El 25% de jóvenes entre 15 y 29 años –la inmensa mayoría, varones– muestra actitudes racistas contra gitanos, africanos de origen subsahariano y marroquíes⁷² incluso cuando estos comparten estudios, vivienda o gustos (expresiones culturales como la música).

Si tradicionalmente se le habría criticado a la propuesta del multiculturalismo que o bien resulta «excesiva» (crítica al multiculturalismo como relativismo⁷³) o bien es «insuficiente», (crítica desde el más proactivo pluralismo intercultural), hoy podemos añadir que los defec-

⁷⁰ La insistencia en el pluralismo y en el significado de la igualdad como noción compleja desmiente también la imagen reductiva del multiculturalismo. «Se trata, pues, de discutir sobre las condiciones para negociar la participación igualitaria en el espacio público desde la pluralidad, sin que eso destruya la cohesión y la igualdad». DE LUCAS, J., *Globalización e identidades*, cit., p. 49.

⁷¹ DE LUCAS, J., «Identidad y Constitución Europea ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo», en De Lucas, J., (Coord.) *Europa: derechos, culturas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 123-149.

⁷² FAD: <https://www.fad.es/notas-de-prensa/crece-el-porcentaje-de-chicos-jovenes-15-a-29-anos-que-niega-la-violencia-de-genero-o-le-resta-importancia/> Consulta de 7 de noviembre de 2022.

⁷³ En clave de género, MALIK, M., «Progressive Multiculturalism: Minority Women and Cultural Diversity», *International Journal on Minority and Group Rights* 17, 2010, pp. 447-467.

tos de algunas versiones de este modelo se han evidenciado en expresiones culturales como la música, el cine y la literatura. No hace mucho, en Alemania (ejemplo de la multiculturalidad europea de finales del siglo xx) aún había concursos literarios para jóvenes turcos (nacidos en Alemania) distintos de los concursos para jóvenes alemanes y sin embargo, ¡en la literatura no hay fronteras! Herta Müller o Günter Grass influyen en un joven escritor turco como Orhan Pamuk igual que en uno alemán (de familia alemana). Como insistía Milan Kundera, la novela no tiene fronteras: Kafka, Cervantes o Rabelais comparten territorio. La tendencia actual del arte⁷⁴ y la literatura apunta a influencias y mestizajes, a hibridaciones y sentimientos compartidos de pertenencias que conforman una «estética» y una «poética» cosmopolita. En 2021, el jurado del Premio Goncourt –el mayor reconocimiento de las letras francesas– concede el galardón a Mohamed Mbougar Sarr, autor de origen senegalés de 31 años, por su novela *La plus secrète mémoire des hommes*, que a su vez está influida por el chileno Roberto Bolaño. Y es que para autores como Delanty la dimensión cultural del cosmopolitismo consiste ya en la creación y articulación de modelos comunicativos de apertura mundial en los cuales las sociedades experimentan la transformación⁷⁵. Como exponente de una teoría cultural postcolonial, de nuevo Homi K. Bhabha ha insistido en la noción de intersticio o en los «tiempos» culturales, «la creencia de que debemos no solo cambiar las narrativas de nuestras historias sino transformar nuestro sentido de lo que significa vivir, ser en espacios diferentes, tanto humanos como históricos⁷⁶». La realidad es que los seres humanos no permanecemos encerrados en el espacio donde resulta dominante uno de los rasgos de nuestra identidad (no actuamos como hijas, maridos, creyentes, estudiantes, etc. las veinticuatro horas del día): nos enamoramos sin planificarlo de alguien de otro color de piel, de otra religión o clase social, como vemos en *West Side Story* (un *Romeo y Julieta* moderno). A veces somos leves, otras hablamos con gravedad, unas nos sentimos cerca de la gente de nuestra generación, otras veces nos unen afinidades musicales cargadas de nostalgia, actuamos (como nos enseña la sociología dramática de Norbert Elias o Erwin Goffman) con muchas máscaras en múltiples escenarios.

El multiculturalismo entendido como yuxtaposición de individuos de tradiciones culturales distintas sin apenas comunicación entre ellos encaja mal con las tendencias globalizadoras pero también con experimentos de ciudadanía postnacional como la UE (laboratorio del cosmopolitismo, si se quiere así), con el aumento de las comunicaciones en el planeta y el carácter mundial de las principales amenazas de la humani-

⁷⁴ ALADRO VICO, E., PEDRO, J., *El blues en España. Hibridación y diversidad cultural desde los orígenes al auge de la escena madrileña*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

⁷⁵ DELANTY, G., «La imaginación cosmopolita», cit., p. 39.

⁷⁶ BHABHA, H. K., *El lugar de la cultura*, cit., p. 306.

dad: deterioro ambiental, dualización económica, pandemias mundiales, amenaza de destrucción nuclear. Desde el otro ángulo, los espacios políticos pluralistas tienen obligación de respetar la diferencia, pero ese respeto no es eficaz si se limita, según el presupuesto del liberalismo decimonónico, a no prohibir sino que requiere también «promover» la diversidad cultural por ejemplo adaptando espacios y horarios laborales, acomodando el derecho civil, combatiendo pedagógica y penalmente estereotipos negativos, estimulando la representación y la mediación en instituciones públicas, (escuelas, hospitales, bibliotecas, museos, etc.). Por ello, desde una posición intercultural se señala el riesgo de que en sus versiones de tono más liberal el multiculturalismo puede devenir en la práctica en mera coexistencia pacífica (cuando no benevolente) de distintos grupos en un mismo territorio y se le reprende que esa segmentación o conglomerado legal puede dar lugar a desiguales posiciones y recursos⁷⁷ y que por ello debe no abandonarse sino «superarse» en un modelo más deseable que vaya más allá de la simple coexistencia. Fenómenos recientes como la retromanía, la «racialización» identitaria o las «batallas culturales» exponen claramente que esa coexistencia está informada por el conflicto y a la vez por la ausencia de canales de solución racional. Ese modelo superador del multiculturalismo (pero que no puede sino explicarse «desde él») sigue siendo el modelo intercultural o interculturalismo.

4.3 Políticas públicas interculturalistas

Una parte de la discusión académica caracteriza las políticas interculturalistas como aquellas cuyo objetivo es superar el modelo multiculturalista poniendo el énfasis bien en un reconocimiento de derechos colectivos a las minorías culturales⁷⁸ tendente a lograr su representación política, económica y simbólica, bien situando al individuo como sujeto de derechos para desde los valores de libertad e igualdad comprender las diferencias, reconocerlas políticamente y tutelarlas jurídicamente⁷⁹, todo ello desde el pluralismo y una visión no esencializada de la(s) cultura(s) sino en equilibrio con la libertad individual. Para Ángeles Solanes, «el multiculturalismo confiere mayor importancia a la meta de reconocer la diversidad a través de la

⁷⁷ ZAMORA CABOT, F. J., «Europa entre las corrientes de la multiculturalidad: Incidencia del velo islámico en el Reino Unido», *Papeles El tiempo de los derechos*, 1, 2011. Sobre la imagen las «naves que se cruzan en la noche» SEN, A., «The Uses and Abuses of Multiculturalism», *The New Republic*, 9 de febrero de 2006.

⁷⁸ Vid., GARRIDO GÓMEZ, M. I., «Immigration as an engagement of collective human rights», *Papeles El tiempo de los derechos*, Huri-age, 2010. GHANESH, N., *Social Freedom in a Multicultural State: Towards a Theory of Intercultural Justice*, Houndmills, Basingstoke, 2010.

⁷⁹ SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, cit., p. 405, 430 y ss.

identificación de la diferencia, mientras que el interculturalismo se orienta a la construcción de mecanismos que permitan la integración» siendo lo relevante un ámbito de discusión pública sobre la participación de los sujetos implicados, el establecimiento de mecanismos de prevención de la conflictividad y una igualdad construida desde la transversalidad de género⁸⁰.

Si el contacto entre modos distintos de comprender el mundo da lugar a conflictos, es lógico que esos aumenten cuando las relaciones son más estrechas. El conocimiento no solo genera diálogo, sino a menudo crisis de sentido y competencia entre valores. Aquí no solo caben ejemplos extremos, así en las distintas visiones no solo sobre la titularidad de la tierra sino sobre el significado mismo de la idea de propiedad entre un estado posindustrial y una comunidad indígena, sino ejemplos cotidianos entre ciudadanos que divergen entre discursos y narrativas sobre la naturaleza, la sexualidad o el modelo de familia. Como señalamos atrás la ambivalente idea de diversidad puede incluir no solo religiones o lenguas sino valores alternativos en conflicto con tendencias y procesos de homogeneización (por ejemplo de tipo mercantil). La conflictividad no es algo necesariamente negativo, a menudo es una señal del correcto funcionamiento de las instituciones. El derecho debe estimular el conflicto para reconducirlo a la resolución por cauces jurídicos. Aquí entre otros retos actuales podríamos señalar el de los ilícitos culturalmente motivados cuando las conductas delictivas se caracterizan porque sus autores actúan movidos por convicciones culturales (aquí cultura como tradición). Es el caso de los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina o las relaciones sexuales mantenidas con el consentimiento de menores de 16 años, todos estos hechos deben ser prevenidos y requieren la intervención penal, sin embargo, a la hora de exigir responsabilidad penal (el castigo) a sus autores podría considerarse en un primer momento la influencia de la motivación cultural⁸¹. Otro ámbito sensible es el educativo donde junto a la sensibilidad intercultural en términos de discurso deben prevenirse las tendencias segregacionistas que ahondan en la desigualdad dado que es uno de los vectores más potentes de integración⁸²: otro ejemplo que avala la

⁸⁰ Efectivamente, el término «interculturalismo» alude a un paradigma de interacciones y solapamientos distinto del multiculturalismo que se propone eludir la desigualdad de posiciones materiales y simbólicas, y sobre todo la falta de comunicación de distintas culturas. *Ibid.*, p.114.

⁸¹ *Vid.*, CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho penal y diversidad cultural: los comportamientos culturalmente*. Tesis doctoral dirigida por Patricia Laurenzo Copello (dir. tes.), Universidad de Málaga, 2017.

⁸² TRIVIÑO GARCÍA, M. A., GONZÁLEZ-FALCÓN I., (coord.). «Atención a la diversidad cultural en el contexto educativo: Claves y aportaciones para la escuela inclusiva», *Migraciones. Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, (54), 2021, pp. 1-3. ALEGRE, M. A., SUBIRATS, J. (eds.) *Educación e inmigración. Nuevos retos para España en una perspectiva comparada*, Centro de Estudios Sociológicos, 2007, p. 61 y ss. GARCÍA CÍVICO, J., «Indicadores de integración social del inmigrante: el derecho a la educación», *Integración y derechos: a la búsqueda de*

idea, expresada entre otras por Isabel Garrido de que la interculturalidad refiere un ambicioso y complejo modelo de gestión⁸³. La consideración cultural en los menús de lugares públicos como hospitales o colegios o la experiencia de espacios multiconfesionales (lugares de culto, cementerios, etc.) donde están presentes distintas religiones, así las monoteístas judaísmo, cristianismo e islam, son ejemplos de políticas interculturales⁸⁴. Aquí, no solo la secularización sino el principio de laicidad es la condición de posibilidad de la convivencia de distintas religiones, agnosticismos, ateísmos y otros tipos de espiritualidad (piénsese en ateos enterrados con ritos funerarios católicos). El reconocimiento del derecho a la diferencia es un corolario, una traducción si se quiere, del principio de igualdad y una propuesta en orden a una integración social abierta a la pluralidad. En este punto, hoy se ha hecho más relevante si cabe la conocida tipología desarrollada por Nancy Fraser⁸⁵ y otros autores bajo la cual podemos decir que las minorías culturales presentan problemas tanto de redistribución (económicos) y de representación (políticos) como de reconocimiento y que no hay cohesión social si una parte de la población se siente excluida en cualquier de esos ámbitos. Desde un plano normativo, el compromiso de la UE con el respeto a la diversidad cultural resulta también afín a la propuesta intercultural que se caracteriza por promover una sociedad democrática abierta y plural y en el plano jurídico por adoptar políticas públicas basadas en el reconocimiento de derechos individuales y colectivos respetando o mejor «valorando» la diversidad cultural. Aunque no estaba previsto en los textos fundacionales, la UE es hoy, al menos para una significativa parte de la población mundial, una referencia cultural. Lo es, sobre todo, en

indicadores / Javier de Lucas Martín (ed. lit.), María José Añón Roig (ed. lit.), Barcelona: Icaria, 2013, pp. 37-66.

⁸³ Como diseño de espacios de convergencia e instituciones públicas sensibles a las diferencias. GARRIDO GÓMEZ, M. I., «El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales», en PÉREZ DE LA FUENTE, O., P., *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Madrid: Dykinson, 2008, p. 114 y ss.

⁸⁴ Vid., SOLANES CORELLA, A., MORA CASTRO, A., *Políticas públicas, interculturalidad y convivencia. Las políticas de integración en Madrid, Barcelona, Valencia y Zaragoza*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

⁸⁵ FRASER, N., «La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación», Fraser, N., Honneth A. (eds.), *¿Redistribución y reconocimiento? Un debate filosófico-político*, trad. P. Manzano, Madrid: Morata-Fundación Paideia, 2006, p. 33. BUTLER, J., FRASER, N., *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, Madrid: Traficantes de Sueños, 2017. Ángeles Solanes ha partido de las «3R» en su análisis de los retos de la diversidad cultural en el espacio público, SOLANES CORELLA, A., *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, cit. María José Añón ha señalado como muchas formas de reconocimiento pueden ser precisamente interpretadas no como obstáculos para la autorrealización sino como vulneración de la justicia social, AÑÓN, M.ª J., «El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectivas y alcance», en *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, coord. Cristina García Pascual, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 19-75.

ese aspecto de la tradición aunque también debería serlo si atendemos a la cultura en el sentido formativo como propuesta de construcción de un modelo jurídico, cívico y político. La imagen de la UE como «refugio cultural» en sentido formativo (*Bildung*) resulta fundamental para la creación de expresiones culturales (poéticas, musicales, etc.) que provienen justamente del mundo árabe y musulmán. Frente a la esencialización, el espacio intercultural está lleno de matices y zonas «en construcción». Eso es lo que percibimos a través de las conmovedoras páginas de *El que es digno de ser amado*, la novela del escritor marroquí Abdelá Taia Salé. Sabemos lo que significa Europa como inmensa «habitación propia» (con todo el eco de Virginia Woolf) para un el escritor homosexual de origen humilde que comenzó a escribir en París y que abogará por la despenalización de la homosexualidad mientras autores «occidentales» como Paul Bowles, Tennessee Williams o Jack Kerouac la daban por supuesta y apenas (a diferencia de Juan Goytisolo) hicieron nada por mejorar la vida y los derechos de los ciudadanos marroquíes. La estela de su orientalismo y una cierta e incorrecta «depravación anglosajona» (el placer de lo prohibido en una suerte de paraíso primitivo, animal) como estilemas literarios caen de lado de lo que el crítico cultural Edward Said denunció en su *Imperialismo*: otra tradición cultural, británica, en este caso.

En España, el reto de la diversidad cultural debería recaer, por gravedad y urgencia de la exclusión, no tanto en la diversidad regional, sino la representación local y la valoración de la población marroquí y subsahariana, así como la integración de la minoría gitana que sigue padeciendo una fuerte estigmatización y está escasamente representada en planos como el académico, el administrativo, el empresarial o el político⁸⁶.

El modelo intercultural parece la forma más deseable de convivencia por ser enriquecedora en términos de diversidad y refractaria a la exclusión (directa e indirecta, formal y de hecho). Es un modelo cuyas instituciones son dúctiles, heterogéneas, representativas de la pluralidad y están familiarizadas con medidas comunicativas, promocionales o preventivas sensibles a la diferencia (entre otras, diálogo, mediación, acomodo razonable, atenuantes culturales⁸⁷).

⁸⁶ Aquí hay retos concretos, como las consecuencias legales y la protección de cónyuges, viudos, etc. en las bodas gitanas, la representación política o el reconocimiento simbólico en atención a una larga historia de persecución. GARCÍA CÍVICO, J., «Haciendo desigualdad de la diferencia: meritocracia y derecho a la identidad cultural. A propósito de la posición del pueblo gitano.», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 19, 2009, pp. 1-23. PÉREZ DE LA FUENTE, O., P., «Identidad, pluralismo y racismo. Algunos límites infranqueables para el discurso de la diferencia» en *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, cit., p. 145 y ss.

⁸⁷ Vid., RUIZ VIEYTEZ, E.; «Acomodo razonable y diversidad cultural: valoración y crítica», *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, Solanes, A. (ed.), Colección DDHH, vol. 18, Universitat de València, 2010, pp. 65-103. GARCÍA CÍVICO, J., «La Unión Europea y la implementación efectiva de los relacionados con la diversidad cultural: entre dos modelos de construcción política y ciudadanía», *Revis-*

5. CONCLUSIONES

La diversidad cultural no se agota hoy en las diferencias lingüísticas y religiosas y desde luego no se identifica con la diversidad étnica en el viejo sentido racial. Las primeras parecen difuminarse ante la aceptación pragmática (con sus ventajas y desventajas) de la extensión de unas pocas lenguas de alcance general, las segundas (las religiosas) se diluyen en lo que algunos teólogos y antropólogos llaman «metamorfosis de Dios», una reconsideración de la espiritualidad en clave de subjetivación (de acomodo individual frente a dogmas de alcance colectivo). Es probable que en las próximas décadas ni la lengua, ni la religión sean relevantes al hablar de diversidad cultural, al menos si abandonamos una concepción de lo cultural básicamente etnográfica. El campo de lo cultural se abre a valores, conciencias éticas de la existencia o visiones sustantivas del mundo y es posible que esa diversidad exprese la diferencia cultural mejor que la pigmentación de la piel (emociones constantes sobre el futuro y el planeta, formas de socialización solidarias y no individualistas⁸⁸). El nuevo auge del discurso anticolonial, las llamadas «batallas culturales» o epifenómenos de una nueva sensibilidad como la llamada «cultura de la cancelación» pueden enfocarse como desafíos actuales de la representación intercultural abordables desde los modelos de gestión de la diversidad cultural que tienen en la lucha contra la discriminación y la exclusión la bandera de su irrefragable legitimidad, al igual que las políticas identitaristas que ocuparon la agenda de la izquierda en detrimento de la lucha por la igualdad socioeconómica, un fenómeno reconducible al debate entre reconocimiento y redistribución que afecta a la política cultural. Modelos «altermundistas», colectivos resistentes que tratan de hacer frente al acrítico avance de las nuevas tecnologías de la comunicación (y a la extensión de una «mentalidad tecnofílica»: respuestas ante la aceleración de la historia⁸⁹, alternativas a la visión dominante de progreso, digitalización y desmaterialización objetual⁹⁰) podrían ampararse en el ámbito de la diversidad cultural.

Hemos revisado conceptos como los de diversidad para señalar algunos inconvenientes de su aceptación acrítica (su lectura román-

ta telemática de filosofía del derecho, núm. 17, 2014, pp. 5-34. Id., «¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?», *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 17, 2013, pp. 97-138. Id., «La medición de la integración social de los inmigrantes a través de un sistema de indicadores coherentes con la noción de ciudadanía inclusiva», *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 12, 2010, pp.73-112.

⁸⁸ FISCHER, M., *Realismo capitalista*, cit., p. 139 y ss.

⁸⁹ AUGÉ, M., «Lo cercano y el afuera», *Los no lugares*, cit., p. 33.

⁹⁰ Como respuesta a poderes hegemónicos o la información que determina el mundo donde vivimos CHUL-HAN, B., *No cosas. Quiebras del mundo de hoy*, trad. Joaquín Chamorro, Madrid: Taurus, 2021.

tica, idealizada, el «adanismo» emotivo y otros). No hemos detenido en la posibilidad de que su éxito retórico derive del hecho de tratarse de una categoría «importada» al decir del crítico cultural británico Terry Eagleton, del lenguaje comercial –de la segmentación en el ámbito del consumo– que podría estar socavando la unidad y el consenso de tono universalista cuando la diversidad se entiende como atributo de la oferta en el capitalismo y cuando los efectos se observan justamente en campos donde el consenso es imprescindible para la movilización social y para la agenda política universalista que podría limitarlo⁹¹.

Se han distinguido dos acepciones de cultura, la etnológica (cultura como tradición o *Kultur*) y la formativa (*Bildung*), en la confianza en que esta distinción resulte operativa en cuestiones propias de la diversidad cultural como la distinción entre el modelo neoliberal de globalización y el universalismo cosmopolita crítico. Con todo, no es difícil constatar que carecemos de una comprensión profunda del alcance de la confusión que domina el ámbito de la cultura. La continuidad de dos acepciones antitéticas (la cultura como tradición, la cultura como formación) debe estar sujeta a una reflexión crítica en términos no solo jurídicos, sino morales y políticos.

En lo que toca al tercer término, la identidad, en el siglo XXI, las sociedades parecen caracterizarse por pertenencias múltiples, abiertas y dinámicas, tanto internas como externas, tanto estatales como foráneas. Se ha recordado cómo el proceso de desaparición de las «culturas» en un sentido esencialista o «fuerte» no es lo mismo que la desaparición de los pueblos, una alarma de la antropología ante el temor de devenir en «entropología»: ciencia de la entropía y la extinción. En las heterogéneas sociedades contemporáneas el conflicto cultural no existe tanto entre «culturas» sino que se da dentro del grupo, esto es en el interior de una misma tradición «viva». Esto sucede así porque ni las culturas ni las sociedades deben concebirse de una manera estática sino que deben ser abordadas desde su dinamismo: las culturas surgen como síntesis originales distintas unas de las otras y si en el pasado resultan del aislamiento (que preservaba las diferencias) las más de las veces surgen de relaciones, interacciones y comunicaciones derivadas de contactos. La gestión de la diversidad parte del estado de estas relaciones (no necesariamente de cooperación) sin que puedan ser entendidas como «productos puros»⁹². La

⁹¹ EAGLETON, T., *Cultura*, cit., p. 48.

⁹² En muchas ocasiones, la estrategia culturalista resultará menos eficaz en términos de derechos humanos no solo porque suscita un peligroso rechazo en sectores reaccionarios de la sociedad sensibles al populismo de líderes sin escrúpulos sino porque no se han desarrollado los mecanismos de justicia en ese terreno. He tratado esta cuestión en GARCÍA CÍVICO, J., «El ocaso del otro como episodio cultural: el curso antropológico de la alteridad», *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, núm. 22, 2019, pp. 51-81. Sobre la nostalgia de lo esencial en términos culturales y la entropía en antropología, *vid.*

pérdida de la centralidad de «lo cultural» como rasgo diferencial frente a la vulnerabilidad⁹³, puede encontrar un precedente en la concepción unitaria de la especie humana y la desaparición del discurso en torno a las «razas». Sobre la gestión de la diversidad cultural, hemos recordado lugares comunes que siguen siendo válidos, así que la diversidad cultural es un hecho de la mayoría de los estados y un fenómeno más amplio que el de la inmigración o que la configuración jurídica del espacio público nunca es neutra. En el núcleo de las demandas de minorías culturales (nacionales o provenientes de la inmigración) siguen siendo prioritarias las soluciones que en el campo jurídico y político defienden la representación pública (no solo parlamentaria), la autonomía, la descentralización de competencias o el acceso equitativo a recursos.

Sobre las aporías actuales de los tres modelos (asimilacionista, multiculturalista e interculturalista) hemos señalado novedades que sugieren reconsiderar su normatividad. Por ejemplo, en relación con el asimilacionismo se apuntan ambivalencias en clave no solo del feminismo o del cosmopolitismo crítico sino de la psicología evolutiva capaz de aprehender antropológicamente el significado de los derechos subjetivos desde un pensamiento analítico (Henrich) y la extensión de esa propuesta de código normativo universal que resulta el cuadro de los derechos humanos. Una vez definidos estos como hito cultural (en el sentido artificial propio de la acepción formativa de cultura), su conjunción con el principio de igualdad hace que no solo no pueda haber discriminaciones en función de religión o de la identidad cultural en un sentido descriptivo y etnológico, (*Kultur*), sino tampoco en lo que refiere a planes de vida sustanciales derivados de cosmovisiones no religiosas, alternativas, «subculturales», etc. Nos hemos apoyado en la literatura y en otras expresiones culturales significativas como reflejo amplio esas iden-

LÉVI-STRAUSS, C., *Raza y cultura*, cit. 71-72. STEINER, G., «El último jardín», en *Nostalgia de lo absoluto*, Madrid: Siruela, 2016, p. 78. Sobre el fin del relato de cierre (el final de la fantasía de un mundo fundado una vez y para siempre) y el nuevo objeto antropológico también AUGÉ, M., «El lugar antropológico», *Los no lugares*, cit., p. 51.

⁹³ Sobre la vulnerabilidad como condición humana, *vid.*, MORONDO TARAMUNDI, D., «¿Un nuevo paradigma? La vulnerabilidad entre la condición humana y la situación de indefensión», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, p. 210 y ss. RIBOTTA, S., «Vulnerabilidad y pobreza: sobre el concepto de vulnerabilidad socio-estructural», *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, pp. 36-46. FINEMAN, M. A.; «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», en FINEMAN, M. A., GREAR, A. (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2013, pp. 13-27. SINIENSKY, R. I., «From the Non-discrimination clause to the concept of vulnerability in International Human Rights Law-Advancing on the Need for Special Protection of Certain Groups and Individuals», en HAECK, Y., MCGONIGLE LEYH, B., BURBANO-HERRERA, C., D. CONTRERAS-GARDUÑO (eds.); *The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice. Studies in Honour of Leo Zwaak*. Cambridge/Antwerp: Intersectia, 2014, pp. 259-272.

tidades que K. Bhabha situaba en los intersticios y que desmontan viejos prejuicios en términos de «choque cultural». La *Weltliteratur*, acuñada por Goethe, también ayuda a entender el sentido de lo particular en su relación con lo universal. Tal literatura universal, al no reducirse ni a una lengua ni a un solo país, ni siquiera a un solo continente opera por acumulación: no elimina las diferencias, sino que las expresa.

La interculturalidad es un modelo difuso (quizás aquejado de cierto voluntarismo) que en sus caracterizaciones más concretas definidas por la convergencia y una interacción entre grupos con diferencias culturales significativas parece más deseable que el dibujo (es cierto que esquemático) de la yuxtaposición. Hemos analizado brevemente otros conceptos y ofrecido argumentos a favor del modelo de gestión intercultural como opción normativa. El ideal que resulta de estas consideraciones permite la introducción de herramientas de igualdad material como la técnica de origen jurisprudencial del «acomodo razonable», la educación pública universal o una revisión de la función punitiva en los crímenes culturalmente motivados. Tal línea no solo parece más deseable moralmente sino que presenta mejor encaje en un paradigma en el que el estado no se asume ya como comunidad etnocultural sino como proyecto estrictamente político, consciente, como la propia UE, de su artificialidad.

En lo que toca a los últimos matices: nuestra preferencia por el modelo intercultural «revisado» no es relativista en términos culturales. Hay distintas formas de comprender y estar en el mundo. Hay o debería haber también formas de vida «alternativas»: las celebró anticipada (y un tanto ingenuamente Stuart Mill en su clásico *Sobre la libertad*: formas de vida legítimas siempre que no hagan daño a los demás). Acudiendo a distintas disciplinas (la psicología, la antropología o la crítica literaria) nos hemos posicionado en una suerte de cosmopolitismo crítico por el cual mantener que la tortura es terrible si se da en un cárcel inglesa pero matizable si se produce en Egipto es una aberración moral, o que imaginar que el trabajo infantil es inadmisibles en Barcelona pero no en Nigeria es «racismo de manual», lo mismo en relación con el maltrato a la mujer: no es admisible bajo ninguna excusa cultural⁹⁴. Frente a los excesos emotivistas, las batallas cultu-

⁹⁴ La violación es un crimen en cualquier lugar del mundo donde esta se produzca: «Solo un racista puede creer que sea correcto asesinar en Borneo pero no en Brighton». No hay nada «elitista» o «jerárquico» en sostener que una opiniones son mejores que otras. Estamos de acuerdo con el crítico cultural Terry Eagleton cuando escribe que el relativismo cultural implica la cínica posibilidad de que ni siquiera el sangriento colonialismo británico pudiera ser criticado fuera de una perspectiva local. EAGLETON, T., *Cultura*, cit. De forma más general, Axel Honneth ha insistido en distintos lugares en que es posible una definición del bien para el ser humano, esto es, que la pregunta por la justicia solamente se deja responder de modo adecuado si hacemos antes un cuadro del bien humano, aunque sea muy abstracto o quizás muy elemental o frágil. «No comparto la posición escéptica de muchos, sobre si un cuadro

rales o la segmentación identitaria, un reto de los estados actuales es evitar la fragmentación del cuerpo social, combatir la desigualdad (la dualización económica) y lograr la suficiente cohesión social con una opinión pública bien informada y vías de comunicación que posibiliten el consenso sobre problemas que afectan a la humanidad como protagonista de una civilización universal.

acerca del bien humano o del bien universal sea realmente justificable sin que se privilegien determinadas culturas o ideas». CORTÉS RODAS, F., «Reconocimiento y justicia Entrevista con Axel Honneth», *Estudios Políticos*, núm., 27, Medellín, julio-diciembre 2005, pp. 9-26, p. 14.

El vínculo entre libertad política y trabajo de la Revolución Francesa a 1848

The link between political liberty and work from the French Revolution to 1848

Por PABLO SCOTTO
Universidad de Barcelona

*La verdadera cuestión es esta:
el trabajo no puede ser una ley
sin ser un derecho,*

Victor Hugo, *Los miserables* (1862)

RESUMEN

En la Revolución Francesa, la extensión del ideal de una comunidad política de ciudadanos libres e iguales va acompañada de una nueva concepción del trabajo. El trabajo se convierte en el principal medio de integración social, sea a través del esfuerzo individual que conduce a la propiedad, sea a través de la asistencia a los pobres. Esta transición de una sociedad feudal a otra basada en la libertad de trabajo y el Estado asistencial sienta las bases para el surgimiento de la noción del derecho al trabajo. En 1848, este derecho es entendido inicialmente como condición indispensable para el disfrute de cualesquiera otros derechos, pero la marcha descendente de la Revolución acaba provocando su expulsión de la Constitución. La importancia de este recorrido histórico reside en que nos ayuda a entender mejor el significado del derecho al trabajo en el constitucionalismo contemporáneo. Nos permite comprender que, a pesar de su imposible configuración como derecho subjetivo, su reconocimiento jurídico no es un brindis al sol, sino un

recordatorio del vínculo existente, en toda sociedad democrática, entre la libertad política y las actividades productivas.

Palabras clave: derecho al trabajo, derecho a trabajar, deber de trabajar, derecho a la asistencia, historia conceptual, historia del socialismo.

ABSTRACT

In the French Revolution, the extension of the ideal of a political community of free and equal citizens goes hand in hand with a new conception of work. Work becomes the main means of social integration, whether through individual effort leading to property or through assistance to the poor. This transition from a feudal society to one based on freedom of occupation and social protection lays the foundation for the emergence of the notion of the right to work. In 1848, this right is initially understood as an indispensable condition for the enjoyment of any other rights, but the downward march of the Revolution finally leads to its removal from the Constitution. This historical overview is important because it helps us to better understand the meaning of the right to work in contemporary constitutionalism. To realise that, despite its impossible configuration as an individual right, its legal recognition is not a pointless gesture, but a reminder of the existing nexus, in any democratic society, between political freedom and productive activities.

Keywords: right to work, freedom to choose an occupation, duty to work, right to assistance, conceptual history, history of socialism.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. SIEYES: LA NACIÓN FUNDADA EN EL TRABAJO ÚTIL. – 3. LIBERTAD DE TRABAJO Y DERECHO A LA ASISTENCIA. – 4. ROBESPIERRE Y BABEUF: EL DERECHO DE TODOS A LA EXISTENCIA. – 5. EL DERECHO AL TRABAJO DE FOURIER EN ADELANTE. – 6. EL DERECHO AL TRABAJO EN 1848. – 7. UN VÍNCULO PERSISTENTE.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. SIEYES: THE NATION BASED ON USEFUL LABOUR. – 3. FREEDOM TO CHOOSE AN OCCUPATION AND RIGHT TO ASSISTANCE. – 4. ROBESPIERRE AND BABEUF: THE RIGHT OF ALL TO EXISTENCE. – 5. THE RIGHT TO WORK FROM FOURIER ONWARDS. – 6. THE RIGHT TO WORK IN 1848. – 7. A PERSISTENT LINK.

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de que existe un profundo nexo entre libertad política y trabajo es una de las bases sobre las que está construido el

constitucionalismo contemporáneo. En pocos lugares está expresado con tanta claridad este vínculo como en los primeros artículos de la Constitución italiana. «Italia es una República democrática, fundada en el trabajo», se dice en el artículo 1. «La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho», se afirma en el artículo 4. El trabajo es, por un lado, la base sobre la que se sostiene la comunidad política y, en tal medida, todo individuo tiene el deber de hacer su contribución a la prosperidad común. Pero, al mismo tiempo, esa comunidad política es una República democrática, una comunidad de ciudadanos libres e iguales y, en tal medida, el trabajo sobre el que se funda la República no puede ser una mera carga, sino que debe ser un trabajo realizado en condiciones dignas, un instrumento para hacer efectivos todos los demás derechos. Esta doble condición del trabajo, como deber y como derecho, está recogida también –aunque sea de forma más sintética– en muchas otras constituciones del mundo, incluida la Constitución española: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo», dice el artículo 35 de nuestra carta magna.

No resulta sencillo determinar en qué consiste el deber jurídico de trabajar. Ha de ser un deber compatible con el derecho de propiedad (reconocido en el artículo 38), con la libertad profesional (reconocida en el mismo artículo 35) y, por supuesto, con la prohibición del trabajo forzoso (artículo 25). Ha de ser compatible, en definitiva, con una sociedad en la que los individuos no pueden ser forzados por el Estado a trabajar, en la que todos pueden dedicarse a la profesión que deseen y en la que se reconoce a los propietarios el derecho a vivir de sus rentas. Es por esta razón que buena parte de la doctrina considera que no estamos ante una genuina obligación jurídica, sino más bien ante el reconocimiento de un deber moral¹. El deber jurídico de trabajar no sería propio de sociedades basadas en la libertad de mercado. Sin embargo, y como veremos enseguida, el énfasis en el deber de trabajar no es solamente propio del socialismo autoritario del siglo XX, sino que desempeña un papel central, también, en los orígenes de la época contemporánea. En efecto, el cumplimiento de este deber llega a ser concebido por revolucionarios como Sieyès como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos políticos. No es esta, sin embargo, la interpretación que cabe hacer del deber de trabajar en la actualidad. Resulta claro que el problema del rentismo debe abordarse hoy desde otra perspectiva², no condicionando retóricamente y estérilmente el disfrute de la condición de ciudadano al deber

¹ Véase, por ejemplo: RUBIO LLORENTE, F.; «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 2001, pp. 30-31. En un sentido contrario, véase: MANCINI, G. F.; «Dovere e libertà di lavorare», *Politica del Diritto*, 5, 1974, pp. 576-578.

² Por ejemplo, a partir de la conocida predicción de Keynes de la «eutanasia del rentista»: KEYNES, J. M.; *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 330-331.

jurídico de trabajar. Como dice Alarcón Caracuel, «resulta en todo caso algo infantil pretender corregir la injusticia básica de un sistema que permite a determinada categoría de ciudadanos vivir de la renta mediante la exigencia del deber de trabajar³».

El problema principal que suscita hoy el deber fundamental de trabajar es otro, que curiosamente está muy presente también en la Revolución Francesa: su posible utilización en clave disciplinaria, como sanción constitucional de las políticas asistenciales basadas en el paradigma del *workfare*. Una vía que, sin entrar en otras consideraciones, parece claro que lleva implícita una incoherencia, consistente en exaltar el amor al trabajo cuando el foco se pone en quienes están en los márgenes y en permitir y hasta favorecer la ociosidad cuando se trata de quienes más tienen. En cualquier caso, me parece que ser conscientes de este riesgo no debería llevarnos a negar todo sentido jurídico al deber de trabajar. Este deber, que idealmente consistiría en la prohibición de vivir de la explotación del trabajo ajeno, bien puede ser asumido por el constitucionalismo contemporáneo como el más modesto deber que tienen los ciudadanos de contribuir al desarrollo de la comunidad de la que forman parte.

Ahora bien: en lugar de contraponerlo simplemente al derecho al descanso (artículo 40) o al derecho al ocio, resulta a mi juicio mucho más interesante comprender que su inserción en la Constitución otorga una dimensión pública a un deber social que todos o casi todos –en la medida en que necesitamos trabajar para poder ganarnos la vida– vivimos de forma individual y privada. Al trabajar obtenemos los medios económicos para cubrir nuestras necesidades y las de los nuestros, y al trabajar (si lo hacemos por cuenta ajena) generamos beneficios para quienes nos emplean, pero también contribuimos, al mismo tiempo, al progreso de la sociedad⁴, y en tal medida el deber de trabajar reconocido en el artículo 35 desempeña una importante función política, a saber, la de sancionar un deber de solidaridad social. Tal es el sentido, a mi juicio, que cabe atribuir al reconocimiento constitucional del deber de trabajar.

Nuestra norma fundamental dice, además, que el trabajo no es solamente un deber, sino también un derecho. ¿Significa esto que podemos reclamar, como individuos, el derecho subjetivo a tener un empleo? Es evidente que no. Lo que este precepto nos recuerda es –de nuevo– que la esfera productiva no es un ámbito ajeno a los asuntos de la ciudad. Que el trabajo, o más precisamente un trabajo que permita obtener con seguridad los medios para vivir dignamente, es un criterio para medir la igualdad de hecho de los ciudadanos y, por tanto, la democracia o la ausencia de democracia en nuestra comunidad política. Que la falta de

³ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *Revista de Política Social*, 121, 1979, p. 38.

⁴ Sobre el carácter bifacético del trabajo, véase: MARX, K.; *El Capital. Crítica de la Economía Política*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 8-14.

trabajo, pero también la existencia de trabajos explotadores y precarios, que agotan las fuerzas de quien los realiza, son señales de una falta de libertad política. Y que es un deber de las instituciones públicas remover estos obstáculos, que impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política y económica del país. Por decirlo nuevamente en palabras de Alarcón Caracuel: «la batalla por dotar de una verdadera eficacia al derecho al trabajo no pasa por intentar forzar su inclusión dentro de determinadas categorías jurídicas tradicionales, operación seguramente destinada al fracaso, sino por hacer explícito el redimensionamiento de las relaciones ciudadanos-poderes públicos que la inclusión de ese derecho, como el de los restantes derechos económicos y sociales, en los textos constitucionales ha supuesto⁵».

El objetivo de este artículo es explicar someramente los orígenes de este derecho-deber al trabajo, cuya función es permitir a todos los ciudadanos formar realmente parte y participar activamente en su comunidad política. Para ello, haremos un breve recorrido a través del período que va de la Revolución Francesa, momento en el que surge la figura del ciudadano-trabajador, a la Revolución de 1848, cuando la lucha por la democracia se extiende a la esfera económica y los trabajadores aspiran a ser tratados como ciudadanos también en la fábrica.

2. SIEYES: LA NACIÓN FUNDADA EN EL TRABAJO ÚTIL

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-Etat?*, escrito por Emmanuel Joseph Sieyes⁶. Afirma allí que los trabajos particulares (agricultura, manufactura, comercio y prestación de servicios) y las funciones públicas (ejército, sistema judicial, iglesia y administración) son todo lo que se necesita para que una nación subsista y prospere⁷. Tales trabajos, que sostienen la sociedad, recaen en su inmensa mayoría sobre el tercer estado, que sin embargo carece de toda capacidad de influencia en el orden político. Al mismo tiempo, los ociosos privilegiados, sin contribuir en nada a la prosperidad común, copan los mejores puestos de la función pública. No son más que las cadenas que oprimen a un hombre fuerte y robusto, dice Sieyes⁸. Según el abate, ha llegado el momento de poner fin a esta falta de correspondencia entre lo económico y lo político. En la medida en que el pueblo llano realiza todos los

⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R.; *op. cit.*, p. 21.

⁶ Sobre la grafía de Sieyes, véase: SCOTTO, P.; «Economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyes», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 37, 2021, p. 436.

⁷ SIEYES, E. J.; *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, Ginebra, Librairie Droz, 1970, pp. 121-122.

⁸ *Ibidem*, p. 124.

trabajos realmente útiles, siendo los privilegiados nada más que una carga para la sociedad, el tercer estado está legitimado para constituirse en una nueva nación. Los privilegiados –a no ser que abandonen sus prerrogativas y contribuyan con su trabajo a la prosperidad común– deben quedar excluidos del nuevo pacto social⁹.

Junto a esta crítica radical al privilegio de los nobles, hay en el panfleto otra crítica, más velada, referida a los privilegios en el seno del tercer estado, y en particular a los privilegios gremiales¹⁰. Para Sieyes, los gremios refuerzan los intereses de parte y dividen peligrosamente al tercer estado¹¹. Frente a estas divisiones, su ideal político 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 sociedad¹²–, y a la que solo deben tener acceso las «clases disponibles» del tercer estado, es decir, aquellos que gracias a su esfuerzo se han convertido en propietarios¹³.

En definitiva: 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, su idea de trabajo útil es inseparable de un proyecto social en el que, eliminadas las corporaciones de oficios, todos tienen la posibilidad de esforzarse, prosperar y convertirse, en fin, en ciudadanos políticamente activos.

3. LIBERTAD DE TRABAJO Y DERECHO A LA ASISTENCIA

La crítica de Sieyes a las corporaciones de artes y oficios bebe de los fisiócratas y de Anne Robert Jacques Turgot, que habían sostenido una larga batalla contra las mismas en las décadas precedentes. Como es bien sabido, este último suprime los gremios en 1776 en nombre del derecho a trabajar¹⁴, decisión muy contestada que acaba provocando su cese, ese mismo año, como controlador general de las finanzas del reino. En cualquier caso, este fracaso allana el camino para la supresión de los gremios durante la Revolución Francesa. Esta se pro-

⁹ *Ibidem*, p. 218.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 130-131.

¹¹ *Ibidem*, pp. 207-208.

¹² *Ibidem*, pp. 208-209.

¹³ *Ibidem*, pp. 143-144.

¹⁴ TURGOT, A. R. J.; *Œuvres de Turgot et documents le concernant*, tomo V, 1923, París, Librairie Félix Alcan, pp. 242-243.

duce en marzo de 1791, por medio del decreto de Allarde¹⁵, de nuevo en nombre del *droit de travailler*¹⁶.

Ante el aumento de los pobres válidos sin trabajo, los revolucionarios discuten también sobre la forma de asistirlos. El derecho a la asistencia a través del trabajo es recogido tanto en la Constitución de 1791 como en la de 1793 (aunque se exprese, en ambos casos, no como un derecho, sino como el deber de la sociedad de asistir). Este *droit aux secours* resulta inseparable de la nueva importancia que se asigna en la época al *droit de travailler*. En primer lugar, los individuos tienen el derecho-deber de ganarse la vida a través del trabajo. Pueden hacerlo, desde el momento en que se suprimen las corporaciones de oficios, en igualdad de condiciones con respecto a cualquier otro ciudadano. Solamente en caso de necesidad tienen derecho a la asistencia pública, acompañado, de nuevo, del deber de trabajar. Este último es un deber jurídico en el más estricto sentido de la expresión: en la Revolución, la asistencia a los pobres va ligada a la represión de la mendicidad. El derecho universal a la subsistencia se concreta, así, en dos derechos distintos: primero, el derecho a trabajar, la libertad de trabajo, que se concibe entonces como el instrumento más potente de integración y bienestar social; de forma subsidiaria, el derecho a la asistencia a través del trabajo.

El trabajo libre sustituye al trabajo privilegiado del Antiguo Régimen, al tiempo que el trabajo asistencial sustituye a la limosna. Estas dos transformaciones son consecuencia de un cambio más general, del que ya hemos hablado a propósito del panfleto de Sieyès: el trabajo útil sustituye al estatus u honor social como principio ordenador de la comunidad, convirtiéndose en el origen, el cemento y el objetivo del pacto social. De acuerdo con la nueva ontología social, la sociedad está basada en el trabajo, el trabajo conduce a la propiedad y es la propiedad basada en el trabajo la que faculta a los hombres a participar en la cosa pública.

4. ROBESPIERRE Y BABEUF: EL DERECHO DE TODOS A LA EXISTENCIA

La mayoría de los revolucionarios conciben el derecho a la asistencia a través del trabajo como una ayuda focalizada en la población más pobre, no como un derecho universal: es la forma de asegurar la subsistencia a quienes no están en grado de realizar por sí mismos el derecho-deber a integrarse en la sociedad a través de su esfuerzo indi-

¹⁵ DUVERGIER, J. B.; *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens et Avis du Conseil-d'État*, tomo II, 1834, París, A. Guyot et Scribe, pp. 231-232.

¹⁶ ALLARDE, P.; «Rapport au nom du Comité des Finances», *Journal des États généraux convoqués par Louis XVI*, XXI, 29, 1791, p. 339.

vidual. Hay, sin embargo, algunas excepciones que escapan a este esquema. La más notoria es la de Maximilien Robespierre. En el artículo 10 de su proyecto de Declaración de derechos (que no fue finalmente incluido en la Constitución de 1793), tanto la provisión de trabajo para los válidos como las ayudas sin contraprestación para los inválidos se entienden ya no como un medio para asistir a los «pobres», sino como una forma de asegurar la subsistencia a «todos» los miembros de la sociedad:

La sociedad está obligada a proveer la subsistencia a todos sus miembros, sea procurándoles trabajo, sea asegurando los medios de existencia a aquellos que se encuentran incapacitados para trabajar¹⁷.

Para él, este deber de asistencia es una consecuencia del derecho natural de todo hombre a la existencia, el cual tiene primacía sobre el derecho de propiedad.

¿Cuál es el primer objetivo de la sociedad? Es mantener los derechos imprescriptibles del hombre. ¿Cuál es el primero de estos derechos? El de existir.

La primera ley social es pues la que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir. Todas las demás están subordinadas a esta. La propiedad no ha sido instituida o garantizada para otra cosa que para cimentarla. Se tienen propiedades, en primer lugar, para vivir. No es cierto que la propiedad pueda oponerse jamás a la subsistencia de los hombres¹⁸.

Una idea muy similar es expresada por François Babeuf con la expresión *droit incontestable au travail*, en un manuscrito titulado «Lueurs philosophiques sur ce qui'il y a de réel dans ce qu'on nomme Droit naturel, Droit des Gens, Droit civil»:

Es evidente que la propiedad es el más sólido de todos los medios de asegurar la subsistencia. Pero es muy importante no perder nunca de vista que los individuos sin propiedad sobre la tierra [*propriété foncière*] son innumerables en comparación con quienes sí la tienen. Estos individuos sin propiedades tienen, sin embargo, un derecho imprescriptible a cualesquiera medios que sean necesarios para asegurar su propia conservación. La ocupación ligada al trabajo se lo asegura a los propietarios. El trabajo sin ocupación puede igualmente asegurárselo a aquellos que no lo son. Estos tienen, pues, un derecho incontestable al trabajo, y es un deber de humanidad y de prudencia por parte de los propietarios el preocuparse por que lo disfruten, porque aquellos para

¹⁷ ROBESPIERRE, M.; *Œuvres de Maximilien Robespierre*, tomo IX, París, Presses Universitaires de France, 1958, p. 465.

¹⁸ ROBESPIERRE, M.; *op. cit.*, p. 112.

quienes el trabajo es el único recurso, son los más numerosos y, en consecuencia, los que más medios tienen para hacer valer sus derechos naturales¹⁹.

Igual que Robespierre, Babeuf no entiende el derecho a la asistencia a través del trabajo en un sentido caritativo, ni como complemento (coactivo) a la extensión de la libertad de trabajo. Lo comprende, en cambio, como el cumplimiento de un deber de los propietarios hacia aquellos que, contribuyendo con su trabajo a la sociedad, no obtienen de ella los frutos que les corresponden. En cualquier caso, la expresión *droit au travail* no aparece vinculada, por ahora, a una transformación del mundo del trabajo. Ese es el paso que dará Fourier.

5. EL DERECHO AL TRABAJO DE FOURIER EN ADELANTE

El derecho al trabajo ocupa un lugar destacado en la obra del teórico socialista Charles Fourier. Está presente en varios manuscritos escritos entre 1803 y 1820, en *Théorie des quatre mouvements* (1808) y en *Traité de l'association domestique-agricole* (1822). Lo presenta, siempre, en contraposición a los derechos naturales de la Revolución Francesa o, más precisamente, a la dimensión política y a las connotaciones radicales que estos adquirieron durante el proceso revolucionario. Afirma, además, que el derecho al trabajo no es admisible en el estado de civilización: su realización implica una profunda modificación de las actividades productivas y distributivas, el tránsito pacífico hacia una sociedad nueva, ordenada, racional, capaz de acoger en su seno este principio de justicia universal²⁰.

Inserto inicialmente en la densa red de ideas y de palabras trazada por el de Besançon, el *droit au travail* no empieza a destacar con luz propia hasta la segunda mitad de la década de 1830, gracias a los escritos de sus discípulos. A partir de ese momento, el «derecho al trabajo» se convierte en uno de los muchos lemas –como «asociación» u «organización del trabajo»– que, en la literatura socialista francesa de la primera mitad del siglo XIX, se proponen como alternativa a los problemas causados por el desarrollo de la sociedad industrial.

Las revueltas de Lyon de 1831 y 1834 sitúan la cuestión obrera en el centro de la política francesa. El lema de los *canuts* insurrectos: «¡Vivir trabajando o morir combatiendo!». En ese contexto, se discute con cierta frecuencia sobre el *droit au travail*. Surgen periódicos en los que se denuncian los problemas causados por la

¹⁹ BABEUF, G.; Œuvres, tomo I, París, L'Harmattan, 2016, p. 246.

²⁰ FOURIER, C.; Œuvres complètes de Charles Fourier, tomo III, París, Anthropos, 1966, pp. 15 y 179-180.

extensión –de la Revolución Francesa en adelante– del *droit de travailler*. Se vuelve a hablar subordinar el derecho de propiedad de la minoría al derecho a la existencia de la mayoría, de saldar la deuda de aquellos que poseen lo superfluo con aquellos que carecen de lo necesario.

En 1836, el *Journal des débats politiques et littéraires*, periódico muy leído, reclama el derecho al trabajo en un sentido caritativo, encontrándose con la feroz oposición del economista Émile Vincens, que responde desde la *Revue mensuelle d'économie politique*. La polémica entre la oposición conservadora al gobierno de la Monarquía de julio y los economistas liberales se repite entre finales de 1844 y principios de 1845, cuando Théodore Fix y Frédéric Bastiat responden, desde el *Journal des économistes*, a un artículo de Alphonse de Lamartine aparecido en su periódico *Le Bien Public*. A lo largo de esos años, la fórmula *droit au travail* adquiere una cierta notoriedad, si bien permanece muy vinculada al fourierismo. Diversos miembros de dicha escuela –como Amédée Paget, Claude-Marie Dameth, Édouard de Pompéry François Cantagrel y, por supuesto, Victor Considerant– escriben sobre el derecho. Le dan un sentido más realista y conservador que su maestro, concibiéndolo como la condición de legitimidad del derecho de propiedad. En 1843, Flora Tristán publica *Union ouvrière*, en la que otorga una importancia decisiva al *droit au travail* como medio de emancipación social de los trabajadores. Curiosamente, rechaza la fórmula el que seguramente sea el periódico obrero más importante de la época. En 1844, los redactores de *L'Atelier* detectan el carácter aristocrático de muchos de quienes proclaman el derecho, y lo oponen a los derechos que en su opinión les corresponden a los trabajadores en virtud de su contribución a la creación de la riqueza nacional. Al mismo tiempo, los redactores del periódico republicano *La Réforme* –cuyas ideas sociales o socialistas están expresadas en el lenguaje de la Revolución Francesa– hacen también suya la consigna, dándole un sentido más político y radical²¹.

6. EL DERECHO AL TRABAJO EN 1848

En 1848, el *droit au travail* se convierte en el *mot d'ordre* de la Revolución francesa de ese año. En febrero, un grupo de trabajadores ligados al fourierismo consigue que el Gobierno provisional se comprometa «a garantizar la existencia del obrero a través del trabajo²²».

²¹ SCOTTO, P.; *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021, pp. 260-317.

²² DUVERGIER, J. B.; *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil-d'État*, tomo XLVIII, París, A. Guyot et Scribe, 1848, p. 59.

Meses más tarde, el derecho al trabajo es incluido en el artículo 7 del primer proyecto de Constitución, definido como el derecho de todo hombre a vivir trabajando²³.

Tras las sangrientas jornadas de junio, la Revolución emprende una marcha descendente y el derecho al trabajo desaparece del segundo proyecto de Constitución. En septiembre se produce un intenso debate parlamentario sobre la conveniencia o no de volver a introducirlo en el texto constitucional. Economistas liberales como Léon Faucher o Louis Wolowski se oponen frontalmente a toda forma de asistencia estatal a través del trabajo. Conservadores como Adolphe Thiers o Alexis de Tocqueville rechazan el derecho al trabajo, pero ven necesario reconocer un derecho a la asistencia entendido como caridad pública. Republicanos demócratas como Alexandre Ledru-Rollin o Mathieu de la Drôme defienden el derecho al trabajo, pero pretenden conjugarlo con el mantenimiento del derecho de propiedad de la época. Socialistas republicanos como Louis Blanc o Martin Bernard, y también el polemista Pierre Joseph Proudhon, argumentan que la garantía del derecho al trabajo solo es posible si se lleva a cabo una transformación importante en la forma de organizar la producción, lo cual implica un cambio en las relaciones de propiedad vigentes.

Para estos últimos, el trabajo no es un simple esfuerzo que uno aporta a la sociedad para obtener de ella determinados beneficios. En ese caso, no tendría realmente sentido hablar de derecho al trabajo. El trabajo no formaría parte del derecho, sino del deber que lo acompaña: sería aquello que los individuos darían a cambio de los goces que reciben de la sociedad. Pero si el trabajo no es una mera carga, sino la forma en que cada uno puede desarrollar sus facultades, entonces sí que tiene sentido hablar de derecho al trabajo. Consiste en que todos puedan coger de la sociedad aquellos instrumentos de trabajo que necesiten en cada momento, a fin de poder desarrollarse como individuos y, sobre todo, a fin de poder cumplir con el deber –no impuesto por otros, sino libremente elegido– de contribuir a la sociedad con el trabajo del que uno es capaz.

Para el socialismo republicano del 48, encabezado por Blanc, el derecho al trabajo es, ante todo, un derecho de participación²⁴. No es un derecho a las prestaciones estatales. No es el derecho a un trabajo asalariado, el derecho de los desempleados a integrarse en la forma capitalista de organizar el trabajo, sino el derecho de todos a un trabajo asociado, el derecho a participar como iguales en el desarrollo de las

²³ GARNIER, J.; *Le droit au travail à l'Assemblée nationale, recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, París, Guillaumin et Compagnie, 1848, p. 2.

²⁴ Una actualización de este viejo ideal puede encontrarse en: GARCÍA MANRIQUE, R.; *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013, pp. 340-378.

actividades productivas. El reconocimiento jurídico del derecho al trabajo es parte de un proyecto social que, a través del desarrollo del movimiento cooperativo –apoyado por el Estado–, tiene como objetivo extender la República al mundo del trabajo.

Finalmente, el derecho al trabajo queda excluido de la Constitución aprobada en noviembre de 1848, que sí reconoce el derecho a la asistencia (aunque, de nuevo, formulado no como derecho, sino como el deber de la República de asistir a los necesitados). Como tantas otras veces en la historia, el fracaso en la lucha por los derechos no será más que el anticipo de un reconocimiento futuro. El derecho al trabajo, que nunca llegó a ser reconocido jurídicamente en el siglo XIX, está presente actualmente en los principales tratados internacionales de derechos humanos y en los textos constitucionales de numerosos países del mundo.

7. UN VÍNCULO PERSISTENTE

El trabajo, en tanto que medio indispensable para satisfacer las necesidades humanas, ha sido siempre un deber para los individuos, y es difícil imaginar una sociedad en la que esta obligación pueda desaparecer. De la Revolución Francesa en adelante, surge la conciencia de que el trabajo no puede ser solamente un deber, de que si el trabajo es irremediamente una ley hay que esforzarse porque sea también un derecho. En efecto, la extensión del ideal de una comunidad política de ciudadanos libres e iguales va de la mano de una nueva concepción del trabajo. El trabajo se convierte en el principal medio de inserción social, sea a través del esfuerzo individual que conduce a la propiedad, sea a través de la asistencia a los caídos en desgracia. Este tránsito de una sociedad feudal a una basada en la libertad de trabajo y el Estado asistencial sienta las bases para el surgimiento de la noción del derecho al trabajo. En 1848, este derecho es entendido como condición indispensable para el disfrute de cualesquiera otros derechos y muchos están de acuerdo en que la naciente República debe hacerse cargo de las cuestiones sociales. Pero en el curso de la Revolución el derecho al trabajo adquiere, en cierto momento, un sentido más radical, convirtiéndose en la antítesis del derecho de propiedad. Sirve para expresar la idea de que la esfera social debe estar regida por los mismos principios igualitarios que la esfera política, para afirmar que la libertad política debe existir asimismo en los centros de trabajo.

Hoy, esta conexión más radical entre derecho al trabajo y democracia económica se ha perdido, pero no así el profundo vínculo establecido en los orígenes de nuestra época entre trabajo y libertad política. Así está reflejado en nuestra carta magna y, más generalmente, en el Derecho constitucional contemporáneo: en una socie-

dad que pueda ser calificada de democrática, el deber de trabajar va necesariamente unido al derecho al trabajo. Si la sociedad exige a sus miembros que contribuyan con su actividad al progreso común, entonces debe garantizar que todos estén en grado de realizar esta contribución y que todos puedan hacerlo, si no en condiciones de igual libertad –ello seguramente supondría ir más allá de las actuales relaciones de producción–, sí al menos en condiciones dignas, que hagan del trabajo un instrumento para hacer efectiva la condición de ciudadano.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

CAMPIONE, Roger, RUSCHI, Filippo y ALDAVE, Ana (coords.):
***Al borde del abismo. Guerra, tecnología y derecho*, València,**
Tirant lo Blanch, 2022, 350 pp.

La obra colectiva que tengo el honor de reseñar se titula *Al borde del abismo. Guerra, tecnología y derecho*. La metáfora empleada es del todo acertada, pero ¿y si no estamos al borde del abismo sino que ya estamos en él? Una lectura de este recomendable libro nos da a entender que quizá hayamos traspasado ese punto de no retorno, el «horizonte de sucesos» de un agujero negro, ese lugar desconocido que precisamente por su alta incertidumbre desata nuestros temores más primitivos.

Los coordinadores y autores cuentan con un gran bagaje en el estudio de la guerra desde una perspectiva jurídica multidisciplinar y este título en concreto también se abre al estudio sociológico de la radicalización violenta que tiene como fondo una «guerra contra el terrorismo» que vertebra, junto a otros elementos, varios de los artículos incluidos en la obra. Se trata de un libro enmarcado en el proyecto «El logos de la guerra» (DER2017-82106-R) financiado por el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, y sus capítulos recogen el resultado de las ponencias presentadas en el III Seminario internacional «Guerra, derecho y seguridad en las relaciones internacionales» celebrado en junio de 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo.

La historia de la humanidad no puede entenderse sin los desórdenes sociales, las revueltas populares o las guerras entre organizaciones políticas, ya sean tribus, jefaturas, Estados modernos o agentes no estatales. Los conflictos bélicos son polémicos, controvertidos, viscerales, escenarios de lucha y de fervientes pasiones, de euforia y de sufrimiento atroz. Son la vida llevada al extremo; son la muestra del lado oscuro del ser humano. Y como en toda actividad social, en la guerra hay reglas, pero hoy, como nos dice Campione en su introducción, estamos siendo testigos de la dificultad que encuentra el derecho para ejercer su función en las relaciones internacionales y de la «degradación paulatina de la independencia» entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*.

Cuando parecía que la guerra que ya adjetivamos como clásica –esto es: una en espacios físicos marcada por el combate cuerpo a cuerpo y con la ayuda de la aviación, aunque este elemento sea relativa y absolutamente reciente en la historia bélica– envejecía para morir y dar paso a otros escenarios con la guerra «contra el terrorismo» como modelo futuro o de transición

hacia un nuevo paradigma de conflictos, nos hemos encontrado con una «guerra híbrida» en la que lo tradicional y lo novedoso se entremezclan para dar lugar a una contienda a las puertas de la Unión Europea. Precisamente esta obra colectiva fue terminada con anterioridad a la invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa, y es de alabar cómo su contenido encaja perfectamente con un conflicto que se desataría meses después de finalizar el libro. El empleo que he hecho del término «guerra híbrida» es intencionado para destacar la «crisis de los nombres de la guerra» también anunciada por Campione; es decir, el uso indiscriminado del término «guerra» para describir realidades que no se circunscriben a las categorías militares, un uso omnicomprendensivo problemático que Payero López posteriormente desarrolla a través del concepto de *lawfare*.

El sustantivo «abismo» del título de la obra nos mantiene en la tensión de quien quiere conocer dónde se encuentra o reflexionar sobre en qué lugar cree que se halla en un ámbito tan fluido e incierto como el militar y el de los conflictos bélicos marcado por su avanzado desarrollo de una técnica caracterizada, a su vez, por su secretismo más absoluto, y en el contexto actual de desinformación y propaganda en los medios de comunicación de masas.

La primera parte está dedicada a las «mutaciones bélicas actuales». En el primer artículo, Rodríguez Fouz analiza la transformación del concepto de enemigo a través de la diferenciación entre el «enemigo impecable» y el «enemigo implacable»; es decir: respectivamente, entre los Estados como «leviatanes que reaccionan ante el riesgo de ser eliminados» y los nuevos actores que más allá de poner en jaque dicha supervivencia, entrañan una amenaza al reconocimiento identitario. Sin embargo, la autora señala otro enemigo que provoca más víctimas y sufrimiento que los anteriores y que, además, no está explicitado: el sistema económico capitalista cuya vertiente neoliberal constituye un «sistema criminal» alentador de una violencia estructural que no es afectada en modo alguno por las normas del derecho internacional humanitario centradas en la guerra. Este enemigo es más peligroso que el «implacable» para la propia soberanía del Estado nacional, enemigo «impecable» tradicional que, sin embargo, no es ya un adversario a la altura del orden capitalista, sino un «cómplice que tiembla ante el temor a que el sistema se desmorone». ¿Nos encontramos, pues, ante un «enemigo impasible»?

Posteriormente, García-Magariño y Belgioioso afrontan la difícil tarea de explicar el porqué y el cómo de la radicalización; un fenómeno complejo y multidimensional, a lo cual se añade el obstáculo a veces insalvable para la investigación de carecer de acceso a datos personales de personas implicadas y la necesidad de indicadores explicativos. La hipótesis de la estructura moral que plantean como modelo para explicar con replicabilidad en diversos contextos de los procesos de radicalización parece prometedor y, además, supone un argumento de peso más en favor de las políticas de integración social de personas migrantes y de aquellas que se hallan en situación de exclusión social. La marginación, el desarraigo, la falta de reconocimiento y de oportunidades y el no tener nada que perder son elementos que deben ser abordados para su prevención y erradicación mediante políticas públicas.

¿Es el derecho un arma de guerra o puede llegar a serlo? Payero López nos ofrece una respuesta afirmativa clara a esta pregunta con su artículo sobre el concepto de *lawfare* (palabra inglesa que une los conceptos de *law* –derecho– y *warfare* –guerra–): el derecho puede ser considerado como un instrumento bélico incluso en tiempos de paz formal, siendo así una herramienta conformadora de una realidad del «deber ser» que es efectivamente un arma para

quien «no sea» o «no pueda ser». Se trataría de un modo de destruir al enemigo mediante medios que difuminen los aspectos más violentos del conflicto bélico y que convierten a la violencia en algo estructural. Se da en el ámbito internacional, pero también en el estatal, cuando se hace referencia al empleo del derecho para alcanzar fines ilegítimos que no se pueden lograr por la vía política. Un ejemplo que da la autora son las persecuciones judiciales de Suramérica y el Caribe como una nueva fase de intervención imperialista norteamericana que sustituye los golpes de Estado del siglo pasado. Sin embargo, rechaza el uso del término para referirse a las formas sucias de hacer política en España a pesar de la sombra del imperialismo norteamericano y la impregnación del neoliberalismo y su interés por alejar del poder a determinadas ideologías. Apuesta, en cambio, por «judicialización de la política» o «politicización de la justicia» para evitar el daño que uso omnicompreensivo del concepto como *lawfare* podría tener y es que las palabras de ese modo pierden su capacidad explicativa, se potencia su uso emotivo, y se flexibiliza de modo que puede ser manipulado por el sistema, tal y como se ha hecho con el término «terrorismo» y sus derivados en España.

La segunda parte de la obra, titulada «nuevos horizontes de guerra» nos traslada desde los espacios tradicionales más telúricos de los escenarios de guerra clásicos, pasando por el mar y la revolución que supuso la introducción del eje vertical con la llegada de la aviación, hacia un nuevo terreno, el virtual, dado a la adiaforización y la deshumanización, pero que muy acertadamente Pietropaoli conecta con uno clásico al emplear la metáfora del «mar de silicio» para referirse a dicho lugar en analogía al descontrol e inmensidad del mar acuático y a los peligros que de él se derivan. Este autor hace un recorrido histórico de los espacios bélicos de la mano de Schmitt hasta llegar al nuevo escenario híbrido de la era digital. Como se advertía, la dimensión virtual nos devuelve al mar. Fueron las aguas las que trajeron la limitación de la violencia en el derecho internacional moderno al trasladar allí las contiendas y aliviar la presión bélica de la tierra. Fue también el mar el que daba vida al enemigo total del comercio y del poder establecido: el pirata. En la ciberguerra se navega por un «mar de silicio» en el que el enemigo que hoy quiere revertir el sistema es también denominado pirata. Como el mar físico, la red evoca a la inmensidad incontrolada y es, por ese motivo, potencialmente peligrosa para el *statu quo*. El desarrollo de la técnica ha alcanzado a tal punto que no es solo una herramienta para innovar los instrumentos clásicos de la guerra, sino que las nuevas tecnologías se han convertido en sí mismas como arma y como objetivo de una guerra global «desespacializada» geopolíticamente, indefinida temporalmente e ilimitada jurídicamente.

Aldave Orzaiz nos advierte del riesgo real que existe de enterrar el derecho internacional humanitario con la llegada y propagación de la guerra drónica que ha encontrado en la «guerra contra el terrorismo» un contexto idóneo para prácticas de dudosa legalidad. Si bien las guerras son el motor decisivo del progreso técnico, hoy debemos estar preocupados por la llegada al conflicto de armas de guerra que reemplazan al ser humano y que gozan de autonomía y de capacidad de aprendizaje por sí mismas. Si el derecho de la guerra está sustentado sobre pilares básicos como la responsabilidad e imputabilidad de los actores y los principios de distinción y proporcionalidad, ¿cómo encaja en él la guerra drónica? Si la primera se sustenta sobre el control y previsibilidad, ¿quién se responsabiliza de lo que haga un dron autónomo que, además, aprende por sí mismo? En cuanto a la distinción y proporcionalidad, se incumple el primer principio cuando el ataque se basa en patrones de comportamiento

imprecisos y no en la participación directa del objetivo en actividades hostiles en ese momento, y con respecto al segundo principio, basta una sencilla pregunta: ¿puede una máquina evaluar el impacto de su ataque para controlar la proporcionalidad? En efecto, cuanto mayor sea la autonomía, más diluido queda el papel y la responsabilidad del ser humano.

El siguiente artículo está dedicado a la evolución en el desarrollo y uso de las «bombas inteligentes» o teledirigidas. De Pietri destaca la paradoja lingüística que surge del empleo del adjetivo «quirúrgico» no para salvar vidas, sino para caracterizar la muerte precisa del enemigo. No obstante, la exactitud en alcanzar el objetivo no es completa. Si bien la operación «Tormenta del Desierto» fue paradigmática por cuanto nunca tan pocos aparatos habían alcanzado tantos objetivos con tan pocas bombas, siguen existiendo bastantes daños colaterales para su supuesta precisión. El autor no se olvida de las denominadas «bombas tontas» o no dirigidas para cuestionarse la legitimidad actual de toda guerra. Como bien dice, si los bombardeos de obliteración con ataques indiscriminados en los que, entre otros, no puede observarse el principio de distinción antes examinado por Aldave son considerados una característica de la guerra total y se afirma hoy que la guerra moderna lo es, ¿hasta qué punto es justa esta última? Tal y como dice De Pietri, de una condena de los bombardeos de obliteración se derivaría necesariamente una condena de toda guerra moderna.

En ese juego de espacios en los que se ha mencionado la tierra, el mar, el aire y la dimensión digital, hay hueco para uno más. Ruschi aborda el espacio ultraterrestre haciendo un análisis histórico de los instrumentos del *corpus iuris spatialis* y denuncia el riesgo de obsolescencia de una normativa que no regula los conflictos desde hace más de medio siglo a pesar del impulso reciente de la tecnología aeroespacial con actores privados y públicos y con la capacidad real de proyectar la violencia a dicho espacio. Hay lagunas que pueden generar conflictividad ante el posible intento de apropiación de entidades físicas al no existir una definición vinculante de «cuerpo celeste», y si bien se prohíben las armas nucleares en la órbita, no sucede lo mismo con armas convencionales con potencial altamente destructivo, y aunque expresamente se prohíba la militarización de superficies celestes, nada se dice de sus órbitas. Estamos asistiendo hoy a una batalla silenciosa en el proceso de fundación del poder aeroespacial que está a punto de completarse. ¿Qué nos depara el futuro? Como se pregunta el autor: «¿la fundación de un nuevo *nomos* o, más bien, el descenso al abismo del nihilismo?»

La tercera y última parte nos lleva a la guerra civil. Colombo la cataloga como la más radical de todas las guerras en un sentido literal por estar en la misma raíz del orden jurídico y político, y también debido a su potencial auto-destructivo y su analogía con la ruptura de una familia. Contrapone el término latino *bellum civile* como guerra solemne, formal y con una delimitación espacio temporal clara al concepto de *stasis* con el que los griegos describían las guerras internas asociándolas al caos y a la violencia mimética e ilimitada, y apuesta decididamente por este último término porque para él la indeterminación debe ser considerada como una de las características específicas de una guerra civil. Aunque esta se contraponga a la guerra internacional, el autor critica que la distinción sea tan clara al entender que el estallido de una guerra de esta tipología es consecuencia de la desaparición del sentido de un «interior» distinto y separado del «exterior». Así, una guerra civil es una lucha sin cuartel por la identidad. Es difusa, incierta y existe miedo recíproco: mientras se sospecha del amigo, se invita al enemigo a convertirse en amigo. Esa flui-

dez de pertenencia, real o percibida, promueve una violencia mayor. Recogiendo una cita de René Girard, Colombo afirma que lo que provoca la rivalidad no son las diferencias, sino su pérdida.

Posteriormente, a propósito del libro de Colombo titulado *Guerra civile e ordine político*, Sánchez de la Yncera y Campione hacen una reflexión sobre la guerra y un comentario de dicha obra. El primero, además, culmina su artículo lanzando preguntas necesarias sobre cuál debe ser el papel de los juristas en este ámbito y se decanta por el rol transformador al plantear incluso la posibilidad de creación de una plataforma «consulente» para informar a organismos internacionales en esta materia. Campione, por su parte, cierra la obra enfatizando el vínculo esencial que existe entre la guerra y el orden humano, marcado este último por el conflicto y no por la armonía. En efecto, normativamente, la guerra está estrechamente relacionada con el orden y no con el caos, pero han aparecido desviaciones recientemente que dificultan la comprensión y el encaje de los conflictos con las delimitaciones jurídicas del derecho internacional, lo cual ha generado y genera una «crisis de eficacia y de confianza en el derecho como medida de contención de la violencia política y en el Estado como ente monopolizador de la fuerza armada».

En esta obra colectiva, sus autores nos han trazado las líneas del camino que nos ha llevado donde estamos, y nos han ofrecido soluciones para que el nuevo escenario abogue por nuestra supervivencia. Mediante este análisis del derecho de la guerra y de los nuevos escenarios y los retos y lagunas existentes podemos afirmar que el salto al vacío está hecho; ya estamos en ese abismo, pero seguimos sin poder otear sus profundidades. ¿Hay posibilidad y probabilidad de paz y seguridad en la nueva incertidumbre con el mayor potencial de violencia y destrucción que la técnica haya podido albergar? La respuesta es difícil de responder, pero es evidente que para que tenga un sentido afirmativo se necesitará de la función del derecho para conseguirlo.

Nacho HERNÁNDEZ MORENO
Universitat de València

DE ASÍS ROIG, Rafael: *Derechos y tecnologías*, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 2022, 230 pp.

El libro que es objeto del presente comentario supone la constatación de la continuidad de una larga tradición de estudios iusfilosóficos en torno al ciberderecho, la informática jurídica, la nuevas tecnologías y su impacto en los derechos y las libertades de los ciudadanos en la sociedad de la información, impulsada e inaugurada a finales de los años sesenta del pasado siglo por autores ya clásicos del pensamiento jurídico contemporáneo como Mario Losano y Vittorio Frosini, cuyos estudios abrirían una novedosa línea de investigación a los filósofos del derecho de las dos siguientes generaciones¹. Por otro lado, esta obra también parte de la verificación de la paulatina transformación que se está produciendo en el mundo del Derecho, debida a la progresiva pérdida de su raigambre humana² en favor de la implantación del cada vez más hegemónico y disruptivo «tecnoparadigma»³, tanto en su enseñanza y estudio⁴, como en su fundamentación y aplicación en el «mercado de los servicios jurídicos»⁵.

La reflexión en clave iusfilosófica de Rafael de Asís, autor de este libro, en torno al impacto de la revolución tecnológica y cibernética en el ámbito de los

¹ Entre los trabajos más destacables de esta doctrina iusfilosófica especializada en ciberderecho, informática jurídica y nuevas tecnologías podrían citarse, sin ánimo de exhaustividad, y por ser muy representativos, los siguientes estudios monográficos: LOSANO, M. G., *Giuscibernetica. Macchine e modelli giuscibernetici nel diritto*, Torino, Einaudi, 1965; FROSINI, V., *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1981; TAPPER, C., *Computers and the Law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1973; PÉREZ LUÑO, A. E., *Cibernética, informática y derecho. Un análisis metodológico*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1976; PATTARO, E., *Intelligenza Artificiale e diritto dell'ambiente*, Bologna, Edizione di Documentazione del Consiglio Regionale dell'Emilia-Romagna, 1991; SARTOR, G., *Artificial Intelligence in Law*, Oslo, Tano, 1993; PAGALLO, U., *The Laws of Robots. Crimes, Contracts and Torts*, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, Springer, 2013; DE ASÍS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2014; SOLAR CAYÓN, J. I., *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de los servicios jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2019; FLORIDI, L., *Ética della Intelligenza Artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, traduzione italiana di Massimo Durante, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2022.

² La profunda raigambre humana del Derecho ya fue defendida doctrinalmente por algunos de los grandes juristas del Derecho romano, como Gayo —en cuyas *Institutiones* se ordena sistemáticamente la parte de las personas por delante de las de las cosas y las acciones— o Hermogeniano (jurista de finales del s. III y comienzos del siglo IV d. C.) para quien «todo el Derecho se ha creado por razón de los hombres» («*Omne ius hominum causa constitutum est*») (Digesto 1, 5, 2).

³ IRTI, N. *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

⁴ CASADEI, T., «Las transformaciones del Derecho en la era de la ciudadanía digital: nuevos enfoques y vías para la didáctica y la formación jurídica», en LLANO ALONSO, F. (Dir.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 143-168.

⁵ J. I. SOLAR CAYÓN, *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de los servicios jurídicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

derechos (especialmente los derechos de las personas vulnerables) viene precedida de una serie de trabajos, seminarios y de proyectos científicos en los que se prolongan sus estudios sobre la cuestión de la discapacidad⁶.

Sin duda, la revolución tecnológica ha sido uno de los factores clave, además del cambio climático, la globalización económica, la superpoblación de las megaurbes, la transformación del modelo familiar tradicional, las nuevas formas de maternidad, o la sustitución del clásico paradigma humanista por otro posthumanista, que nos ayudan a entender, por qué se ha producido la metamorfosis del mundo. Por otra parte, la revolución tecnológica no se entendería sin el concurso de la inteligencia artificial (IA), la robótica y las tecnologías conexas, las cuales pueden ejercer un inmenso potencial benéfico sobre la sociedad de la era tecnológica; pensemos, por ejemplo, en la relevancia del rol que han jugado las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina durante la pandemia de la COVID-19 para el rastreo de contactos, el diagnóstico o incluso la predicción de la estructura 3D de proteínas asociadas con el coronavirus; no menos importante ha sido la aplicación de las ya mencionadas tecnologías emergentes NBIC (acrónimo de nanotecnologías, biotecnologías, tecnología de la informática y la comunicación) tanto en el sector económico y empresarial, a través de la implantación del teletrabajo o del desarrollo de startups, como en el ámbito de la enseñanza y la investigación, en el que, como ya se ha comentado, se ha podido continuar con la actividad docente gracias a las conexiones online.

Ahora bien, del mismo modo que la IA, la robótica y las tecnologías conexas poseen un enorme potencial para generar oportunidades para empresas y beneficios para los ciudadanos, también suponen un impacto directo sobre nuestros derechos y libertades. Hasta tal punto afectan las nuevas tecnologías a los derechos fundamentales de los ciudadanos que cabría preguntarse si no se habrá consumado en la práctica el tránsito del tiempo de los derechos, término acuñado por Norberto Bobbio, al tiempo de los robots⁷. En efecto, el

⁶ El estudio especializado de Rafael de Asís en torno a los derechos y la Inteligencia Artificial, la robótica y las tecnologías anexas tiene una doble proyección: en primer lugar, sigue una línea pedagógica, representada por el *Seminario DERTECNIA: Derechos Humanos, Diversidad y Tecnología*, creado en 2017 por Rafael de Asís y Javier Romañach, y que se constituyó como un espacio de reflexión y diálogo sobre la «mejora» de lo humano y la nueva sociedad tecnocientífica, y que desde entonces organiza periódicamente seminarios y encuentros científicos bajo la coordinación de los profesores Rafael de Asís, Francisco Javier Ansuátegui y Migle Laukyte, cfr., <https://dertecnia.com/dercyte/>; en segundo lugar, destaca la línea teórica de especialización e investigación que, desde la publicación del libro: *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2014, hasta esta reciente monografía, ha mantenido el autor de la misma, se ha materializado en diversas publicaciones, como por ejemplo (sin ánimo de exhaustividad): «Ethics and Robotics. A First Approach», *The Age of Human Rights Journal*, 2, pp. 1-24; «Robótica, Inteligencia Artificial y Derecho», *Revista de privacidad y Derecho digital*, 3, n.º 10, 2018, pp. 27-77; «Desafíos éticos de los ciborgs», *Universitas*, 30; «Transhumanismo y envejecimiento (en coautoría con M. Laukyte)», *Soluciones tecnológicas para los problemas ligados al envejecimiento: cuestiones éticas y jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2020; «Sobre la propuesta de los neuroderechos», *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 47, pp. 51-70; «Ética, tecnología y derechos», *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, en LLANO ALONSO, F. (Dir.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia, Laborum, 2022, pp. 25-44.

⁷ BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1991.

progreso científico-tecnológico no siempre es respetuoso con la humanidad; por un lado, podrá liberarla de epidemias y enfermedades, mejorarla genéticamente y acercarla incluso a la perfección (como preconiza el transhumanismo tecnológico), pero, por otro lado, también puede contribuir a someter la libertad de los seres humanos, empobrecer su vida interior, atacar su inviolabilidad e intangibilidad, e incluso atentar contra la dignidad humana y la sacralidad de la persona, entendida como sujeto moral.

A propósito de la irrupción de las tecnologías convergentes en el ámbito de los derechos, el autor dedica el primer capítulo del libro al estudio de la cuestión de la identidad personal, sobre todo a la hora de establecer sistemas de protección ante los retos que plantean a los seres humanos la genética, la IA, la neurotecnología y la robótica. Este enfoque garantista de los derechos digitales y libertades informáticas entronca con el marco normativo de la Unión Europea a propósito del buen uso de la IA, la robótica y las tecnologías anexas, desarrollada en marcos normativos y políticas activas de los Estados miembros de la Unión Europea⁸; en el caso de nuestro país, destacan la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial de España, aprobada en diciembre de 2020, para reforzar los derechos y garantizar la inclusión y el bienestar social, y la Carta de Derechos Digitales, un documento que pese a carecer de fuerza normativa, sugiere importantes principios y políticas referidas a los derechos en el entorno digital.

El segundo capítulo del libro se centra en la robótica, la inteligencia artificial y el Derecho, una línea de investigación en la que Rafael de Asís puede considerarse un pionero dentro de nuestra disciplina, como demuestran los escritos que, en torno a esta cuestión, ha venido publicando a lo largo de la última década en algunos de los trabajos monográficos citados precisamente en la nota 6.

Como indica el autor, «la Inteligencia Artificial y la Robótica están de moda», sin embargo su relación con la ética y el derecho es un tema recurrente no solo para juristas, filósofos y científicos, e incluso un tema clásico de la literatura de ciencia ficción. En este sentido, es obligada la referencia a las tres leyes de la robótica enunciadas por Isaac Asimov especificadas y desarrolladas posteriormente en los Principios de Asilomar⁹.

⁸ Entre los principales textos e iniciativas normativas aprobados por las instituciones de la Unión Europea que han ido conformando el marco jurídico común para una ética de la IA, destacan: el Reglamento relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; la Estrategia Europea de Datos; el Libro Blanco sobre la IA (que a mi parecer podría considerarse la Carta Magna para la ética de la IA); la Declaración Europea sobre Derechos Digitales y Principios para la Década Digital; las Directrices éticas para una IA fiable elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel, hasta llegar a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, con el fin de garantizar la aplicación homogénea en todo el territorio de la UE de dicho marco regulador compuesto de principios éticos aplicables a cualquier tecnología de IA. Cfr., LLANO ALONSO, F. «L'etica dell'Intelligenza Artificiale nel quadro giuridico dell'Unione Europea», *Ragion Pratica*, 57, diciembre 2021, pp. 327-348.

⁹ Las tres leyes de la robótica, enunciadas por primera vez por Asimov en el relato titulado *Círculo vicioso* (*Runaround*), escrito 1942 son las siguientes:

1.ª Ley: Un robot no hará daño a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño.

En el capítulo dedicado a la robótica avanzada y la inteligencia artificial, De Asís se refiere a algunos de los retos más importantes que las máquinas inteligentes plantean al Derecho, y posteriormente analiza sus

2.^a Ley: Un robot debe hacer o realizar las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entrasen en conflicto con la 1.^a Ley.

3.^a Ley: Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la 1.^a o la 2.^a Ley.

Finalmente, estas tres leyes se completarían con una cuarta ley (la llamada *Ley Cero*) que establece lo siguiente: Un robot no puede dañar a la humanidad o, por inacción, permitir que la humanidad sufra daños.

En cuanto a la lista de principios de Asilomar, sería la siguiente: 1.– Meta de la investigación: el objetivo de la investigación de la IA debería ser crear inteligencia beneficiosa. 2.– Financiación de la investigación: la inversión en IA debería ir acompañada de fondos para investigar en asegurar su uso beneficioso. 3.– Enlace entre ciencia y política: debería haber un intercambio constructivo y sano entre los investigadores de IA y los legisladores. 4.– Cultura de la investigación: una cultura de cooperación, confianza y transparencia debería ser fomentada entre los investigadores y desarrolladores de IA. 5.– Evitar las carreras: los equipos que estén desarrollando sistemas de IA deberían cooperar activamente para evitar chapuzas en los estándares de seguridad. 6.– Seguridad: los sistemas de IA deberían ser seguros a lo largo de su vida operativa, y verificables donde sea aplicable y posible. 7.– Transparencia en los fallos: si un sistema de IA causa daño debería ser posible determinar por qué. 8.– Transparencia judicial: cualquier intervención de un sistema autónomo en una decisión debería ir acompañada de una explicación satisfactoria y auditable por parte de una autoridad humana competente. 9.– Responsabilidad: los diseñadores y desarrolladores de sistemas avanzados de IA son depositarios de las implicaciones morales de su uso, mal uso y acciones. 10.– Alineación de valores: los sistemas de IA deberían ser diseñados para que sus metas y comportamientos puedan alinearse con los valores humanos. 11.– Valores humanos: los sistemas de IA deberían ser diseñados y operados para que sean compatibles con los ideales de dignidad humana, derechos, libertades y diversidad cultural. 12.– Privacidad personal: la gente debería tener el derecho de acceder, gestionar y controlar los datos que generan, dando a los sistemas de IA el poder de analizar y utilizar esa información. 13.– Libertad y privacidad: la aplicación de la IA a los datos personales no puede restringir de forma poco razonable la libertad, real o sentida, de las personas. 14.– Beneficio compartido: las tecnologías de IA deberían beneficiar y fortalecer a tanta gente como sea posible. 15.– Prosperidad compartida: la prosperidad económica creada por la IA debería ser compartida ampliamente, para el beneficio de toda la Humanidad. 16.– Control humano: los seres humanos deberían escoger cómo y si delegan decisiones a los sistemas de IA para completar objetivos escogidos previamente. 17.– Sin subversión: el poder conferido por el control de sistemas de IA altamente avanzados debería respetar y mejorar, más que subvertir, los procesos sociales y cívicos de los que depende la salud de la sociedad. 18.– Carrera armamentística: debería ser evitada cualquier carrera armamentística de armas autónomas letales. 19.– Capacidad de precaución: al no haber consenso, deberíamos evitar las asunciones sobre los límites superiores de las futuras capacidades de la IA. 20.– Importancia: la IA avanzada podría representar un profundo cambio en la historia de la vida en la Tierra, y debería ser planificada y gestionada con el cuidado y los recursos adecuados. 21.– Riesgos: los riesgos asociados a los sistemas de IA, especialmente los catastróficos o existenciales, deben estar sujetos a planificación y esfuerzos de mitigación equiparables a su impacto esperado. 22.– Auto-mejora recursiva: los sistemas de IA diseñados para automejorarse recursivamente o autorreplicarse de una forma que pudiera llevar al rápido incremento en su calidad o cantidad deben estar sujetos a unas estrictas medidas de control y seguridad. 23.– Bien común: la superinteligencia debería ser desarrollada solo en servicio de unos ideales éticos ampliamente compartidos y para beneficio de toda la Humanidad, más que para un Estado u organización.

dos proyecciones principales: la primera, de carácter metodológico, tiene que ver con la incidencia de estas tecnologías en el trabajo de los juristas; la segunda proyección afecta al contenido del Derecho y a la manera en que debe regularse su uso.

La tarea prioritaria y el principal problema que habría que afrontar ahora es cómo regular la interacción entre la robótica y el mundo del Derecho, qué fórmula jurídica aplicar en aquellos casos que hoy consideramos mera casuística, pero sobre los que muy pronto habrá una jurisprudencia consolidada a propósito de la protección de los derechos y libertades de los seres humanos ante la presencia de máquinas autónomas o sistemas inteligentes que puedan suponer, en un momento dado, una amenaza¹⁰.

La existencia de máquinas de inteligencia avanzada que, ante un hipotético escenario de singularidad, sean tratadas como entidades autoconscientes portadoras de derechos, dispongan de capacidad de obrar, respondan jurídicamente por las consecuencias derivadas de su actuación, y estén dotadas de una especie de conciencia artificial que conlleve el reconocimiento de personalidad electrónica de los robots de cuarta generación ha sido ya anticipada e imaginada en las novelas de maestros de la ciencia ficción como Isaac Asimov, Ray Bradbury, Philip K. Dick, Brian Aldiss, y más recientemente, Kazuo Ishiguro e Ian McEwan.

Son conocidas las cinco grandes cuestiones ético-jurídicas que comparten las denominadas tecnologías emergentes: la no discriminación en el acceso universal a las nuevas tecnologías, la autonomía de la voluntad y el consentimiento de los agentes morales en consonancia con la libre investigación científica, la responsabilidad que se proyecta sobre los sujetos que intervienen en el uso de dichas tecnologías, el impacto de las nuevas tecnologías en la privacidad o la intimidad de las personas, y por último, la cuestión en torno a la integridad e identidad referida a la noción de ser humano y de agente moral.

A propósito de la integridad y la identidad de los agentes morales, Rafael de Asís ha señalado que la aplicación de la teoría de los derechos humanos a esta quinta cuestión presentará una mayor dificultad en la medida en que se pretenda circunscribir el marco ético-jurídico de referencia de la robótica. En efecto, además de los problemas tradicionalmente derivados de las relaciones entre hombres y máquinas, hay que contar también con las nuevas interrogantes que han surgido sobre el uso debido o el trato que debe dispensarse a los robots y en torno a la definición de su naturaleza jurídica. En relación con el status jurídico de los robots cabría preguntarse si deberían ser considerados como objetos o como sujetos de derecho, qué tipo de responsabilidad podría exigirse por los daños causados por éstos (subjética, objetiva o por hecho ajeno, por productos defectuosos...), si sería conveniente o no reconocer la personalidad electrónica de los robots de cuarta generación (robots programados con IA fuerte y, por tanto, dotados de sistemas con capacidad de aprendizaje que les permiten tomar decisiones autónomas e inteligentes, con independencia de la intervención humana). En resumidas cuentas, concluye Rafael de Asís, al contemplar la robótica desde una perspectiva iusfilosófica humanista, qué consecuencias tendría sobre el marco ético en

¹⁰ BALKIN, J., «The Path of Robotics Law», *California Law Review Circuit*, 6, 45-60.

el que se desenvuelven los derechos humanos la atribución de valores morales a ciertos robots –por ejemplo, los andróides-¹¹.

Al hilo del argumento anterior, desde la perspectiva del Derecho comparado, Ugo Pagallo ha sostenido en un estudio monográfico sobre el Derecho de los robots que podría hacerse una clasificación en tres grupos de respuestas jurídicas a propósito de la regulación del complejo universo de la robótica y su impacto en la sociedad moderna. Según este jurista italiano, dentro de las tendencias seguidas en los sistemas de Derecho comparado de nuestro entorno se distingue, en primer lugar, aquellos ordenamientos jurídicos en los que se valora simplemente cómo afectan los robots a los conceptos y principios jurídicos tradicionales, por ejemplo, al concepto de persona (tanto física como jurídica); en segundo lugar, hay otra corriente jurídica que pretende crear una nueva disciplina *ex novo*, el Derecho de los robots, a partir de paradigmas hasta ahora desconocidos y para los que no existe una normativa específica, como la responsabilidad derivada por operaciones realizadas por sistemas robóticos autónomos; por último, en tercer lugar, hay una dirección que, a diferencia de la anterior, niega la especificidad jurídica de la robótica y no ve justificada la construcción de una nueva disciplina legal para regular cuestiones y resolver problemas jurídicos relativos a la robótica que encajan perfectamente dentro de los parámetros de los vigentes ordenamientos jurídicos¹².

Con independencia de la pluralidad de matices que queramos distinguir en el mosaico jurídico que contempla el desarrollo de la innovación tecnológica y el cambio de paradigma que se está produciendo en nuestro tiempo – como consecuencia, entre otros factores, de la cuarta revolución industrial 4.0 protagonizada por el avance de la IA y la robótica– sería oportuno contar con un mínimo marco jurídico e institucional que regule y aporte seguridad respecto a los deberes y las responsabilidades de los actores que intervienen en el proceso de innovación tecnológica¹³.

En relación con lo anteriormente expuesto, solo cabe añadir que los propios agentes implicados en el proceso de investigación e innovación tecnológica referido a la robótica quienes demandan una regulación específica y clara para adaptar sus estrategias y programas a la misma. Sin embargo, en un contexto democrático como el de los países de la Unión Europea, es necesario que el Derecho de los robots esté en consonancia con los principios y valores del ordenamiento jurídico europeo, y sea respetuoso con los derechos fundamentales que se consagran en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Los capítulos tercero y cuarto, referentes a la Inteligencia Artificial, los derechos humanos y las neurotecnologías, constituyen el cuerpo central del libro. Una buena síntesis del actual debate doctrinal en torno a la necesidad de construir una teoría de neuroderechos como derechos humanos nos la propor-

¹¹ DE ASÍS, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 85.

¹² PAGALLO, U., *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, Springer, 2013.

¹³ BARRIO ANDRÉS, M., «Del Derecho de Internet al Derecho de los robots», en BARRIO ANDRÉS, M. (Ed.), *Derecho de los robots*, Madrid, Wolster Kluwer, p. 83.

ciona Rafael de Asís en su libro *Derechos y tecnologías*. Según se pone de relieve en este estudio monográfico, hay una incipiente línea doctrinal iberoamericana en la que se propugna el reconocimiento de una nueva generación de derechos humanos, a partir de la proclamación de los «cinco neuroderechos»¹⁴ propuestos por Rafael Yuste, Jared Genser y Stephanie Herrmann¹⁵.

En este sentido, una postura representativa de esta doctrina favorable al reconocimiento de la vertiente ético-jurídica de los neuroderechos y a su incorporación intrasistemática en el ordenamiento jurídico, mediante su positivación y reconocimiento como pertenecientes a una cuarta generación de derechos humanos, es la mantenida por Enrique Cáceres Nieto, Javier Díaz García y Emilio García García¹⁶. Esta línea doctrinal favorable al reconocimiento de los neuroderechos también cuenta con un marco institucional de *softlaw* regional: la Declaración del Comité Interamericano sobre «Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas»¹⁷, y sigue la misma estela trazada anteriormente por una doctrina favorable a la aprobación de una Declaración Universal de los Neuroderechos Humanos¹⁸.

Otros autores son más remisos a la propuesta de ampliar el catálogo de derechos humanos, alegando que con la profusión de los mismos se generan problemas de indeterminación e incoherencia en su fundamentación, además de un posible debilitamiento de su eficacia al solaparse con derechos humanos de generaciones anteriores. En este sentido, resulta elocuente la posición de Francisco Laporta contraria a rebajar el rigor en el proceso de reconocimiento de nuevos derechos humanos (como los relacionados, precisamente, con las Nuevas Tecnologías); a este respecto señala este autor:

Me parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como

¹⁴ Los cinco neuroderechos propuestos por Yuste, Genser y Hermann son: 1.– el derecho a la identidad, o la capacidad de controlar nuestra integridad física y mental; 2.– el derecho a la libertad de pensamiento y al libre albedrío para decidir cómo actuar; 3.– el derecho a la privacidad mental, o la protección de nuestro pensamiento contra la divulgación; 4.– el derecho a un acceso justo para el aumento del potencial de la mente, es decir, la capacidad de garantizar que los beneficios de las mejoras de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan de forma justa en la población; y 5.– el derecho a protección contra los sesgos algorítmicos, o la garantía de que las tecnologías no introduzcan prejuicios.

¹⁵ YUSTE, R., GENSER, J. y HERRMANN, S., «It's Time for Neurorights», *Horizons. Journal on International Relations and Sustainable Development. The (Not So) Roaring Twenties?*, 18, pp. 160-161.

¹⁶ CÁCERES NIETO, E., DÍAZ GARCÍA, J. y GARCÍA GARCÍA, E., «Neuroética y neuroderechos», *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, 15, pp. 79-80.

¹⁷ Esta Declaración se aprobó tras la reunión mantenida por el Comité Jurídico Interamericano entre los días 2-11 de agosto de 2021, dentro del 99.º periodo ordinario de sesiones, y se publicó el 4 de agosto de ese mismo año. El texto está disponible en la siguiente dirección: <https://kamanau.org/wp-content/uploads/2021/08/Neuro-derechos-doc-641-rev-1-esp-DN-ROA.pdf> Última consulta: 28 de abril de 2022.

¹⁸ SOMMAGGIO, P., MAZZOCCA, M., GEROLA, A. y FERRO, F., «Cognitive liberty. A first step towards a human neuro-rights declaration», *BioLaw Journal-Rivista di Bio-Diritto*, 3, pp. 27-45.

exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente¹⁹.

A propósito de la superposición de los neuroderechos en relación a los derechos y las libertades consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hay autores que sostienen que su reconocimiento no se justifica si los bienes jurídicos que pretenden garantizar los neuroderechos: la intimidad, la privacidad, la libertad, la dignidad humana y el acceso equitativo a los recursos científicos, ya han sido reconocidos y garantizados antes tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en los pactos y convenios internacionales posteriores²⁰.

En una posición intermedia dentro de este debate sobre la oportunidad del reconocimiento de los neuroderechos se mantiene Rafael de Asís, a quien le produce perplejidad el hecho de que en el proceso de incorporación de las Nuevas Tecnologías en el ámbito educativo se esté dejando de lado e incluso rechazando la educación en derechos humanos (la necesaria formación tecnológica de nuestros estudiantes no solo no es incompatible, sino complementaria con la formación en Humanidades y la transmisión de la cultura de los derechos humanos²¹). En cualquier caso, concluye este autor, la aplicación a las cuestiones sociales de las nuevas tecnologías, en general, y de las neurotecnologías, en particular, «es una realidad que conviene afrontar»²².

¹⁹ LAPORTA SAN MIGUEL, F., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, p. 23.

²⁰ MORENTE PARRA, V., «La inteligencia híbrida: ¿hacia el reconocimiento y garantía de los neuroderechos?», en LLANO ALONSO, F. y GARRIDO MARTÍN, J. (Eds.), *Inteligencia Artificial y Derecho. El jurista ante los retos de la era digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 273; BORBÓN RODRÍGUEZ, D. A., BORBÓN RODRÍGUEZ, L. F. y LAVERDE PINZÓN, J., «Análisis crítico de los NeuroDerechos Humanos al libre albedrío y al acceso equitativo a tecnologías de mejora», *Ius et Scientia*, 6, n.º 2, p. 146.

²¹ A propósito de la importancia de la educación en los derechos humanos, Manuel Atienza señala que aunque el conocimiento y la educación no bastan para terminar por sí solos con el mal en el mundo, sin embargo, resultan imprescindibles: «la lectura de los textos que recogen las declaraciones de derechos humanos, la reflexión en torno a los diversos problemas que plantean y, en general, la incorporación de esa materia (teórica y práctica) a los currículos de las escuelas y de las universidades y su presencia en los foros de discusión pública no van a lograr probablemente un significativo efecto de persuasión en los grandes poderes (en parte públicos pero, sobre todo, privados) de este mundo, que son los principales responsables de que esos derechos no estén garantizados para una inmensa mayoría de los habitantes del planeta. Pero todo ello sí que puede contribuir a que mucha gente adquiera conciencia de cuáles son los derechos que legítimamente puede reivindicar (y de los deberes que debe asumir) y de cuáles son las causas que impiden que los mismos puedan realizarse. Y si esa conciencia moral esclarecida se generalizase suficientemente, sería muy probable que se convirtiera también en una fuerza socialmente irresistible» en ATIENZA, M., *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Madrid, Trotta, 2020, p. 152.

²² DE ASÍS, R., *Derechos y tecnologías*, Madrid, Dykinson-Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 2022, pp. 148-152; «Sobre la propuesta de los neuroderechos», *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 47, pp. 51-70.

Por consiguiente, más que de una repetición de derechos con distinta etiqueta, se trataría de hacer un ejercicio de concreción dentro de la fase de especialización de los derechos humanos que, si son contemplados desde una perspectiva histórica, es decir, en su dimensión diacrónica o evolutiva a lo largo del tiempo, de acuerdo con la tesis de la mutación histórica de los derechos humanos (*Wandel der Grundrechte*), no deberían convertirse en conceptos fosilizados dentro de un catálogo de derechos y libertades intemporales incorporados a una lista con *numerus clausus*. Como ya advirtiera en la década de los años 80 del pasado siglo Antonio E. Pérez Luño, al hilo de la concepción generacional de los derechos humanos, los derechos y libertades de nueva generación se presentan como una respuesta al proceso de erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las Nuevas Tecnologías (problema al que la doctrina anglosajona se refiere con el término *liberties' pollution*). Las consideraciones que hacía Pérez Luño, a propósito de la «sociedad de la información» y del interés prioritario que tenía la regulación jurídica del uso de la informática, bien podrían ampliarse hoy a la sociedad tecnológica y a la necesidad de establecer un marco jurídico en torno al uso de las nuevas tecnologías NBIC y el desarrollo de la IA y la robótica avanzada²³.

El transhumanismo y la discapacidad, la mejora humana y la ética del deporte, son los temas desarrollados en los dos últimos capítulos del libro. El frágil equilibrio entre el avance científico-tecnológico, tanto en el ámbito de la medicina como en el deporte, y la preservación de la dignidad humana es objeto de debate entre los transhumanistas tecnológicos (Buchanan, Harari, Savulescu, Singer...) y los defensores del paradigma ético-humanista (Fukuyama, Sandel, Habermas...) se pone de relieve cada vez que, se asocia la enfermedad a la discapacidad o a la vejez.

Según la doctrina transhumanista más extrema, en el futuro de la singularidad tecnológica, dominado por las máquinas inteligentes, en el que las personas compartirán el escenario posthumano con cibernéticos, andróides y otros entes desarrollados con inteligencia artificial, la imperfección y la falibilidad natural naturales a los seres humanos no serán aceptables. En este sentido, tanto la eugenesia negativa como el biopotenciamiento parecen apuntar en ese futuro distópico a una inevitable fractura entre dos especies: la humana y la poshumana (mejorada a través de la medicina genética y de la biotecnología)²⁴.

Precisamente al hilo de esta separación entre seres humanos seleccionados y mejorados (en pureza poshumanos), y humanos condicionados por lo que John Rawls denomina la «lotería natural»²⁵, Rafael de Asís advierte oportunamente del peligro de soslayar esta posible discriminación en el campo de las mejoras, puesto que «podría llevarnos a admitir decisiones discriminatorias y excluyentes hacia modelos de vida y personas»²⁶.

²³ PÉREZ LUÑO, A. E., «Concepto y concepción de los derechos humanos: (Anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)», *Doxa*, 4, p. 58.

²⁴ HABERMAS, J., *The Future of the Human Nature*, Polity Press, Cambridge, 2003; SANDEL, M., *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Cambridge (Massachusetts)-London, Harvard University Press, 2007.

²⁵ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge (Massachusetts)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, epígrafes 12 y 15.

²⁶ DE ASÍS, R., *Derechos y tecnologías*, *Op. cit.*, p. 169.

Existe un *continuum* lógico en la línea de investigación de Rafael de Asís en torno a tres temas destacados de su bibliografía iusfilosófica: la discapacidad, el deporte y las tecnologías convergentes. A este respecto, en el último capítulo se adivinan unas claves de lo que, quizás en sus próximos trabajos pueda terminar convirtiéndose en un itinerario de investigación y especialización preferente que vaya más allá de unas reflexiones genéricas en torno a la vulnerabilidad humana y la dicotomía ética-mejora del rendimiento deportivo. En este sentido, el planteamiento de partida para esta hipotética línea de estudio se encuentra claramente expresada en la parte conclusiva del libro que es objeto de esta recensión: se trata de una posición conciliadora entre la defensa del enfoque humanista y la apuesta por el avance científico-tecnológico abierto a mejoras siempre que no sean a costa de la exclusión de las personas, y muy especialmente, de las más vulnerables.

Fernando LLANO
Universidad de Sevilla

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo: *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*, Barcelona, Herder, 2021, 232 pp.

El autor de *Se vende cuerpo: el debate sobre la venta de órganos* (2021), es el profesor Ricardo García Manrique, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona e investigador en el grupo «Bioética, Derecho y Sociedad». El profesor García Manrique es autor de múltiples estudios dedicados a la teoría e historia de los derechos sociales, el análisis de los valores jurídicos y la bioética.

La publicación de su último libro se enmarca en esta última línea de investigación y es la continuación de su trabajo a lo largo de los últimos años sobre el aspecto ético de algunas prácticas médicas y la cuestión de la propiedad sobre el cuerpo humano. Así, este libro es el resultado de una larga trayectoria de trabajos académicos acerca del tema de la propiedad sobre biomateriales humanos y el lugar de la dignidad como barómetro para la ponderación de diferentes propuestas para la solución a los dilemas bioéticos.

Se vende cuerpo es una invitación a una función intelectual en la que el lector toma parte con su propio criterio. El escenario de esta obra es la propuesta de establecer un mercado de órganos como un mecanismo para dar respuesta tanto a la sempiterna falta de trasplantes como a los desafíos del mercado negro. El lector se convierte en espectador de la interpretación de un variado elenco de argumentos en contra, o en favor de esta práctica. Sin embargo, el papel del lector no se limita al de mero espectador, sino que, por medio de un guion lógico y articulado, se le hace partícipe en un debate que abarca un abanico de rompecabezas filosófico-jurídicos que van mucho más allá de la venta de biomateriales humanos.

Dicho esto, entre los dilemas analizados se encuentra la cuestión del equilibrio entre la preservación de la vida del beneficiario de un trasplante y la integridad corporal del donante, así como el valor del cuerpo humano en un sistema de mercado. Participar en el debate propuesto por el prof. García Manrique es también una manera de repensar la lógica de la sociedad de consumo y su ética, así como el futuro del Derecho como un reflejo del desarrollo de la sociedad. Dicho de otro modo, es un debate entre lo que «podemos» y lo que «debemos» hacer.

Justo con este dilema se abre el telón de la obra del prof. García Manrique. En las primeras páginas el autor reconoce que la venta de órganos es fácticamente posible, pero queda la pregunta de si «debemos» permitirla. Los partidarios de esta práctica apelan a la libertad individual de decidir, así como a la eficiencia del mercado, mientras que sus detractores temen que la venta de órganos socave valores fundamentales como la igualdad y la dignidad. Dicho esto, el autor llega a la conclusión de que de lo que realmente se trata es de la libertad y de cómo la preservamos mejor.

Para dar respuesta a estas preguntas, el profesor de la Universidad de Barcelona empieza su argumentación valorando positivamente, por su lógica y racionalidad, algunas propuestas (especialmente la de Charles Erin y John Harris) para el establecimiento de un mercado de órganos. Encontramos también las principales razones para legalizar la compraventa de órganos. La primera y más convincente, a juicio del autor, es la preservación de la vida y la mejora de la salud de quienes necesiten los órganos. Asimismo, encontramos el argumento del respeto a la propiedad privada, la promoción de la autonomía

personal y el mantenimiento de una cierta coherencia axiológica social, dado que permitimos otras actividades igualmente arriesgadas.

A estos argumentos, el autor contrapone esencialmente dos: la desigualdad y la degradación (p.33). El prof. García Manrique ha elegido centrarse en estos dos argumentos porque engloban otros en la misma línea como, por ejemplo, el daño (físico u otro), la explotación, el altruismo, la cosificación, o bien la injusticia. Así, la desigualdad consistiría en la legalización del aprovechamiento de unos a otros, mientras que la degradación, significaría la «corrupción» de ciertos «bienes» o prácticas sociales. No es menospreciable, en este sentido, el riesgo de que vender partes del cuerpo resultase en una sociedad injusta donde la nueva «libertad» la disfrutarían algunos ciudadanos más que otros con base en su poder económico. Sin embargo, el incremento de la desigualdad no debería darse por hecho, ya que, como sucede con muchos otros cambios sociales, el resultado depende del condicionamiento, implementación y aplicación de la nueva «libertad.» Es por eso que el autor estima que este no es el argumento con el que mejor defendería su tesis porque podría diseñarse un sistema que dé respuestas a los desafíos de la desigualdad, y, por tanto, su argumentación se centra en la tesis de la degradación personal y comunitaria.

Ahora bien, debemos establecer una regla general para determinar la intensidad de la degradación, puesto que no todo acto degradante debe ser desalentado públicamente, y mucho menos prohibido por el Derecho. El prof. García Manrique lo hace inspirándose en las ideas de Immanuel Kant. El «argumento kantiano» se divide en tres partes. La primera se refiere a la distinción entre personas y cosas, donde a las primeras se les atribuye dignidad, y a las segundas un precio. La segunda parte trata de la vinculación entre la persona y su cuerpo. De esta concepción se deriva que «(...) el cuerpo humano queda, por así decir, del lado de la persona y no del lado de las cosas (...)» (p. 89) lo cual implica «(...) tratarnos a nosotros mismos como seres dignos, o de acuerdo con nuestro especial valor (...)» (p.89). La tercera parte concluye que el cuerpo es la persona y, por ende, se le atribuyen características como la dignidad. De ahí que, si una cosa tiene dignidad, no puede tener precio porque no es un «bien». De esta forma, la venta de órganos violaría el imperativo categórico kantiano en su segunda formulación, a saber, que el ser humano nunca debe tomarse como un medio, sino como un fin.

No obstante, ni la historia ni el presente parecen tan convincentes, pues, como se nos recuerda en *Se vende cuerpo*, la humanidad ha conocido épocas en las que la diferencia entre personas y cosas no estaba tan clara. Asimismo, en la actualidad la concepción del cuerpo humano está atravesando cambios importantes y con ello la manera de percibirnos como seres encarnados. Cuando hace estas reflexiones sobre la sociedad, el autor examina también el concepto de la degradación comunitaria y dedica un capítulo (VIII) a dos argumentos subsumidos en el de la degradación: la posible mengua del altruismo y el «efecto de comercialización». García Manrique concluye que la degradación tendría una dimensión comunitaria derivada de la comercialización del cuerpo humano. Los efectos adversos de la misma, sin embargo, no repercutirían en las funciones del órgano. Por consiguiente, este argumento no convence a la hora de argumentar que degrada o corrompe el «bien» en sí. La degradación sucedería a nivel personal y comunitario, y de esta forma queda como el argumento más convincente en contra del mercado de órganos. El prof. García Manrique dedica las últimas páginas de su libro a responder a ciertas críticas del argumento, a saber: la falta de la fundamentación, la incoherencia y la restricción de la libertad individual.

Mientras que las dos primeras quedan rápidamente descartadas, el prof. García Manrique dedica especial atención al debate sobre la cuestión del presunto menoscabo de la libertad individual que puede conllevar la prohibición de la venta de órganos. Después de establecer una distinción entre libertad y autonomía, el autor invoca el concepto de libertad negativa. La última debe entenderse, de acuerdo con la concepción republicana, como no dominación o como «seguridad frente a la interferencia arbitraria» (p. 205). Por tanto, García Manrique concluye que, en vez de limitarnos, la prohibición de la venta de órganos nos protegería de los efectos negativos del mercado, de la corrupción de las relaciones humanas y de la explotación; con ello, nuestra libertad aumentaría en vez de disminuir. Por todo eso, «no debemos» permitir la legalización de la venta de órganos humanos.

En definitiva, diríamos que, a pesar de la variedad de temas y argumentos, este libro tiene un protagonista central; y en ello reside la importancia de la obra. El profesor García Manrique sopesa las ventajas e inconvenientes de un sistema de venta de órganos a través del prisma de la dignidad humana como un valor fundamental. La legalización de la venta de órganos significaría un descenso axiológico de un lugar especial, que ocupa el órgano humano, al mercado de las cosas, a los derechos del consumidor. De ahí que *Se vende cuerpo* sea una apología de la dignidad como un eje central y regidor del régimen jurídico. Después de este breve resumen del libro, en los párrafos siguientes trataremos de ofrecer un análisis crítico de algunos puntos del argumento de la degradación.

Se vende cuerpo aborda el tema de la degradación desde un punto de vista paralelo o posterior a la venta y examina las consecuencias que de ella se derivarían. Sin embargo, si la principal preocupación es la explotación del más débil por el más fuerte, la argumentación debería otorgar más atención a la cuestión de la desigualdad material (miseria, pobreza extrema).

La corrupción corporal es un efecto secundario del mercado de órganos, posterior a su establecimiento. En la economía estos efectos se llaman externalidades. Este término designa aquellos costes o beneficios, no asumidos por las partes de la producción o consumo, que no quedan reflejados en el precio de mercado. Así, podemos concluir que la degradación corporal es una externalidad negativa de las transacciones mercantiles.

Es verdad que un mercado de órganos hipotético podría rápidamente surtir efectos contrarios a las razones que impulsaron su creación. Sin embargo, se olvida que la posibilidad de que un mecanismo no llegue a operar de acuerdo con lo que estaba previsto no significa que funcione mal, sino que tal vez necesite otros mecánicos, otras piezas, o bien su lugar de instalación no es el adecuado. Si su arquitectura y mantenimiento es deficiente, el resultado lo sería también.

La «libertad de vender el cuerpo» dependería en primer lugar de las garantías institucionales de los demás derechos a través de los poderes públicos, de la protección jurídica existente, de las alternativas disponibles y de la estructura social, así como de los valores compartidos por la mayoría de la comunidad en concreto. Así, cuando pensamos en una innovación legislativa a través de la introducción de un nuevo derecho, es imprescindible asegurarnos de que contamos con unas autoridades públicas capaces de hacer valer el imperio de la ley, y con él, los derechos y libertades de los ciudadanos. No podemos esperar que las consecuencias de la legalización de la venta de órganos surtan efectos positivos, mientras las autoridades responsables de la aplicación de la ley y la protección de los derechos de las personas padecen

deficiencias como la corrupción endémica, la falta de capacidad administrativa o sucumben a intereses particulares. Asimismo, la libertad de vender un órgano se vería afectada por las alternativas individuales y el nivel de disparidad económica entre los integrantes de la comunidad. En sociedades donde la cobertura médica tiene un alcance universal y la desigualdad entre los más ricos y los más pobres es menor, podríamos esperar que la opción de vender un órgano sería solamente una de las opciones, una excepción incluso; pues no obedecería a la necesidad de sobrevivir. Una sociedad de este tipo sabría encontrar cabida a la diversidad de valores individuales y respetarlos. De este modo, la decisión de vender un órgano estaría basada en razones personales, y no en la necesidad. Por tanto, podemos concluir que vender un órgano se perfilaría como una libertad de las sociedades donde estas circunstancias tienen lugar, es decir, de las sociedades desarrolladas.

De ahí, la argumentación dependería de la sociedad que imaginamos. El argumento de la desigualdad debería de primar ante los demás porque, donde no existen garantías para el respeto de las libertades establecidas, es de suponer que tampoco, para una nueva, existiría protección adecuada. Por tanto, la supervivencia, la coacción o la falta de alternativas, tendrían un peso decisivo a la hora de ponderar las opciones de vender un órgano. Cuando el prof. García Manrique concluye que la prohibición de la venta de órganos nos protegería de la explotación y la interferencia arbitraria, tiene razón, pero en una sociedad donde la protección institucional sea deficiente.

El profesor García Manrique no concede al argumento de la desigualdad el primer lugar de entre el abanico de argumentos porque estima que podría diseñarse un mercado que evite los retos de la desigualdad. Sin embargo, dar solución a los desafíos del funcionamiento de un mercado de órganos en un entorno institucional deficiente, sería una función directa de factores ajenos al mercado como la seguridad jurídica, la garantía de los derechos humanos y la solidez de las instituciones, entre otros, tal y como lo sugiere la teoría de la economía institucional. La imposibilidad de remediar esta situación de pobreza extrema, cuerpo institucional deficiente, y garantizar la existencia de alternativas, hace de la desigualdad el principal argumento en contra del mercado, por delante de los efectos negativos de la venta, como la degradación general de lo corporal o la mengua de la dignidad personal, en particular.

Quizá aquí sea el sitio de señalar que la degradación de la comunidad es un efecto difícil de prever y corroborar posteriormente. Pongamos como ejemplo la supuesta reducción del altruismo. Este es un concepto que engloba actividades como el voluntariado, la donación o la abnegación, entre otras. Todas ellas en nada se verían afectadas por la legalización de la venta de órganos, puesto que, al «privatizar» nuestro cuerpo, nada impediría que alguien donase sus órganos. Algunos pueden insistir en que donar, cuando uno puede vender, se consideraría una «pérdida» en el sentido económico. Tendrían razón, pero solo en teoría. La teoría económica ortodoxa sostiene que las personas toman decisiones basándose en los pros y los contras, es decir, en ganancias y pérdidas. Sin embargo, tal y como lo atestigua la economía conductual, las personas no actúan como máquinas, sino que toman en cuenta razones ajenas a la lógica económica pura. Es por esa razón que el trabajo asalariado no ha eliminado el voluntariado. No por el hecho de que uno podría recibir un salario por enseñar un idioma, han dejado de existir centros donde uno puede aprender gratis. Por tanto, es evidente que existe otro beneficio, más allá del dinero, que la gente percibe al realizar actividades gratuitas. Dejando de lado lo que se recibe de las actividades gratuitas,

no podemos concluir inequívocamente que los efectos de la legalización de la venta de órganos sobre la sociedad en su conjunto y su posible degradación, sean una consecuencia irremediable.

Dicho esto, la prohibición no debería basarse en las externalidades del mercado de órganos, sino en la imposibilidad de resolver los retos de la desigualdad en algunas sociedades. Esto implica que algún modo de venta de órganos podría adoptarse donde la dignidad y el respeto de los derechos humanos sean asegurados, así como otras alternativas a la venta. Minimizaríamos de este modo el riesgo de coacción o falta de consentimiento a la hora de ejecutar la venta, junto con los efectos secundarios de la transacción. En una sociedad de este tipo, nos quedaría recurrir a nuestro sistema de valores compartidos para sopesar las ventajas del mercado de órganos.

Sin embargo, la dignidad como valor varía según la comunidad, la época, la cultura y las vivencias de cada uno. Optar por la total prohibición de la venta de órganos, por tanto, resulta paternalista porque plantea una reflexión acerca del valor que atribuimos a las decisiones individuales, en particular, los motivos que hicieron a una persona participar en el mercado. Nos arriesgaríamos a entrar en un debate axiológico que evalúa negativamente los gustos, las preferencias y las decisiones de quienes estarían dispuestos a vender partes de su cuerpo. Supondríamos que nuestros valores sean los mismos para toda una comunidad, haríamos un análisis de las decisiones morales de los demás con base a nuestro bagaje social, económico, cultural, educativo, y lo extrapolaríamos a cualquier contexto social. De este modo, nos convertimos en jueces éticos que, con base en nuestros valores personales, juzgamos sobre cuestiones morales de gente que, tal vez, no comparta nuestra cosmovisión.

En conclusión, *Se vende cuerpo: el debate sobre la venta de órganos (2021)*, es una obra que examina aspectos éticos importantes de la cuestión de la venta de órganos humanos. Estos aspectos tienen que ver con el cuerpo humano, la persona como entidad espiritual, la sociedad y las relaciones personales. El libro nos invita a hacer una revisión y, al mismo tiempo, un análisis crítico de nuestros valores de cara a los desafíos de nuestra época. Es una obra sobre nuestras propias concepciones y el lugar que ocupamos en la sociedad, tanto física como metafísicamente. Su lectura es recomendable, porque, en primer lugar, repasa los argumentos más relevantes del tema valorándolos desde una perspectiva objetiva aportando un análisis claro y razonado. En segundo lugar, contribuye al debate de los límites del mercado tomando como ejemplo paradigmático la venta de órganos. Al hacerlo, pone en tela de juicio la simpatía intuitiva provocada por la deducción de que permitir lo prohibido incrementaría nuestra libertad.

Liubomir NIKIFOROV
Universidad de Barcelona

GRECO, Tommaso: *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2021, 170 pp.

Tommaso Greco (Caloveto, 1968) es catedrático de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, donde también es Director del Centro Interdepartamental de Bioética. Además de haber editado varios volúmenes colectivos, es autor de monografías dedicadas a Norberto Bobbio, a Simone Weil y ejerce asimismo como director de la revista *Diacronia*.

Presenta ahora este breve e interesante ensayo sobre la confianza en el derecho, un tema sobre el que se suele pasar de puntillas. A lo largo de seis capítulos, desgrana una crítica al «maquiavelismo jurídico» que es, en realidad, un estudio de la antropología jurídica moderna. El autor busca las raíces de un modelo muy extendido actualmente: una línea que parte de Maquiavelo y llega hasta nosotros, pasando por Lutero y Hobbes, y que se desarrolla con el positivismo y el realismo jurídico. Se basa en una concepción radicalmente negativa de la humanidad, según la cual los seres humanos son siempre «ingratos, volubles, simuladores y disimuladores», tal y como los describe Maquiavelo en el cap. XVII de *El Príncipe*. Para un autor como Hobbes, es imposible que –en un estado de naturaleza– un hombre confíe en sus congéneres.

Esta antropología negativa ha llegado a calar profundamente en todo el positivismo jurídico, de forma que el derecho es visto principalmente como un instrumento de coerción y de represión. Por el intrínseco mal del ser humano, es necesario que el derecho sancione con dureza y disuada al posible infractor, que somos todos los humanos «en potencia».

Tommaso Greco critica la concepción según la cual el hombre debe ser considerado como siempre potencialmente un «infractor», siempre dispuesto a emplear «la malicia de su alma». Según el «maquiavelismo jurídico», estamos obligados a obedecer las reglas solo porque, en caso de desobediencia, nos enfrentaremos a una sanción. Para el profesor de Caloveto, es evidente que, en base a esta mentalidad, si uno puede esperar eludir la sanción o escapar de ella, entonces su sentimiento de obligación desaparece. Y para Greco, con ello se contrae el vicio original de la actual (in)cultura cívica.

Puede decirse que esta concepción elimina la referencia a la propia ley, a la autonomía de los ciudadanos y a su comportamiento: obedecemos la ley porque nos obligan; pues, si no obedecemos, nos enfrentaremos a una sanción. Esta perspectiva soslaya un elemento fundamental: nuestra responsabilidad hacia los demás. El «maquiavelismo jurídico» tiende a ocultar la dimensión relacional y se centra exclusivamente en el «control» que ejerce la autoridad para obligar a las personas a comportarse de una determinada manera. Para Greco, esta concepción supone un empobrecimiento evidente, a nivel epistémico, incluso antes que moral.

En efecto, cuanto más dependa el cumplimiento de las reglas de la amenaza del uso de la fuerza, más pierde en legitimidad, y mucha gente acaba por preguntarse si es una orden digna de obediencia. A la postre, el autor sostiene que no solo existe la obediencia como efecto de una amenaza o la obediencia motivada por los valores morales, a los que uno se adhiere. Entre ambos extremos se halla la obediencia motivada por el reconocimiento las razones del otro: es decir, garantizamos los derechos de los conciudadanos,

cumpliendo nuestro deber, del mismo modo que los demás avalan nuestros derechos, cumpliendo los deberes que les son propios.

Para Greco no somos tan lobos como pensaba Hobbes, ni tan inconstantes como creía Maquiavelo. Hay en el derecho un elemento fundamental, la confianza, que hace que la mayoría de los ciudadanos lleve a cabo un cumplimiento consciente y responsable de sus deberes. El libro deviene un canto a la confianza, que, como dijo Niklas Luhmann, es un reductor de complejidad. La confianza permite recuperar la olvidada dimensión de la responsabilidad, no solo por el hecho de responder conscientemente de nuestros actos, sino también porque en nuestras acciones nos apoyamos en los demás.

Recuperar la relacionalidad, para Greco, significa resaltar la dimensión de solidaridad que subyace en el derecho y que muchas veces resulta olvidada. Se trata de una perspectiva que no solo es posible, sino necesaria, pues el derecho se realiza plenamente cuando cuida de esa relación social, y se aleja de ella cuando tiene que hacerse fuerte mediante el uso de la coerción y la fuerza.

Greco aboga por recuperar la dimensión relacional (que define como «horizontal», a fin de distinguirla de la «vertical» que caracteriza nuestra relación con el Estado). En este sentido, rescata las ideas de Léon Duguit: «la idea del hombre social es el único punto de partida posible para una doctrina jurídica» (p. 72). La solidaridad, por tanto, es un hecho ineludible y, al mismo tiempo, un valor porque pide ser reconocido y favorecido. La dimensión relacional, mientras nos ayuda a estar más atentos a lo que nos pide la ley, nos hace también más sensible a las degeneraciones. Para Greco, si en lugar de centrarnos en nuestra relación de obediencia al Estado, dirigimos nuestra atención a lo que se nos pide que hagamos a los demás, no hay duda de que seremos más cuidadosos cuando la ley nos ordene cometer actos injustos.

Esta crítica del maquiavelismo jurídico implica redescubrir una cultura de la responsabilidad. Para el autor, primero debemos cambiar nuestra mentalidad jurídica, incluso la que se transmite en las Facultades de Derecho. Es necesaria una relectura de la antropología jurídica, y volver a otorgar a la confianza el lugar que le corresponde en la teoría jurídica y también en la práctica.

Parece que las ideas de Greco nos lleven a Kant, que no es citado a lo largo de toda la obra. En cambio, se respalda en un autor como Spinoza, para quien un hombre que se guía por la razón es verdaderamente libre, pues se esfuerza en observar la regla de vida y de utilidad común (pp. 36-38). Es muy interesante el contrapunto de Spinoza a Hobbes y Maquiavelo, con el que inicia un diálogo con otros autores contemporáneos.

Tiene razón el profesor italiano en sus argumentos: llama la atención sobre las «raíces del derecho», que –en efecto– se basan en la confianza, en la responsabilidad y en la fe la dimensión relacional. Podríamos decir, hasta cierto punto, que también la *bona fides* sería un elemento a recuperar, y muy cercano a las tesis de Greco.

Este libro es un importante correctivo, que nos tiene que hacer caer en la cuenta de que el derecho es, esencialmente, un juego de relaciones, de derechos y de deberes, y no un catálogo de sanciones. No puede descuidarse, sin embargo, el carácter coercitivo y sancionador del derecho. La antropología de Maquiavelo y Hobbes piensa que todos los hombres son infractores en potencia. La de Kant está pensada para ángeles en la Tierra: seres autónomos que cumplan con su deber. La antropología que propone Greco –aunque

enraizada también en la sociología— está más cerca de una visión socrática, basada en las relaciones con los demás, y se fundamenta en la educación y en los valores de las personas libres.

Diría que el mundo del derecho debería contemplar toda la compleja realidad: no hay lobos ni corderos, sino hay seres humanos muy distintos, con diversas apetencias, finalidades, con mayor control de la voluntad y de las pasiones. Unos entienden la misión del derecho (ven también el factor de consenso social, de confianza y de respeto) y saben cumplirlo. Muchos no la entienden, sino que meramente lo obedecen, y disfrutan de defraudarlo cuando pueden. Y algunos ni entienden ni obedecen, sino que se mueven al margen del mismo, sorteando las sanciones cuando les resulta posible.

Tiene toda la razón Greco en que es muy necesaria la pedagogía para que tanto los estudiantes de derecho como los legos entiendan la relación «horizontal» del derecho. Es decir, que valoren las bondades de la confianza en la ley, y de la ley como depositaria de la confianza. Sin embargo, no debe abandonarse por completo la visión «vertical». Más bien diría que el derecho es la superposición de ambas, como si se tratara de ejes cartesianos.

Este libro, sin embargo, nos recuerda —de forma muy inteligente y amena— que el derecho no solamente es «vertical», sino que permite todo un conjunto de relaciones «horizontales» fundamentales para la convivencia. De ahí que, por su brevedad, por prosa fluida y por los ejemplos literarios, filosóficos y jurídicos que contiene, merezca una encarecida recomendación.

Rafael RAMIS BARCELÓ
Universitat de les Illes Balears – IEHM

SOLANES CORELLA, Ángeles (Dir.): *Dinámicas racistas y prácticas discriminatorias*, Pamplona, Aranzadi, 2022, 284 pp.

Esta obra colectiva centra su atención en la realidad del racismo, la xenofobia y la discriminación mediante un análisis multidisciplinar que compagina las ciencias jurídicas y las ciencias sociales desde distintas perspectivas geográficas. *Dinámicas racistas y prácticas discriminatorias. La realidad en España, Francia, Italia, Dinamarca y Finlandia* recoge las ponencias, revisadas y mejoradas, del Congreso internacional MULTIHURI sobre racismo y discriminación celebrado el 16 y 17 de septiembre de 2021 en el que se abordó el racismo, la discriminación y los medios desarrollados para hacerles frente. El evento se celebró en el marco del proyecto de investigación «Racismo y discriminación: los derechos humanos bajo amenaza» desarrollado por el grupo de investigación *Multicultural Human Rights* («MULTIHURI»), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

La inmigración ha sido institucionalizada en la Unión Europea y en sus Estados miembros como un problema social. Basta con observar los barómetros de opinión de la ciudadanía comunitaria para concluir que el desplazamiento humano es considerado como una de las principales amenazas para las sociedades europeas. Además, las políticas migratorias son restrictivas y limitadoras de derechos humanos; los discursos públicos de incitación al odio proliferan; y la propagación de desinformación y mensajes dañinos contra la población migrante no deja de aumentar. Todo ello supone un verdadero desafío para pasar el test civilizatorio que supone el trato a la persona desplazada, a su acogida y a su integración en la sociedad en la que busca refugio, un hogar o, simplemente, una vida digna para sí y su familia.

Para promover una cultura antirracista y que valore positivamente la llegada de personas de otras nacionalidades no basta con promulgar normas que sancionen la discriminación por motivos étnicos o por origen, sino que estas se han de aplicar, decidida y firmemente, en un clima de integración y cohesión social. Este libro nos acerca a una realidad europea que proclama valores inclusivos como carta de presentación frente al mundo y a su propia ciudadanía, pero que después no los traduce fielmente a la práctica de sus agentes, instituciones y operadores jurídicos.

La persona desplazada sirve en ocasiones como chivo expiatorio en una etapa de crisis cíclicas constantes y permanentes que, más bien, podría describirse como una cuestión estructural. La persona migrante puede ser acusada a la vez de quitar puestos de trabajo y, paradójicamente, de recibir ayudas por no trabajar. Esta incongruencia es propia de quien ve en esas personas a un enemigo omnipotente y por ello, peligroso. Ante esta amenaza, se activa la emoción del miedo, alimentada por los medios y la desinformación interesada de algunos grupos extremistas, y se generan conductas de rechazo que se traducen bien en la falta de acción (no acoger, no acercarse a esa cultura, y por lo tanto, no desconocer y aumentar la distancia imaginada entre persona inmigrante y autóctona) o en conductas activas en forma de discurso de odio o de violencia. La ausencia de normas que sancionen estos actos o la nula aplicación de las existentes genera una sensación de impunidad que aumentará aún más si cabe dicha distancia, la percepción de amenaza, el miedo irracional y las conductas agresivas.

La primera de las tres partes en las que se divide este trabajo conjunto se titula «Marco general para el análisis del racismo» y comienza con un

artículo de Ángeles Solanes Corella en el que reflexiona sobre el afianzamiento del racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. Para ello ofrece una útil delimitación conceptual de términos como raza, colorismo, racialización o interseccionalidad. Al abordar el primero señala que lo fundamental sigue siendo «la característica que crea y consolida la diferencia, que no es la raza, sino la desigualdad atribuida de manera inicial a esas diferencias, en particular, al color de la piel», por lo que alude al colorismo como alternativa conceptual y práctica. Todo ello se asocia a una cuestión de poder asociada a la exclusión de personas cuanto más alejadas estén de la blanquitud. La autora propone un enfoque de derechos humanos para responder al sistema que establece como referencia universal al sujeto «blanco, varón, cis-heteronormativo y sin diversidad funcional» mientras que el resto son consideradas personas subalternas. Por último, la interseccionalidad, es decir, la interacción simultánea de diversos factores que producen discriminación en sí mismos, y que se caracteriza por ser estructural y política, obliga a una revisión del derecho antidiscriminatorio clásico. La autora continúa su exposición con un análisis sobre dicho derecho y sus medios de protección para las personas racializadas, haciendo énfasis específico en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, al comité que supervisa su cumplimiento, a los distintos instrumentos en el ámbito europeo y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para conocer la aplicación práctica de la normativa. Finalmente, y después de abordar las lagunas en la protección frente a la discriminación, plantea una serie de retos para el futuro entre los que se incluyen la superación de aquellas lagunas, la participación de las personas afectadas, mejorar el sistema de sanciones para reducir la infradenuncia, y la recopilación de datos desglosados en materia discriminatoria por parte de las autoridades.

El segundo trabajo de esta primera parte lo firman María José Aguilar-Idáñez y Daniel Buraschi. Bajo el título «Racismo institucional: claves analíticas para comprender la cara oculta de la dominación racial», sus autores destacan la ausencia de estudios para esta dimensión del racismo. Después de hacer referencia a la interpersonal y a la cultural, centran su análisis en la institucional. Desde el Grupo Interdisciplinar de Estudios sobre Migraciones, Interculturalidad y Ciudadanía (GIEMIC) de la Universidad de Castilla-La Mancha, uno de los grupos de investigación que más se ha dedicado al estudio de este fenómeno particular, utilizan dicho término para definir «el conjunto de políticas, prácticas y procedimientos que perjudican a grupos racializados impidiendo que puedan alcanzar una posición de igualdad», que puede darse tanto con actores (representantes institucionales, operadores jurídicos, etc.) o sin ellos (normas, leyes, políticas públicas, etc.) en diversos ámbitos como, entre otros, en los discursos públicos, en los procedimientos burocráticos o en los propios programas de integración social que reproducen, explícita o implícitamente, modelos paternalistas, asimilacionistas y etnocéntricos. Posteriormente, Aguilar-Idáñez y Buraschi ilustran la práctica del racismo institucional en el Estado español al que describen como estructural y sistémico, especialmente, el que sufren las personas migrantes extracomunitarias en situación administrativa irregular.

Buraschi y Aguilar Idáñez son también los autores del tercer estudio que cierra esta primera parte de carácter más introductorio. En «Fronteras morales: la construcción psicosocial de la indiferencia frente al racismo» desta-

can que, si bien la reflexión sobre la violación de derechos humanos de personas migrantes suele hacerse en torno al racismo explícito, este no sería posible sin la «complicidad de una sociedad indiferente o de una mayoría silenciosa» que lo justifica y normaliza. Ese racismo democrático que los propios autores describen como el proceso por el cual se vulneran los derechos de personas migrantes aludiendo a valores democráticos y justificando moralmente la violencia contra ellas es, precisamente, el objeto de este trabajo que contiene una propuesta teórica basada en la investigación empírica para entender la indiferencia social frente al racismo, la falta de acción frente a la injusticia y la «empatía selectiva» hacia las personas desplazadas. Nos encontramos con una paradoja moral, la de una sociedad que proclama valores universales de igualdad y dignidad, pero que, a su vez, mantiene a determinados grupos fuera de la aplicación de las normas morales y de justicia. Haciendo alusión a la dimensión del racismo previamente analizada, estos autores advierten que precisamente el racismo institucional «no se reproduce solo con el odio, el menosprecio o el rechazo explícito de las personas migrantes, sino que actúa gracias a la indiferencia, la apatía, el inmovilismo y la normalización de la violencia».

La segunda parte de esta obra, bajo el epígrafe de «Racismo en España y estrategias de enfrentamiento», comienza con el artículo de Ana Vázquez-Cañete titulado «Discriminación y racismo en España: una aproximación diagnóstica a la realidad». La autora destaca la paradoja anteriormente referida protagonizada por una organización política, como la Unión Europea, que establece como propios valores como la igualdad, la dignidad, el humanismo o la solidaridad, mientras que sus políticas de gestión fronteriza securitarias son restrictivas en dichos valores y en derechos humanos, son excluyentes y exclusivas y caracterizan a la población desplazada como un riesgo para el modelo social europeo. Este modelo en el que se combinan las exigencias securitarias y de protección humanitaria en el interior de las fronteras y en el que la sociedad civil y las estrategias locales tienen un papel relevante, se ha trasladado también al Estado español, en el que se ha imprimido una lógica neocolonial que establece una diferenciación jerárquica entre individuos y grupos. La autora lleva a cabo un estudio para describir este fenómeno en la actualidad y descubrir los elementos clave sobre los que se debe incidir para abordarlo. Concluye que la diversidad de informes analizados pone de manifiesto, al menos en apariencia, un cierto compromiso desde las instituciones y desde la sociedad civil para luchar contra el racismo, pero lamenta que se sitúe el análisis en una perspectiva individual, eliminando así otras dimensiones, y responsabilizando de este fenómeno a los individuos a la vez que desresponsabiliza a las estructuras sociales. Por último, señala que la valoración de la inmigración parte de las percepciones sociales sobre las personas migrantes, y que el mensaje del populismo nacionalista, con cada vez mayor eco mediático, promueve la minusvaloración de las personas desplazadas sobre la base de informaciones falsas o bulos que funcionan como verdades con consecuencias perniciosas para las condiciones de vida de aquellas.

En «Consideraciones para mejorar la lucha contra el nuevo racismo» M.^a Isabel Garrido Gómez parte de una conceptualización tradicional del racismo caracterizada por la idea del biologismo y la jerarquización racial y vivenciada con extrema intensidad en el siglo pasado aludiendo a los ejemplos de la Alemania del Tercer Reich, la segregación racial en los Estados Unidos o el *apartheid* sudafricano para, posteriormente, analizar las formas

contemporáneas de racismo. En efecto, el racismo sigue existiendo, pero de forma más sutil, etérea, como si el manto que lo cubre fuese suficiente para esconder el desagradable pasado de los ejemplos citados. Hoy tenemos un racismo simbólico o moderno que emplea conceptos y expresiones que son social y políticamente correctas en el Estado de Derecho, pero que culpabilizan a las personas racializadas por su situación de inferioridad en el sistema y rechazan los medios para paliar dicha situación. También habla la autora del racismo diferencialista, latente, aversivo o regresivo sustentado por los prejuicios y estereotipos del racismo institucional, estudiado anteriormente por Aguilar-Idáñez y Buraschi, y del racismo cultural. Sin embargo, como bien advierte la autora, la caracterización general del problema del racismo presenta particularidades dependiendo del contexto. Así, las víctimas en Europa son personas migrantes, mientras que en Estados Unidos son personas nacionales, pero pertenecientes a minorías racializadas en situación de desventaja estructural y sistémica.

Esta segunda parte de la obra colectiva se cierra con el análisis de M.^a Lourdes Santos Pérez de las políticas públicas y de los problemas sociales que estas abordan desde la estrategia del «giro hacia lo corporal» y sobre la base de la obra *Cuerpos marcados, vidas que cuentan y políticas públicas*, y también de la de «injusticia epistémica», para todo lo cual emplea el trabajo de Fricker que lleva ese mismo título. En su estudio «De cómo la acción institucional induce y preserva formas de vida precarias e ignoradas», la autora, en esa mirada corporal, destaca el hecho de que «la negritud es sinónimo de vulnerabilidad» y que no hay otros cuerpos que los negro-africanos que sufran la necropolítica «de forma tan brutal». En el ámbito de la injusticia, se refiere a la «injusticia hermenéutica» para describir la carencia de recursos de interpretación colectivos que consecuentemente «sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales» y pone como ejemplo de «muerte hermenéutica», empleando el término propuesto por José Medina, a los Centros de Internamiento de Extranjeros, un elemento clave en la acción institucional de gestión migratoria y fronteriza.

El tercer bloque ofrece un análisis comparado de la realidad sobre el racismo y la discriminación en Francia, Italia, Dinamarca y Finlandia. Iker Barbero es el encargado de abrir esta sección con un trabajo sobre «Racismo(s), prácticas policiales discriminatorias y *contrôles au faciès* en Francia». Después de analizar en detalle la regulación de las prácticas policiales y los mecanismos de garantías ante los controles discriminatorios, el autor señala que los controles de identidad son «discriminatorios, injustos y además contraproducentes», fomentan la humillación, el acoso y la estigmatización de minorías, y perpetúan y legitiman el racismo. Si bien Iker Barbero no considera del todo cierto hablar de una policía francesa racista o de un Estado francés racista, la extrema derecha está cada vez más presente en los cuerpos y fuerzas de seguridad, y se advierte la presencia del racismo «en las actuaciones policiales, ‘en’ las instituciones, ‘en’ sus disposiciones normativas y, por tanto, ‘en’ el Estado».

El estudio titulado «La ciudadanía en Italia entre legislación actual y reformas fallidas. Un análisis crítico» es el primero de los dos análisis que centran su atención en el Estado italiano. Letizia Mancini comienza con una reflexión general del concepto de ciudadanía y continúa con el examen de la normativa para la adquisición de la nacionalidad italiana. La ley, de 1992, y las sucesivas reformas transmiten a juicio de la autora una «ciudadanía como concesión,

como premio obtenible al final de un largo camino de participación e inclusión», pero se trata de un privilegio altamente discrecional que puede ser revocado, por lo que la persona extranjera que adquiere la nacionalidad italiana no será nunca, de forma definitiva, italiana.

El siguiente trabajo sobre Italia tiene como título «El tabú del racismo en Italia. Sociedad, cultura, educación» y está firmado por Mariagrazia Santagati, Guia Gilardoni y Marta Visioli. Su estudio comienza destacando que el racismo en Italia «es un fenómeno presente y subestimado» y continúa con una reflexión sobre las raíces del racismo y las razones históricas del tabú que ha terminado por contribuir a fortalecer el racismo en la actualidad. Posteriormente, analizan las formas difusas del fenómeno en Italia a partir del análisis de fuentes, tanto institucionales como no institucionales, que son en ocasiones de difícil detección; se aborda el discurso y los actos que normalizan el odio, y que cuentan para ese cometido con las redes sociales como fieles aliadas; y se alude a la interseccionalidad de la discriminación múltiple. Finalmente, las autoras reflexionan sobre el papel histórico de la educación en la legitimación del racismo y concluyen con la historia de una adolescente italiana de origen senegalés cuya experiencia vital es un ejemplo emblemático de la situación de personas afrodescendientes en Italia. Para las autoras, hay que desaprender el racismo «para encontrar vacunas eficaces para erradicarlo en el campo de las ideas y de las acciones».

El estudio sobre la situación del racismo y la discriminación a personas migrantes en Dinamarca corre a cargo de Albert Mora Castro. En «La política de rechazo a la inmigración en Dinamarca», esboza un contexto sociopolítico danés vertebrado por el auge del *Danish People's Party* de carácter nacionalista, populista y xenófobo, cuyo apoyo a distintos gobiernos explica, en parte, el porqué de la puesta en marcha de alguna de las políticas más restrictivas y agresivas contra las personas migrantes y refugiadas en Europa. El rechazo al multiculturalismo en Dinamarca fuerza la asimilación como única vía para la integración de personas migrantes que, por otra parte, son representadas como una carga para el sistema del bienestar y para el ideal de identidad homogénea concebida como la base de la solidaridad nacional que sostiene al estado de bienestar. La perspectiva intercultural, por tanto, está ausente en las políticas migratorias danesas. Para el autor, se necesita urgentemente un compromiso político que abrace los derechos humanos, la justicia, la convivencia y la cohesión social con el fin de abordar el racismo, la discriminación y la intolerancia, pero destaca que, desafortunadamente, el país ha normalizado y legitimado discursos y prácticas de odio en el ámbito político, todo lo cual está creando unas condiciones que dificultan la tarea de integración e inclusión de personas migrantes y refugiadas.

Con «Finlandia: Igualdad en el papel – (anti) discriminación en la práctica», Nacho Hernández Moreno refleja una realidad paralela a la danesa en el caso del Estado finlandés. Se trata de un país con escasa experiencia en la recepción de personas desplazadas y con poca tradición en la acogida de migrantes, pero que recientemente ha visto incrementarse de forma significativa el número de personas llegadas a su territorio, y de aquellas etiquetadas bajo el término «población de origen migrante» que incluye, tanto a nacionales de terceros países, como a aquellas con nacionalidad finlandesa, pero de origen migrante. Ello pone de relieve, como señala el autor, la clara diferenciación entre nacionales finlandeses y un «otro» cuya alteridad incluye también a nacionales, pero que se caracterizan, a diferencia de aquellos, por

tener un origen no finlandés. El estudio comienza con un análisis de la normativa y de estrategias políticas encaminadas a promover una sociedad libre de discriminación y termina con un análisis de la discriminación real sufrida por personas migrantes o de origen migrante, especialmente de países africanos o árabes. En concreto, se ponen ejemplos en el ámbito laboral, el sistema educativo y las actuaciones policiales que ponen en entredicho los ideales de igualdad promulgados por el ordenamiento jurídico.

En definitiva, este libro colectivo permite conocer la problemática del racismo, la xenofobia y la discriminación desde un punto de vista teórico, una perspectiva que sirve para comprender mejor la complejidad práctica de este fenómeno. Los ejemplos relativos a la situación en Francia, Italia, Dinamarca y Finlandia nos ayudan a conocer la realidad de los valores promulgados por la Unión Europea y por sus Estados miembros, y nos obligan a reflexionar sobre qué está ocurriendo, y qué podemos y debemos hacer como sociedad para alcanzar sociedades inclusivas y pacíficas que permitan el disfrute de los derechos humanos de todas las personas, incluidas las migrantes y las refugiadas.

José María GARRÁN MARTÍNEZ
Universidad de Salamanca

VON ADAMOVICH, Eduardo y ZERNIKOW, Marcel (Eds.): *Philosophical and Sociological Reflections on Labour Law in Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2022, 438 pp.

Esta obra realiza un análisis desde distintas latitudes de la normatividad en el ámbito del Derecho laboral, el gran interés de ese análisis reside en que el Derecho laboral tiene un innegable impacto social y económico y se ve directamente afectado por las distintas formas de crisis actuales (p. xi), así lo entienden von Adamovich y Zernikow, quienes pertenecen a la Universidad del Estado de Río de Janeiro y a Paris I Panthéon Sorbonne, respectivamente.

Con esta finalidad, esta obra colectiva se divide en cuatro partes y veintidós capítulos. La primera de ellas es la relativa a la construcción teórica del Derecho laboral, y esta concretamente se fija en la Filosofía y en la Sociología del Derecho y está compuesta, a su vez, por cinco capítulos. La segunda parte aborda cuestiones esenciales del Derecho laboral como los principios universales en los que se asienta y lo que denomina como normas legales divergentes. Está compuesta por nueve capítulos, a su vez, subdivididos en dos partes: la primera recoge informes regionales o de países específicos, mientras que, la segunda recoge los principios universales. En el tercer bloque de esta obra colectiva nos encontramos con los nuevos parámetros en la evolución del Derecho laboral analizados en cuatro capítulos. Y ya en el cuarto y último bloque, compuesto también por cuatro capítulos, se atiende a cuestiones futuras del Derecho laboral, es decir, al papel que jugará el Derecho laboral en futuros escenarios en los que la fragmentación y flexibilidad de la evolución económica, afectada por los nuevos tipos de relaciones laborales y los nuevos sujetos laborales de la sociedad como son las minorías y la migración, avisan de un cambio de paradigma. Estos futuros escenarios, además, deberán atender a cuestiones tales como la conciliación de la protección de prestaciones sociales de los trabajadores con la dinámica empresarial, la lucha por la consecución de la igualdad y la preservación del medio ambiente.

De manera más minuciosa, capítulo a capítulo, nos encontramos con un recorrido que inicia Casale «Some Reflections on the Philosophy of Law and Labour Law» (cap. 1, pp. 3 ss.) desarrollando desde la Filosofía del Derecho la explicación de la normatividad del derecho positivo. El análisis continúa abordando cómo la Filosofía del Derecho reflexiona y piensa sobre el propio derecho y cómo se interrelaciona con el Derecho laboral en la labor interpretativa. Seguidamente, también desde la Filosofía del Derecho, Suárez Llanos «The Critical Concept of Work as a Key to Justice» (cap. 2, pp. 15 ss.) profundiza en, y reivindica, el concepto crítico de trabajo como concepto clave en la justicia y, en este sentido, reclama los conceptos e instrumentos críticos del reconocimiento, la redistribución y la representación. Se propone la investigación del concepto crítico de trabajo a través de la deconstrucción y reconstrucción del propio concepto de trabajo y de la necesidad de gestionar sus condiciones, objetivos y consecuencias. A continuación, nos encontramos con Von Adamovich «Re-Constituting Labour Law: How Different is it to Think Labour Rights and Improving them in Post-modernity?» que trata sobre una reconstrucción del Derecho laboral en el posmodernismo, es decir, se pretende la exposición de la evolución en la manera de pensar el Derecho laboral a lo largo de los últimos siglos. Esto último se consigue mediante la

advertencia de que el anclaje de los derechos sociales ha demostrado ser insuficiente ante la crisis múltiple (económica, medioambiental, financiera y tecnológica) y que se necesita encontrar las distintas maneras de continuar desarrollando y fomentando los valores humanistas con los que ha crecido nuestra sociedad (cap. 3, pp. 39 ss.). En el capítulo siguiente, Zernikow «The Advent of Labour Law: Rereading Philosophers and Sociologists» propone una relectura de filósofos y sociólogos para tratar lo que el autor denomina como el advenimiento del Derecho laboral. Atendiendo al impacto de la revolución industrial, generalizará la reflexión ofrecida a partir de las características comunes a los sistemas de Derecho laboral en todo el mundo (cap. 4, pág. 59 y ss.). Finalmente, de Azevedo y Kaiser Jahn «Fundamentos Filosóficos do Direito do Trabalho: aplicabilidade da Teoria da Justiça de John Rawls» ofrecen una aplicación de la teoría de la justicia de Rawls para tratar los fundamentos filosóficos del Derecho del Trabajo. En él podremos encontrar la utilidad de los fundamentos filosóficos en la medida en que estos proveen elementos de teorización abstracta que permiten alcanzar, en última instancia, un escenario neutro alejado de la crisis actual (cap. 5, pp. 79 ss.). Estos cinco primeros capítulos son los que, como dijimos anteriormente, conforman la primera parte de la obra.

Como apuntaba, la segunda parte de la obra aborda cuestiones esenciales del Derecho laboral como los principios universales en los que se asienta y lo que denomina como normas legales divergentes. Vemos que la inicia Maggi-Germain «The Socialisation of Economic Risk and the Redistribution of Liabilities» con los análisis de la socialización de los riesgos económicos y la redistribución de responsabilidades entendidos en la situación laboral establecida a partir de la cuarta revolución industrial, en la que se propicia la aparición de nuevas figuras jurídicas, entre las que destacan actualmente los trabajadores de las plataformas digitales. Pone en valor el concepto de responsabilidad como uno de los conceptos fundamentales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos a los que otorga estructura legal (cap. 6, pp. 97 ss.). Continúa Kocher «Individual Rights as a Critique of Labour Law Collectivity: Looking at Labour Law from the Perspective of its Outsiders» con la crítica del Derecho laboral colectivo a partir de los derechos individuales, en la que se propone abordar la cuestión social fundamental de la relación entre el trabajo de cuidados y el empleo remunerado. Si percibimos esta problemática como una cuestión individual en el Derecho laboral tiene que ver con la construcción de las cuestiones de Derecho laboral colectivo (cap. 7, pp. 115 ss.). Prosigue Pietrogiovanni «The Carrot Rather than the Stick! An Italian Introduction to Promotional Labour Law» con la atención puesta en las sanciones positivas existentes en el Derecho laboral italiano, a través del desarrollo de un debate comparativo e internacional sobre el papel de las técnicas sancionadoras en el Derecho del Trabajo, incluso reflejando las que generalmente se subestiman como es el caso de las sanciones positivas (cap. 8, pp. 129 ss.). Y, cierran la primera mitad de esta segunda parte Uhlerová y Švec «Collective Labour Law and Trade Union Paradoxes in the Slovak Republic» con el análisis del caso eslovaco de Derecho laboral colectivo, concretamente con el análisis de las paradojas sindicales que se producen en ese país. Fenómeno que es influenciado por los desarrollos sociales, económicos, políticos y de la propia sociedad y que tiene un impacto directo en la operabilidad y funcionamiento de la actividad sindical eslovaca (cap. 9, pp. 151 ss.). En la segunda, Włodarczyk «Collectivity – An Original Feature of Labour Law» atiende al

Derecho laboral colectivo como una característica original del propio Derecho laboral, poniendo de manifiesto que la culminación del colectivismo en el ámbito laboral se produce con la elaboración de convenios colectivos (cap. 10, pp. 167 ss.). En el siguiente capítulo, Mannrich y Barichello Boskovic «The Importance of Trade Unions and their Role in Social Protection at Times of Crisis» nos hablan de la importancia de los sindicatos como protección social en tiempos de crisis, ya que entiende que son estos mecanismos los que pueden ayudar a paliar algunos de los efectos producidos por la crisis. Sin embargo, y atendiendo al sistema brasileño, se recoge la necesidad de reforma del sistema sindical, específicamente para poder aplicar una verdadera libertad de asociación (cap. 11, pp. 177 ss.). En tercer lugar, Agra Belmonte «O Direito Fundamental à Adaptação Razoável em Casos de Discriminação de Minorias nas Relações de Trabalho» se centra en el derecho fundamental a la adaptación razonable en los casos de discriminación de las minorías en las relaciones laborales. Mediante la utilización de la Teoría de la Adaptación Razonable que da cabida a múltiples intereses, tanto del empleador como del empleado (cap. 12, pp. 197 ss.). En cuarto lugar, Ledesma Iturbide en «Los Presupuestos Teóricos y Dogmáticos que exige el Deber Jurídico de la Debida Diligencia. Un Desafío de Reconversión del Pensamiento» presenta los presupuestos teóricos y dogmáticos que exige la debida diligencia atendiendo a las dificultades que presentan el sentido y el tratamiento jurídico del fenómeno de las cadenas mundiales de suministro (cap. 13, pp. 235 ss.). Y, en quinto y último lugar, de Becker y Claus «The Right to Laziness: The Missing Link in Terms of the Development of the Basic Income» atienden al derecho a la pereza como cuestión olvidada en el desarrollo de la renta básica, centrándose en la cuestión de qué derechos sociales son los principales para la creación de un marco jurídico para una renta básica universal o regional. Utiliza un enfoque positivista puro, como una elección propia de los autores para la identificación de cuestiones jurídicas actuales en relación con el derecho a la renta básica (cap. 14, pp. 255 ss.).

Entrando ya en la tercera parte de la obra que, como señalaba anteriormente, aborda los nuevos parámetros en la evolución del Derecho laboral, García Viña, en «Changes in Labour Relations due to Digital Platforms», aborda los cambios producidos en el ámbito del Derecho laboral a partir de desarrollo de lo que denomina ecosistema de nuevas empresas como son las *start-ups* y los nuevos gigantes tecnológicos. El foco de atención se dirige a la necesidad de regular de manera clara las nuevas relaciones laborales que surgen a raíz de las nuevas plataformas digitales (cap. 15, pp. 277 ss.). Seguidamente, Teixeira Damilano y Stürmer «The Fundamental Right to Strike: Replacing Humans with Machines as a Result of Technological Development and the Virtual Strike» recogen el análisis sobre el derecho fundamental a la huelga, analizando el desarrollo histórico de la respectiva legislación y el concepto de huelga mismo, así como examinar el potencial existente en el reemplazo de humanos por máquinas mientras que la actividad se suspende para terminar examinando la idea de huelga virtual, a través de ejemplos de varios países como son Brasil, España e Italia (cap. 16, pp. 291 ss.). A continuación, en el capítulo decimoséptimo Sánchez-Castañeda en «A Labour Reality in Constant Transformation: The Need for New Concepts» plantea la necesidad de nuevos conceptos debido a la constante transformación a la que se ve expuesta la realidad laboral, para así poder comprender las nuevas necesidades del Derecho laboral a partir de las nuevas fundamentaciones

filosóficas (cap. 17, pp. 305 ss.). Cierra esta tercera parte el capítulo de Štefko «The Key Task of Labour Law in the Post-Covid Period: How Do We Provide for Employees' Health and Help the Affected?» dirigido al estudio de la tarea clave del Derecho laboral en la etapa pos-covid, la de velar por la salud de los trabajadores. Se centra en identificar cuestiones jurídicas clave a abordar en este periodo pospandémico en la República Checa, bajo la idea de que si el estado quiere sobrevivir tiene que proporcionar un mercado laboral que funcione en todos los momentos, incluso en los momentos de crisis (cap. 18, pp. 319 ss.).

Finalmente, en la cuarta y última parte de esta obra colectiva Weiss «Challenges for Labour Law» comienza analizando los cambios en el Derecho laboral, entendiendo que el Derecho laboral es producto de la industrialización, en la actualidad, era postindustrial, todo lo anteriormente conocido ha desaparecido y/o ha cambiado drásticamente. Por ello, el objetivo principal de este análisis es conocer si los objetivos tradicionales del Derecho laboral continúan siendo adecuados para hacer frente a la nueva realidad laboral existente, y si, en caso de serlo, pueden ser suficientes o si necesitan de alguna adaptación o, incluso, un cambio total de paradigma (cap. 19, pp. 339 ss.). El segundo capítulo también se asienta en el nuevo paradigma laboral, en esta ocasión Dimitriu «The Worker within the New Paradigm of Labour Law: Between Solidarity and Loneliness» aborda la situación en la que se encuentran los trabajadores, entre una situación de solidaridad y una situación de soledad. Respecto a la soledad, afecta no solo a los trabajadores que trabajan a distancia, sino que cada vez son situaciones que se extienden a otras categorías profesionales. Y, respecto a la solidaridad, se pierde en la medida en que otras categorías profesionales se contemplan como enemigas, dentro del ámbito competitivo general. Todo ello lo contempla desde una perspectiva verdaderamente pesimista como así lo afirma el propio autor (cap. 20, pp. 355 ss.). El penúltimo capítulo es el relativo a repensar, reformar y remercantilizar el trabajo. Para ello Cammalleri «Beyond the Fence»-Re-Thinking, Re-Shaping, Re-Commodifying Labour» parte de un análisis histórico tanto del derecho como de la literatura, se evalúa y se ofrece un análisis alterado del derecho y la economía y se propone dar una nueva forma al criterio de redistribución del trabajo y de los derechos sociales entre las personas que viven de su trabajo (cap. 21, pp. 371 ss.). En el último capítulo de esta obra se aborda el concepto de capitalismo a partir de explorar el posible cambio de trabajo que refleja una nueva y particular teoría económica, llamada *Raworth's doughnut economics*, y de recoger también una nueva utopía denominada *Eldorica*. Con la que Ter Haar «Capitalism, Doughnut Economics, *Eldorica* and the Role of Labour Law» nos invita a reflexionar sobre las cuestiones propuestas y poder indicar, así, el papel que podrían o que deberían desempeñar los abogados laboristas en estos debates (cap. 22, pp. 401 ss.).

Estamos, por todo lo expuesto, ante una obra exhaustiva y de gran calidad intelectual que recoge las problemáticas actuales que nos encontramos en la conceptualización del Derecho laboral y del concepto de trabajo. Una obra que nos aboca a una reflexión cuestionadora, crítica y de sistematización sobre las claves del trabajo, de su Derecho y de sus derechos. Y todo ello lo consigue articulando trabajos que se centran en diversos puntos geográficos que otorgan una visión más completa de la cuestión, y en una visión multidisciplinar desde distintas áreas del ámbito jurídico. De tal manera que podemos declarar que esta obra nos ayuda a la conceptualiza-

ción del trabajo digno y decente, conceptos en los que se centran, cada vez más las corrientes críticas del derecho.

Para concluir esta crítica bibliográfica, animo a todas aquellas y a todos aquellos juristas que tengan interés en la relación entre la Filosofía del Derecho y el Derecho laboral, junto con la conceptualización jurídico-crítica del concepto de trabajo, que se acerquen a esta obra.

Alma Luna UBERO PANIAGUA*
Universidad de Oviedo

* Investigadora pre-doctoral subvencionada por el Vicerrectorado de Investigación, de la Universidad de Oviedo, a través del Plan de Apoyo y Promoción de la Investigación. Referencia PAPI-21-PF-32. Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo Avda. del Cristo s/n. Planta Baja, despacho no 369. 33006, Oviedo, Asturias. Contacto: uberoalma@uniovi.es Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5962-5414>

IV

OBITUARIO

Por Alberto Montoro Ballesteros
(1941-2022)

El 28 de diciembre de 2022, pocos días antes de cumplir 82 años, fallecía en su casa de Murcia Alberto Montoro Ballesteros, catedrático de Filosofía del Derecho.

El profesor Montoro había nacido en la localidad cordobesa de Priego el 1 de enero de 1941. Cursó el bachillerato en el Instituto de Cabra, donde también lo habían hecho antes sus paisanos Niceto Alcalá Zamora, futuro presidente de la República, y Francisco Candil, que sería rector de la Universidad de Sevilla. En 1959 Alberto Montoro inició sus estudios de Derecho en la Universidad de Granada, teniendo como profesores a Agustín de Asís, Francisco Puy y Nicolás López Calera. En 1964 se trasladó a Madrid, donde ejerció como profesor ayudante de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense, mientras iniciaba su tesis doctoral en dicha área con los profesores López Rodó y Villar Palasí. Sin embargo, su vocación por la filosofía del derecho y la intervención de su maestro Agustín de Asís le llevaron a cambiar de nuevo, trasladándose en aquella ocasión (1966) a Murcia para incorporarse a la Facultad de Derecho de su Universidad como profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, comenzando una nueva tesis en esta área bajo la dirección del catedrático Mariano Hurtado. En 1969 defendió la tesis doctoral, que versaba sobre «Las ideas filosófico-jurídicas y políticas de Enrique Gil y Robles». Tras una estancia en Alemania y la publicación de su libro *Fray Juan de Salazar, moralista político (1614)*, accedió al Cuerpo Nacional de Profesores Adjuntos de Universidad (1972), recién creado, después de haber ganado la correspondiente oposición de Adjunto en 1967.

En los siguientes años Montoro participó en numerosos congresos de nuestra disciplina: Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (Madrid, 1973), diversas Jornadas de Profesores de Filosofía del derecho (1975-1978), impartió clases en un curso del Instituto de Estudios Políticos (1975), ponencias en varios congresos internacionales en

Murcia, Marbella y Pamplona, así como en las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social de Oviedo (1990), en este último caso con una ponencia sobre las razones éticas de la obediencia al derecho. En 1985 obtuvo la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Murcia ante un tribunal compuesto por los profesores Mariano Hurtado, Francisco Puy, Luis García San Miguel, Andrés Ollero y Gilberto Gutiérrez.

Mi conocimiento del profesor Montoro tuvo lugar por esos años. Yo había realizado mi tesis doctoral de Filosofía, que trataba sobre el derecho natural y la teoría política en Rousseau, en la biblioteca del Departamento de Derecho Público, magníficamente dotada desde los tiempos de Antonio Truyol, y poco después me presenté al concurso para una plaza de profesor titular de Filosofía del Derecho, en cuyo tribunal estaba Alberto Montoro. Así se inició una relación intelectual con él, que me llevó a ser propuesto y ejercer como profesor asociado primero, impartiendo las clases de historia de la filosofía jurídica como ayudante suyo en la cátedra, y más tarde a compartir la docencia y la investigación en el Departamento plenamente como profesor titular (1993). Ese mismo año me encargó la docencia de su asignatura de Derecho Natural en la segunda parte del curso, sustituyéndole en sus clases, mientras él realizaba una estancia de investigación en la Universidad de Heidelberg durante el semestre de verano, de marzo a septiembre. Durante ese tiempo, con una beca del Programa de Perfeccionamiento y Movilidad del Personal Investigador, del Ministerio de Educación y Ciencia, llevó a cabo una investigación sobre el tema «Actos contrarios al Derecho: supuestos ontológicos, naturaleza y tipología de los mismos». De vuelta de Alemania, ya en el curso siguiente, antes de poder publicar los resultados de su investigación, a causa de un incendio ocurrido el 9 de febrero de 1994 en la Facultad de Derecho, Montoro perdió casi todo el material que había recopilado, por lo cual pidió y obtuvo otra beca de movilidad que le permitió volver a Heidelberg y reunir de nuevo la bibliografía necesaria. Este trabajo vio la luz parcialmente en un artículo publicado en 2002: «En torno a la idea de delito político (Notas para una ontología de los actos contrarios al Derecho)».

En la década de los años 90 y 2000 el profesor Montoro siguió impartiendo las asignaturas del área según el plan antiguo y los nuevos planes de estudios: Derecho Natural, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho, pero también cursos de doctorado en las facultades de Derecho y de Filosofía, cursos y conferencias en diversos foros, sobre temas como la protección de los derechos humanos, los actos ilícitos, fundamentos filosóficos de la responsabilidad jurídica, justicia material, doctrina del derecho subjetivo, validez del derecho, problemas actuales de teoría y metodología del derecho. El 30 de septiembre de 2011 se produjo su jubilación, pasando a la situación de Catedrático Emérito durante los años siguientes, en los que siguió desarrollando tareas de investigación en el departamento. En 2013 vio la luz un libro

de homenaje, en el que colaboraron muchos colegas de todas las universidades españolas, y que lleva por título *Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros*, editado por J. López Hernández, F. Navarro y J. R. Torres, en Editum, Universidad de Murcia, y disponible en línea en acceso gratuito.

Su obra publicada tiene un carácter sistemático y trata la mayor parte de los temas de la filosofía y la teoría general del derecho, aunque el profesor Montoro prefería denominar a esta parte de la disciplina «teoría fundamental». Este es el nombre que lleva una de sus obras principales, el *Sistema de Teoría fundamental del Derecho* (1999), y aunque solamente apareció el I tomo, las otras partes del sistema vieron la luz bajo el título de «Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho». Algunos de ellos fueron: *El derecho como sistema normativo: Naturaleza y función del derecho* (2), *Derecho y moral* (5), *El deber jurídico* (14), *Conflicto social, derecho y proceso* (20). Otros temas aparecieron en diversos artículos de revistas o en capítulos de libros. De entre sus publicaciones destaca, por el debate que suscitó en nuestra disciplina, su libro *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho* (1979), en torno a un concepto de democracia que él asociaba con la doctrina política del régimen mixto. En general, su obra publicada abarca un amplio espectro de temas de la filosofía jurídica, desde la historia de la filosofía del derecho y del Estado, pasando por la ontología jurídica, cuestiones de derecho natural, relaciones entre derecho, moral y política y, finalmente, temas de lógica y metodología jurídicas.

La obra de Alberto Montoro posee dos caracteres básicos: es una filosofía del derecho sistemática y tradicional, basada en lo que se ha llamado desde hace más de un siglo la «filosofía perenne». En ese sentido, su principal mérito ha sido transmitir una tradición y actualizarla a la luz de los nuevos problemas que se han venido planteando en el ámbito del pensamiento y la ciencia jurídica. Como académico fue un modelo por su vocación y entrega a la filosofía del derecho, por su trabajo constante y riguroso en la docencia y la investigación de nuestra disciplina, y como persona fue siempre honesto, de trato muy agradable con las personas que le rodeaban, alumnos y profesores, y un buen compañero y amigo.

JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Murcia
lopezh@um.es

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.^a 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 PARA LOS AUTORES Y AUTORAS

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 *key words* 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, recensiones y noticias han de enviarse exclusivamente a través de la página electrónica de AFD: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD>

En el documento es imprescindible incluir: los datos del autor o autora:

1. Nombre completo.
2. Institución de educación superior a la que se está adscrito/a y posición (por ejemplo: investigador/a, profesor/a ayudante doctor, contratado doctor, titular, catedrático, u otras). No se admitirán trabajos de personas cuya vinculación institucional no pueda ser demostrable por vías fehacientes.
3. Dirección electrónica y postal institucional de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones.
4. Número ORCID.
5. Título del trabajo y palabras clave en español e inglés.

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 *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente abreviadas, respectivamente, como *id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. 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. Notas y 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:

FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2022.

2. Artículo de revista:

BENHABIB, S., «Habermas's new Phenomenology of Spirit: Two centuries after Hegel», *Constellations*, vol. 28, 2021, pp. 33-44.

3. Trabajo o capítulo del libro:

ARENDT, H., «We Refugees», en Robinson, Marc (ed.), *Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, Boston, Faber & Faber, 1994, pp. 110-119.

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 serán evaluados mediante el sistema de doble evaluación externa ciega manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. Por ello, los autores o autoras deben eliminar los metadatos del mismo en el texto, para evitar que los evaluadores puedan identificar su autoría. El autor o autora 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 o la evaluadora externa 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/las evaluadores/as a los autores o autoras, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores o autoras 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 o expertas independientes.

Los evaluadores o evaluadoras 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 evaluaciones positivas de realizadas por evaluadores/as externos/as. Quienes evalúen 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 una tercera evaluación externa, que será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redac-

ción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un período de tiempo suficiente para que los autores o autoras obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a las evaluaciones. 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:

- Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
- No utilizar el sistema de citas propuesto en la manera indicada.
- No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
- Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
- Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
- 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/las evaluadores/as, 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 el 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 ano-

nimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de las personas más calificadas 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.