

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XIX
2002



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Director

JAVIER DE LUCAS

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

Secretario

MARIO RUIZ SANZ

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

CONSEJO ASESOR

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

EMILIA BEA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

JOSÉ GARCÍA AÑÓN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

CONSEJO DE REDACCIÓN

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

CARLOS ALARCÓN CABRERA

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Huelva

MANUEL CALVO GARCÍA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Zaragoza

JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Jaén

BENITO DE CASTRO CID

Catedrático de Filosofía del Derecho
UNED

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

MARÍA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA

Profesora Titular de Filosofía del Derecho
UNED

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

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

CONSEJO DE REDACCIÓN: **Secretariado** (Departamento de Filosofía del Derecho Moral y Política); Facultat de Dret, Edifici Departamental Occidental, Campus dels Tarongers, 46071 VALENCIA. Tels.: 96 382 81 29/30
E-mail: Anuario.Fil.Derecho@uv.es

ADMINISTRACIÓN: **Ministerio de Justicia** (Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID. Tels.: 91 390 44 29/20 82

VENTA, DISTRIBUCIÓN y SUSCRIPCIONES: **Librería del Boletín Oficial del Estado**
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID. Tel.: 902 365 303. Fax: 91 538 21 21

**ANUARIO
DE
FILOSOFÍA
DEL
DERECHO**

NUEVA ÉPOCA
TOMO XIX
2002

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2002

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

ISSN: 0518-0872
ISBN (BOE): 84-340-1396-7
ISBN (M.º de Justicia): 84-7787-880-3
NIPO (BOE): 007-02-088-9
NIPO (M.º de Justicia): 051-02-022-X
Depósito Legal: M-11151-1958

IMPRESA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

PRESENTACIÓN

La sección monográfica del volumen XIX del Anuario de Filosofía del Derecho está dedicada a una de las cuestiones que ha suscitado más atención en la filosofía jurídica y política en estos últimos años, y que ha puesto de relieve la actualidad de algunas de las aportaciones más relevantes de nuestros clásicos españoles, hacia los que vuelven buena parte de quienes intervienen en el debate. Se trata de la discusión acerca de los fundamentos, de la justificación del orden internacional, y no sólo por las transformaciones impuestas por el proceso de globalización, sino también, desde luego, por el impacto de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 y por la profunda transformación de las prioridades de la agenda política a partir de ellos, transformación que encarna obviamente el orden jurídico. Las colaboraciones de esta sección abordan diferentes aspectos de ese amplio debate, incluida la polémica sobre el terrorismo y las nuevas guerras.

La sección de estudios incorpora trece trabajos, que reflejan el amplio abanico de los problemas que ocupan a quienes cultivan nuestra disciplina: desde la derogación, la seguridad jurídica, la publicidad como requisito del derecho, los problemas de interpretación o la formación de los jueces, a los nuevos conflictos en los derechos humanos (la libertad de expresión y los medios de comunicación, la justicia ecológica, las patentes en la biotecnología), o las clásicas preguntas sobre la libertad, o las relaciones entre utopía, moral y Derecho.

Los profesores Gascón y Ruiz presentan, en el tercer apartado del volumen, un debate sobre el modelo cognoscitivista en la prueba de los hechos, a la luz de un reciente libro de la catedrática de la Facultad de Derecho de Albacete. Finalmente, tras la sección de crítica bibliográfica, el profesor Pérez Luño ofrece una nota crítica que, a la vez, constituye un homenaje al desaparecido profesor Frosini.

El Consejo Asesor, ante la imposibilidad de acoger todas las propuestas de colaboración, utiliza como uno de los criterios de valoración, en caso de exceso de originales, el posponer la publicación de colaboraciones de las que sean autores quienes hayan publicado en idéntica sección en el número inmediatamente anterior. Así se ha comunicado en todos los casos en que se ha recurrido a este criterio, que incluimos en la página de instrucciones para la remisión de trabajos, al final del presente volumen, junto a algunos cambios formales para agilizar el envío por medios informáticos. Rogamos a todos los socios que presten atención a esas instrucciones cuyo cumplimiento facilita el trabajo de edición.

Valencia, julio de 2002.

JAVIER DE LUCAS
Director

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS	5
I. MONOGRÁFICO: Justicia y legitimidad en el orden internacional	
1. ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO: <i>Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita</i>	13
2. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO: <i>Aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.</i>	37
3. NICOLÁS LÓPEZ CALERA: <i>El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?</i>	51
4. EMILIO MIKUNDA FRANCO: <i>Justicia y legitimidad en el orden internacional como valores clave de la futura Constitución Europea. Especial referencia a España</i>	73
5. EVARISTO PRIETO NAVARRO: <i>Liberalismo etnocéntrico y orden cosmopolita: adversus Rorty</i>	107
6. ALFONSO RUIZ MIGUEL: <i>Doctrinas de la guerra y de la paz</i>	139
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
1. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: <i>Hacia una ética judicial del Estado moderno. Las virtudes del juez según Pedro de Ribadeneyra</i>	155
2. FEDERICO ARCOS RAMÍREZ: <i>La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación</i>	191
3. HUGO AZNAR GÓMEZ: <i>La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación</i>	219

	Pág.
4. PABLO RAÚL BONORINO: <i>Respuestas correctas. La débil tesis de sentido común</i>	237
5. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: <i>Consenso de los filósofos y libertad personal</i>	255
6. ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN/MARÍA JORQUI AZOFRA: <i>Patentes y biotecnología: ¿un dilema insuperable?</i>	283
7. RAFAEL ESCUDERO ALDAY: <i>Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller</i>	309
8. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: <i>Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho</i>	333
9. VICTORIA ITURRALDE SESMA: <i>Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción</i>	357
10. LAURA MIRAUT MARTÍN: <i>Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos</i>	377
11. A. DANIEL OLIVER LALANA: <i>El derecho secreto y la fórmula de Radbruch. ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?</i>	401
12. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS: <i>La utopía de Derecho.</i>	431
13. TERESA VICENTE GIMÉNEZ: <i>La dimensión universal e integradora de la Justicia ecológica</i>	461

III. DEBATES

1. MARIO RUIZ SANZ: <i>Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba</i>	475
2. MARINA GASCÓN ABELLÁN: <i>Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz</i>	489

IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

1. AÑÓN ROIG, María José, <i>Igualdad, diferencias y desigualdades</i> , Fontamara, México D.F., 2002, 157 pp. (José Manuel Rodríguez Uribes)	499
2. JABLONER, Clemens, & STADLER Friedrich (Hrsg.), <i>Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule</i> , Springer, Wien-New York, 2001, 339 pp. (Gregorio Robles)	503
3. DWORKIN, Ronald, <i>Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality</i> , Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, 511 pp. (César Arjona)	512
4. HINKELAMMERT, Franz J., <i>Crítica de la razón utópica</i> , Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, 404 pp. (David Sánchez Rubio)	519

	Pág.
5. LALUEZA, Carles, <i>Razas, racismo y diversidad. La ciencia: un arma contra el racismo</i> , Bromera-Algar ed., 2002, 173 pp. (José García Añón)	525
6. PALOMBELLA, Gianluigi, <i>Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional</i> , ed. Comares, Granada, 2000, traducción y prólogo de José Calvo González, XXIV + 141 pp. (Felipe Navarro Martínez).	533
7. QUEROL FERNÁNDEZ, Francisco, <i>La filosofía del derecho de K.Ch.F. Krause. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta</i> , Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Colección del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, n.º 17, 2000, 492 pp. (Ricardo Pinilla)	535
8. ROBLES, Gregorio, <i>Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)</i> , Civitas, Madrid, 2001, 132 pp. (Félix Francisco Sánchez Díaz)	537
9. SOLANES CORELLA, Ángeles, <i>El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia</i> , Dykinson, Madrid, 2001, 273 pp. (Andrés García Inda).	541
10. VV.AA. (Christian Curtis comp.), <i>Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho</i> , Eudeba, Buenos Aires, 2001, 421 pp. (Pablo Miravet)	544
11. VV.AA. (Javier de Lucas, et. al.), <i>El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo</i> , Tirant lo blanch, 2000, Valencia, 502 pp. (María José González Ordovás)	555

V. NECROLÓGICAS

El último libro de Vittorio Frosini (Antonio Enrique Pérez Luño)	571
Recomendaciones a los autores	577

I

**MONOGRÁFICO:
JUSTICIA Y LEGITIMIDAD
EN EL ORDEN INTERNACIONAL**

Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita

Por ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO

Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA GLOBALIZACIÓN Y LA VIGENCIA DE LA MODERNIDAD.—
II. LA CRISIS DEL ESTATUTO MONISTA DE LA CIUDADANÍA.—III. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS: a) *La crisis del paradigma espacio-temporal de los derechos humanos.* b) *Un nuevo paradigma espacio-temporal de los derechos humanos.*—IV. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA COSMOPOLITA: a) *La crisis del derecho regulador y de la constitución dirigente.* b) *Identidad, cultura y constitucionalismo mundial.*

I. LA GLOBALIZACIÓN Y LA VIGENCIA DE LA MODERNIDAD

*Puede que globalización no sea una palabra particularmente atractiva o elegante. Pero absolutamente nadie que quiera entender nuestras perspectivas... puede ignorarla*¹. Con estas palabras, Anthony Giddens, el célebre sociólogo, director de la *London School of Economics and Political Science*, trata de poner de relieve el valor de la globalización como clave explicativa de nuestro tiempo.

La globalización representa, como sostiene Octavio Ianni, un nuevo ciclo de expansión del capitalismo, como modo de producción

¹ GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 19-20.

y proceso civilizatorio de alcance mundial²; un ciclo caracterizado por la integración de los mercados de forma avasalladora y por la intensificación de la circulación de bienes, servicios, tecnologías, capitales e informaciones a nivel planetario. De este modo, la globalización aparece concebida, al decir de Faria, como la «*integración sistémica de la economía a nivel supranacional, deflagrada por la creciente diferenciación estructural y funcional de los sistemas productivos y por la subsiguiente ampliación de las redes empresariales, comerciales y financieras a escala mundial, actuando de modo cada vez más independiente de los controles políticos y jurídicos a nivel nacional*»³. Es lo que Wallerstein ha denominado «*economía mundial capitalista*»: un nuevo marco económico mundial regido por el sistema capitalista cuya dinámica expansiva alcanza así su culminación⁴.

La globalización implica, fundamentalmente, un salto cualitativo en la expansión del capitalismo, un capitalismo que, al desvincularse del modelo económico estatal, se convierte en apátrida, un capitalismo sin raíces, sin territorio y sin ataduras. La interconexión, propiciada por las comunicaciones y por las nuevas tecnologías, ha provocado la reducción espacial del mundo. No hay camino inexplorado ni tierra ignota: lo desconocido ya no existe. Parafraseando la tesis de Fukuyama sobre el fin de la historia, Richard O'Brien ha proclamado el «*fin de la geografía*»: las distancias ya no importan y la idea de frontera geográfica es cada vez más insostenible en el mundo real. En nuestro tiempo no hay nada demasiado lejano e inaccesible⁵. En este sentido, nuestra era viene marcada por dos fenómenos fundamentales: la reducción del espacio geográfico y la creación del espacio cibernético. Una red de comunicaciones abraza el planeta de un extremo a otro: carreteras, rutas marítimas y aéreas, satélites, fibra óptica, ondas electromagnéticas... Un manto tupido y enmarañado de comunicaciones que elimina los obstáculos y diluye las fronteras⁶. Los límites se difu-

² Cfr. IANNI, O., *A era do globalismo*, 4.ª edic., Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999, p. 11.

³ Cfr. FARIA, J. E., *O Direito na economia globalizada*, 1.ª reimpr., Sao Paulo, Malheiros, 2000, cit., pp. 7-8. La definición procede de la página 52. Para un análisis de las implicaciones de la globalización en el ámbito de la economía, cfr. DE LA DEHESA, G., *Comprender la globalización*, Alianza, Madrid, 2000, 245 pp.

⁴ Cfr. WALLERSTEIN, I., *The Capitalist World-Economy: essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980, 305 pp. Del mismo autor puede consultarse también *Geopolitics and Geoculture: essays on the changing world-system*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, 242 pp.

⁵ Cfr. BAUMAN, Z., *Globalização. As consequências humanas*, Río de Janeiro, Zahar, 1999, pp. 19 ss. El autor cita a Paul VIRILIO, «Un monde superexposé: fin de l'histoire, ou fin de la géographie?», *Le Monde Diplomatique*, agosto de 1997, p. 17. Matiza, sin embargo, que el origen de la tesis del fin de la geografía debe localizarse en Richard O'BRIEN, *Global Financial Integration: The end of Geography*, Chatham House/Pinter, 1992.

⁶ Cfr. SHAWCROSS, W., *Le Village Planétaire*, Stock, París, 1993, 392 pp.

minan y desaparecen, las puertas se abren, las dificultades se allanan. Es lo que Castells ha denominado la *sociedad red*: una sociedad construida por la revolución de las tecnologías de la información y la reorganización del capitalismo⁷.

Sobra decir que este proceso está alimentado por una urdimbre ideológica (que algunos autores han denominado globalismo)⁸ que ensalza las bondades del mercado, resucitando aquel viejo aforismo de Mandeville en *La fábula de las abejas* que convertía los vicios privados en virtudes públicas. Retornamos así a la vieja creencia en la «*mano invisible*» y en el orden espontáneo del mercado. Es claro que, desde estas posiciones teóricas, los avances científico-tecnológicos constituyen un magnífico expediente para la expansión del capitalismo, como también que el modelo de globalización que postulan se contruye sobre la ausencia de control político sobre el poder económico.

Estamos, como Lash y Urry han puesto de relieve, ante el fin del capitalismo organizado (*the end of organized capitalism*)⁹. Desde esta perspectiva, la globalización se nos presenta como un reto al proceso de expansión de la racionalidad occidental que, durante siglos, pugnó por domesticar el poder, la política y la economía a través del derecho y que ahora se ve asediada por el proceso de independización de la racionalidad económica. Vivimos, en palabras de Ianni, una «*crisis generalizada del estado-nación*»¹⁰: el capitalismo ha conseguido librarse de los grilletos, zafarse de la guardia y esquivar los controles. La brutalidad de la globalización está en relación directamente proporcional a la fragilidad de las estructuras institucionales del modelo estatal que se ve forzado a ceder a la lógica, pretendidamente inexora-

⁷ Cfr. CASTELLS, M., *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*, vol. 2: *El Poder de la Identidad*, Alianza, Madrid, 1998, p. 23.

⁸ Como consecuencia de la interacción de las dinámicas del globalismo y de la globalización, se genera una globalidad irrevisable que surge como uno de los elementos diferenciadores entre la primera y la segunda modernidad; un conjunto de elementos característicos de nuestro momento histórico que tornan irreversible el proceso de globalización. Sus componentes principales son los siguientes: a) el ensanchamiento del campo geográfico y la densidad de los flujos culturales, económicos, financieros y migratorios a nivel transnacional; b) las innovaciones tecnológicas en el campo de las industrias de la información y la comunicación; c) la exigencia de respetar los derechos humanos como uno de los principios de la democracia; d) la homogeneización cultural a través de ciertos iconos difundidos por corporaciones transnacionales de información y comunicación; e) la aparición de nuevos actores políticos a nivel transnacional que inauguran el declive definitivo del orden de Westfalia con la pérdida de protagonismo del Estado-nación; f) el problema de la pobreza global; g) la amenaza de daños ecológicos irreversibles a escala planetaria; y h) la aparición de conflictos interculturales en sociedades anteriormente homogéneas (Cfr. BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 29-30).

⁹ Cfr. LASH, S. y URRY, J., *The end of organized capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1987, 383 pp.

¹⁰ IANNI, O., «A política mudou de lugar», en DOWBOR, L.; IANNI, O., y RESENDE, P. E. A. (eds.), *Desafios da globalização*, 2.ª edic, Vozes, Petrópolis, 1999, p. 17.

ble, del sistema económico. Ello provoca un repliegue de las funciones del Estado, que renuncia a la tradicional concepción reguladora propia del modelo social, en beneficio de una concepción gerencial del sistema político. El Estado asistencial se debilita empujado por un modelo gerencial de la organización estatal, cuyo cometido principal es la gestión de las condiciones económicas, laborales y productivas que permitan la maximización del beneficio y el desarrollo sin restricciones del sistema económico. El Estado gerencial no renuncia a la regulación, pero desplaza los objetivos de ésta: ahora no se trata de conseguir la justicia social sino de potenciar la competitividad económica.

Es necesario, como sostiene Samir Amin, contrarrestar la globalización a través del mercado mediante «*un proyecto humanista y alternativo de globalización*», cuyo desarrollo institucional requiere la articulación de un sistema político de carácter global que no esté al servicio del mercado¹¹. La transnacionalización de los modelos jurídico-políticos a nivel organizativo e institucional es la única respuesta al interrogante sobre la viabilidad del proyecto ilustrado en la era de la globalización. Urge desenmascarar el mito del globalismo que hace inviable todo proyecto de realización de los ideales ilustrados y que quiebra la alianza entre sociedad de mercado, democracia y Estado asistencial. En las coordenadas de la globalización, el proyecto de la modernidad puede aún rescatarse, reformulando, eso sí, algunos de sus planteamientos, cuya redefinición resulta imprescindible en orden a la realización de lo más puro y valioso de su mensaje: el proyecto universalista compendiado en los derechos humanos.

II. LA CRISIS DEL ESTATUTO MONISTA DE LA CIUDADANÍA

Una de las categorías políticas centrales de la modernidad es, sin resquicio a dudas, la ciudadanía. El ciudadano como centro de atribución de facultades e imputación de derechos es, ciertamente, el elemento nuclear de la articulación de las relaciones entre política y derecho en los Estados nacionales¹². No en vano, ese estatus de ciuda-

¹¹ AMIN, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 19.

¹² Sobra decir que cuando hablamos de ciudadanía nos estamos refiriendo a la ciudadanía democrática que es tan sólo una manifestación específica de ciudadanía frente a otras formas históricas o contemporáneas. En este sentido podemos seguir aquí la caracterización del concepto de ciudadanía propuesta por Steven Lukes y Soledad García a partir de tres elementos constitutivos: a) la posesión de ciertos derechos y obligaciones en el marco de una determinada sociedad; b) la pertenencia a una comunidad política determinada (el Estado), vinculada históricamente a la noción de nacionalidad; c) un conjunto de facultades y derechos específicos que garantizan la participación del individuo en los procesos de toma de decisiones

dano vino a abrogar, definitivamente, la estratificación estamental de las sociedades del antiguo régimen, en beneficio del reconocimiento de la igualdad jurídica de todos los individuos. Durante doscientos años –que a título orientativo podríamos acotar básicamente por la Revolución Francesa y la caída del muro de Berlín– la ciudadanía ha ejercido este papel de primer orden como elemento dirimente de la atribución no sólo de derechos políticos, sino también de otra naturaleza, en el seno de la estructura burocrático-administrativa del Estado.

Sin embargo, las profundas mutaciones a que se está viendo sometido el mundo contemporáneo, en virtud del impacto de la globalización, coloca un amplio espectro de cuestiones, hasta ahora desconocidas, que hacen que el concepto de ciudadanía se tambalee, a la par que el modelo estatal se redefine en las coordenadas de la economía global¹³. Como ha apuntado José María Gómez, los impactos transformadores de la globalización han alcanzado en profundidad a la ciudadanía democrática en su doble naturaleza, como modo de legitimación y como medio de integración social «*como estatus legal igualitario de derechos y deberes... y, simultáneamente, como identidad colectiva basada en la pertenencia a la comunidad nacional de origen y destino*»¹⁴.

Vivimos el ocaso de las estructuras de poder unitarias y de los sistemas jurídicos plenos, completos y acabados. El formalismo jurídico, sobre el que descansó el dominio del Estado-nación en su época de apogeo, es ya sólo un recuerdo desleído de épocas pretéritas. Terminó ya el imperio de la individualidad abstracta, despersonalizada, indiferenciada, cuyos correlatos jurídicos se cifraban en la igualdad *meramente formal* ante la ley y en un haz de derechos *individuales*, difícilmente tangibles, en la vida real de las personas. Eso, ciertamente, es ya agua pasada; y aunque el Estado social trató de restablecer la ligazón entre la formalidad jurídica y la realidad social, su empeño no tardó en entrar en crisis. Sea como fuere, el estatus jurídico de ciudadano está viéndose redefinido, quizás porque el modelo sobre el que

(Cfr. GARCÍA, S., y LUKES, S. (eds.), *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Madrid, Siglo XXI de España, 1999, p. 1. Sobre el contenido de la ciudadanía puede consultarse también BALIBAR, E., «Propositions sur la citoyenneté», en WITHOL DE WENDEN, C. (ed.), *La citoyenneté*, París, Edilig, 1988. Para un estudio del despliegue histórico de la ciudadanía en los Estados modernos es referencia obligada la obra ya clásica de MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class* (London, Pluto Press, 1992, 101 pp.), en la que se desarrolla la tesis de la progresiva ampliación del contenido de la ciudadanía, desde un primer momento en el que sólo incluía derechos de carácter negativo pasando tras la incorporación de derechos políticos a adquirir su forma definitiva con la aparición de los derechos sociales.

¹³ Una aproximación premonitoria y ya clásica al impacto que la interdependencia global tendría sobre el modelo político estatal es la ROSENAU, J. N., *The Study of Global Interdependence. Essays on the Transnationalisation of World Affairs*, Frances Pinter, London, 1980, 334 pp.

¹⁴ GÓMEZ, J. M.^a, *Política e democracia em tempos de globalização*, Vozes, Petrópolis, 2000, p. 65.

se había cimentado resulta anacrónico. No valen ya las fórmulas abstractas ni las estructuras centralizadas de poder, no sirven ya los derechos indiferenciados que mutilan las derivaciones sociales de la individualidad. Es el derecho ciego el que está en crisis y, con él, una ciudadanía invidente que parece por fin rebelarse. La pluralidad y la complejidad de nuestras sociedades y de los procesos que desarrolla no son ya fácilmente reconducibles al esquema arquetípico de ese *estatuto monista de la ciudadanía* que la concebía como una unidad orgánica, indiferenciada y simétrica, una reducción artificial a la igualdad que traducía discriminación y apartamiento.

El nuevo diseño de las relaciones humanas a nivel infraestatal y supraestatal, que introduce el paradigma emergente de la globalización, está comportando alteraciones significativas en la percepción del estatus de ciudadanía. Se trata de aspectos interrelacionados: la globalización comporta, también, fragmentación, ruptura y disolución. Como ha indicado Fariñas, ambos procesos son, en realidad, el anverso y el reverso de la misma moneda y sin ellos no puede ser comprendida en su complejidad las circunstancias que constriñen, en la hora presente, la realización práctica de los derechos humanos¹⁵. En este contexto, la oposición entre lo global y lo local inaugura lo que podríamos llamar una *dialéctica de la complementariedad*: dos dimensiones cuyo antagonismo es sólo aparente, pues los contrarios resultan, en verdad, aspectos mutuamente relacionados de un proceso complejo que ha merecido la aparición de un neologismo, acuñado por Robertson: la *glocalización*. Parece que, a la vista de lo anterior, podemos delinear básicamente dos tendencias que afectan al concepto de ciudadanía:

1.º La fragmentación de la ciudadanía a nivel intraestatal, que comporta un proceso de diferenciación progresiva y de ruptura del estatus jurídico único que la ciudadanía vino a establecer en los albores de la modernidad. Apuntamos, así, a todo un conjunto heterogéneo de fenómenos¹⁶, cuyo común denominador consiste en la diferen-

¹⁵ Cfr. FARIÑAS DULCE, M.ª J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III)/Dykinson, 2000, p. 1.

¹⁶ Nuestra aproximación a los fenómenos que desgastan o erosionan la ciudadanía a nivel intraestatal se ceñirá, en lo que sigue, a algunas expresiones emblemáticas de la globalización, cuales son: la configuración «*estamental*» de la ciudadanía y la interdependencia económica. No podemos desconocer, empero, que existen otros fenómenos que inciden sobre el alcance de la ciudadanía y que se relacionan directamente con la vigencia del principio de soberanía popular y de la legitimidad de los procesos políticos y que han llevado a Habermas a referirse a un olvido de la idea de soberanía popular en el horizonte político de nuestro tiempo. Son varios los factores que convergen en este fenómeno, pero todos ellos pueden asociarse a la crisis del derecho regulador y del Estado intervencionista para reducir la complejidad creciente de los procesos socioeconómicos. Con carácter aproximativo podemos cifrarlos en los siguientes: a) La tecnocracia o el poder de los expertos; b) La partitocracia o la fractura entre gobernantes y gobernados; c) El poder de las élites económicas y gru-

ciación estructural de clases o grupos de ciudadanos y en la correlativa atribución funcional de facultades y derechos. De esta suerte, el Estado se desmembra en una miríada indescifrable de organismos, instituciones y micropoderes que hacen que el propio concepto de ciudadanía se erosione, se desgaste, se fragmente o se divida. Frente a la concepción homogénea e igualitaria de la ciudadanía como un estatus único de los miembros de la comunidad, situados en pie de igualdad, la sociedad actual ha generado tendencias a la diferenciación, que traducen la necesidad de ajustar la atribución de facultades y derechos en función de las posiciones diferenciadas de los miembros de la comunidad política. Esto se traduce en una crisis del concepto de ciudadanía, cuyos perfiles se diluyen, se difuminan y se desdibujan. En el marco interno de los Estados, las leyes de inmigración se endurecen y asistimos a un fenómeno de fortificación de la ciudadanía que se erige en estamento diferenciado frente a sectores crecientes de población inmigrante. Simultáneamente, los derechos de ciudadanía pierden valor, se debilitan los cimientos de la democracia y se agrava la crisis del modelo estatal: «*Bajo el impacto de la globalización –señala Anthony Giddens– la soberanía se ha vuelto borrosa. Las naciones y Estados-nación siguen siendo poderosos, pero se están abriendo... grandes déficit democráticos entre ellas y las fuerzas globales que afectan a las vidas de sus ciudadanos*»¹⁷.

Esta situación adquiere contornos particularmente graves en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, en los que se registra una disolución de la ciudadanía: a medida que el Estado se debilita y sus estructuras se vacían por obra del impacto de la acción combinada de las instancias transnacionales de decisión, la acción de los mercados y la enajenación de los espacios públicos de decisión, la ciudadanía se degrada y se devalúa. Cuanto mayor es el grado de condicionamiento de la política estatal, más se erosionan las instancias de poder y el ordenamiento jurídico, que, progresivamente, pierde efectividad. En los casos extremos, la ciudadanía se convierte en un estatus formal, cuyos contenidos se evaporan. Y cuanto más se acrecientan los problemas de la miseria, la carestía y el endeudamiento, más se debilita el propio Estado y más intagible y etérea resulta la ciudadanía.

2.º Por otro lado, la globalización de la ciudadanía apunta a un complejo muestrario de fenómenos, de diversa etiología, cuyo común denominador es la superación del marco jurídico-político estatal en la articulación de las relaciones sociales. La ciudadanía global parece avanzar, así, en la línea del cosmopolitismo, pero con avances y retro-

pos de presión (Sobre estas cuestiones puede cfr. mi libro *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000, pp. 129-171).

¹⁷ GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, cit., p. 92. Cfr. también NORRIS, P. (ed.), *Critical Citizens. Global Support for Democratic Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 303 pp.

cesos que jalonan su discurrir¹⁸. El común denominador de estas manifestaciones se cifra en una tendencia hacia la transnacionalización de los derechos de ciudadanía. Tendencias que traslucen un empeño compartido por superar la angostura del marco estatal. El mundo global demanda nuevos contextos cívicos que permitan vertebrar respuestas a problemas de alcance planetario, abriendo paso así a lo que Richard Falk ha denominado «*neocosmopolitismo*»: un conjunto de fuerzas sociales de carácter transnacional que tratan de articular respuestas cívicas frente a las devastadoras consecuencias de la globalización económica¹⁹. Entre ellas, resulta obligado destacar dos expresiones concretas y especialmente relevantes, por cuanto simbolizan dos cauces diferentes de penetración de la ciudadanía en el ámbito transnacional: *a)* los movimientos antiglobalización, en cuanto expresión de la pujanza de los nuevos movimientos sociales en el ámbito transnacional; *b)* la ciudadanía europea, como modelo de transnacionalización de la ciudadanía a través de organizaciones internacionales de integración.

Planteada en estos términos, la crisis de la ciudadanía condensa, en su radical complejidad, tendencias contradictorias y encontradas; tendencias que expresan la paradoja de una globalización que exporta el capitalismo e impone pautas de organización económica, social y política, al tiempo que convierte los derechos en un puro simulacro,

¹⁸ En la exposición de las transformaciones de la ciudadanía bajo la égida de la globalización adopto aquí el esquema propuesto por María José Fariñas para quien la institución de la ciudadanía se ve en la actualidad acosada, simultáneamente, por tendencias hacia la fragmentación en el ámbito interno de los Estados y hacia la globalización, a nivel transnacional. En opinión de esta autora, asistimos al nacimiento de una ciudadanía fragmentada o diferenciada, como consecuencia de la reacción identitaria frente al universalismo de la igualdad. Este proceso convive, sin embargo, con la aparición de manifestaciones transnacionales, coherentes con el proyecto cosmopolita: una ciudadanía cosmopolita basada en la propuesta rawlsiana de un nuevo derecho de gentes (Cfr. FARIÑAS DULCE, M.^a J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., pp. 35-59). Mi planteamiento, sin embargo, como se podrá apreciar, no concuerda con el desarrollo que la autora realiza, por cuanto su posición parece situarse en las coordenadas de la exaltación indiscriminada y posmoderna de la diferencia y en la consiguiente impugnación del proyecto ilustrado, del discurso universalista de la modernidad y de la herencia cultural del liberalismo, cuestiones sobre las que me he posicionado ampliamente en mi obra *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*.

¹⁹ FALK, R., «Una revisión del cosmopolitismo», en NUSSBAM, M. C. (ed.), *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 72-73. El autor cita como ejemplo de ello, los esfuerzos que Greenpeace realiza para evitar que la compañía Shell Oil provoque daños mediambientales irreversibles en el mar del Norte mediante el hundimiento de una plataforma petrolífera. También se refiere a la campaña mundial iniciada en 1995 para protestar por la reanudación de las pruebas nucleares francesas en el sur del Pacífico. Todos podríamos añadir una larga lista de organizaciones internacionales que contribuyen a forjar afanosamente esa conciencia cosmopolita fundada en un *ethos* democrático, pero no puedo resistirme a traer a colación ahora la meritoria labor que durante décadas viene realizando Amnistía Internacional con la publicación anual de sus informes mundiales sobre tortura, prisión política y represión ideológica.

condicionados por las «inevitables» limitaciones del sistema en un doble sentido: *a)* por la precarización de los derechos sociales en el ámbito interno de los Estados, so pretexto de su inviabilidad en términos sistémicos; *b)* por la reacción regresiva de los Estados desarrollados que protegen su nivel de bienestar frente a las presiones migratorias, al tiempo que supeditan la titularidad de los derechos a la previa adquisición de la ciudadanía. Se consolida, entonces, una ciudadanía de cuño premoderno, contraria al discurso universalista de la Ilustración, que reniega de su condición igualitaria para propiciar un renacimiento de la sociedad estamental: aquélla que supedita la titularidad de derechos humanos básicos al reconocimiento de la condición de ciudadano, estableciendo con ello una discriminación incompatible con los ideales de la modernidad. Simultáneamente, estas tendencias perversas tratan de ser contrarrestadas por movimientos cívicos de resistencia articulados a nivel global que pugnan por la transformación de un sistema inicuo que sumerge a los derechos humanos en la espiral del cálculo coste/beneficio. La crisis de la ciudadanía encubre en realidad una crisis del Estado-nación como modelo de organización jurídico-política, una crisis, por tanto, que alcanza de lleno al derecho y a la política, a los derechos humanos y a la democracia, al Estado y a la Constitución.

III. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ha llegado el momento de poner al contraluz, sobre el telón de fondo de los derechos humanos, todo lo que hemos analizado hasta ahora. Y es que el debate actual sobre la ciudadanía hunde sus raíces en la teoría de los derechos humanos y tiene consecuencias de primer orden no sólo a nivel de su configuración sistemática sino, también, en el terreno de su realización práctica.

En esta tesitura, el problema latente que afecta a los derechos humanos es siempre uno y el mismo: el de su universalización, una demanda creciente que golpea incesantemente nuestras conciencias y que plantea un imperativo ético insoslayable para juristas, gobernantes y legisladores. El dilema de los derechos humanos se cifra, sencillamente, en una profunda duda existencial no exenta de dramatismo, aquella que *Shakespeare* puso en boca de *Hamlet*: «*To be or not to be. That is the question*». Porque la existencia de los derechos humanos no se resuelve con su constancia en documentos jurídicos de ámbito nacional o internacional. Esa es una existencia en estado vegetativo que no satisface los niveles mínimos de dignidad. La existencia de los derechos humanos ha de abordarse como una demanda global, en sentido intensivo (deben existir todos los derechos) y extensivo (para todos los seres humanos). El desafío crucial que los derechos huma-

nos tienen planteados es, justamente, el de su plena existencia como *auténticos derechos humanos*. Y es que, como ha indicado el profesor Pérez Luño, la universalidad no puede quedar reducida a un *flatus vocis*, un dogma vacío, un principio sin consecuencias²⁰.

El postulado universal de los derechos humanos parece ser, hoy más que nunca, una fórmula retórica crecientemente vaciada de contenido y de vigor. Derechos universales e inderogables que sufren las violentas acometidas de la globalización y que quedan al albur de los vientos desfavorables de la economía, arrastrados por la tempestad y la ventisca de los flujos financieros y de los grandes intereses económicos; derechos que sólo existen en enfáticas y pomposas declaraciones, envueltos en solemnes proclamas, abandonados a la intemperie en las frías noches de este invierno crudo y desapacible del capitalismo transnacional. Nadie abjura de ellos, pero son muchos los que guardan reservas mentales sobre su universalidad. En los últimos tiempos va cundiendo la especie de que su universalidad es un postulado sin implicaciones prácticas. Desde ciertos sectores se alimenta la convicción de que la realización de los derechos humanos a nivel global es una tarea inalcanzable, pues hay una suerte de presupuestos subyacentes que no pueden orillarse y que condicionan la fuerza normativa del principio de universalidad.

Hay que prevenirse contra este mal que proclama la reducción de los derechos a la realidad. Sobre los derechos humanos se proyecta una especie de *Naturalistic Fallacy*, en los términos propuestos por David Hume y formulados definitivamente por George Edward Moore²¹: es el *deber ser* que se subsume en el *ser*, los imperativos éticos que sólo se satisfacen *según y como*: los derechos humanos convertidos en expectativas frustradas. Se difunde cada vez con mayor aceptación la especie de que los derechos humanos *son sólo si pueden ser*, es decir, que su *deber ser* está esencialmente limitado por presupuestos fácticos, de modo que su universalidad es una universalidad rebajada, condicionada y diezmada.

En un interesante trabajo publicado con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Javier de Lucas denuncia con rotundidad que la globalización no puede identificarse con la universalización de los derechos humanos. En la actualidad, los derechos humanos han perdido su dimensión crítica, emancipadora y reivindicativa, para convertirse en un mecanismo legitimador del

²⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV, 1998, pp. 108 y 106. Sobre estos mismos aspectos, cfr. también, del mismo autor, «El horizonte actual de los derechos humanos: globalización y educación», *Travesías. Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*, 1, julio-diciembre de 1996, pp. 11-18.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 65. Cfr. también PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos humanos», cit., pp. 103-104.

nuevo orden global. De este modo, los derechos humanos se transforman en herramientas de dominación que legitiman la expansión global del capitalismo. Es lo que De Lucas ha denominado «*la desactivación de la capacidad emancipadora de los derechos humanos*», situación extremadamente paradójica por cuanto que el aparente triunfo de los derechos humanos, su aceptación universal, se ve ensombrecida por una pérdida creciente de su valor crítico y reivindicativo²².

Añade De Lucas que la contradicción existente entre globalización y universalización es, en suma, la que existe entre la lógica del mercado y la de los derechos universales de los seres humanos: «*la globalización corresponde más bien a la imposición del modelo de modernización capitalista entrevisto por Weber (es decir, al progreso en el sentido socioeconómico, instrumental) mientras que el universalismo (para entendernos el progreso moral) por el que... apostaban los iluministas es el gran perdedor con la victoria de la globalización*». Uno y otro proyecto son hijos de la modernidad, aunque desarrollan lógicas que actúan en sentido opuesto: el primero restringe y concentra libertades y derechos, el segundo expande y amplía los derechos, tratando de alcanzar el horizonte de una plena emancipación humana²³.

a) *La crisis del paradigma espacio-temporal de los derechos humanos*

En este contexto, se hace cada vez más patente que la globalización entraña desafíos de singular relevancia en el proceso de desenvolvimiento histórico de los derechos humanos, que atraviesan un momento particularmente crítico. Puede decirse que la globalización inaugura una nueva fase en el decurso histórico de los derechos humanos; una fase marcada por la demanda de una comprensión cabal y completa de éstos como categorías insertas de lleno en la realidad histórica en la que se explicitan. Si hasta ahora los derechos humanos han sido concebidos de forma fragmentaria y parcial, el horizonte de la globalización exige superar esta suerte de planteamientos estancos e incompletos que son la causa de muchos dislates en el desarrollo doctrinal de los derechos humanos. Asistimos a una *crisis alarmante del paradigma espacio-temporal de los derechos humanos*, cuya insuficiencia se hace cada vez más patente. La universalización de los derechos humanos resulta incompatible con una determinada com-

²² Cfr. DE LUCAS, J., «Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión», en RODRÍGUEZ PALOP, M.^a E., y TORNOS, A. (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 21-22.

²³ DE LUCAS, J., «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)», *Jueces para la Democracia*, 32, julio, 1998, pp. 3-4.

presión de los derechos, cuya superación se antoja el principal desafío de la teoría de los derechos humanos en nuestro tiempo, que se condensa en dos argumentos principales:

a) En primer lugar, es necesario superar el reducido espacio de las fronteras estatales. En los tiempos de la globalización, el marco político estatal se revela cada vez más insuficiente. Es ya clásico el aserto en virtud del cual el Estado resulta demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes. Refiriéndose a esta cuestión, Beck ha afirmado que asistimos al ocaso de una premisa esencial de la primera modernidad que vinculaba la acción a espacios delimitados geográficamente en los contornos del Estado-nación²⁴. En lo que concierne a la teoría de los derechos humanos, el horizonte espacial de la modernidad ha generado una concepción de los derechos humanos estrictamente vinculada al Estado-nación, que, al apostar por la realización de los derechos de los ciudadanos, sacrifica su propia matriz ilustrada de cuño universalista. Los derechos humanos quedan, en consecuencia, indisociablemente unidos al marco geográfico circunscrito por el principio de soberanía nacional, tanto al nivel interno de cada Estado como en el escenario *inter*-nacional en el que el Estado sigue apareciendo como el principal actor del orden jurídico-político. De este modo, la realización de los derechos humanos es contemplada como una tarea fragmentaria y excluyente que descansa sobre la afirmación dogmática de la soberanía nacional como límite en la realización de los derechos.

b) En segundo lugar, urge superar la dimensión temporal de los problemas, propia del derecho moderno, que supeditaba la constatación del conflicto a su concreta configuración en el presente, de modo que un bien jurídico sólo se consideraba lesionado ante un daño real y efectivo. Las innovaciones científico-tecnológicas incrementan la sensación de desasosiego y de zozobra. Es la «*sociedad del riesgo mundial*»²⁵ acuñada por Beck: una sociedad que se sabe vulnerable, en la que las amenazas se prolongan temporalmente hacia el futuro. Somos conscientes de que las tecnologías son portadoras de riesgos imponderables e imprevisibles y nos sentimos inseguros. Surge entonces la necesidad de incorporar una mirada ecológica hacia nuestro entorno que haga posible la reconciliación del hombre con su hábitat natural: nuestros problemas no se miden ya en términos de lesiones actuales y efectivas a los bienes jurídicos, sino que exigen la incorporación de

²⁴ BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, cit., pp. 42-43.

²⁵ Sobre esta cuestión cfr. BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, 304 pp.; del mismo autor, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, cit., pp. 65-71; GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, cit., pp. 33-48.

una dimensión futura²⁶. La demanda creciente de seguridad nos proyecta hacia el futuro, en un afán por perpetuar la vida y por preservar el planeta, y emergen «intereses difusos» que reclaman protección, y que han encontrado cumplida respuesta en la tesis de la justicia intergeneracional acuñada por Edith Brown Weiss²⁷. La reconciliación del hombre con el medioambiente a través del derecho requiere, como ha indicado Serrano, un esfuerzo por descomponer el sistema jurídico para buscar nuevos instrumentos de protección y de tutela. La nueva perspectiva de análisis exige situar los problemas en «*el vector complejo que relaciona ecología, espacio, tiempo y derecho en el contexto de la crisis ecológica como crisis civilizatoria*»²⁸.

b) *Un nuevo paradigma espacio-temporal de los derechos humanos*

Frente a la crisis del paradigma espacio-temporal de los derechos humanos, férreamente vinculado al espacio geográfico del Estado-nación y a la dimensión temporal del presente, reivindicamos un *nuevo paradigma espacio-temporal* basado en una comprensión global de los derechos humanos de alcance planetario y en la apertura de los derechos humanos hacia el futuro, mediante la protección de intereses difusos de titularidad colectiva que deben ser adecuadamente tutelados. Esos intereses difusos, como sostiene Reich, tienen el carácter de bien público y atañen a la calidad de

²⁶ Subrayaba, entonces, la necesidad de incorporar la dimensión de futuro en la catalogación de los conflictos jurídicos si queremos resolver las grandes interrogantes que afectan al género humano. Frente a la causación del daño y a su eventual reparación, hemos de oponer un derecho de prevención de riesgos que, anticipando la dimensión temporal del futuro, salvaguarde el interés, no por difuso menos digno de protección, de las generaciones futuras a una vida digna (cfr. DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*, cit., p. 300).

²⁷ Cfr. BROWN WEISS, E., *Un Mundo Justo para las Futuras Generaciones. Derecho Internacional, Patrimonio común y Equidad Intergeneracional*, Mundi-Prensa, Madrid, 1999, 373 pp.

²⁸ SERRANO MORENO, J. L., *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Granada, Comares, 1992, p. 15. Debe quedar claro, sin embargo, que, pese a la incardinación de estas cuestiones en un nuevo paradigma temporal, su alcance afecta de lleno a la ordenación espacial del poder jurídico-político, en la medida en que los problemas medioambientales trascienden con frecuencia el reducido marco de las fronteras estatales. Un tratamiento de estos problemas demanda una consideración global que permita adoptar soluciones efectivas al nivel supra e infraestatal. Es necesario, pues, pensar, simultáneamente, en una estrategia de centralización y descentralización que permita adecuar los espacios de validez y vigencia en función de la propia delimitación geográfica de los ecosistemas (cfr. especialmente, pp. 55-60). Resulta obligado indicar que el exhaustivo análisis que el profesor Serrano realiza de las cuestiones medioambientales y sus consecuencias en el ámbito de la dogmática jurídica hace de esta obra un texto básico de referencia y consulta para todo aquel que trate de sumergirse en el ámbito de las relaciones entre Ecología y Derecho.

vida global²⁹. La construcción de ese nuevo paradigma es, en virtud de lo expuesto, una demanda inaplazable a la que la doctrina habrá de ir dando respuesta en años venideros. Se trata de comprender que los derechos no son *apropiaciones* «espacio-temporales», sino que representan una suerte de catálogo ético sobre el cual transformar el presente y cimentar un futuro más esperanzador, el cual no puede descansar sobre la exclusión ni sobre el uso indiscriminado e irresponsable de los recursos naturales. Y ello requiere, sin duda, la superación de las concepciones autopoieticas de cuño sistémico y la ampliación del horizonte teórico hacia perspectivas interdisciplinarias. Conviene precisar que este *nuevo paradigma espacio-temporal* de los derechos humanos no prescinde de su concreta incardinación histórica ni puede contemplarse como una estrategia de desplazamiento de los viejos derechos de titularidad individual; antes bien, este nuevo paradigma es plenamente fiel a las conquistas históricas de los derechos humanos y a su configuración generacional y trata de superar la vieja concepción formalista que los reducía a su comprensión en términos individualistas. El nuevo paradigma espacio-temporal representa, así, un paso decisivo en la reconciliación de los derechos humanos con el legado de la modernidad y con la exigencia de universalidad de los mismos; una especie de segunda modernidad en la que ésta quedaría simultáneamente superada y purificada de sus contaminaciones teóricas, en la línea de la propuesta de Habermas, que aboga por la plena realización del proyecto moderno. Se trata, en suma, de una apuesta por la conciliación entre modernidad y modernización, entre derecho y justicia, entre globalización económica y universalización de los derechos humanos cifrada en dos tesis principales:

1.^a *Los derechos humanos de los ciudadanos no pueden realizarse a costa de los derechos humanos de los (infra)cidadanos*: la teoría de los derechos humanos debe salir del *impasse* teórico de su encuadre estatal-nacional, que lo enmarca férreamente en el ámbito de los ordenamientos estatales. Un nuevo paradigma de los derechos humanos debe superar las angostas limitaciones geográficas, tan falsas como inmovibles, en aras de una comprensión global de los derechos en el completo marco espacial de un mundo interdependiente. El Estado, afirma Pureza, ya no es un instrumento institucional suficiente para dar respuesta a problemas fundamentales de amplitud planetaria. Existe una conciencia, cada vez más sólidamente arraigada, de la dimensión planetaria de la emancipación³⁰. Se trata, enton-

²⁹ Cfr. DE JULIOS-CAMPUZANO, A., *En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia*, cit., ibídem.

³⁰ PUREZA, J. M., «¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia en la posguerra fría», en PÉREZ LUÑO, A. E. (ed.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 123.

ces, de abandonar el espacio *inter*-nacional como campo de batalla en el que los intereses económicos dirimirán el grado de satisfacción de los derechos, como si éstos pudieran ser objeto de apropiación sin ser prostituidos. Los derechos no pueden ser el fruto de las conquistas mercantiles en el *ring* de la economía, porque éste es un combate omni-noso, asimétrico, desigual e inicuo. La fuerza normativa de los derechos no puede quedar supeditada a una victoria trucada, que condena a la miseria a tres cuartas partes de la población mundial. La globalización plantea así un desafío que no podemos eludir: seguir entendiendo los derechos humanos como subproductos político-culturales objeto de apropiación o, por el contrario, abandonar los esquemas de una realización parcial y fragmentaria condensada en el modelo estatal-nacional, para dar paso a una concepción omnicomprendensiva de los derechos humanos que contemple los problemas en su radical complejidad, como algo que concierne a la humanidad toda.

2.^a En segundo lugar, *los derechos humanos de la generación presente no pueden realizarse a costa de los derechos humanos de las generaciones futuras*: se hace preciso superar el marco temporal de referencia de los derechos humanos como categorías jurídicas sumergidas de lleno en el presente. Esta concepción moderna de la temporalidad ha sido malévolamente utilizada en tiempos recientes para dar fundamento a una concepción truncada de los derechos humanos como principios legitimadores del *statu quo* vigente y como estrategias puramente instrumentales de pacificación social. La recuperación de la doble dimensión emancipatoria y utópica de los derechos humanos exige la incorporación de ambas en una dimensión proyectiva. Derechos que son de todos y que a todos alcanzan. Por eso, deben materializarse históricamente en la experiencia concreta de los hombres, emancipándolos de las circunstancias que constriñen su pleno desarrollo como personas y que atacan a su dignidad; pero, al mismo tiempo, esa concreción en el presente no puede sacrificar las expectativas de una realización cada vez más completa de estos derechos en el futuro. La dimensión proyectiva comporta, entonces, un compromiso de la doctrina por una contemplación total del proceso histórico en el que los derechos humanos se despliegan.

Como puede fácilmente inferirse, estos dos aspectos conciernen, directamente, al proceso de decantación generacional de los derechos humanos, haciendo con ello aún más cierto el aserto del profesor Pérez Luño que sostiene que «*el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada*»³¹. En función del primero de ellos, la contemplación totalizadora de los derechos humanos en su ámbito espacial incorpora una *perspectiva sincrónica* de la teoría de los derechos que trata de conciliar o de superar los elementos conflictivos que impi-

³¹ PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?», en PÉREZ LUÑO, A. E. (ed.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 15.

den lo que podríamos llamar una *geopolítica de los derechos humanos* y plantea apremios impostergables como el derecho al desarrollo, los derechos de las minorías, los mecanismos de tutela y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito supranacional y la recuperación de los espacios políticos y jurídicos frente a las reglas de gobernabilidad que impone el capitalismo global. En méritos a la ampliación de la dimensión temporal de los derechos, la vocación proyectiva de los derechos humanos incorpora una *perspectiva diacrónica* de éstos *que no prescinde del futuro*, sino que lo valora en la administración del presente; de ello se derivan cuestiones que alcanzan al futuro de la especie y a la preservación del planeta: el derecho al medioambiente, la preservación de los recursos naturales, el desarrollo sostenible o el control de las innovaciones tecnológicas que amenazan el futuro de los derechos, como la energía nuclear o la biotecnología.

Cobran aquí pleno sentido las palabras del profesor Pérez Luño al acentuar el valor de los derechos humanos como productos históricos que condensan conquistas pasadas, demandas presentes y proyectos futuros: «*De esta forma evolucionan los derechos humanos en dirección al presente, acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación. La historia de los derechos humanos se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante*»³². El progreso moral de la humanidad puede medirse, ciertamente, en clave de progreso de los derechos humanos, como con indudable acierto ha subrayado Vittorio Frosini. En función de ello, a la teoría de los derechos humanos le cumple, en la actualidad, un quehacer insoslayable: definir las condiciones del progreso moral de la humanidad en un tiempo en el que las circunstancias cambiantes de la economía y de la tecnología están alterando drásticamente nuestra imagen del mundo, tanto que el propio Frosini asegura que estamos viviendo una auténtica «*mutación antropológica*»³³. En la era de la globalización, sin embargo, el progreso moral de la humanidad ha quedado ya indisociablemente unido a la creación de las condiciones que permitan el disfrute efectivo de los derechos: la superación de una concepción periclitada de los derechos humanos trae a colación el desafío ineludible de su *universalización*. La globalización hace cada vez más evidente la contradicción entre el progreso técnico-económico y el progreso moral, entre la modernización capitalista y la modernidad filosófico-cultural, entre la racionalidad de los medios y la de los fines, entre la expansión vertiginosa del capital y la realización de los derechos humanos. Justamente, por ello, la efectiva realización de los derechos humanos en la era de la globalización requiere la superación de un paradigma espacio-temporal cuyo agotamiento resulta cada vez más incontestable y

³² PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?», cit. ibídem.

³³ FROSINI, V., «Los derechos humanos en la era tecnológica», en PÉREZ LUÑO, A. E. (ed.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., pp. 88 y 93.

su sustitución por una nueva comprensión de los derechos humanos en las coordenadas espacio-temporales, en aras de la ampliación del horizonte de los derechos a todos los seres humanos, existan o no en este preciso momento histórico. El progreso moral de la humanidad está vinculado a la capacidad del hombre para hacer efectivo el catálogo ético que representan los derechos humanos. Su plena realización demanda un nuevo paradigma espacio-temporal que supere las barreras convencionales de la política tradicional y que proyecte los derechos más allá del tiempo presente, un paradigma que permita reconciliar al hombre con sus congéneres y a la especie con el planeta.

IV. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA COSMOPOLITA

a) *La crisis del derecho regulador y de la constitución dirigente*

El proceso de vaciamiento de las propias estructuras jurídicas estatales conlleva, a la postre, un vaciamiento del propio orden constitucional que queda desprovisto de fuerza normativa para regular las complejas y conflictivas interacciones sociales. Por doquier, al socaire de la interdependencia cada vez mayor de los procesos sociales, productivos y financieros, las nuevas formas de juridicidad transnacional (formal o informal) e internacional interseccionan con las formas clásicas de la juridicidad estatal. La constitución queda aprisionada, así, por la emergencia de un paradigma jurídico global que torna incontrolables los procesos económicos: la regulación de los mercados se aleja del ámbito público estatal y se desplaza hacia ámbitos privados inaccesibles a un control democrático. Emerge así un *constitucionalismo mercantil global* cuya esencia es principalmente desreguladora; un constitucionalismo de los grandes intereses económicos transnacionales que es, por su propia naturaleza, anti-constitucional, pues trata de evadirse a todo control y de blindarse contra toda intervención. De esta suerte, la constitución económica del mercado global brota desde la más pura expresión de los intereses privados a nivel transnacional, incidiendo directamente en los procesos regulatorios de los Estados³⁴.

¿Qué papel se le reserva, entonces, al texto constitucional en este nuevo escenario? Siguiendo a Faria³⁵, hemos de reconocer que las

³⁴ SOUSA SANTOS, B., DE, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Madrid, Sequitur, 1999, p. 10.

³⁵ Cfr. FARIA, J. E., *O Direito na economia globalizada*, cit., pp. 33 ss. Para un análisis de las carencias y aporías del modelo de constitución dirigente, cfr. GOMES CANOTILHO, J. J., «¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XV, 43, enero-abril de 1995, pp. 9-23.

nuevas circunstancias socioeconómicas y técnico-productivas determinan seriamente el papel del texto constitucional en los ordenamientos contemporáneos, hasta el punto de que el modelo de constitución dirigente resulta actualmente inviable. En el período de apogeo del *Welfare State*, la norma suprema ejercía la doble función de establecer, *a)* por un lado, un *estatuto organizativo*, que distribuía competencias y establecía procesos en el ámbito del derecho estatal, y *b)* por otro, un *estatuto político*, en el que se determinaban las directrices programáticas y principios constitucionales que debían guiar la acción de legisladores y gobernantes. Sin embargo, en la situación actual, las condiciones sociales determinan un debilitamiento de esta segunda función, agravado fundamentalmente en las dos últimas décadas y especialmente en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. Y es que la irrupción de los procesos de producción a escala global y la gradual interdependencia de los mercados financieros y de mercancías determina, sin duda, una nueva fase en el constitucionalismo contemporáneo, que se ve absorbido por la fuerza centrípeta de los grandes intereses económicos transnacionales, cuya capacidad de influir en el desarrollo de las políticas estatales es prácticamente ilimitada.

Esto, obviamente, afecta a la fuerza normativa de la constitución, cuyas cláusulas sociales quedan al albur de las fuerzas imprevisibles del mercado. Este dominio que el sistema capitalista ejerce sobre el espacio político restringe el ámbito público y limita drásticamente el discurso democrático, cercenando, con ello, la capacidad de la ciudadanía para vertebrar acciones estratégicas y programas políticos específicos. De esta manera, como muestra Held, la capacidad decisoria del Estado queda profundamente erosionada al producirse una merma de su capacidad para controlar su propio futuro democrático³⁶.

b) Identidad, cultura y constitucionalismo mundial

La pérdida de protagonismo del texto constitucional y su cada vez más palmaria incapacidad para someter los procesos socioeconómicos a la fuerza normativa de sus postulados agudiza la crisis del derecho regulador y del Estado social, que se ven compelidos a plegarse a los dictados de la economía transnacional y a las exigencias del nuevo orden global. De este modo, la consciencia de crisis del modelo constitucional se ha ido haciendo cada vez más explícita, hasta el punto de que algunos autores han proclamado la reducción de la constitución a su valor simbólico. Esa tendencia a convertir el texto constitucional en una especie de magna carta de la identidad nacional ha cristalizado

³⁶ Huelga subrayar que esta situación se produce con mayor virulencia en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo (cfr. HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 166).

en la tesis del patriotismo constitucional elaborada por Dolf Sternberger y propagada por Jürgen Habermas³⁷. En estos términos, el patriotismo constitucional se nos presenta como una forma de universalismo consolidado en los valores democráticos que compendia la constitución: un universalismo comprometido con el pluralismo, con las pretensiones legítimas de las demás formas de vida, que trata de ampliar los espacios de tolerancia. El patriotismo constitucional encierra, así, un elemento cosmopolita que no huye de los perfiles específicos de cada identidad³⁸.

Desde otra perspectiva, el papel actual que la constitución ha de ejercer se cifra en su cualidad para erigirse en un centro de convergencia de valores y principios, en cuyo ámbito sólo tendrían carácter absoluto dos exigencias constitucionales: desde el punto de vista sustantivo, los derechos fundamentales de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico; desde el punto de vista procedimental, la garantía de que el juego político se someterá a la ley, sujetándose a reglas políticas estables, claras y acatadas por todos los actores. Ése parece ser el tenor de la posición de Zagrebelsky, quien, con su tesis del derecho dúctil, abre la puerta a una concepción abierta del texto constitucional, algo en construcción a partir de los propios materiales normativos proporcionados por la norma fundamental. No se trataría, por tanto, de entender la Constitución como un edificio concreto, como algo acabado y concluso, sino de concebir el Derecho constitucional como un conjunto de materiales de construcción con los cuales la política constitucional realiza diversas combinaciones. Y es que, como asevera el profesor italiano, *«ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La “política constitucional” mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva»*. Y más adelante, Zagrebelsky añade explícitamente que el cometido más importante que la Constitución ha de desempeñar es el de posibilitar la unidad y la integración a partir de la promoción de principios y valores que deben ser asumidos de forma flexible, rechazando toda concepción dogmática incompatible con la base material pluralista de nuestras sociedades³⁹.

³⁷ Cfr. STERNBERGER, D., *Patriotismo constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, 170 pp. Sobre el enfoque que da Habermas a la tesis de Sternberger, cfr. «Patriotismo de la Constitución, en general y en particular», en HABERMAS, J., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 211-249.

³⁸ Cfr. HABERMAS, J., «Patriotismo de la Constitución, en general y en particular», cit., pp. 218-219.

³⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 13-14. La cita procede de la página 14.

Abundando en su dimensión identitaria, el profesor alemán Peter Häberle se ha referido, en su obra *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, al valor integrador de la Constitución como elemento a partir del cual se fraguan vínculos culturales entre los miembros de la comunidad jurídica. Precisamente, el Estado constitucional democrático es un logro cultural, de tal guisa que la función del texto constitucional está directamente vinculada a la labor, no meramente simbólica, de producir un conjunto de identidades plurales que den soporte al orden constitucional. La Constitución entronca, así, con el acervo cultural del pueblo y se enraiza en él: es parte de su vida, tanto que contribuye a conformar su identidad. Esta doble dimensión cultural de la Constitución –como producto cultural y como creadora de cultura– la convierte, de hecho, en el elemento vertebrador de la sociedad. Por eso Häberle sostiene que «*la Constitución no se limita a ser sólo un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos*»⁴⁰.

Con estos componentes, el «compromiso cultural» de la Constitución se nos presenta como un compromiso esencialmente pluralista, sin que pueda ser contemplado como una fuerza disgregadora: antes bien, la Constitución entraña un conjunto de valores sedimentados en un precipitado histórico-cultural que el propio texto constitucional consolida y fortalece. Por eso la Constitución ha de ser vivida, cultivada; sus preceptos, su valores, sólo son tales en la medida en que se convierten en cultura vivida y experimentada. La teoría de la constitución como teorización de los procesos culturales que desarrolla la Constitución, y en los que ésta se halla inmersa, emerge, entonces, como «*el logro cultural por antonomasia, una «cristalización cultural» resultante de la unión entre el pueblo y la dignidad humana, entre la razón y la libertad, entre los intereses particulares y el bien común, entre el poder y el Derecho*»⁴¹. La unidad que la Constitución establece es, justamente, una unidad cultural plural que posibilita no sólo la integración de un complejo ordenamiento jurídico fraguado desde el reconocimiento del pluralismo jurídico, sino también la propia cohesión social.

El valor de la Constitución se revela así de trascendental importancia para la gestación de una identidad política común. La Constitución como compendio de valores y como proyección de paradigmas socio-culturales que contribuye a conformar la identidad política: un centro

⁴⁰ HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 34. En nuestro contexto, el profesor Lucas Verdú ha insistido sobre la dimensión cultural de la tradición constitucional como lugar de encuentro y convergencia en torno a un núcleo axiológico, cfr. LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, Madrid, Dykinson, 1997, 292 pp.

⁴¹ HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 106.

de convergencia en el que confluyen formas culturales, tradiciones y valores; la Constitución como identidad cultural reflexivamente construida en la que descansa un proyecto político común. Desde esta perspectiva, la Constitución se nos presenta como el elemento vertebrador de una identidad de aliento cosmopolita que huye de la exaltación acrítica de los sentimientos. La identidad constitucional es, esencialmente, cultural, pero culturalmente reflexiva. No se construye al margen de la razón pero no es sólo razón. No excluye a la historia, pero tampoco se diluye en ella: su vocación de permanencia, su «constitución» axiológica, la proyecta hacia el futuro. En su obra *La Era de la Información*, Castells distingue tres modelos de identidad colectiva: a) la *identidad legitimadora*, que pretende proporcionar un fundamento al *statu quo*, dando soporte a un determinado despliegue institucional, legitimando, en suma, un orden preexistente; b) la *identidad de resistencia*, cuyo origen ha de buscarse en los excluidos, en aquellos que ocupan posiciones devaluadas o estigmatizadas por la lógica de la dominación; es la identidad de las trincheras, de los que no se rinden, de los combatientes que no quieren asumir un orden con el que no se identifican; y c) la *identidad proyecto* que se produce cuando los actores sociales, basándose en los materiales culturales de que disponen, construyen una nueva identidad que les proyecta hacia el futuro en la redefinición de la organización social⁴². Se trata de una identidad que busca transformar lo existente mirando de frente hacia el futuro: construyéndolo desde ahora, sin renegar de la historia y de la cultura, pero sin asumirlas acríticamente. La identidad política constitucional se erige así en elemento vertebrador de una identidad proyecto, una identidad comprometida con la razón, con el hombre, con la historia y con la cultura, tanto como con la libertad, con la igualdad, con la justicia y con los derechos humanos.

Aquí reside, precisamente, el valor de la Constitución en la era de la globalización: la norma fundamental como momento articulador de la identidad política reflexiva y de la cultura jurídica. Una identidad política que demanda la realización de ciertos valores a nivel universal y cuyo sustrato ilustrado apunta hacia el ideal cosmopolita de una democracia mundial. Desde luego que no somos originales: existe toda una vasta literatura sobre el constitucionalismo cosmopolita, desde Held hasta Habermas, desde Offe hasta Nussbaum. La metáfora de los ríos de tinta en el supuesto que nos ocupa no es ninguna exageración. A la altura de nuestro tiempo, el orden internacional establecido por la paz de Westfalia, que descansaba sobre la figura del Estado-nación como actor exclusivo del Derecho internacional, ha entrado ya en crisis irreversible y nada nos permite augurar que la situación pueda experimentar retrocesos. Por eso, la invocación de un constitu-

⁴² Cfr. CASTELLS, M., *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura*, vol. 2: *El Poder de la Identidad*, cit., pp. 29-30.

cionalismo cosmopolita no es un vano ejercicio de utopismo, sino la consecuencia de una constatación. Salvar la Constitución y el Derecho como elementos racionalizadores de la vida social, política y económica exige superar las angostas lindes del modelo estatal⁴³.

La vía del cosmopolitismo constitucional no puede cifrarse en la reducción de la pluralidad a una homogeneidad artificial y forzada. No se trata, por tanto, de suprimir los complejos ordenamientos jurídicos estatales, sino de articular mecanismos válidos de interpenetración e interdependencia. Frente a la vieja y ya caduca imagen de la Constitución como cúspide de un ordenamiento jurídico autárquico y autosuficiente, reivindicamos una Constitución como momento articulador de complejas redes de normas interdependientes, capaz de evitar que las exigencias fácticas de los cambiantes flujos normativos transnacionales no vulneren las exigencias normativas de los valores constitucionales. Un modelo de Constitución basado sobre la interdependencia y no sobre la autarquía del sistema jurídico y que recupere los espacios públicos para la ciudadanía mediante reformas institucionales que hagan efectiva la vigencia del principio democrático.

El proyecto de una Constitución cosmopolita trata de asegurar la plena realización de los derechos humanos a través de un completo sistema de garantías, inspirándose en las exigencias normativas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del pacto internacional de derechos civiles y políticos y del pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales⁴⁴. Ese nuevo constitucionalismo debería articularse, como ha notado Pisarello, a partir de cuatro grandes contratos mundiales que sentarían las bases de un derecho global capaz de abordar con decisión los problemas del mundo contemporáneo. Esos cuatro compromisos son los siguientes: *a) un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas*, que permitiera la supresión de desigualdades socioeconómicas ilegítimas. La realización de este objetivo demandaría una reestructuración profunda del orden económico mundial y de sus instituciones emblemáticas, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio; *b) en segundo lugar, habría que suscribir un contrato global para la paz, la tolerancia y el diálogo entre culturas* que exigirá la articulación de un modelo de derechos humanos capaz de combinar universalismo y multiculturalidad; *c) es necesario también un contrato planetario sobre el desarrollo sostenible*, que

⁴³ Para una visión retrospectiva del Estado nacional y un balance de sus perspectivas de futuro en el contexto global, cfr. HABERMAS, J., «El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y la ciudadanía», en HABERMAS, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, 258 pp.

⁴⁴ Cfr. PISARELLO, G., «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico», en DEL CABO, A., y PISARELLO, G. (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Alicante, Universidad de Alicante, 2000, p. 38.

restablezca la armonía entre progreso y naturaleza, entre técnica y vida. La continuidad de la especie humana y del conjunto del planeta sólo se asegurará mediante una explotación racional de los recursos y un modelo de desarrollo que garantice el derecho de las generaciones futuras a una vida digna; *d)* por último, todo lo anterior sería infructuoso sin un *contrato global democrático para un nuevo régimen político internacional*, que rehabilite los canales de participación democrática a nivel supranacional, proyectándose hacia instancias federales de integración política⁴⁵.

El recorrido que hemos realizado hasta ahora pone en evidencia la crisis del modelo estatal; una crisis ambivalente y poliédrica, que tiene múltiples perfiles y variadas implicaciones. La globalización entraña rupturas, quiebras, discontinuidades y disfunciones que se muestran por doquier en numerosos aspectos de los ámbitos cultural, social, político y jurídico. Son las aristas de un nuevo orden que comienza a emerger de forma imparable, una fuerza irresistible que trastoca y que quebranta el orden ya existente porque muchas de las viejas categorías e instituciones resultan insuficientes o anacrónicas. La globalización introduce desafíos que nos inquietan, incertidumbres que nos aturden. Afrontarlas requiere una actitud decidida por elaborar respuestas institucionales en los ámbitos jurídico, político y económico. Detener su avance imparable es, sencillamente, inútil. Como ha observado Giddens, la única respuesta atinada es la apuesta por la construcción de formas transnacionales de democracia: «*Tomarse la globalización en serio significa que la democratización no puede limitarse al ámbito nacional*»⁴⁶.

La crisis que la globalización provoca es consecuencia de esta disfunción entre lo nuevo y lo viejo, una disfunción que traduce desajustes y discontinuidades y que amenaza seriamente a la democracia, a los derechos humanos y a la justicia. He tratado de analizar estos fenómenos, mostrando cómo la globalización produce en el ámbito jurídico-político una triple crisis, cuya solución exige la redefinición de modelos y conceptos ya existentes y la creación de nuevos paradigmas institucionales y de nuevos conceptos y categorías jurídicos. Como un tridente, la crisis del Estado muestra tres derivaciones que alcanzan de lleno al proyecto de la modernidad, a saber: *a)* la *crisis del estatuto monista de la ciudadanía*, que concibió la ciudadanía como una especie de relación monogámica entre el individuo y el Estado; *b)* la *crisis del paradigma espacio-temporal de los derechos humanos*, que muestra una incapacidad manifiesta para adaptarse a los requerimientos de un mundo interdependiente y tecnológicamente

⁴⁵ Cfr. PISARELLO, G., «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico», cit., pp. 38-45.

⁴⁶ GIDDENS, A., *La tercera vía y sus críticos*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 170-171.

hiperdesarrollado, y c) la *crisis del modelo jurídico del Estado social de Derecho* que provoca el naufragio de la Constitución dirigente y del derecho regulador, ante su incapacidad creciente para regular los procesos socioeconómicos de aliento supranacional. La solución a esta triple crisis precisa de una nueva comprensión del Derecho y de la política, que haga posible su adaptación a las circunstancias, hasta ahora desconocidas, del mercado global y del mundo interdependiente. Una solución que ha de avanzar, necesariamente, por la vía del proyecto cosmopolita, recuperando el pulso de la política y de la participación ciudadana a través de espacios cada vez más amplios de integración regional, esto es, a través de lo que Falk ha denominado *globalización desde abajo*, una globalización que recupere la política para la ciudadanía y que fructifique en la vertebración de una sociedad civil supranacional. Ello reclama, sin duda, la creación de nuevas instancias supranacionales, capaces de articular respuestas a problemas de alcance planetario y de recuperar el control sobre un subsistema económico cuya expansión indefinida crea una crisis severa de legitimidad del orden jurídico-político. Cualquier tentativa que se acometa en este sentido no podrá eludir el recurso al constitucionalismo como momento articulador de una identidad política común, cifrada en un conjunto de valores que, fraguados a través de un discurso intercultural, puedan ser universalmente aceptados. El futuro de los derechos humanos exige la implementación de respuestas jurídicas eficaces en el ámbito supranacional, que hagan realidad los principios constitutivos de ese nuevo paradigma espacio-temporal de los derechos humanos, en función del cual los derechos de unos no pueden realizarse a costa de los derechos de otros y los derechos de la generación presente no pueden realizarse a costa de los derechos de las generaciones futuras.

El proyecto cosmopolita entraña, en última instancia, una reforma profunda del sistema capitalista que permita pensar los problemas de la producción y distribución de los bienes y de los derechos en escala global. Una nueva teoría de la ciudadanía está emergiendo: justamente aquella que demandan la Justicia y el Derecho en una economía globalizada, y con ella un nuevo paradigma de los derechos humanos que supere artificiales e inicuas escisiones espacio-temporales. La fragmentación jurídica y política es un sólido aliado de las tendencias perversas de la globalización, cuya neutralización sólo será viable a través de la revitalización del ideal cosmopolita y de la articulación de nuevas estructuras institucionales y jurídicas que permitan reinsertar la justicia en el horizonte de la globalización.

Aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE

Por CRISTINA HERMIDA DEL LLANO

Universidad Autónoma de Madrid

Tuvieron que pasar casi cincuenta años desde el surgimiento de la CECA hasta llegar al Consejo Europeo de Colonia, que cerraba la presidencia alemana, en el que por fin se decidió, a lo largo de los días 3 y 4 de junio de 1999, la elaboración de un texto que detallara explícitamente el contenido de los derechos fundamentales para todos los Estados miembros de la Unión Europea, terminando así con su mera consagración jurisprudencial. Concretamente, en las Conclusiones de aquel Consejo Europeo se afirmó: *«El Consejo Europeo entiende que, en el actual estado de evolución de la Unión Europea, habría que resumir y poner de relieve en una Carta los derechos fundamentales vigentes a nivel de la Unión.»*

A tal fin ha adoptado la decisión que se adjunta en el anexo IV. Se ruega a la futura Presidencia que, en el tiempo que queda de aquí a la reunión del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, cree las condiciones para la puesta en práctica de dicha decisión»¹.

La presidencia Finlandesa, cumpliendo el mandato recibido, presentó al Consejo Europeo de Tampere los resultados de sus trabajos, que se recogieron en un anexo a sus Conclusiones. Allí se acordó la composición del órgano (la denominada Convención) encargado de redactar dicha Carta, que estaría formado por sesenta y dos europeos.

¹ Al mismo tiempo, el Consejo Europeo, tras tomar nota del Informe de la Unión Europea sobre los derechos humanos elaborado por la Presidencia, sugirió la conveniencia de considerar la creación de una Agencia de la Unión para los derechos humanos y la democracia.

A la hora de negociar dicho catálogo serían invitados a dar su opinión al respecto el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y el Defensor del Pueblo europeo. También debería celebrarse un adecuado cambio de impresiones entre el órgano competente o el Presidente y los Estados candidatos. Cuando el Presidente del órgano competente considerase, en estrecha concertación con los Vicepresidentes, que el texto del proyecto de Carta elaborado por dicho órgano podía finalmente suscribirse por todas las Partes, lo presentaría en ese momento al Consejo Europeo con arreglo al procedimiento preparatorio habitual.

El proyecto de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea vio la luz el 28 de julio de 2000². Se trataba de un marco general global de derechos ciudadanos recogidos a lo largo de 52 artículos. Casi tres meses después, durante la cumbre de Biarritz de 13 y 14 de octubre de 2000, los quince líderes europeos dieron su aprobado general al contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que constaba ahora de 54 artículos, logrando así un consenso para «proclamarla» en su siguiente encuentro del mes de diciembre previsto en Niza. Los Quince estudiaron también en Biarritz una posible reforma del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea para introducir un mecanismo de vigilancia y alerta que previniera los casos de violaciones graves y persistentes de los derechos fundamentales, evitando así que se tomaran medidas bilaterales y automáticas como había ocurrido en el caso austriaco. De este modo parecían tomarse en serio las recomendaciones que el Comité de Expertos, formado por Marti Ahtisaari, Jochen Frowein y Marcelino Oreja, había recogido en el Informe, elaborado sobre el compromiso del Gobierno austriaco con los valores europeos comunes, en particular los relativos a los derechos de las minorías, de los refugiados y de los inmigrantes, así como sobre la evolución de la naturaleza política del FPÖ, Informe que había sido aprobado en París el 8 de septiembre de 2000³.

Como era de esperar, los líderes europeos de los Quince, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea suscribieron la proclamación formal solemne de la Carta de Derechos Fundamentales en la cumbre de Niza el día 7 de diciembre de 2000⁴. La Carta fue firmada por la Presidenta del Parlamento, Nicole Fontaine; el Ministro francés de Exteriores, Hubert Védrine, como Presidente de turno del Consejo de

² Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Char-
te 4422/00, Bruselas, 28 de julio de 2000, CONVENT 45, en *Bulletin Quotidien Euro-
pe*, n.º 2202, 4 de agosto de 2000.

³ Vid. «Informe del Comité de Expertos sobre el caso austriaco», en *Documen-
tos de Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Europeos de Madrid, Universidad San
Pablo-CEU, 2000.

⁴ *Diario Oficial de las Comunidades*, n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000. La
Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también puede encontrarse
en la siguiente dirección en Internet: <<http://ue.eu.int/df>>.

Ministros de la UE, y por el Presidente de la Comisión, Romano Prodi. El malestar del Parlamento por la fórmula elegida quedaría patente en el mismo acto de la firma, cuando Fontaine distribuyó una declaración en la que aseguraba: «Deseo que todos los ciudadanos de la Unión sepan que desde ahora, aunque con anticipación a su plena transcripción jurídica en el Tratado, la Carta será la ley del Parlamento que han elegido por sufragio universal». «Los ciudadanos», agregó, «pueden contar con el Parlamento Europeo para que esta Carta se respete en todas las facetas de la vida de la UE».

A partir de ese momento, puede afirmarse con rotundidad que la Comunidad goza ya de una auténtica tabla de derechos fundamentales; sin embargo, no podemos eludir la existencia de ciertas cláusulas de derecho originario protectoras de derechos fundamentales. Piénsese, por ejemplo, en las tradicionalmente denominadas «libertades comunitarias» (arts. 12, 23, 39, 43, 49, 56 ó 141 TCE) o en el Acta Única Europea de 1985, cuyo preámbulo se refiere expresamente tanto al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas* como a la *Carta Social Europea*. Del mismo modo, el TCE regula el establecimiento de una ciudadanía de la Unión, a partir de la reforma realizada por el Tratado de Maastricht y su revisión llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam (arts. 18, 19, 20 y 21 TCE). Pues bien, esta ciudadanía de la Unión, que de acuerdo con el artículo 17 TCE (antiguo art. 8) es complementaria de la ciudadanía nacional, incluye un listado de derechos fundamentales específicos que gozan de los atributos de primacía, efecto directo, irreversibilidad en la atribución de esta competencia, sujeción a los sistemas de revisión instaurados por los Tratados y los efectos derivados de la jerarquía normativa comunitaria. Al mismo tiempo, a diferencia de los derechos fundamentales, recogidos en las disposiciones comunes, los derechos del ciudadano forman parte de las disposiciones modificativas del TCE, por lo que, según el artículo 46 TUE, están sujetos a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a partir de ahora, TJCE), dotándose de esta manera de mayor eficacia jurídica a este grupo de derechos en comparación con la fórmula amplia del artículo 6 TUE.

Pero detengámonos a analizar las características y aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora CDFUE).

La CDFUE –el *Convent 50* en la jerga comunitaria– contiene cincuenta y cuatro artículos, que se encuentran precedidos por un preámbulo, y están repartidos en seis capítulos dedicados a los derechos sustantivos, bajo las rúbricas de Dignidad (arts. 1-5), Libertades (arts. 6-19), Igualdad (arts. 20-26), Solidaridad (arts. 27-38), Ciudadanía (arts. 39-46) y Justicia (arts. 47-50). Por último, el capítulo VII recoge ciertas disposiciones generales. A mi modo de ver, el texto goza de una estructura innovadora al dividirse en capítulos que ofrecen un contenido real a la condición de ciudadano, pudiendo

llegar a convertirse en piedra angular de la futura Constitución europea.

La visibilidad y la enumeración expresa de los derechos fundamentales incrementa la seguridad jurídica de los ciudadanos y acaba con la confusión y vaguedad provocada por el anterior sistema de referencias generales a los documentos en los que los derechos fundamentales figuraban. El hecho de que todos los ciudadanos puedan conocer cuáles son sus derechos fundamentales y tener acceso a ellos respeta el principio de transparencia y favorece la creación de una verdadera «Europa de los ciudadanos».

En cuanto a su forma y localización, hay que agradecer que por fin los derechos fundamentales se recojan en un texto único, terminándose con la dispersión en los Tratados y con las amplias referencias a diversas fuentes internacionales y supranacionales.

Al analizar el contenido de la Carta, observamos cómo se distingue entre derechos de distintas generaciones y se da entrada a nuevos derechos, tales como los relativos al medio ambiente o a la protección de datos de carácter personal. No obstante, se echan en falta algunos derechos, tales como el derecho de voto para los ciudadanos de terceros países residentes desde hace más de cinco años en la Unión, el derecho a una remuneración justa y equitativa, el derecho a la vivienda o a la renta mínima.

Según establece el propio preámbulo de la Carta, ésta reafirma los derechos reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos internacionales de los que son parte, especialmente, los reconocidos por la *Convención Europea de Derechos Humanos* (a partir de ahora CEDH), el TUE y los Tratados comunitarios, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora, TEDH). De este modo parece que la Carta no duda en reconocer abiertamente cuáles han sido sus fuentes de inspiración de índole muy diversa y variada.

Si comparamos la CEDH con la CDFUE, salta a la vista el idéntico tenor literal de algunos derechos. Otros, sin embargo, aunque se inspiran en la Convención de Roma de 1950, adquieren un alcance mayor. También existen derechos cuyo fundamento se encuentra en el propio ordenamiento jurídico comunitario originario o derivado. Los hay que se inspiran en la *Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, y algunos se toman directamente de la tradición constitucional común y de la evolución legislativa de los Estados miembros. Por último, también han servido de fuente de inspiración instrumentos internacionales ratificados por los Estados miembros. Pensemos, por ejemplo, que los derechos del menor del artículo 24 de la CDFUE (derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, derecho a expresar su opinión libremente, derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y

contactos directos con sus padres) se inspiran en los artículos 3, 9 y 12 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* adoptada por la Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU, de 20 de noviembre de 1989.

Hay que resaltar el hecho de que también se recojan derechos que resultan inusuales en las Constituciones respectivas de los Estados miembros y que tampoco se recogen en instrumentos internacionales o supranacionales de alcance general. Más bien su fuente de inspiración se encuentra en ciertas normas comunitarias.

La Carta consagra el principio de indivisibilidad de los derechos, lo que hace pensar que posiblemente se tuvo en cuenta el Informe que el Comité de Sabios designado por la Comisión Europea presentó en marzo de 1996, ya que en él se insistía en la necesidad de reconocer como indivisibles una serie de derechos civiles y sociales fundamentales e incorporarlos al Tratado de Amsterdam⁵. Hay que tener en cuenta que su separación había conducido a una clasificación binaria de los derechos fundamentales y legitimado los intentos tradicionales de otorgar a los derechos sociales un estatuto distinto y claramente inferior.

Por otra parte, su no incorporación al derecho originario no afecta al hecho de que el TJCE cuente ya con una tabla de derechos en el ámbito comunitario, gracias a la cual puede seguir desarrollando su tarea jurisprudencial. Es más, la CDFUE puede utilizarse como «fuente de inspiración», tal y como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (Recurso de inconstitucionalidad 1463/2000). Concretamente, en el apartado 8 de los Fundamentos Jurídicos se cita el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debido a que dicho texto internacional «reconoce» el derecho a la protección de datos de carácter personal, «precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto».

No obstante, el hecho de que la Carta no se incorporara a los Tratados impide la existencia de un procedimiento específico para aprobar normas de desarrollo de estos derechos, y conduce a que se siga concibiendo la legislación de derecho derivado como desarrollo de la materia en cuestión a la que afecta y, por consiguiente, no como desarrollo de un derecho fundamental de la Unión.

En lo que al TJCE se refiere, éste no pierde protagonismo a raíz de la Carta. Aun cuando existen disposiciones que definen explícitamente los derechos fundamentales y permiten que los ciudadanos tengan

⁵ *Vid.* «Afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar». Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales. El texto original fue terminado en febrero de 1999. Ahora bien, según señala expresamente, su contenido no refleja necesariamente la opinión o la posición de la Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales de la Comisión Europea. Unidad V/D.2.

conocimiento de sus derechos, sin embargo, son las sentencias del TJCE las que, en última instancia, determinan la ley aplicada. Al mismo tiempo hay que agradecer que por fin se haya acabado con las normas actuales que delimitan su competencia, de forma fragmentada y confusa, mediante la creación de un Estatuto dedicado al TJCE que, sin lugar a dudas, contribuirá a que éste cumpla sus funciones de un modo totalmente satisfactorio.

También de enorme interés resulta que los derechos fundamentales recogidos en la Carta se ajustan al concepto dogmático de los derechos fundamentales que se defiende desde una perspectiva filosófico-jurídica. No está de más apuntar que los primeros pasos dirigidos a la incorporación en el ordenamiento comunitario de una categoría dogmáticamente aceptable de derecho fundamental se produjeron a raíz del Tratado de Maastricht, al regularse la cuestión de la ciudadanía en el TCE. Veamos con detenimiento de qué características gozan los derechos consagrados en la Carta.

En primer lugar, los derechos fundamentales se caracterizan por la universalidad de su adscripción, es decir, se atribuyen a todos los seres humanos, sin discriminaciones de ningún tipo. Como ha precisado Ferrajoli, al diferenciarlos de los derechos patrimoniales: «están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida»⁶. Pues bien, a pesar de que la Carta distingue entre derechos de titularidad universal (valiéndose de la expresión no sexista de «toda persona») y derechos cuya titularidad se reserva a los ciudadanos de la Unión, a la luz del articulado, cabe sostener que las limitaciones a la titularidad de los derechos constituyen excepciones a la regla general de la universalidad de los mismos. Me gustaría destacar que, por primera vez, un texto internacional consagra la neutralidad del género. Al mismo tiempo, a pesar de que la Carta contiene tanto derechos subjetivos como meros mandatos al legislador o garantías institucionales, esto es, meros principios programáticos que el legislador ha de respetar (por ejemplo, el artículo 26, dedicado a las personas discapacitadas) dota del mismo régimen de protección a todos los derechos. De este modo consigue salvaguardar el atributo de la universalidad de los derechos, evitando regresar a la clásica distinción entre derechos de libertad, que gozan de una protección directa ante los tribunales, y derechos sociales, que gozan de protección sólo cuando el legislador ha intervenido.

En segundo lugar, su inalienabilidad, esto es, los derechos fundamentales son inviolables, irrenunciables, intransigibles, personalísimos, indisponibles. Se habla de indisponibilidad en un doble sentido: «indisponibilidad activa», en cuanto no son alienables por el sujeto que es titular, es decir, el propio titular se encuentra obligado a respetar sus derechos; e «indisponibilidad pasiva», al no ser expropiables o limitables por otros sujetos. De este modo, paradójicamente, los dere-

⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2.ª ed., 2001, p. 46.

chos fundamentales constituyen un límite no sólo para los poderes constituidos, sino también para la autonomía de sus titulares⁷. El artículo 52 de la Carta es la disposición que garantiza que los derechos fundamentales resulten indisponibles para los poderes constituidos, al ordenar que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades de la Carta deba hacerse mediante ley y respetando siempre su contenido esencial. Al mismo tiempo, exige que las limitaciones respeten el principio de proporcionalidad, las cuales deberán ser siempre necesarias y responder efectivamente a objetivos de interés general de la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Con otras palabras: los derechos de la Carta no pueden ser ignorados ni limitados por el legislador comunitario de forma caprichosa y arbitraria.

En tercer lugar, los derechos fundamentales se encuentran garantizados judicialmente. Es el artículo 47 el que regula esta cuestión, al señalar: «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva». De tal modo que si los derechos recogidos en la Carta se consideran Derecho de la Unión no cabe duda de que se protegen judicialmente. En un primer momento, la tutela es llevada a cabo por el Juez nacional y por el TJCE en aquellos casos en que aquél haya elevado la cuestión prejudicial sobre una norma comunitaria que viola derechos fundamentales.

Otro dato a tener en cuenta es que la Carta nace con ciertos aires de humildad y modestia, al reconocer abiertamente sus limitaciones. En mi opinión, ello es un aspecto positivo, puesto que contribuye a crear un mayor grado de seguridad jurídica en sus destinatarios⁸.

En primer lugar, la Carta asume abiertamente que de ningún modo pretende crear nuevas competencias para la Comunidad o para la Unión, de acuerdo con el artículo 51.2 de la misma.

En segundo lugar, su ámbito de aplicación se circunscribe a las instituciones comunitarias y a los Estados cuando aplican el Derecho comunitario, conforme al artículo 51.1. Ahora bien, llama la atención que aunque la Carta se limita a la protección de los Derechos en el ámbito comunitario, en la práctica, se están aplicando los estándares de protección comunitarios a políticas de la Unión que no se encuentran aún comunitarizadas o que se encuentran todavía bajo la competencia exclusiva de los Estados. Pensemos en los títulos V y VI del TUE, denominados segundo y tercer pilar de la Unión, dedicados respectivamente, a la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación policial y judicial en materia penal. Además, tengamos en cuenta que el TUE proclama el respeto de los derechos fundamentales como guía de la actividad comunitaria en ambos pilares.

⁷ Vid. *Ibidem*, pp. 47-48.

⁸ Sobre ellas ha llamado la atención RODRÍGUEZ, A., en su libro *Integración y Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 241-284.

En lo que a la política exterior y de seguridad común se refiere, hay que destacar la introducción de «cláusulas de derechos humanos» cuyo fundamento jurídico reside en el artículo 177.2 TCE que abre el Título XX dedicado a la cooperación al desarrollo. Desde principios de la década de los noventa la UE ha venido introduciendo la «cláusula democracia y derechos humanos» en multitud de acuerdos bilaterales comerciales y de cooperación con terceros países, cláusula que permite a la Comunidad suspender o poner término a los acuerdos celebrados con el país que no respete los principios de democracia y de derechos humanos.

La protección comunitaria de los derechos fundamentales en el tercer pilar, dedicado a la cooperación policial y judicial en materia penal, goza también de algunos rasgos complejos, pues las acciones de la UE en este campo pueden afectar a derechos fundamentales que actúan como límite a la actuación policial y como garantía de los procedimientos penales. A pesar de que el Tratado de Amsterdam amplía enormemente las posibilidades del TJCE para enjuiciar los actos adoptados en el tercer pilar, éste sigue conservando su carácter intergubernamental.

Por consiguiente, a la pregunta de si la Carta protege el ejercicio de los derechos fundamentales en las parcelas no comunitarizadas de la Unión Europea habría que contestar que los derechos de la Carta vinculan también a la Unión cuando lleva a cabo las políticas del segundo y el tercer pilar, en la medida en que así es contemplado por el TUE.

Por otra parte, cabe afirmar también que la Comunidad impone el respeto de los derechos fundamentales no sólo a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados que se vinculan a los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario sólo cuando aplican o desarrollan una norma comunitaria, por ejemplo, cuando transponen una directiva o cuando ejecutan una resolución de la Comunidad. En dichos casos, el Estado se entiende que actúa como agente de la Comunidad, y la compatibilidad de su acción con respecto a los derechos fundamentales puede ser controlada por el derecho comunitario. El artículo 51.1 es contundente en ello, al señalar: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.»

Sin embargo, el peculiar sistema de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros ha permitido a la doctrina, y en ocasiones a la propia jurisprudencia del TJCE, extender el control comunitario a determinados actos en los que el Estado, aun ejerciendo sus propias competencias, vulnera alguno de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Dere-

cho comunitario. La doctrina de la *STJCE Rutili*⁹ es un buen ejemplo de esta segunda posibilidad. Por primera vez, el TJCE desplegaba un control de derechos fundamentales sobre un acto que un Estado miembro llevaba a cabo en virtud de sus propias competencias, afirmando que el Estado, aunque no ejerciera competencias comunitarias, se encontraba vinculado por los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario¹⁰. Sin embargo, resoluciones posteriores mantuvieron tesis opuestas a la doctrina que *Rutili* había iniciado. Este fue el caso de la *STJCE Cinéthèque*¹¹ en la que el TJCE se negaba a controlar los derechos fundamentales cuando la norma estatal afectaba a un área que caía dentro de las competencias del legislador nacional. El TJCE observaba lo siguiente: «Aunque es cierto que le incumbe al Tribunal asegurar el respeto de los derechos fundamentales que pertenecen al ámbito del derecho comunitario, no le compete examinar la compatibilidad de una ley nacional que se sitúa dentro del ámbito reservado a la consideración del legislador nacional con la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales»¹².

Sin embargo, sólo un año más tarde el TJCE volvió a permitir la existencia de un control jurisdiccional comunitario sobre actos de los Estados miembros en ejercicio de sus competencias, esta vez en relación con la política agraria común, en la *STJCE Klensch*¹³. El TJCE en este último caso precisaba: «... en virtud de una jurisprudencia constante (sentencias de 19 de octubre de 1977, *Ruckdeschel*, 117/76 y 16/77, Rec. 1977, p. 1753; *Moulins Pont-à-Mousson*, 124/76 y 20/77, Rec. 1977, p. 1795), la prohibición de discriminación mencionada en el apartado 3 del artículo 40 del Tratado no es sino la expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario. En virtud de este principio, las situaciones comparables no deben recibir un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente»¹⁴.

⁹ Sentencia del TJCE 36/75 *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur* de 28 de octubre de 1975. Demande de decisión préjudicielle, formée par le tribunal administratif de Paris.

¹⁰ *Vid. Ibidem*. Concretamente, *vid.* apartado 32 de los fundamentos jurídicos de la Sentencia del TJCE.

¹¹ Sentencia del TJCE 60-61/84 *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français* de 11 de julio de 1985. Demandes de decisión préjudicielle, formées par le tribunal de grande instance de Paris. «Diffusion de films sous forme de support vidéographique: interdictions nationales.»

¹² *Vid. Ibidem*. Sommaire, apartado 2. Texto original en francés.

¹³ Sentencia del TJCE 201-202/85 *Marthe Klensch, viuda de Kipgen, y otros contra Secretario de Estado para la Agricultura y la Viticultura* de 25 de noviembre de 1986. Petición de decisión prejudicial, presentada por el Consejo de Estado del Gran Ducado de Luxemburgo. «Tasa de corresponsabilidad suplementaria sobre la leche.»

¹⁴ *Vid. Ibidem*, respuesta a la primera cuestión, apartado 9.

Sin embargo, tras *Klensch* la *STJCE Demirel*¹⁵ vuelve a mantener la posición defendida en la Sentencia *Cinéthèque*. El TJCE observaba: «Por lo que respecta a una eventual incidencia del artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos en la respuesta que haya de darse a dicha cuestión, procede hacer constar que este Tribunal, como ya declaró en su sentencia de 11 de julio de 1985 (*Cinéthèque*, asuntos acumulados 60 y 61/84, Rec. 1985, pp. 2605, 2618), debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, pero no puede apreciar la compatibilidad de una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Ahora bien, como se desprende de la respuesta dada a la primera cuestión, no existe aún una norma de Derecho comunitario que defina los requisitos con arreglo a los cuales los Estados miembros deban autorizar la reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la Comunidad. Por lo tanto, la normativa nacional impugnada en el asunto principal no tenía que ejecutar disposición alguna de Derecho comunitario. De conformidad con lo expuesto, este Tribunal no es competente para apreciar la compatibilidad de una normativa nacional como la de autos con los principios consagrados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos»¹⁶.

En definitiva, lo decisivo para que se active el control comunitario parece ser la consideración del Estado como agente comunitario. De acuerdo con Ángel Rodríguez: «La vulneración por un Estado miembro de los derechos fundamentales establecidos por la Carta sólo constituiría una vulneración del derecho comunitario en los casos en los que el Estado hubiera actuado como agente de la Comunidad. (...) Además de en aquellos casos en los que un acto o una norma aprobada en virtud de un título competencial estatal sería eventualmente desplazada por una norma comunitaria si ésta decidiera regular esa materia»¹⁷.

En tercer lugar, la Carta también se autolimita al precisar que ésta se aplica respetando siempre el principio de subsidiariedad. Este principio de subsidiariedad no sólo se introduce en el párrafo segundo del artículo 5 del TCE, que deja clara su aplicación únicamente con respecto a las competencias compartidas, sino que también se reconoce en el propio preámbulo de la Carta así como en el artículo 51.1 de la misma. Su razón de ser radica en evitar que los Estados no pierdan su protagonismo en el proceso comunitario.

¹⁵ Sentencia del TJCE 12/86 *Meryem Demirel contra Stadt (municipio) Schwäbisch Gmünd* de 30 de septiembre de 1987. Petición de decisión prejudicial, presentada por el Verwaltungsgericht Stuttgart). «Acuerdo de Asociación CEE-Turquía-Libre circulación de trabajadores.»

¹⁶ Sentencia del TJCE 12/86 *Meryem Demirel contra Stadt (municipio) Schwäbisch Gmünd* de 30 de septiembre de 1987, p. 3754.

¹⁷ RODRÍGUEZ, A., *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 264 y 268.

No cabe duda de que la Carta de Derechos Fundamentales para la UE constituye un hito histórico desde el momento en que supone un gran paso adelante en la dirección, ya comenzada en Maastricht y Amsterdam, de situar al ciudadano y sus derechos, como una comunidad de valores, en el centro de la construcción europea.

Si la tarea ha sido difícil, a mi modo de ver, ello en parte se ha debido a lo novedoso del procedimiento, inédito en lo que ha sido hasta ahora el proceso de construcción europea, ya que por primera vez en la experiencia europea se confió a un órgano de sesenta y dos miembros bastante heterogéneo la misión de redactar un texto jurídico en el que se especificaran los derechos fundamentales de la Unión Europea, como entidad política inspirada en un orden objetivo de valores. En mi opinión, el método seguido por la Convención podría volver a ser utilizado en el futuro para la reforma de los Tratados en el proceso constituyente de la Unión Europea. Hay que elogiar sobre todo que el procedimiento haya sido abierto, transparente y democrático, con sesiones de trabajo públicas y abiertas a la sociedad civil, a través de Internet, puesto que ello ha concedido a la Carta una sólida base de legitimación.

Por último, me gustaría terminar realizando diez recomendaciones que, en mi opinión, ponen de manifiesto que la situación actual no es perfecta y puede mejorarse, partiendo de que la Carta no es más que un punto de partida hacia un futuro mucho más comprometido con los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea:

1) El reconocimiento expreso de los derechos fundamentales debe entenderse como un proceso abierto. La CDFUE ha conseguido no sólo enumerar un conjunto de derechos sino ampliar los recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, no podemos cerrarnos a la reformulación de los derechos fundamentales en función de las experiencias y necesidades de la Unión Europea, sobre todo si tenemos en cuenta la dimensión histórica de los derechos fundamentales. Con ello no se privará a la UE de la posibilidad de adaptar sus principios rectores a las necesidades de una sociedad marcada por continuos cambios en el plano de los derechos fundamentales, tal y como lo ha puesto de relieve el desarrollo de la tecnología de la información y la comunicación así como de la biotecnología. 2) La existencia de un catálogo explícito de derechos fundamentales no debe conducir a que se descuiden las políticas fundamentales, igualmente importantes, tal y como se establecen, por ejemplo, en los artículos 136 y 137 TCE. Tanto los derechos como las políticas son partes integrantes e íntimamente relacionadas del sistema único de normas fundamentales por el que se rigen las actividades de la UE. 3) La CDFUE debería incluirse en una parte especial o en un título particular de los Tratados. El lugar elegido debería indicar la importancia de la que gozan los derechos fundamentales así como declarar que las actividades de la UE deben guiarse siempre por el respeto de los

derechos fundamentales. 4) Hay que animar a que exista un intercambio regular de puntos de vista y de experiencias con los interlocutores sociales y las ONG, de cara a conseguir mecanismos que contribuyan a garantizar la coordinación interna de las políticas relativas a los derechos fundamentales. No podemos ignorar que el desarrollo de políticas creíbles y eficaces en materia de derechos fundamentales depende, en gran medida, del diálogo permanente con aquellas personas o grupos cuyos derechos deben garantizarse. 5) La protección eficaz de los derechos fundamentales se encuentra garantizada mediante la protección judicial. Ahora bien, aunque la posibilidad de defenderlos ante la justicia constituye un elemento crucial para la protección de los derechos fundamentales, no es, en absoluto, su única condición necesaria. Las posibilidades de recurso jurídico deberían ser completadas con medidas legislativas o administrativas destinadas a aplicar y garantizar los derechos individuales. Con otras palabras: la protección judicial y la acción correctora deben ser medidas complementarias. 6) Deben mantenerse las jurisdicciones claramente independientes del TJCE y del TEDH. Debe seguir siendo competencia del TJCE examinar las decisiones adoptadas por el TEDH e integrarlas en la legislación de la UE. También es conveniente que siga existiendo la cooperación fluida e informal entre el TJCE y el TEDH. 7) Cualquier reflexión futura sobre los derechos fundamentales debe abordar la cuestión de su aplicación a los que no son ciudadanos de la UE sino de terceros países, ya que las restricciones que se hagan pueden resultar contrarias a la universalidad de un considerable número de derechos. Deberíamos esforzarnos por reconocer la diferencia, aceptar y valorar la cultura de los que no son ciudadanos de la UE. 8) En lo que a las relaciones exteriores de la UE se refiere, ésta ha de respetar los derechos fundamentales del mismo modo que lo hace en sus políticas internas con el fin de actuar con coherencia y credibilidad. Una medida interesante y útil en este sentido es la «cláusula democracia y derechos humanos» en los acuerdos celebrados entre la Comunidad y terceros países, conforme al artículo 177.2 TCE. 9) Las políticas de la UE han de tener por centro al ser humano. Como ha observado M. Oreja: «En un sistema democrático todo poder tiene su origen en los ciudadanos. La acción de las instituciones públicas debe servir para la salvaguardia de los derechos y los intereses de los ciudadanos (...) Hay que poner el acento en el ciudadano, es decir, hay que sustituir un sistema esencialmente burocrático por un sistema democrático»¹⁸. 10) La indivisibilidad de los derechos debe ir acompañada de la interdependencia entre los mismos. «La realización de derechos como los relativos a la educación, sanidad y la seguridad social contribuye al disfrute de los derechos civiles y

¹⁸ OREJA, Marcelino, «Estado actual del proceso de construcción europea. Europa y el mundo en 1993», en el libro colectivo dirigido por el propio Marcelino Oreja, *La Constitución Europea*, Actas, Madrid, 1994, pp. 25-27.

políticos. De igual forma, el respeto de estos últimos contribuye a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales»¹⁹.

En cualquier caso, y concluyo, no cabe ninguna duda que la Carta supone un claro avance respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Además no podemos olvidar que el texto reconoce la existencia de una comunidad de valores para la Unión Europea, asentada sobre la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y basada en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. De tal modo que por fin los europeos conseguimos unas «señas de identidad propias»²⁰, incomprensibles sin el patrimonio espiritual y moral que une a los pueblos de Europa.

¹⁹ «Informe anual sobre derechos humanos en la UE (1998-1999)», adoptado por el Consejo el 11 de octubre de 1999, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2000, p. 31.

²⁰ Vid. BARÓN CRESPO, E., presidente del Grupo Parlamentario del PSE en el Parlamento Europeo: «Por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», *El País*, Sección de Opinión, 10 de octubre de 2000.

El concepto de terrorismo.
¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo?
¿Hasta cuándo el terrorismo?

Por NICOLÁS LÓPEZ CALERA

Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ¿QUÉ TERRORISMO?—3. ¿POR QUÉ EL TERRORISMO?—4. METODOLOGÍA DE LAS CAUSAS.—5. ¿QUÉ HACER?—6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Las preguntas que encabezan este trabajo no son nuevas, porque se han hecho muchas veces, en muchas sedes y desde hace ya muchos años. Sin mucho riesgo a equivocarme diría que deben ser miles los artículos y centenares las monografías y los libros que, sobre todo a partir del 11 de septiembre, andarán por ahí en lenguas y argumentos diversos haciéndose las mismas preguntas. Además todas ellas refieren, se planteen como se planteen, a viejas cuestiones irresueltas de la historia humana. Porque preguntarse por el terrorismo es, en definitiva, preguntarse por la violencia en la historia de las relaciones sociales.

¿Qué se persigue en este escrito? Simplemente, u osadamente, se trata de un deseo, el deseo de que tales preguntas tengan una respuesta. Porque haya o no haya respuesta, todos quisiéramos que la hubiera. Habrá que reconocer que esta clase de preguntas (como otras sobre el dolor, las injusticias o la muerte) son preguntas que «existencialmente» no hay más remedio que hacer, aunque «epistemológicamente», se sabe, no van a tener contestaciones definitivas. Pertenecen a esa clase

de preguntas-límites, las famosas «Grenz-Situationen» de las que hablaba Karl Jaspers. De todos modos estoy convencido o tengo la esperanza de que hay «respuestas», lo que no hay es «una» respuesta.

Más aún, creo que no tenemos más remedio que dar «algunas respuestas», o todo este tinglado en el que algunos andamos metidos (las llamadas ciencias sociales, el derecho, la política, la ética y en definitiva la razón humana) estaría siendo condenado a ser un conjunto de trabajos inútiles que habría que desechar, aunque de esta manera se estaría dejando el camino libre para que se implantara ese burdo y negativo realismo que afirma que la historia se hace por medio de la razón de la fuerza y no por la fuerza de la razón. Con esto quiero decir que no se debe tirar la toalla en retos de esta naturaleza y que se debe seguir insistiendo en argumentos, sin duda conocidos y repetidos, para intentar explicar mejor por qué sucede lo que sucede (en Nueva York, en el Oriente Medio o en España) y colaborar así, si en alguna medida es posible, a evitar o disminuir cualquier clase de terrorismo (local o global). Quizás para algunos sobra ya tanta teorización sobre problemas tan graves. Sin embargo, personalmente creo que la palabra debe tener siempre una nueva oportunidad. Tal vez convendría recordar en estas ocasiones aquel aforismo que está lleno de sentido que dice: «no sé si las palabras salvan, pero los silencios matan.»

2. ¿QUÉ TERRORISMO?

Uno de los debates más complejos del derecho y la política de los últimos tiempos, tanto en el ámbito internacional como en el estatal, ha girado en torno al concepto de «terrorismo». La necesidad de definir el terrorismo, o si se quiere en términos más filosóficos o trascendentales, la necesidad de su conceptualización, ha sido y es una necesidad derivada fundamentalmente de las nuevas formas y medios con que la violencia organizada causa terror en la sociedad contemporánea desde hace ya algunos decenios.

Quizás por una deformación profesional que me hace poco competente o hábil en las cuestiones prácticas y concretas, mantengo que los aspectos teóricos de problemas de esta naturaleza, como el terrorismo, son importantes, porque inexcusablemente conducen a plantearnos las cuestiones de sus raíces o causas. La conceptualización del terrorismo no debe entenderse como un juego intelectual inútil, sino como una colaboración a esa dinámica compleja de su diagnóstico y en este sentido sirve, sin quedarse demasiado tiempo en sutilezas, para preparar una buena terapia, unos correctos remedios.

Por otro lado debo reconocer que a veces el discurso teórico sobre el terrorismo se lleva a veces demasiado lejos, pues entiendo que evitar una forma de violencia no depende tan decisivamente de su comprensión. Como sucede con otros retos sobre el «buen orden social»,

la cuestión clave del terrorismo no es fundamentalmente conceptualizarlo, sino sobre todo evitarlo. Algo parecido a esto decía hace ya muchos años Norberto Bobbio en relación con los derechos humanos. En su opinión, el gran reto de los derechos humanos no era ya su conceptualización o su fundamentación, sino simplemente su realización.

En todo caso, debo insistir en que la desaparición o un efectivo control del terrorismo depende en gran medida de que lo entendamos, de que lo delimitemos como hecho social, como fenómeno humano. La Comisión de las Comunidades Europeas, en su propuesta de decisión marco para el Consejo de la Unión Europea, realizada en Bruselas el 19 de septiembre de 2001, afirmaba que «es necesario que la definición de los elementos constitutivos del terrorismo sea común en todos los Estados miembros». Solamente de esta manera –decía– se podrá alcanzar la aproximación de las normas sustantivas de los Estados miembros y como resultado directo de esto se facilitará la cooperación policial y judicial. Y en otro momento afirmaban que «los delitos terroristas pueden definirse como delitos cometidos intencionalmente por un individuo o un grupo contra uno o más países, sus instituciones o ciudadanos, con el fin de intimidarles y de alterar gravemente o destruir las estructuras políticas, económicas, medioambientales o sociales de un país». Y el Parlamento Europeo, incluso antes del 11-S, concretamente el 5 de septiembre de 2001, definía como acto terrorista «todo acto cometido por personas o grupos de personas que utilizan la violencia o la amenaza de utilizar la violencia contra un país, sus instituciones, su población en general o contra personas concretas, y que, por aspiraciones separatistas, concepciones ideológicas extremistas o fanatismo religioso, o inspirados por el afán de lucro, tratan de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad, o bien a la población en general».

En mi opinión, el concepto de terrorismo integra, entre otras, las siguientes características:

2.1 *El terrorismo es ante todo un atentado contra los derechos fundamentales de la persona humana* (vida, libertad, propiedad, etc.). El terrorismo no puede definirse solamente como el uso de violencia o la amenaza de su uso contra un Estado, porque los Estados también pueden ser terroristas. El terrorismo no es tampoco un delito común (individual o de un grupo). Un asesinato no puede ser calificado como acto terrorista, si bien los actos terroristas pueden ser asesinatos. ¿Qué es lo que puede especificar a un asesinato (o muchos asesinatos) como acto terrorista?

2.2 *La especificidad del terrorismo* está sin duda, aunque sea una obviedad, en que se trata de *acciones humanas que producen terror*.

Puestas las cosas así, lo que inevitablemente habría que preguntar es si el terror, en general, como una situación individual o colec-

tiva permite parámetros objetivos para su determinación, esto es, si se puede explicar con rigor científico cuándo, por qué o ante qué los seres humanos se aterrorizan. Incluso habría que preguntarse por qué los seres humanos crean terror, esto es, si hay alguna explicación científica sobre por qué los seres humanos se hacen «terroristas».

En principio, es evidente que no todos los seres humanos se aterrorizan por los mismos motivos, circunstancias, hechos o acciones que experimentan. Hay gentes que sienten horror o terror (¿horror y terror son un mismo sentimiento?) ante la oscuridad, ante las serpientes, ante los ratones o ante las tormentas. Pero hay otras gentes que no se aterrorizan en iguales circunstancias o por iguales motivos. ¿Qué pasa aquí? ¿El terror es una realidad evaluable con pautas objetivas o es una reacción irracional, aunque sin duda motivada o inducida?

2.3 Sin darle muchas vueltas al asunto, la *cantidad de gente* que se puede horrorizar por un motivo es una pauta para objetivar qué es o qué puede ser «terror». Cuando muchas personas se aterrorizan por un mismo motivo es porque ese motivo es «terrorífico», produce terror. Por ejemplo, parece claro que un terremoto causa terror, porque muchas personas sienten miedo, horror ante un fenómeno de esta naturaleza. El terror ante las serpientes podría decirse que es un terror más «particularista», pues depende –parece– más de la psicología o de las experiencias concretas de una persona. Cuando hablamos del terror del llamado «terrorismo político» es importante la cuestión de la cantidad de personas «aterrorizadas».

¿Cuántas personas tienen que sentirse aterrorizadas en una sociedad política para que se pueda decir que estamos en presencia de un «terror objetivo» y que consecuentemente esa sociedad política deba tenerlo en cuenta y no considerarlo como un simple delito común o tal vez un problema individual que debiera ser atendido por el psicólogo? No lo sé. No se puede decir una cantidad. Desde luego, el terrorismo no se puede relacionar con «terrores aislados» o «terrores individualizados», como el que siente la mujer continuamente amenazada por su compañero o esposo. Sin duda tales amenazas son también un terror a eliminar o a reprimir, pero en el contexto cultural y social de nuestro tiempo nadie, por ahora, llama a la violencia doméstica «terrorismo». En cualquier caso, creo que la especificidad del terrorismo conduce inexorablemente a un problema de cantidad: cuántas personas sufren el terror.

2.4 La especificidad del terrorismo es también una *cuestión de tiempo*. Creo que el concepto de terrorismo se ha de determinar en relación con un dato: la cantidad de tiempo en que permanecen aterrorizadas unas personas. Un individuo puede asaltar un colegio y tener secuestrados a unos alumnos e incluso matar a algunos. Tal acción delictiva causa evidentemente terror, pero ¿es eso terrorismo?

En mi opinión, el «terror terrorista» es aquel que tiene una permanencia en el tiempo, es decir, no puede reducirse a un acto de terror aislado. Para que haya terrorismo es necesario que durante un tiempo prolongado, no en una sola ocasión, haya violencia o amenaza de su uso de manera indiscriminada contra derechos fundamentales de la persona humana.

2.5 Hay otro dato sociológico que puede servir a la construcción de este concepto: el terrorismo es *una violencia indiscriminada* que se ejerce sobre una población. El terror del terrorismo se especifica precisamente porque no discrimina a sus víctimas. Hay terrorismo cuando cualquier ciudadano puede ser víctima de una violencia que ya no se dirige solamente contra unos sujetos predeterminados (políticos, militares), sino contra la ciudadanía en general («non-combatants»). Con otras palabras más simples o directas: matar a mujeres, niños, ancianos o a ciudadanos que van de compras o están cenando en un restaurante, etc., es una prueba contundente de que se está en presencia de un acto terrorista.

¿Los atentados contra militares y policías son siempre actos de terrorismo? Atentar contra fuerzas policiales o militares puede ser una acción revolucionaria y, en cierto contexto, un acto terrorista, cuando tales atentados se insertan dentro de otra serie de atentados contra la población civil. Algunos consideran que si tales atentados se reducen a militares y policías, se trataría de una confrontación entre dos grupos militares o militarizados, pero no propiamente de terrorismo. Sin embargo, no siempre está claro qué es «lo militar». ¿Militares fuera de servicio y sin armas? ¿Bases militares? ¿Asentamientos protegidos militarmente? El terrorismo no hace propiamente «guerras», ni ataca a objetivos «clásicos» (policías o militares). Por ello las guerrillas, las fuerzas paramilitares o los mismos ejércitos (el Estado) en ciertos países latinoamericanos son grupos terroristas, porque no se matan sólo entre sí, sino que matan a ciudadanos de poblaciones que no tienen ninguna responsabilidad, al menos directa, en que determinados objetivos políticos se consigan o no se consigan.

2.6 *Los motivos* del uso o amenaza de una violencia que causa terror quizás sean uno de los factores más determinantes de su definición. La especificidad de los motivos es fundamental para esa definición. Los motivos que especifican actos continuados de violencia (terrorista) sobre amplias masas de población son ante todo *motivos políticos*. En el derecho español se dice que «el objetivo político» que caracteriza al terrorismo es «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública» (art. 570 del Código Penal). La Comisión de la Unión Europea afirmaba que «la mayoría de los actos terroristas son delitos comunes que se convierten en delitos terroristas por razón de la intencionalidad del delincuente. Si la motivación es alterar gravemente o destruir los pilares y principios fundamentales del Estado,

intimidando a los ciudadanos, existe un delito terrorista». Un reciente informe del Departamento de Estado caracterizaba al terrorismo como una «politically motivated violence».

En este sentido debo reconocer, al menos en mi opinión, que el concepto de terrorismo está prejuzgado desde una experiencia social y política que lo ubica casi inexorablemente en el ámbito de la política. Esto es, hay, pues, como *una pre-definición política de terrorismo*. Este prejuicio (que todo terrorismo es terrorismo político) viene siendo consentido o aceptado por la teoría y la práctica política y jurídica. Valgan dos ejemplos: ¿Un asesino de prostitutas que amenaza una ciudad o un barrio de una ciudad es un terrorista? No creo que lo sea. Es un simple asesino que tiene amenazado un sector de la población. Las mafias (italianas o no italianas) son calificadas como «crimen organizado», aunque tengan aterrorizadas a muchas gentes, pero no son consideradas como una forma de terrorismo, porque no tienen motivaciones políticas, sino simplemente económicas.

¿Qué son los motivos políticos? ¿Cómo se determinan o se demuestran los motivos políticos para distinguir la violencia terrorista de la violencia no terrorista? No es lugar aquí para hacer precisiones sobre el concepto de «lo político». Sin embargo, podría decirse, para salir del paso, que un motivo político es todo aquel que se relaciona el poder político, como poder de ordenación y dominación de una determinada sociedad política, una determinada población y un determinado territorio. Con ello quiero decir que tanto son terroristas aquellos grupos que tienen unas determinadas reivindicaciones políticas que no son atendidas y por ello usan la violencia (Grupo Baader-Meinhoff, Brigadas Rojas, ETA, IRA, Hamah islámica, etc.), como también lo son aquellos Estados que para aplastar una disidencia importante utilizan la violencia o medios que no son los propios de un Estado democrático de derecho. En consecuencia se puede fácilmente diferenciar a un terrorista de un «hooligan» violento. Lo que sucede es que no siempre los motivos están claros ni tampoco se manifiestan ante la opinión pública, o nadie se hace responsable directo de una acción violenta que se puede presumir que es terrorista. No obstante, en general el terrorismo se declara como tal e incluso quiere que se sepa precisamente para causar terror. Realmente, si se me permite la expresión, el «terrorismo que aterroriza» es aquel que declara sus motivos políticos, porque de lo contrario su violencia no le serviría para nada.

2.7 ¿Hay *motivos políticos buenos* que justifican la violencia y otros *motivos políticos malos* que no justifican la violencia? ¿Qué violencia convierte a un grupo en grupo terrorista? A nivel descriptivo se puede decir inicialmente que un grupo terrorista es obviamente una asociación de individuos que usa la violencia indiscriminada con unos fines políticos y contra un Estado democrático de Derecho o incluso, como en la actualidad, contra un grupo de Estados.

Pero un grupo terrorista puede ser también un Estado en tanto que actúa con todas las connotaciones que venimos asignando al terrorismo en general (violencia indiscriminada, motivada políticamente, contra los derechos fundamentales de la persona humana y contra los principios básicos de un Estado democrático de Derecho). Los Estados pueden ser, pues, terroristas, porque ellos también a veces pueden actuar en contra de los derechos fundamentales, con una violencia indiscriminada y sin respeto de los principios básicos de un Estado democrático de Derecho. Y si no siempre es el Estado propiamente dicho el que hace de terrorista, sí lo pueden ser grupos que pertenecen a un Estado (servicios secretos, policía), o que el mismo Estado organiza de manera secreta.

Los hechos son los hechos. Está probado que también los Estados por razones políticas («por razón de Estado») ejercen una violencia indiscriminada, que atenta contra la justicia más elemental y que causa «terror» en una determinada ciudadanía. Es excepcional que un Estado democrático lo haga, porque su propio orden jurídico interno tiene mecanismos para evitar tales desmanes. Que los Estados que no son democráticos hagan terrorismo no es de extrañar, porque su propio orden interno, precisamente porque no es democrático, no sirve para impedir sus acciones terroristas.

Cuando se pone a los Estados en medio del debate sobre qué es terrorismo, enseguida surge la cuestión de si no habría que distinguir entre una violencia buena (la estatal) y una violencia mala (la propiamente terrorista). ¿Cómo distinguir los grupos terroristas de los que no lo son? ¿Es igual ETA que el Estado español porque existió el GAL? ¿Es igual la Hamah islámica que el Estado de Israel?

Un informe del Departamento de Estado afirma, sin embargo, que los Estados no pueden cometer actos terroristas. De esta manera o a partir de este dogma, nunca Estados Unidos o Israel podrían ser acusados de terrorismo, aunque mantener tal principio les causa problemas cuando quieren acusar a otro Estado de apoyar o financiar el terrorismo.

Cuando se habla de terrorismo, no se habla solamente del uso de la violencia, sino de un determinado uso de la violencia que hay que evaluar. Y en este orden de cosas es evidente que los Estados (democráticos) también ejercen violencia por motivos políticos (por ejemplo, la defensa de un orden constitucional). En principio, al menos para mí, me parece que sería un craso error y una grave injusticia poner en un mismo platillo a un grupo político que ejerce una violencia indiscriminada por «razones políticas» y las fuerzas de seguridad de un Estado democrático de Derecho que ejerce la violencia de acuerdo con una normas (jurídicas) preestablecidas y legitimadas democráticamente.

En todo caso, para *definir el terrorismo no hay «tribunales supremos»* que puedan dar un veredicto final sobre quiénes son o quiénes no son terroristas, sobre todo para juzgar a un posible Estado terroris-

ta. Alguien ha dicho cínicamente que quizás la mejor definición de terrorismo sea aquella que dice que «el terrorismo es la violencia cometida por aquellos que están en contra nuestra». A lo más a lo que se llega es que algunas instituciones internacionales (UE) o algunos Estados (Reino Unido) elaboren unas listas de grupos terroristas, en los que por supuesto no están los Estados. Esas listas están condicionadas por coyunturas políticas, carecen de imparcialidad y no están fundadas en principios preestablecidos, lo que al final conduce a colocar en esas listas a los grupos políticos (terroristas o no) que son enemigos radicales de los que elaboran las listas.

En todo caso, es difícil muchas veces definir y distinguir lo que es terrorismo de lo que es violencia legitimada, porque, como decía, no hay «tribunales supremos» para decidir qué grupos (no estatales o estatales) son terroristas. De todas maneras, un elemental sentido común dice que no se puede ni se debe meter en el mismo saco del terrorismo a cualquier grupo político y a cualquier Estado. Para ello conviene echar mano de criterios de diferenciación importantes.

Uno de los más importantes es el respeto de un orden jurídico constituido según los principios de una racionalización jurídica y política (democrática) ampliamente aceptados y cuya finalidad fundamental es dilucidar las «diferencias políticas» entre los grupos. Es necesario aceptar un tipo de racionalización de los conflictos sociales y políticos. Y esa racionalización es la que precisamente los terroristas (revolucionarios o de Estado) no aceptan. Y cuando hablo de una «racionalización jurídica y política» para la convivencia política e incluso para el uso de la fuerza me estoy refiriendo a ese conjunto de principios ilustrados que son la libertad, la igualdad, los derechos humanos y la democracia, que son la base para la creación de un derecho que sea expresión de la voluntad general y que sea al mismo tiempo el criterio organizador y legitimador del uso de la violencia que en toda sociedad política, se quiera o no se quiera, ha de aplicarse para una convivencia justa y pacífica. Esa racionalización no es otra, con otras palabras, que aquella que se objetiva en lo que se llama un «Estado democrático de Derecho», sobre cuya definición, características y principios no hay lugar aquí para su desarrollo. Por consiguiente toda violencia que se salga de esos principios de legalidad y respeto de los derechos humanos será una «violencia mala» y, en caso de que sea indiscriminada, motivada políticamente y tendente a causar terror, será una violencia terrorista.

Porque la violencia organizada desde un orden jurídico democrático puede ser dura, desagradable, por supuesto para quienes la sufren, pero no debe ser calificada como injusta o injustificable. Por ello, desde esos «standars» aludidos de racionalidad jurídica y política, resulta inadecuado y, desde luego, injusto, equiparar a las fuerzas de Seguridad de un Estado (democrático) con cualquier clase de terrorismo. Todos son violentos, pero hay clases, formas y fines de la violencia que conviene distinguir. No me gusta nada la violencia. Pero una

cosa es encerrar en una cárcel a un individuo condenado en juicio con todas las garantías procesales imaginables en un Estado de Derecho y otra cosa es encerrar a un individuo secuestrado más de un año en un zulo de cuatro metros cuadrados por poderes y «leyes» que no tienen ninguna legitimación democrática y que implantan y ejecutan la pena de muerte (el tiro en la nuca), pena que ya en sí es algo deleznable, pero que además en los casos de terrorismo se ejecuta sin garantías procesales previas. Las diferenciaciones ideológicas no deben llevar a confusiones de tal envergadura.

En este reto de definir y valorar los fenómenos terroristas hay que volver a la vieja distinción clásica sobre si un buen fin justifica cualquier medio para conseguirlo. Pues existe el riesgo de afirmar que determinados fines políticos (acabar con una dictadura o con la opresión de un Estado extranjero) pueden ser alcanzados no sólo por o con la violencia, sino también con la violencia indiscriminada. No es fácil resumir aquí algunas ideas sobre problema tan complejo, pero pienso que la violencia en sí no puede ni debe ser excluida del logro de determinados fines políticos (como lo hacen también los Estados democráticos cuando encarcelan e incluso condenan –contra lo que estoy– a la pena de muerte).

Sin embargo, el dato es que para ETA, por ejemplo, las Fuerzas de Seguridad del Estado español son «fuerzas de ocupación» y ejercen una violencia ilegítima sobre el pueblo vasco. Desde su perspectiva se llega a decir que el Estado español es un Estado invasor e incluso un Estado terrorista. ETA se autodefine como «ejército de liberación del pueblo vasco», un ejército que no ha pasado los controles de legitimidad mínimos que exige esa racionalidad política y jurídica a la que antes me refería. Aunque, como decía, no hay instancias institucionalizadas supraestatales para juzgar estos casos tan dramáticos, parece razonable afirmar que el Estado español es un Estado democrático según todos los «standards» democráticos internacionales. Es un Estado que ha tenido y tiene un proceso de racionalización de sus estructuras y criterios de actuación, e incluso de represión, que hoy es el que legitima el uso, siempre lamentable, de la violencia necesaria para un buen orden social en las sociedades más avanzadas y con más altos niveles de libertad, de igualdad y de bienestar social. Es evidente que para millones de ciudadanos y ciudadanas que integran la Unión Europea, el Estado español no es una potencia invasora, ni un Estado terrorista y si alguna vez cayó en un uso indiscriminado e ilegal de la fuerza se puso remedio.

Creo que hoy hay principios comúnmente aceptados para llegar a conclusiones válidas en este sentido. En todo caso, lo que parece injustificable es que para echar abajo un supuesto Estado extranjero opresor, haya que realizar actos de violencia en un supermercado, en un restaurante o en un paseo y asesinar así a niños, por ejemplo. No hay derecho a llamar a un grupo parapolicial terrorista «salvador de la patria», ni a un terrorista nacionalista «liberador de un pueblo».

2.8 *¿Qué decir del terrorismo internacional?* Toda esta concepción del terrorismo que acabamos de elaborar, aunque sea de manera elemental, ha tomado como referente determinante el concepto y la realidad del «Estado democrático de Derecho», dentro del cual es más fácil la definición (tipificación penal incluso) del terrorismo. Sin embargo, la internacionalización del terrorismo, un terrorismo que desborda las fronteras de los Estados y amenaza a poblaciones pertenecientes a diversos o muchos Estados, añade especiales dificultades no ya solamente a su conceptualización (¿fue la «guerra contra el terror» otra forma de terrorismo?), sino sobre todo a su enjuiciamiento, a su condena y sobre todo, aunque sea más un problema práctico que teórico, a su persecución. El terrorismo ha devenido no sólo un problema interno de los Estados, sino un problema internacional «una amenaza a la paz y la seguridad internacionales», como decía la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de 28 de septiembre de 2001.

El término internacional o transnacional plantea especiales dificultades en su conceptualización, porque a esos niveles hay un orden jurídico-político menos formalizado, un «orden jurídico débil», o no existen unas estructuras jurídico-políticas similares a las de un Estado de Derecho consolidado, esto es, no hay unos poderes internacionales claramente legitimados (un legislativo, un judicial y un ejecutivo), ni existe un código penal ni unas leyes procesales internacionales. Hay poderes y normas muy elementales tanto funcionalmente como desde el punto de vista de su legitimación en orden a garantizar la paz y seguridad (internacionales). Es muy difícil, pues, que se pueda dar un concepto internacionalmente aceptado de terrorismo, aunque —como se sabe— hay muchos textos internacionales (declaraciones y tratados) que abordan esa cuestión sin haber llegado a conclusiones aceptables por toda la comunidad internacional.

En medio de estas circunstancias no es de extrañar que «terrorismo internacional» sea aquello que y sólo aquello que algunas grandes potencias deciden que lo sea. Y así sucede lo que sucede: ¿por qué la autoridad palestina es acusada de terrorista y no se acusa de igual manera al Estado de Israel?

La definición del concepto «terrorismo internacional» es una asignatura pendiente todavía más difícil de aprobar que la pendiente a nivel interno de los Estados. Y así van a seguir las cosas, mientras que el orden internacional no se estructure de una manera más democrática y participativa y tenga instancias políticas más legitimadas para producir una definición aceptable. Mientras tanto el terrorismo será solamente lo que digan o juzguen las grandes potencias.

2.9 *Resumen.* Terrorismo es toda actividad violenta organizada por un grupo político (estatal o no estatal) y dirigida contra los derechos fundamentales de la persona humana y contra el orden jurídico propio de un Estado democrático de Derecho y contra la legalidad internacional, que trata de producir un terror indiscriminado, porque

se ejerce no sólo contra los responsables o representantes de unos grupos políticos (no estatales o estatales), sino también sobre una población (violencia indiscriminada) de un Estado o de varios Estados, actividad que se realiza por motivos políticos para la destrucción de un orden político o para la conquista del poder político.

3. ¿POR QUÉ EL TERRORISMO?

Si se supiera por qué se produce el terrorismo, evidentemente se estaría en mejores condiciones para evitarlo. Adentrarse en las causas, orígenes y raíces (individuales y colectivas) del terrorismo es tarea difícil que exige adentrarse en los campos de ciencias, como la sociología, la antropología, la psicología, la biología, etc., una tarea para la que no hay aquí tiempo ni competencia científica para afrontarla.

En mi opinión, cuando sucede lo que sucedió en Nueva York y Washington el 11 de septiembre de 2001, no me parece convincente atribuir con simpleza tamaño desastre a la maldad de unos fanáticos degenerados. Tiene que haber otras explicaciones cuando gentes cultas o cultivadas se lanzan a la aventura irracional de matar indiscriminadamente. Y gentes cultas eran los terroristas que lanzaron los aviones contra las Torres Gemelas o contra el Pentágono. Y gentes cultas son muchos miembros de ETA y del IRA. ¿Por qué? ¿Por qué?

Hay muchas razones para explicar el porqué de la violencia terrorista, pero en este contexto me gustaría subrayar una, cuyo correcto tratamiento evitaría muchas desgracias. Esa razón es la existencia de injusticias muy graves que llevan a individuos y grupos a la desesperación y a actuar con la irracionalidad que, por supuesto, es la violencia terrorista. Hay terrorismo porque hay injusticias, lo cual no quiere decir que si no hubiera injusticias (¿es ello posible?) no habría terrorismo u otra clase de terrorismo.

Así pues, la violencia social es un producto de las injusticias, aunque no solamente de las injusticias. Las violencias sociales no son sino los ruidos que produce la maquinaria de una humanidad mal «ajustada», esto es, injusta. Los motores bien hechos y ajustados no hacen ruidos extraños o molestos. Las violencias suelen ser los ruidos que ocasionan las injusticias. Porque esta humanidad está mal hecha, porque existen millones de seres humanos desesperados por causa de tanta miseria e indignidad impuestas por otros seres humanos (hambre, enfermedades remediabiles, necesidades fundamentales insatisfechas, carencia de las libertades más fundamentales). Hay muchas posibilidades de que estos seres humanos que no tienen nada que perder, utilicen la violencia para remediar sus males. Siempre que hay violencia social y política es porque unos tienen mucho y quieren tener más y porque otros muchos tienen muy poco y parecen conde-

nados a seguir teniendo menos. Pienso que donde hay equilibrio, justicia y justicia en la distribución de los bienes de la naturaleza y los derivados del trabajo del hombre hay mucha menos violencia que allí donde seres humanos viven condenados a la desesperación de no poder vivir, sobrevivir o vivir en dignidad y libertad. Por ejemplo: estoy convencido de que si hubiera existido desde hace muchos años un Estado palestino (cuya inexistencia es una gran injusticia) seguramente habría habido un «ahorro» importante de violencia, lo cual no quiere decir que con la existencia del Estado palestino no hubiera habido otras violencias, pero desde luego habría habido muchas menos.

No estoy de acuerdo con los pesimismos históricos que afirman la inevitabilidad de la violencia y crean situaciones de desánimo colectivos que impiden reaccionar para resolver el terrorismo y las causas del terrorismo. Por ello no estoy de acuerdo con Josep Ramoneda cuando escribía en el diario *El País* lo siguiente:

«El optimismo moderno ha querido creer que la violencia era fruto de las relaciones sociales —de un ser aparentemente esquivo— y no una componente de este animal con libertad y razón (por tanto, con voluntad de poder y con voluntad de verdad; es decir, capaz de usar estratégicamente la violencia) al que llamamos hombre. Jean-Jacques Rousseau llevó la ilusión al paroxismo al explicar que el hombre era bueno por naturaleza y que era la vida en sociedad lo que le degradaba.» «La herida norteamericana no debe hacer olvidar la realidad del mundo: inhabitable en sus tres cuartas partes. Pero tampoco debemos caer en la ingenuidad de creer que el terrorismo es un fruto de la desigualdad que se resolvería haciendo el mundo más justo. La violencia nihilista siempre encontrará caminos para reproducirse.»

Seguramente no puede haber un mundo sin violencia (sin terrorismo), pero puede haber un mundo con menos violencia si determinados atentados contra la vida, la libertad y la dignidad de individuos y pueblos no tuvieran lugar. Porque cuando justicia y bienestar se extienden a una gran mayoría (nunca habrá una justicia total) no suele haber violencia, o al menos ésta se convierte en una posibilidad lejana o simplemente en una excepción de una normalidad no violenta. Hay determinadas situaciones sociales en las que, por el nivel de «bienestar» moral y material alcanzado, la violencia se convierte en una posibilidad lejana o simplemente en la excepción de una normalidad no violenta.

Este planteamiento causal sobre el terrorismo y sin ningún ánimo demagógico, quiere decir también que casi siempre existe una especie de «terrorismo social previo» que es el que ejecutan aquellos Estados y grupos sociales de enorme poder social, político y económico que acaparan riquezas y ejercen políticas expansionistas, imperialistas y opresivas sobre pueblos enteros, que es lo que lleva a éstos a la des-

peración y a que proyecten acciones terroristas para su «liberación». Pero de este «terrorismo social previo» casi nunca se habla.

Ahora bien, se debe reconocer también que hay otras razones que explican la violencia y consecuentemente se puede afirmar que hay «otros» terrorismos, porque hay otro terrorismo que no nace de la injusticia ni de la miseria (económica y política), sino que es fruto del fanatismo, del fundamentalismo con que determinados grupos sociales o minorías valoran sus carencias y sus déficit de muy diversa clase (sobre todo en relación con su autonomía política o su identidad cultural, etc.), carencias y déficit que son falsas injusticias fundamentales. Esto es lo que sucede con los «terrorismos nacionalistas» que se dan en contextos sin duda lamentable e injustamente «anti-nacionalistas», pero contextos que no son una negación grave y extensa de derechos fundamentales (individuales o colectivos). Tal es el caso de Euzkadi, donde las «injusticias y la opresión contra el pueblo vasco» no serían calificadas como fundamentales y gravísimas por cualquier observador externo e imparcial y menos para justificar cualquier clase de violencia.

Hay incluso otro terrorismo, que es aquel que ejercen los que tienen lo necesario e incluso más de lo necesario y, sin embargo, por su afán de poder y de tener son capaces de ejercer también la violencia sobre una población. Esto quiere decir, con otras palabras, que la violencia indiscriminada también se ejerce no ya por los desesperados que nada tienen, sino por los ricos y opulentos. Recuérdese el caso de Sudáfrica.

En definitiva, siempre que hay violencia social y política es porque unos tienen mucho y quieren tener más y porque otros muchos tienen muy poco y parecen condenados a seguir teniendo menos y reaccionan por ello violentamente.

Pienso que donde hay equilibrio, justeza y justicia en la distribución de los bienes de la naturaleza y los derivados del trabajo del hombre hay mucha menos violencia que allí donde seres humanos viven condenados a la desesperación de no poder vivir, sobrevivir o vivir en dignidad y libertad.

Si queremos que no haya terrorismo habrá que volver a la filosofía del clásico de que la «paz es la obra de la justicia». La justicia y la paz no se imponen bombardeando Afganistán, sino haciendo que las injusticias no desesperen a la gente.

4. METODOLOGÍA DE LAS CAUSAS

En todo caso debiera reconocerse que investigar el porqué del terrorismo es una tarea científica y políticamente difícil. Las ciencias sociales son incapaces de hacer diagnósticos rigurosos sobre el porqué del terrorismo, porque si así lo hicieran obviamente sería más

fácil su evitación y su eliminación. En este sentido me permitiría hablar de un cierto «fracaso de las ciencias sociales» para prever la aparición de fenómenos terroristas e incluso para prever los cambios cualitativos y estratégicos que el terrorismo va adoptando al paso del tiempo, quizás porque no han podido determinar con rigor las causas del terrorismo, pero quizás a veces también porque no han querido reconocer sus causas que conocían bien.

El terrorismo de los últimos tiempos confirma este diagnóstico sobre los fracasos de la metodología de las causas. Por ejemplo, nadie, ni los más sabios del planeta, pudo prever que el terrorismo iba a dejar de ser un problema interno de los Estados y se iba a convertir en un grave problema de orden internacional. Las ciencias sociales, las que tratan de la política y del derecho, no han podido (o querido) prever que el nuevo reto del siglo XXI sería cómo frenar o eliminar un terrorismo global que dejó presentada su acta de nacimiento el día 11 de septiembre de 2001, dejando tras de sí cinco mil muertos y expandiendo el terror como sentimiento dominante en millones de seres humanos.

Nadie supo prever, tampoco y más concretamente, que el terrorismo iba a hacer acto de presencia en los lugares más impensables e intocables de la vida política (el Pentágono) y de la vida económica (las Torres Gemelas). Los hechos del 11 de septiembre desconciertan no sólo por su atrocidad, sino por su imprevisibilidad científica. Nadie, alrededor del 10 de septiembre, pensó que pudiera ocurrir lo que ocurrió. No ya las ciencias sociales, sino tampoco el Pentágono ni la CIA. Y este tipo de fracasos de las ciencias sociales no es nuevo, porque tampoco pudieron ni prever ni imaginar siquiera la caída del muro de Berlín y la «conversión» de la Unión Soviética a la economía libre de mercado.

Todos andaban preocupados por la globalización, por las nuevas tecnologías, por la clonación humana, por la sociedad de la información. Cuando hace unos años las doctrinas de la «sociedad del riesgo» empezaron a ponerse de moda, ninguna de ellas pudo anticipar que uno de los riesgos más graves vendría de la mano del terrorismo global o transnacional. Debe recordarse que esas teorías de la sociedad de riesgo se referían exclusivamente a los riesgos que derivaban del desarrollo científico y tecnológico (Chernóbil, deterioro medioambiental, productos transgénicos, vacas locas, sida, etc.). La «gestión de riesgos» se ha estado limitando a aquellos propios de la sociedad tecnológicamente desarrollada, los derivados del progreso o del desarrollo y además dicha gestión se ha estado haciendo bajo la asunción de que no era posible el «riesgo cero». Ahora nos encontramos con que los riesgos más graves o inmediatos venían de otros orígenes. Hoy corremos el gran «riesgo» de ser destruidos en masa por un ataque nuclear, bacteriológico o químico ejecutado por cualquier fuerza terrorista (individual o estatal) o no terrorista (cualquier demente).

Como el búho de Minerva extiende su vuelo al atardecer, también las ciencias sociales (y no sólo la filosofía, como decía Hegel) llegan

tarde y dicen algo cuando algo ya ha pasado. Sólo cuando unas fuerzas históricas (el terrorismo global, o los fondos de inversión, o los capitales financieros mundiales) han implantado sus reales entonces comienzan los análisis científicos con la pretensión de explicar lo que ha pasado.

Por ello el reto de adentrarse en los «porqués» del terrorismo obliga a replantear los métodos de las ciencias sociales, pero también sus objetivos científicos y «su voluntad científica», porque a veces la ciencia ve sólo lo que quiere ver, lo que le interesa ver.

La razón científica, esa razón organizada y a veces soberbia, ha de ser no sólo más humilde, sino también más sensible para comprender y transformar la realidad más allá de los «objetivos científicos» que interesa a un sistema establecido, pues con demasiada frecuencia sólo atiende científicamente a lo que interesa a determinados poderes hegemónicos. Así a esa razón científica no le interesa el horror (ni las causas de ese horror) de las 100.000 personas que mueren al día por el hambre y la enfermedad, horror del que no se informa con la misma intensidad y pasión como se relató el escalofriante espectáculo de los cinco mil muertos del 11 de septiembre. Si se conociera mejor (o no se escondiera) la cruda realidad, esto es, el sometimiento en que se encuentran determinados pueblos; si los medios de comunicación informaran con mayor amplitud y detalle de las gravísimas injusticias que sufren grandes masas de población; si se diera a conocer que hay muchas gentes dispuestas a morir matando por causa de su desesperación económica, social y política, se habría avanzado en el camino de la determinación de las causas del terrorismo, se estaría en mejores condiciones para evitarlo y hubiera extrañado tanto la aparición de una violencia tan espectacular como la que se produjo el 11 de septiembre de 2001 e incluso en alguna medida tales atentados podrían haber sido previstos y evitados.

Mientras que la «razón científica» dominante haga estas discriminaciones y funcione así, asistiremos de nuevo, con mayores motivos, «sorprendidos ante nuevos fenómenos sorprendentes» y nos preguntaremos cómo puede suceder estas cosas y cómo pueden ser evitadas. El futuro no pueden ser previsto, pero si los poderes dominantes esconden parte de la realidad o del presente, más difícil se hará anticipar, aunque sea de manera modesta, lo que en parte puede ser el futuro.

Por otra parte, este fracaso de las ciencias sociales ha puesto de relieve las «impotencias» de los poderosos para prevenirlo todo, para ordenarlo todo. Ha demostrado las «impotencias» del gran «poder mundial» (Estados Unidos), el poder que todo lo determinaba y todo lo ordenaba. Quizás todas esas insatisfacciones sobre la metodología de las causas del terrorismo tengan una faceta positiva que convenga resaltar: la impotencia de los poderosos para controlarlo todo. Con otras palabras, esta impotencia de los poderosos puede conducir a una cierta esperanza, en cuanto se prueba que la historia se puede hacer (des-hacer, desgraciadamente por una violencia incontrolable) de

muchas maneras. El terrorismo global demuestra así que no existen poderes absolutos sobre la tierra que puedan determinar y controlar por dónde ha de ir la historia de individuos y pueblos y que esos poderes absolutos o grandes potencias tienen una intrínseca fragilidad y caducidad, por lo que hay que mantener la esperanza de que pueden ser destruidos, que pueden terminar. Todo puede estar mal, pero no todo puede estar definitivamente mal, porque no todo puede estar programado, controlado, dominado, que es lo que ha sucedido el 11 de septiembre. Se confirma que no hay ningún dios sobre la tierra. Ante tanto desatino de unos y de otros, lo que se podía concluir es la necesidad de pactar, de equilibrar, de hacer más justas las relaciones sociales entre individuos y pueblos.

5. ¿QUÉ HACER?

Es la pregunta de siempre: ¿qué hacer para terminar con el terrorismo? La verdad es que no es posible dar respuestas rigurosas y eficaces. Se debe reconocer que el terrorismo como una forma de violencia no puede desaparecer en términos absolutos. Sin embargo, se puede afirmar razonablemente que hay posibilidad de arbitrar políticas a todos los niveles capaces de hacer que el terrorismo no tenga la expansión y la radicalización que en los últimos tiempos están teniendo, porque esa expansión y radicalización no sólo está comprometiendo derechos fundamentales de la persona humana, sino que también está dando lugar a una priorización de la seguridad colectiva que produce graves daños colaterales a esos derechos fundamentales.

Las soluciones arbitradas con motivo del 11 de septiembre muestran, en mi opinión, que en todo caso el «quehacer» no ha de ir por esos caminos. La guerra contra el terror desencadenada por los EE.UU. no es un modelo de solución. Fue, o es, una actuación ilegal, injusta e ineficaz. Pero sobre todo debería insistir, dado nuestro contexto cultural tan amante de la eficiencia, que no ha sido tampoco una solución eficaz, pues perseguir con un ejército convencional a los terroristas era, y es, como buscar una aguja en un pajar. Tras invasiones y bombardeos sin sentido la amenaza terrorista sigue sin desaparecer, mientras que miles de inocentes ya han caído víctimas de esa violencia antiterrorista. Esa guerra contra el terror de EE.UU. y sus aliados ha sido en el fondo una venganza desenfocada, inútil, o el consuelo injustificable que un gobierno desconcertado e impotente quería dar a una sociedad asustada y aterrada (la americana) que demandaba irracionalmente algún tipo de acción contraterrorista espectacular. Creer que se va a acabar con el terrorismo global por medio de las acciones militares de un ejército convencional es en el mejor de los casos una mentira piadosa para un pueblo aterrorizado, pero ética y políticamente son políticas impresentables. Quede clara esta idea a propósito o con motivo del 11 de septiembre.

Pero apuntemos algunas ideas que pueden colaborar a construir caminos de solución. Solamente puedo en este momento exponer dos que me parecen importantes. La primera sería tomar conciencia del *fracaso del derecho* en la lucha contra el terrorismo. Y la segunda sería mostrar la necesidad de *un nuevo orden jurídico y político internacional* desde el cual se pueda luchar correcta y eficazmente contra el terrorismo.

1) *El fracaso del derecho*

Cuando se afronta el reto de qué hacer, una de las cuestiones que más debe preocupar, al menos desde la perspectiva de una filosofía jurídica, es la impotencia del derecho para resolver esta clase de conflictos sociales. ¿Hay una «solución jurídica» al problema del terrorismo? Así y en relación con el 11 de septiembre, habría que preguntar qué papel jugó el derecho para dar una respuesta a aquellos atentados terroristas.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 han sido un test importante sobre la virtualidad y la eficacia del derecho para prevenir, evitar y perseguir al terrorismo. En relación a esta cuestión hay un dato que me parece bastante claro. Aunque haya opiniones o valoraciones para todos los gustos, creo que las medidas adoptadas por parte de EE.UU. frente a aquellos atentados terroristas no se han ajustado, en sus partes más sustantivas, al derecho internacional vigente. Los datos son incuestionables. Los grandes protagonistas tras los atentados de Nueva York y Washington no han sido las instituciones jurídicas ni el derecho internacional, sino las instituciones políticas y militares de los EE.UU. y de sus aliados. La realidad internacional es así de desconsiderada con el derecho. Cuando una gran potencia, o la gran potencia, decide actuar contra lo que considera gravemente injusto para sus intereses más fundamentales, no hay regla internacional que sea capaz de frenar o de limitar sus actuaciones.

Aun reconociendo la injusta barbaridad de los atentados terroristas del 11 de septiembre, las medidas adoptadas por EE.UU. contra ese terrorismo están fuera de toda racionalidad jurídica elemental. Lanzaron sus ejércitos contra enemigos o supuestos enemigos sin encomendarse ni a dios ni al diablo. Tan sólo se hizo una apelación genérica a un concepto jurídico difuso y desde luego mal interpretado como es el de «legítima defensa» de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. La resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 30 de septiembre tampoco dio cobertura a una guerra contra el terrorismo y mucho menos a una actuación militar contra un Estado que, indudablemente por otros motivos, por violaciones graves y persistentes de los derechos humanos, tenía que haber sido sometido mucho tiempo antes a las exigencias de la Carta de Naciones Unidas y de la Declaración Universal de 1948. Dicha resolución se limi-

taba a una serie de exigencias muy genéricas a los Estados miembros para prevenir y reprimir el terrorismo, pero desde luego sin autorizar o legitimar el uso de la fuerza a nivel internacional por parte del Estado que había sufrido actos de terrorismo. No trato de analizar ni valorar desde el punto de vista del derecho internacional la reacción militar de EE.UU. y de sus aliados contra Afganistán y para la búsqueda y captura de Bin Laden, sino simplemente pongo de relieve que el derecho, y concretamente el derecho internacional en el caso del 11 de septiembre, ha tenido poco que ver o que hacer ante los graves atentados terroristas de Nueva York y Washington.

La situación creada después del 11 de septiembre es todo un síntoma sobre el papel del derecho en la resolución de los grandes (no los pequeños) conflictos sociales. En mi opinión, tal situación ha servido para fomentar toda clase de pesimismo sobre la virtualidad del derecho. Si el derecho no sirve, la pregunta sobre qué hacer se hace todavía más dramática y difícil de contestar. Pienso que en nuestra cultura occidental tal vez se haya esperado demasiado del derecho, sobre todo en una era histórica en la que la «ideología jurídica» ha sido muy dominante o hegemónica. Sin embargo, lo que está sucediendo es lo que en otro lugar he llamado el «desencantamiento» y el «desencanto» del derecho.

En efecto, esta nueva situación mundial ha revelado («desencantamiento») que el derecho no suele ser lo que dice ser, esto es, un instrumento racional, moral, formalmente organizado al servicio de la justicia. Más bien se ha mostrado como una normatividad que sólo ordena los conflictos de intereses que no afectan a las grandes potencias políticas (o poderes económicos) del mundo. El desencantamiento quiere decir que el derecho se revela como un orden normativo sumiso a los grandes poderes mundiales o, como afirmaba el viejo marxismo, una superestructura que sirve a los intereses de las clases o poderes (económicos) dominantes. Por eso la tesis del juez Garzón en el diario *El País* de que la respuesta ha de ser jurídica, porque el derecho está por encima del poder, según la tesis de Víctor Hugo, me parece de una enorme ingenuidad, aunque desde luego es el ideal al que ha de tender la comunidad internacional.

2) *Un nuevo orden internacional*

Ahora bien, algo habrá que hacer para que el derecho sea realmente un instrumento de racionalización social y para que las relaciones sociales no se conviertan en un territorio regido por las leyes de la selva.

Como decía antes, la lucha contra el terrorismo comienza por la eliminación de las causas que lo producen y que conducen a grupos e individuos a una desesperación irracional, al ejercicio de una violencia indiscriminada e incluso a un «morir matando». «La vía hacia *nuestra* seguridad consiste en reducir el número de *otros* dis-

puestos a morir. Lograrlo no requiere resolver previamente todos los conflictos y dramas del mundo. Lo que sí exige es recrear la esperanza de que las injusticias pueden llegar a repararse. Sólo el desesperado muere matando, el que tiene esperanza prefiere vivir luchando. El gran reto de Occidente no es matar a unos centenares de asesinos suicidas, si eso es todo lo que hacemos, aparecerán otros. El reto consiste en poner fin a las situaciones que hacen surgir miles de desesperados dispuestos a morir matando. Algo que en los últimos diez años no hemos hecho. Quizás tras el 11 de septiembre de 2001 empecemos a hacerlo», como ha escrito Carlos Alonso Zaldívar.

En consecuencia hay que eliminar las causas de tanto sinsentido social, prioritariamente en el ámbito económico, y promover un nuevo orden mundial. Ha sido precisamente la globalización económica la que ha puesto de manifiesto, con nuevos datos y hechos, los graves problemas de desgobierno, de injusticias que asolan el mundo económico, problemas (de justicia social) que en gran medida ya habían sido resueltos a nivel interno por los Estados avanzados. «Cuando el afán de lucro de los participantes en el mercado se descontrola, desafían la ética de los pueblos, y sacrifican el respeto por la justicia y los derechos humanos, el reto de la mundialización del nuevo siglo consiste en no detener la expansión de los mercados mundiales. Pero la tarea consiste también en hallar las normas e instituciones para una estructura de gobierno fuerte –en los planos local, nacional, regional y mundial– para preservar las ventajas de los mercados mundiales... y asegurar que la mundialización funcione para la gente, no sólo para las utilidades» («Informe sobre Desarrollo Humano», 1999).

En efecto, una de las cosas terribles que han mostrado ese «terrorismo global» y la subsiguiente «guerra contra el terror» es que la sociedad internacional vive aún en un cierto «estado de naturaleza», un estado salvaje donde impera la ley del más fuerte y donde la racionalidad jurídica no ha estado presente para poder decir que estamos en una sociedad «civil» o «civilizada». El 11-S y también esos miles de seres humanos que mueren a diario de hambre y de enfermedades evitables demuestran que estamos inmersos en un grave «desorden internacional», como ha dicho David Held.

Unos cambios fundamentales en el orden político, jurídico y económico de la sociedad internacional son necesarios para que el terrorismo (y otros males sociales mayores) no siga siendo una de las grandes amenazas del siglo XXI. Los grandes problemas de la justicia internacional (hambre, enfermedades, minorías oprimidas, terrorismo, etc.), un holocausto del que algún día todos tendremos que dar cuenta, muestra que vivimos, aunque pueda parecer exagerado, en un «estado salvaje internacional», del que se debe salir. Y para salir no hay quizás otra fórmula que aquella inventada por la modernidad del contrato social, por el que las partes en conflicto

«pactan» la constitución de un poder soberano encargado de dictar leyes y ejecutarlas. La sociedad internacional necesita un poder legitimado democráticamente que ordene las grandes cuestiones de justicia social que superan el ámbito de lo local, lo regional y lo estatal.

Evitar las causas de tanta violencia pasa necesariamente por *un contrato social mundial* que constituya unos nuevos poderes y unas nuevas normas para un orden mundial distinto, esto es, más justo. La sociedad del género humano necesita ante todo *construir un orden nuevo* que evite esas injusticias globales y donde el derecho, un derecho cosmopolita y democrático (David Leed), pueda establecer una justicia distributiva en todos los niveles de la vida colectiva. Ese nuevo orden ha de ser ante todo un «orden jurídico nuevo», donde el derecho realmente sirva, como la modernidad propuso para poner término a la guerra de todos contra todos (Hobbes), un derecho que debe ser no la voluntad de un soberano, sino la «expresión de la voluntad general», como afirmó Rousseau.

Lamentablemente para el establecimiento o mantenimiento de un orden internacional, se dispone hoy de un modesto y disminuido derecho internacional, cuyos frutos, aunque respetables, son escasos a pesar de su ya larga tradición histórica. Hay un derecho internacional, pero hay un «mal derecho internacional». Es un derecho que no responde a una voluntad general de la sociedad internacional. El derecho internacional que hay, emanado de acuerdos y tratados, refleja más la voluntad de los Estados poderosos que una «voluntad general internacional» o unos mínimos razonables de justicia consentidos o pactados entre iguales a nivel de Estados, pueblos, naciones, organizaciones internacionales, etc. Sobre todo faltan unas estructuras jurídico-políticas internacionales que respondan proporcionalmente al paradigma de lo que es un Estado democrático de Derecho y desde la que se pudiera ejercer un poder según leyes democráticas. A nivel internacional hay conflictos para los que todavía no hay instrumentos jurídicos (legales, jurisdiccionales y ejecutivos) para que se resuelvan de la forma más civilizada posible.

Ese «contrato social mundial» plantea sin duda muchos interrogantes teóricos y prácticos. Quizá el más grave sea determinar quiénes pueden ser los intervinientes en ese pacto. El pacto ha de ser entre iguales y solamente así servirá al establecimiento de un orden mundial democrático. Es necesario, pues, un «contrato social mundial» que respete la igualdad y la libertad de los sujetos de la sociedad internacional, cuya identificación es sin duda un problema muy complejo y de difícil solución, no como sucede en las sociedades políticas nacionales, donde los sujetos son los individuos, las personas físicas sin distinción, aunque también esa identificación ha llevado siglos, pues hasta poco tiempo determinados grupos sociales (mujeres, niños, determinadas razas, etc.) no eran sujetos para ser protagonistas de ese orden político nuevo que es el Estado democrático de nuestro tiempo.

El problema es especialmente complejo o difícil, porque en la sociedad internacional existe una fragmentación de sus tejidos y no hay sujetos homogéneos ni reglas para su identificación. Si no se toman medidas en este sentido, todo lo que se haga será calmar las fieras, cumplir la ley del talión y pasarse a la misma dialéctica de los terroristas y no actuar como sociedades civilizadas.

6. CONCLUSIÓN

El qué hacer está inundado de dificultades y de desconfianzas. Pero soy de la convicción de que hay que hacer frente al pesimismo y a la desilusión, a las tesis sobre el final de la historia y a ese dogma que el neoliberalismo proclama a los cuatro vientos de que no hay alternativa («there is no alternative»). El nuevo orden mundial es por supuesto una utopía. Pero las utopías han sido siempre así. Así sucedía y sucedió con la esclavitud y el colonialismo. Quizás haya que matizar que cuando se dice que algo es imposible de hacer lo que se está diciendo es que nunca ha sido hecho antes. Si se actúa como si no hubiera cambio para lo mejor, entonces está garantizado que no habrá cambio para lo mejor (N. Chomsky).

Justicia y legitimidad en el orden internacional como valores clave de la futura Constitución Europea. Especial referencia a España

Por EMILIO MIKUNDA FRANCO

Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y LEGITIMIDAD, VALORES CLAVE SUBYACENTES AL DEBATE CONSTITUCIONAL.—1. PERSPECTIVAS ULTRAPIRENAICAS. POSTURAS Y PROBLEMAS EN: 1.1 *Países miembros de la UE: Alemania, Francia, Grecia, Inglaterra, Italia, Luxemburgo.* 1.2 *Países aspirantes a la UE: Chequia, Eslovenia, Hungría, Malta, Países Bálticos, Polonia, Rumanía.* 1.3 *Países neutrales: Austria y Suiza.*—2. PERSPECTIVAS INSTITUCIONALES DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DE LA COMISIÓN EUROPEA: POSTURAS Y PROBLEMAS.—3. PERSPECTIVAS NO EUROPEAS DEL DEBATE: ECOS Y RESONANCIAS EN LOS EEUU DE AMÉRICA Y JAPÓN.—4. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBATE EN ESPAÑA: PROEMIO: 4.1 *Posiciones actuales del debate: sucinto resumen de antecedentes y posturas.* 4.2 *La cuestión de los derechos humanos y fundamentales.* 4.3. *Obstáculos surgidos a lo largo del debate constitucional tras la Conferencia de Niza:* 4.3.1 *Obstáculos externos: política de extranjería y cuestiones de inmigración.* 4.3.2 *Obstáculos internos: inseguridad en materias de salud, medioambiente y terrorismo.* 4.4 *Apuestas de futuro: los modelos alemán y francés. Pros y contras.*—5. SUCINTA PANORÁMICA DE FUTURO.—6. BIBLIOGRAFÍA: A) *Libros.* B) *Revistas.* C) *Prensa y opinión pública.* D) *Documentos del Parlamento Europeo.*

INTRODUCCIÓN: JUSTICIA Y LEGITIMIDAD, VALORES CLAVE SUBYACENTES AL DEBATE CONSTITUCIONAL

El pasado año el director del Instituto de Investigaciones Sociológicas de la Academia Europea de Otzenhausen (Alemania), Doctor

honoris causa H. Timmermann, se propuso como uno de los objetivos prioritarios del susodicho Instituto publicar en una obra colectiva destinada al público alemán, especialmente a los jóvenes, tanto estudiantes universitarios como de Escuelas Técnicas Superiores, los resultados de los debates existentes en los últimos años tanto en Alemania como en el seno de los países de la propia UE sobre la posibilidad de llevar finalmente a buen puerto uno de los proyectos jurídicos y políticos más ambiciosos de la historia de Europa, el de dotarse de una constitución, la «Constitución Europea». Del propio debate al respecto se insiste una y otra vez en su necesidad en vistas a garantizar no sólo la mera validez legal de las normas jurídicas de cada uno de los ordenamientos de que está dotado cada país soberano dentro de la Unión –incluidas las respectivas constituciones–, sino para devenir piedra de toque y «elemento clave de legitimidad» de todo el sistema jurídico democrático europeo en conjunto. Por otra parte, íntimamente vinculada con la idea de «legitimidad democrática europea» aparece asimismo otra idea clave, la de la defensa de unos derechos humanos y fundamentales entendidos *prima facie* como cristalización cultural¹ producto de la historia de Occidente –*potencialmente extrapolables allende las propias fronteras de la Unión*–² que al formar parte inescindible del «acervo cultural europeo» estén siempre bien presentes como «modelo e ideal de Justicia» no sólo en el seno consolidado de la propia Unión sino frente a países europeos hoy por hoy foráneos que deseen formar parte de la misma en un futuro próximo, o bien sirvan *servata distantia* como modelo a imitar en países y culturas no occidentales³. De ahí que el hilo conductor del presente trabajo se inspire en el aludido texto colectivo de Timmermann, de reciente publicación⁴ –*en el que colaboramos exponiendo las perspectivas actuales españolas*– sin perjuicio de otros proyectos señeros de mayor envergadura⁵. De ahí que también aquí hayamos adoptado la postura que responde –*como siempre ha respondido en nuestro caso*⁶– a nuestra visión ecléctica del mundo y de la filosofía jurídica,

¹ HABERLE, P.: *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Tecnos. Madrid (2000). Traducción/introduc. E. Mikunda.

² MIKUNDA FRANCO, E.: *Derechos humanos y Mundo islámico*, Sec. de Publicaciones. Univ. de Sevilla (2001), pp. 201 y ss.

³ Casos de Japón, Corea del Norte y países islámicos de la C.E.I. de poblaciones con tendencias mayoritariamente laicas. (Vid. MIKUNDA FRANCO, E.: «Gemeinislamisches Verfassungsrecht» (en prensa en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. 2002-2003).

⁴ Timmermann, H. (ed.): *Eine Verfassung für die Europäische Union*. Edit. Leske+Budrich, Opladen (2001).

⁵ Especialmente el proyecto de investigación del Institut für Europäisches Verfassungsrecht de la Universidad de Tréveris, –Departamento: Rechtswissenschaft–, dirigido por el Prof. alemán G. ROBBERS y titulado: «Entwürfe für eine Verfassung Europas», (Coordinación: Christine SCHMIDT-KÖNIG). Ver en <http://www.unitrier.de/~ievr/institut.htm>

⁶ Evidente ya a partir de los primeros trabajos relevantes en este sentido, como así se perfila desde 1988 en la tesis doctoral en torno al historiógrafo germano consti-

entendidas ambas tanto como reflejo de ideas comunes compartidas, como de valores culturales propios de cada país, región y área geográfica, que sin perder sus especificidades propias y dentro de parámetros mínimos de racionalidad crítica pretenden realizar el viejo adagio aristotélico «Unidad en la variedad». Nuestra metodología –en línea con la timmermaniana aunque con variantes propias– consiste en reagrupar por un lado «perspectivas» de diferentes autores y de ciertos países europeos ultrapirenaicos subdividiéndolos en «países miembros», «periféricos» aunque candidatos a la UE, y «neutrales», visión ecléctica completada con perspectivas «institucionales» europeas propias del P.E. y la Comisión, completadas contrapuntísticamente mediante otras que pese a la lejanía geográfica paradójicamente no resultan tan distantes por su relativa similitud con la cultura básica europea contemporánea como las de Estados Unidos de América, o bien por surgir como adaptación del pensamiento constitucional jurídico cultural occidental tras la última Guerra Mundial como Japón. Finalmente reconducimos la susodicha temática en torno a los valores clave aludidos mediante una especial referencia a España, en la que reformulamos en parte el texto publicado en Alemania⁷, concluyendo con una breve panorámica de futuro que reseña a vuela pluma la tendencia que consideramos más probable.

1. PERSPECTIVAS ULTRAPIRENAICAS. POSTURAS Y PROBLEMAS

1.1 Países miembros de la UE: Alemania, Francia, Grecia, Inglaterra, Italia, Luxemburgo

A la hora de enfrentarnos a la variada y rica temática en torno a los valores Justicia y legitimidad de la futura constitución europea, como integrantes básicos de la misma, resulta imprescindible acudir en primer lugar a opiniones y posturas de cuantos expertos se han ocupado recientemente del debate desde los más variados ángulos del saber científico comenzando en los países miembros de la UE. Consecuen-

tucionalista de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial, Gerhard Oestreich. Vid. MIKUNDA FRANCO, E.: La concepción de los derechos humanos en *G. Oestreich*. (Tes. Doct. inéd.) UNED. Madrid 1988; Reelaboración ampliada con nueva documentación actualizada y en fase de publicación en Alemania bajo el título: *Die Menschenrechte als Auffassung und Begriff bei G. Oestreich*. Einleitung: PÉREZ-LUÑO, A. E. (en prensa 2002). Recientemente el trabajo: G. Oestreich y G. Radbruch: Dos filosofías del Derecho en paralelo, en *Libro homenaje al Prof. García San Miguel*. Universidad Complutense. Madrid, 2002.

⁷ MIKUNDA FRANCO, E.: «Die Debatte um die Europäische Verfassung aus spanischer Sicht», en H. Timmermann (ed.): *Eine Verfassung für die Europäische Union*. Edit. Leske+Budrich, Opladen (2001), pp. 199-214.

temente, en Alemania destacan las aportaciones de J. Bröhmer, H. Dippel, J. Leinen, T. Stein y H. Wagner; en Francia F. Manfrass-Sirjacques; en Grecia K. Gogos, en el Reino Unido J. Parry; en Italia F. Capelli y A. Kauffmann y, finalmente Luxemburgo, a cargo de B. Fayot, Diputado parlamentario⁸. Veámoslas sucintamente: J. Bröhmer, experto en Derecho de la UE, plantea la discusión en la RFA reseñando sus diferentes posturas políticas en primer lugar, para concluir que «en lo esencial todas las fuerzas políticas alemanas desean apoyar la postura evolucionista clásica de Monnet» contribuyendo a la mejora institucional progresiva de la Unión tendente tanto a lograr mayores cotas de Justicia a través de las decisiones judiciales comunitarias y de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, como de legitimidad democrática, mediante una regulación óptima y transparente de las estructuras de decisión política. Sin embargo, reconoce que a nivel teórico constitucional el tema es más complejo toda vez que no está suficientemente definido si sólo los Estados como tales pueden ostentar una «constitución», dado que los conceptos vulgar y técnico-jurídico difieren sensiblemente entre sí, especialmente cuando falta la legitimidad democrática, de modo que el TC alemán ha tenido incluso que crear el concepto de «Unión de Estados» (Staatenverbund)⁹ para resolver problemas jurídicos específicos *ad hoc*. Tampoco parece ayudar mucho la distinción entre derecho contractual primario y secundario hoy existente en la UE ya que la cuestión más candente de Justicia y legitimidad subyacente a la proclamación de Niza respecto de la vinculatoriedad jurídica de la Carta de Derechos fundamentales ha quedado *ipso iure* excluida o, lo que es peor, se parte de una bella y hueca ficción creada por el TC alemán lejos de la realidad de la ciudadanía. Completa esta visión el ministro J. Leinen, al intentar exponer las bases de toda Constitución «Federal democrática» como pieza clave futura¹⁰, denunciando más los déficit comunitarios de «falta de legitimación democrática básica» y de justicia debidos a la complejidad de los documentos jurídico contractuales

⁸ Jürgen BRÖHMER, experto en Derecho de la UE, Instituto Europeo de la Universidad del Sarre/ Saarbrücke. Horst DIPPEL, Prof. de Historia de la Universidad y Escuela Superior de Formación integral de Kassel. Jo LEINEN, Parlamentario Europeo, Ministro jubilado. Torsten STEIN, Catedrático de Derecho Público y Europeo, Director del Instituto de Estudios Europeos del Sarre/Saarbrücken y Helmut WAGNER, Politólogo de la Universidad Libre de Berlín. Françoise MANFRASS-SIRJACQUES, Politóloga, París (Francia). KONSTANTINO GOGOS, Profesor del Centro de DIP y Europeo de la Universidad de Tesalónica (Grecia). John PARRY, Periodista (Reino Unido). Fausto CAPELLI, Experto en Derecho Comunitario e Internacional. Universidad de Milán (Italia) y Anette KAUFFMANN, Abogada y doctoranda en las Universidades de Milán y Würzburg (Italia-Alemania). Ben FAYOT, Miembro de la Cámara de Diputados del Parlamento de Luxemburgo.

⁹ BRÖHMER, J.: *Die EU-Die Verfassungsdiskussion in Deutschland*, en Timmermann, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

¹⁰ LEINEN, J.: *Eine Europäische Verfassung-Grundlage einer föderalen demokratischen Ordnung*, en Timmermann, *cit.*, pp. 57 y ss.

existentes en la UE que a cualquier otra causa, preconizando la «necesidad imperiosa de una constitución de cuño federal para Europa». T. Stein insiste igualmente en que el factor legitimidad –léase legitimación– de la Unión a través del Parlamento europeo es en la actualidad el más necesario junto con «las garantías jurídicas de la ciudadanía», obtenidas en último término mediante «Richterrecht» en la Unión a falta de una regulación explícita de la Carta de derechos ciudadanos, debida en estricta justicia, alegando ser el mayor obstáculo de integración¹¹, postura que completa H. Wagner magistralmente al explicitar los problemas de cualquier Estado no sólo frente a la adhesión –que no son pocos– sino frente a la «salida» de la Unión, laguna no prevista en el actual sistema que a ciertos microestados produce inseguridad frente a los grandes¹². En último término, el historiador H. Dippel pasa revista a toda una amplia paleta conceptual lograda a lo largo del desarrollo histórico, (vgr. conceptos como constitución, contrato, Estado, soberanía popular, etc.), no sólo tal y como se han entendido en Alemania sino en otros pueblos de Europa, como Francia, algo tan distinto, recordando que si bien el constitucionalismo moderno «no encierra en sí escala alguna de valores», en cambio sí encierra la idea de «límites al ejercicio del poder», algo que sólo resulta factible mediante una justa y legítima división de poderes que asegure al ciudadano la protección jurídica necesaria para su desarrollo integral, que presupone en todo caso independencia de la Justicia. Justicia y legitimidad de nuevo «unidas indisolublemente» no sólo a nivel interestatal sino internacional/supranacional en la UE, sin cuyo requisito volvería la Justicia políticamente manipulada que existía en el nazismo¹³. De modo que no sólo asume la argumentación de P. Häberle sino que le cita textualmente al decir que «Derecho y cultura jurídica configuran un aspecto nuclear de la identidad europea»¹⁴, insistiendo en la importancia hoy tan soslayada de considerar la historiografía constitucional imprescindible y complementaria de la jurídico-sistemática. Finalmente advierte del peligro del rechazo de toda constitución que no se sienta como algo propio por la ciudadanía, una de las tareas en las que toda Europa debe trabajar de consuno. Frente a estas acabadas posturas, el debate en Francia se nos presenta a través de la visión de la politóloga F. Manfrass-Sirjacques, con un talante más distendido que en Alemania, si bien bajo cierto temor latente de «federalización de la UE» en todos los debates y polémicas al respecto. Prueba de ello sería no ya sólo la denuncia de M. Duverger de que «si la UE fuera un Estado, en vez de una Unión de Estados ni siquiera

¹¹ STEIN, T.: *Europas Verfassung*, en Timmermann, *op. cit.*, pp. 46 y ss.

¹² WAGNER, H.: *Verrechtlichung durch Integración*, en Timmermann, *cit.*, pp. 77 y ss.

¹³ DIPPEL, H.: *Warum Verfassung?*, en Timmermann, *cit.*, pp. 15 y ss., espec. p. 30 sobre Justicia durante el nazismo.

¹⁴ DIPPEL, H.: *Warum Verfassung?*, en Timmermann, *cit.*, p. 26 y nota 43.

podría considerarse democrática»¹⁵, sino en la constatación de que «la transferencia de poderes de parlamentos nacionales al europeo no ha conllevado mayores cotas de control respecto a éste». Otro de los temores es la «falta de fronteras definitivas» de la Unión, que llevaría poco a poco a disolver el «acquis communautaire» al ampliarse desmesuradamente; sin embargo, lo que late en último extremo es la duda entre «Federación o Confederación» como modelo constitucional futuro, dado que las dosis de legitimidad y Justicia democráticas son bien distintas en cada uno de ambos, y Francia teme ser asumida por el gran país vecino Alemania. De ahí que su debate gire preferentemente en una reforma del pacto de creación de la UE (llamado «Pacte constitutionnell refondateur») esperando, al alejarse del modelo federal, sintetizar los ámbitos de poder intergubernamental y supranacional. Intenta salir así del Derecho Internacional para integrarse plenamente en el constitucional pero con una condición; que se atienda su exigencia de crear como contrabalance del Banco Central Europeo un centro de «gobierno económico», algo que nadie sabe a ciencia cierta exactamente qué es. Grecia, en cambio, como plantea K. Kogos¹⁶, advierte de la dificultad sobrevenida a la que tuvo que enfrentarse tras 1974 por la que se incluyó el artículo 28.3 en su Constitución, que prevé la «cesión parcial de soberanía a condición de estar supeditada a un interés nacional superior», norma que pudo ser finalmente aplicada con motivo de su adhesión a la UE pero que fue nuevamente cuestionado a partir del momento en que Grecia se encontró de plano entre los países de «segunda velocidad». La causa del descontento fue que su inclusión había sido obtenida mediante razonamientos lejanos a la «base legitimadora de los acuerdos de establecimiento y adhesión a la UE» —es decir, mediante instancias superpuestas— en vez de hacerlo a través del pueblo consultado en referéndum. Grecia exige que cada posterior cesión de soberanía sea ratificada mediante plebiscito en evitación de futuros déficit de legitimidad y justicia democrática, llegando incluso a plantearlo como una de las tareas básicas de la futura Constitución Europea¹⁷. Es más, podría llegar a negar el principio de predominio de las mayorías como legitimidad democrática hasta tanto no pase a convertirse también en principio de Justicia efectiva a través de una Carta de derechos fundamentales jurídicamente vinculante y oponible frente a terceros, ya que no concibe la Justicia europea sino en su dimensión contemporánea de «Justicia Social». Con Grecia se plantea ya algo que otros «micro» estados temen, ser absorbidos a nivel legitimador de decisiones relevantes por los estados «macro» de la Unión, aspecto que también daría al traste con la Justicia, al desa-

¹⁵ MANFRASS-SIRJACQUES, F.: *Eine Verfassung für Europa- ein Beitrag aus Frankreich*, en Timmermann, cit., pp. 87 y ss. Especialmente p. 91.

¹⁶ KOGOS, K.: *Die Diskussion über eine zukünftige Verfassung der E.E. in Griechenland*, en Timmermann, cit., pp. 215 y ss.

¹⁷ KOGOS, K.: cit., p. 224.

parecer reciprocidad e igualdad de trato, ambas *conditio sine qua non* para la aplicación del citado artículo 28.3. Es notorio que «armonía y equilibrio» son ideas genuinas griegas históricamente transmitidas al resto de Occidente que siguen predominando en el inconcluso debate entre estados de la UE a través del «principio de proporcionalidad entre los valores legitimidad democrática y Justicia social» más allá de intereses económicos. Sin embargo en el debate analizado Inglaterra adopta frente a aquéllas una postura que según J. Parry resulta más pragmática, de acuerdo con su propia tradición; de entrada, porque según el léxico inglés, «Constitución significa únicamente el conjunto de principios básicos que rigen el sistema de gobierno de un Estado, incluyendo los derechos de la ciudadanía»¹⁸; luego, porque la propia constitución inglesa al alejarse notoriamente en fondo y forma de modelos continentales y americanos no parece razonable tanto alboroto en torno a una Constitución Europea que ya de por sí debe ser legítimamente democrática y poseer mecanismos más que suficientes para administrar la Justicia más progresista cara al siglo XXI. La actitud británica es ya clásica; por un lado W. Churchill en 1946 ya había hablado de establecer futuros «Estados Unidos Europeos»; ahora bien, de ahí no pasó, y la CEE se fundó «pese a que Inglaterra le dió la espalda». Hoy, aunque formalmente está en la UE, está por considerarlo en general beneficioso para sus propios intereses¹⁹ si bien la libra esterlina no forma parte del Euro (¡por si acaso!). Sin embargo, el ciudadano inglés debe estar menos informado que el continental sobre el alcance una Constitución europea, ya que sólo concentra su debate en problemas dimanantes del principio de subsidiariedad, principio que regula la redistribución de competencias entre los diferentes niveles de que consta el sistema. Inglaterra –al igual que Francia pero por distintos derroteros– teme el establecimiento de una federación europea que al cuestionar partes de la tradición británica, desbancara el centralismo de Londres. Finalmente considera que el valor legitimidad ya lo ostenta sobradamente con «su» monarquía constitucional. Respecto de la Justicia también se aplica *sui generis* en virtud de la propia constitución inglesa, incluso a través de las instancias europeas de Estrasburgo. Para Italia, en cambio, ha sido necesario aunar esfuerzos de dos expertos, F. Capelli y A. Kauffmann, cuyas visiones integradas pretenden reflejar una realidad siempre tan compleja como la allí existente, donde por un lado se favorece de plano ya desde los Tratados de Roma la integración político-económica junto con la transferencia del poder legislativo a las instituciones europeas, mientras que por otra se desentiende globalmente de cuantos problemas surjan concomitantes a aquéllas, que son justo las que facilitan la pretendida integración, al parecer por temor de la población a dejar el

¹⁸ PARRY, J.: *Die europäische Verfassung- eine Britische Sicht*, en Timmermann, cit., pp. 100 y ss.

¹⁹ PARRY, J.: cit., p. 102.

poder concentrado en manos de los propios políticos y burócratas italianos, prefiriendo confiar en la gestión europea²⁰. A esta actitud ha colaborado básicamente el propio TC italiano, quien indirectamente ha dejado a la opinión pública italiana fuera del debate haciendo que las cuestiones relativas a legitimidad y Justicia a nivel suprarregional ni siquiera preocupen a los italianos al estar convencidos en base a una repetitiva Jurisprudencia constitucional que las soluciones halladas son inmejorables. Tal es así que ni siquiera preocupa el modelo futuro de constitución europea, federal o confederado, o cualquier otro posible. Finalmente, Luxemburgo se nos muestra a través de la experiencia de B. Fayot, Miembro de la Cámara de Diputados del Parlamento de Luxemburgo, como un país tan microrreducido en dimensiones que su única obsesión política cara a la UE consiste en crear mecanismos para «vetar» decisiones políticas que le hicieran desdibujarse –como históricamente ya sucedió– entre sus grandes vecinos Francia y Alemania. Todo programa político luxemburgués incide sobre todo en la cuestión de lograr «mecanismos de seguridad fiables» que aseguren *de facto* la legitimidad democrática y la Justicia en las decisiones que vinculen al país procedentes de los grandes²¹, llegando incluso a obviar o a citar sólo con carácter esporádico el término constitución al referirse a la futura UE. Interiormente no obstante, el país se halla dividido tanto a favor del modelo federal como del confederado, insistiendo ambas corrientes en la «necesidad de conservar el poder de adhesión y abandono de la UE en caso necesario». De ahí que el valor legitimidad les preocupe más que la propia Justicia europea al hablar de «doble legitimidad» como algo inherente a la futura Unión; la de los estados miembros como tales y la de los ciudadanos como destinatarios y sujetos directos de la democracia²².

1.2 Países aspirantes a la UE: Chequia, Eslovenia, Hungría, Malta, P. Bálticos, Polonia, Rumanía

Respecto de la problemática dimanante de países europeos que desean adherirse a la UE sus visiones resultan mucho más tensas y controvertidas en función de los diferentes parámetros que ostentan²³;

²⁰ CAPELLI, F./KAUFFMANN, A.: *Auf der Suche nach einer neuen Verfassungsordnung für die EU*, en Timmermann, cit., p. 189 y ss.

²¹ FAYOT, B.: *Zur Diskussion über eine Verfassung für die EU*, en Timmermann, cit., pp. 150 y ss.

²² FAYOT, B.: cit., pp. 164-165.

²³ Representan corrientes y posturas: Petr DRULÁK, Director del Departamento de Investigación del Instituto de Relaciones Internacionales de Praga (República Checa). Albin IGLICAR, Profesor de la Universidad eslovena de Lubliana. (Yugoslavia). Gabriella IZIK-HEDRI, Fundación Euraction de Budapest (Hungría). Ugo MIFSUD-BONNICI, ex Presidente de Malta. Gunars KUSINS, Profesor de la Universidad de Riga y Julia LAFFRANQUE, Directora del Departamento de Derecho de la UE, M.º de Justicia de Estonia (P. Bálticos). Jerzy SULEK, Diplomático, Historiador, Escuela de Admi-

así, en la República Checa, según P. Drulák, apenas se debate la cuestión constitucional europea, enfrascados en las posibilidades reales de adhesión. El debate se centra en dos grandes corrientes antitéticas formadas la primera por el presidente Havel y la segunda por el líder opositor. Ambas sin embargo evitan cuidadosamente cualquier referencia al tema federación europea, por las connotaciones negativas de la historia checa frente al modelo de federación. Havel, no obstante confía que el valor legitimador de la nueva Europa y sus instituciones de Justicia acaben con el actual sistema jurídico dualista existente en el país, en pro de una aplicación unitaria de los principios jurídicos de la UE en toda la República²⁴. Eslovenia, según A. Iglicar, aparte de estar actualmente ocupada de su adecuación jurídica a las estructuras democráticas europeas, es el único país que insiste una y otra vez en el valor y respeto de las «etnias» que lo componen como resultado histórico cultural, preconizando no sólo el uso de los valores legitimidad democrática y Justicia institucional, sino en el de sus «símbolos y mitos específicos» y su multiculturalismo –*sui generis* en Europa– como distintivos²⁵. Hungría, por contra, restringe el debate constitucional sólo a círculos de juristas y expertos, lejos por tanto de la opinión pública, más preocupada ésta por el fenómeno de la globalización en su vertiente negativa como cantera de posibles atentados contra la legitimidad democrática y la Justicia –*tanto en las relaciones interestatales como a nivel social*– que como factor de integración, ya que la propia experiencia muestra que «no pueden darse Estados democráticos sin libertad de Empresa, pero sí dictaduras con ella²⁶». Otro problema no menos relevante allí es el lingüístico. Estriba en la formulación de «nuevos conceptos» para traducir al húngaro los existentes en la UE, confiando que quizás con la ayuda de nuevos términos de raíz latina puedan subsanarse las dificultades por la intraducibilidad de aquéllos. La experiencia de Malta (como microestado muy similar Luxemburgo) llega de la mano del Embajador Mifsud, incidiendo especialmente en la problemática del terrorismo como factor distorsionador de legitimidad y justicia de los pueblos²⁷. Respecto de los P. Bálticos las perspectivas coordinadas

nistración y Empresa y Decano de la Facultad de Estudios Diplomáticos y Relaciones Exteriores de Varsovia (Polonia). Sever ABRAM, Presidente de la Europa Haus de Bucarest (Rumanía).

²⁴ DRULÁK, P.: *Tschechien Streit um Europa*, en Timmermann, cit., pp. 258 y ss.

²⁵ IGLICAR, A.: *Europäische Verfassung in der Sicht Sloweniens*, en Timmermann, cit., pp. 272 y ss.

²⁶ IZIK-HEDRI, G.: *Gedanken aus Ungarn zur Europäischen Verfassung*, en Timmermann, cit., pp. 243-245.

²⁷ MIFSUD-BONNICI, U.: *Does the EU need a Constitution?*, en Timmermann, cit., pp. 330 y ss. («In a way N. Ireland, the Basques Provinces, Corsica and they thorny questions of National Sovereignty are impeding the progress to a more relaxed flexible consideration of the redistribution of the constituent parts of sovereignty between the Nation Stats and the Union»), cit., p. 330.

de G. Kusins²⁸, y J. Laffranque²⁹ aportan nuevas luces, ya que se hallan inmersos todavía en el proceso de adaptación de su propia normativa jurídica interna a la europea, por hallarse dentro de la llamada segunda velocidad de países europeos a todo nivel y desconfían hoy de toda promesa (tanto de los EE.UU. de América como de la ex URSS de la que tan negativas experiencias padecieron), tanto más cuanto que ni siquiera disponen de altas instancias jurídicas (como p. ej. un TC propio) que se ocupen de la legitimidad de los propios procesos por no hablar de estas carencias en su proyección a los ámbitos de la administración de Justicia constitucional y contractual suprarregional. Los temores a una nueva reabsorción cultural vuelven a manifestarse al evitar el empleo del término «federación» al hablar de futura integración en Europa. Polonia, en visión de J. Sulek, es quizás el único país que se muestra por un lado «ajeno al debate de la Constitución de la UE «mientras que por otro discute tenazmente el de la «Constitución Europea». Actualmente en vías de adhesión, su población se halla dividida haciéndose eco en parte de las críticas del Papa polaco actual (que recrimina el «hecho de no mencionar a Dios en todo el texto constitucional futuro»), y en parte elude esta cuestión reconduciendo los problemas de fondo a la legitimidad democrática de sus instituciones y a los standards mínimos de Justicia que deben configurarla³⁰. Población y partidos, en especial «Solidarnosc» se niegan a ser relegados al grupo europeo de «segunda velocidad», conscientes del futuro rol de Polonia cuando se integre en la UE de pleno derecho, por lo que intentan ahora ampliar el marco de requisitos de aceptación a toda posible adhesión futura. Así, pretenden se reflexione «ahora ya» sobre el «modelo válido para una Europa hasta los Urales», que incluya territorios asiáticos y norteafricanos también como receptores de cultura europea³¹. Finalmente Rumanía, postula S. Avram, es el más realista y desesperanzado de todos los candidatos en su actual situación de heredero de un «doble telón de acero político y económico». Saben que actualmente sólo la UE puede ofrecer medios de todo tipo para paliar los déficits rumanos tanto en materia de legitimidad democrática (a través de su «acquis communautaire») como en materia de Justicia –predominantemente social–, para lo cual se halla dispuesta incluso a suscribir acuerdos *ad hoc* con la UE. Como Estado lamenta no obstante las ingerencias de la Iglesia Ortodoxa pro-rusa en temas genuinamente jurídico-estatales³², tanto como los intentos extremistas por usurpar el poder parlamentario. En Ruma-

²⁸ KUSINS, G.: *The Constitution of Latvia and the EU*, en Timmermann, cit., pp. 320 y ss.

²⁹ LAFFRANQUE, J.: *Estland zwischen zwei Verfassungen*, en Timmermann, cit., pp. 294 y 303-304.

³⁰ SULEK, J.: *Die Verfassung und Polen*, en Timmermann, cit., p. 250 nota 5.

³¹ SULEK, J.: *cit.* p. 256, in fine.

³² AVRAM, S.: *A romanian View*, en Timmermann, cit., pp. 314 y ss.

nía, añade el autor, ni siquiera se plantea el debate de adhesión a la UE y a sus valores debido al mero y sencillo contraste crítico entre lo deseado y las posibilidades reales de obtenerlo, nulas de hecho, que empiezan en una penuria económica global que impide hasta la maduración del proceso democrático, proceso ya concluido en otros países del Este en vía de adhesión. Rumanía representa el mejor ejemplo de disparidad entre teoría y realidad al pensar que la Europa de hoy sólo es accesible a quienes dispongan de recursos mínimos, lujo que no pueden ni podrán pagar en mucho tiempo y que no es sino resultado de errores históricos hoy irreversibles.

1.3 Países neutrales: Austria y Suiza

Austria, si bien hoy en día ostenta desde 1995 la condición de miembro de la UE de pleno derecho presenta características especiales respecto de su estatus constitucional y de la actuación política de algunos de sus altos representantes como Haider calificada xenófoba por la Unión y sancionada en febrero de 2000, hecho que nos induce a partir de su estatus constitucional de «neutralidad solidaria» a la hora de presentar sus corrientes internas cara al debate de la UE, en línea con el internacionalista austríaco W. Hummer a quien también sirve de guía en sus reflexiones³³. Paradójicamente, Austria en 1996 había publicado un «libro blanco sobre política de integración» en vistas a facilitar la ampliación de la Unión hacia el Este y sobre todo a colmar los déficits de legitimación institucional democrática observados en el seno de la misma, presentándose en él como micropaís esencialmente neutral que por ello debería encargarse de la «función mediadora de consolidación de los mecanismos de legitimidad en los países miembros», insistiendo en la lucha contra todo movimiento racista, xenóforo y neonazi. En 1998 replanteó nuevamente dicha postura al asumir el turno de presidencia de la Unión, sin obtener respuesta. Mientras tanto e incluso hasta después de la imposición de las susodichas sanciones, sus empeños giraron en torno al establecimiento de mecanismos concretos y puntuales de control como «novelas» de la Constitución europea (v. gr. el art. 7). Pese a todo, sus mayores esfuerzos no giran tanto en torno a los valores Justicia y legitimidad, ya asumidos a través de su adhesión a la Unión, sino a su nuevo «estatus de no adhesión, junto con Suecia y Finlandia, al sistema defensivo de la Unión». Ahora bien, tras las sanciones sufridas, el grado de euforia a la adhesión europea ha disminuido sensiblemente hasta reducirse a apenas el 50 por 100 de la población. Desde entonces le interesa más la proyección europea en el mundo que sus mecanismos de legitimación y jus-

³³ HUMMER, W.: *Eine Verfassung für die EU-eine Sicht aus Osterreich*, en Timmermann, cit., pp. 107 y ss.

ticia constitucional o social³⁴, exceptuando quizás la propuesta austríaca de elección ciudadana directa del presidente de la Comisión. No obstante, el mayor problema que le acucia como país son las insalvables divergencias entre gobierno y oposición que incide con toda su fuerza en los principios de neutralidad –léase hoy– política de seguridad exterior, junto con los elementos neonazis resurgentes. Frente a Austria, Suiza, como país de contraste, no sólo carece de la condición de miembro de la UE sino que ni siquiera se toma la molestia de debatir la oportunidad de su adhesión, como bien señala E. Schmid, dado que al estar rodeada de Europa y gozar *de hecho* de estatus privilegiado de relaciones, además de poseer raíces multiculturales en su seno y aunar una envidiable poliglosia lingüística, practica la llamada «democracia directa» que la mantiene a salvo de ciertos déficit de legitimidad y justicia constatables en su entorno. Quizás sea el gran temor subliminal a perder su identidad específica tradicional el factor que le impide cualquier tipo de adhesión, aparte del hecho histórico de estar constitucionalmente lastrada con todo un complicado «sistema antirreforma» que como su nombre indica, impide cualquier reforma mínima de adaptación a la vieja Europa. Finalmente, el argumento crematístico también pesa, aunque de forma diferente que en Inglaterra; en todo caso, mientras el nivel de vida ciudadano permanezca en alza permanente no hay que esperar la adhesión de Suiza ni a la UE ni a ninguna otra entidad por legítima, democrática y justa, individual o socialmente, que pueda parecer³⁵.

2. PERSPECTIVAS INSTITUCIONALES DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DE LA COMISIÓN EUROPEA: POSTURAS Y PROBLEMAS

Conviene igualmente reseñar posturas y problemas vistos desde los ángulos de las propias instituciones de la Unión, expuestas por autores como W. Langen, ex ministro y *conocedor in situ* del Parlamento Europeo, y K. Pöhle de la Comisión³⁶. En la visión del primero, con Nizza la UE alcanzó su punto más crítico y sensible produciéndose un ralentizamiento de las posibilidades de ampliación hacia el Este, abrumada por las propias posturas y problemas que ostenta: Así, Francia –pese a emplear tonos antiamericanos– se muestra bifronte; por un lado proclive a sentirse nuevamente potencia mundial a través de su papel en la UE al par que retrocede ante las dificultades

³⁴ HUMMER, W.: cit., p. 141.

³⁵ SCHMID, E.: *Die Schweiz und eine europäische Verfassung*, en Timmermann, cit., pp. 365-370.

³⁶ PÖHLE, K.: *Die Europäische Kommission und die Verfassung*, en Timmermann, cit., pp. 387 y ss.

institucionales inherentes al proceso; Inglaterra se limita a confiar en obtener una mayor zona o área comercial de mercado mediante la ampliación; España –según Langen– sólo se concentra en los fondos estructurales europeos en beneficio propio; los micropaíses europeos siguen obsesionados por evitar depender de los grandes, y Alemania oscilando entre el sueño de lograr unos Estados Unidos de Europa o, al menos, un reforzamiento de la colaboración intergubernamental³⁷. Pese a todo, Europa es sobre todo una unión de valores culturales y debe reflejarlos en su propia axiología constitucional por encima de toda otra presunta opción. De ahí que el propio PE haya estado preparando de 1984 a 1994 un proyecto de Constitución, exigiendo un texto constitucional vinculante que remplace los farragosos documentos existentes faltos de transparencia y eficacia. Los problemas globales actuales sólo se podrán resolver con mecanismos globales de legitimación y Justicia democrática debidamente reseñados en la futura Constitución, cuyo primer paso fue la Carta de derechos de la ciudadanía, carta que tan sólo refleja de momento la axiología común de los Estados miembros, en espera de convertirse en auténtica deontología jurídica oponible incluso frente a terceros. Sin embargo, mientras tanto sólo es jurídicamente vinculante para el Tribunal de Justicia de la Unión, cuyo texto se usa igualmente a nivel exegetico directamente, como fundamento jurídico axiológico tanto en materia de derechos humanos en Estrasburgo como en los TC de los países miembros³⁸. La Carta, por tanto, –concluye– legitimará los derechos democráticos de la ciudadanía al par que proyectará la Justicia constitucional europea. Respecto de la Comisión, sin embargo, los problemas que se le plantean son de naturaleza diferente, toda vez que la soberanía estatal transferida se efectúa sólo a nivel parlamentario nacional y no al gubernamental de los Estados miembros³⁹. Sus problemas y tareas se concentran sobre todo a la hora de mostrar su «eficacia como instrumento político» en diferentes vertientes: tarifaria, contributiva, medioambiental, de ayuda exterior, etc., hechos que no logran desviar en modo alguno la atención de las restantes instituciones respecto del presunto plano de legitimidad que debería estructurar su propia existencia (legitimidad discutida actualmente en su seno e incluso negada y denunciada por el PE como una de las causas de déficit democráticos que lastran a la propia Unión). La Comisión empero actúa sobre todo en un plano de estricta Justicia, –especialmente en su vertiente social– incluso acudiendo a «mecanismos tecnocráticos y burocráticos» para la distribución de ayudas, fondos y subsidios, actitud que repercute cristalizada en el temor manifestado y denunciado por la ciudadanía de provocar una hipertrofia insostenible del sistema de

³⁷ LANGEN, W.: *Das europäische Parlament und die Verfassungsdebatte der EU*, en Timmermann, cit., pp. 373 y ss.

³⁸ LANGEN, W.: cit., p. 379.

³⁹ PÖHLE, K.: cit., p. 404.

administración europeo, auténtico cáncer de la sociedad abierta de insoluble respuesta, por el que llega a peligrar hasta la eficacia de la propia Justicia perdida entre «ingentes montañas de papeleo».

3. PERSPECTIVAS NO EUROPEAS DEL DEBATE: ECOS Y RESONANCIAS EN LOS EE.UU. DE AMÉRICA Y JAPÓN

Finalmente y para completar el marco del debate cabría añadir opiniones privadas procedentes de reputados expertos⁴⁰ como G. Burckhardt (América) y H. Kobayashi (Japón), complemento contrapuntístico del marco referencial del presente estudio. Así y en primer lugar, América pretende aportar sus propias soluciones frente a situaciones históricamente muy similares a las europeas en las que allí se dilucidaba tanto la «correcta legitimidad democrática» respecto de la representación e interrelaciones de sus órganos estatales –tanto entre sí como hacia el exterior–, como la forma más adecuada de administrar Justicia en sus diferentes estados y regiones. En segundo lugar, al analizar la perspectiva japonesa nos será útil comprender qué repercusiones creen podrían derivar de la futura constitución europea. En los EE.UU. se opina de entrada que no hay por qué debatir modelo alguno de constitución para Europa, ya que ante situaciones históricas cambiantes debe responderse siempre usando un modelo constitucional lo suficientemente flexible como para cada adaptación requerida. La fórmula del éxito consiste en «conjugar razones iusfilosóficas con buenas dosis de pragmatismo, logrando así el modelo ideal constitucional adecuado al momento» vista la propia historia del constitucionalismo americano que plantea y resuelve cuestiones de legitimidad y Justicia a tenor de las circunstancias cambiantes de cada época. Se trata de cuestiones relativas a poderes estatales, competencias, fronteras nacionales, derechos humanos, etc., lo que aplicado a Europa significa el apoyo incondicionado americano para ampliar rápidamente la UE a todo país europeo del Este, incluyendo Turquía⁴¹, para favorecer así tanto la estabilidad geoestratégica de cada región (Balcanes, Kosovo, CEI) como el diálogo euro-atlántico de defensa común (OTAN). Análogamente por parte de Japón⁴² según H. Kobayashi, la UE representa no sólo un modelo de integración de diferentes regiones, lenguas y culturas, susceptible de expansión e imitación para el mundo

⁴⁰ Günther Burckhardt, Embajador Delegado de la Comisión Europea en Washington (EEUU) y Hiroaki Kobayashi, Profesor de Derecho Público de la Universidad de Tokio (Japón).

⁴¹ BURCKHARDT, G.: *Die europäische Verfassungsdiskussion aus US Perspektive*, en Timmermann, cit., pp. 358 y ss.

⁴² KOBAYASHI, H.: *Das Problem der europäischen Verfassung- eine japanische Sicht*, en Timmermann, cit., pp. 338 y 348.

asiático, sino incluso el modelo global por antonomasia de reorganización y reconfiguración estructural futura de las propias Naciones Unidas. Ello se debe a que «Europa al aceptar a Turquía como asociada ha abandonado su identidad cultural exclusivamente cristiana admitiendo en su seno a países del mundo islámico». Este hecho posibilitaría una ampliación teórica ilimitada en la que concéntricamente cabrían posteriormente incluso Rusia, Bielorrusia, Ucrania y países islámicos de la CEI, pasando finalmente a formar parte en última etapa de una «Unión euro-afro-asiática» transcontinental basada en los valores de legitimidad democrática por un lado y en una Justicia basada en el respeto de los derechos humanos a nivel mundial, con lo que llegaría a substituir a las Naciones Unidas en cuyo seno hoy tienen cabida tanto dictaduras como democracias».

4. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBATE EN ESPAÑA: PROEMIO

En este apartado intentaremos reflejar de la forma más fidedigna posible el estado actual de la cuestión en torno al debate que desde hace años existe permanentemente en nuestro país respecto de la oportunidad de establecer una Constitución Europea. Para ello consideramos imprescindible atender en primer lugar a las reflexiones que ya de forma pionera han hecho de manera anticipada estudiosos españoles de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional respectivamente, sin soslayar por ello el notable papel que cabe atribuir a la propia opinión pública española a través de los medios de comunicación, limitándonos sin embargo a una reseña meramente ejemplificativa de éstos en función del espacio editorial disponible. Ante todo cabría plantearse todo un cúmulo de cuestiones previas como, por ejemplo, la de si aparecen o no referencias en el actual texto constitucional vigente sobre la posibilidad de formar parte de la Unión Europea como tal, –independientemente del hecho de que hoy *de facto et de iure* así sea– y, sobre todo, la de si el actual proyecto o cualesquiera otros similares de creación de una Constitución Europea son o no compatibles con el texto constitucional vigente o incluso con la rica tradición constitucional española. Estas cuestiones y otras similares son las que antes ya se han planteado en cada uno de los países analizados por lo que incidiremos en ellas al hilo de nuestras reflexiones. Para alcanzar esta meta de forma medianamente coherente dado el carácter intrínsecamente contradictorio de la mayoría de los posicionamientos políticos y de los subsiguientes proyectos de documentos jurídicos que a a ellos se concatenan lógica e irremediabilmente intentaremos bosquejar toda una paleta de autores y posturas suficientemente explicitativas al respecto dada la imponente masa bibliográfica de todo tipo (libros, artículos de revistas especializadas, documen-

tos jurídicos de la Unión y prensa) existente al respecto que más que facilitar información al investigador parece querer enterrarle durante años entre archivos, al ser de hecho inabarcable tanto el aspecto histórico de archivo como en el de producción cotidiana en permanente incremento. Pese a todo quisiéramos que resulte clara al menos la amplia paleta –sincrética más que sintética– de opiniones dimanantes de la intelectualidad española, que refleja igualmente las tensiones de fondo existentes en nuestra sociedad, sobre todo cuando el sencillo ciudadano de a pie se ve confrontado con ciertos aspectos dimanantes de la normativa comunitaria en vigor, a la que frecuentemente se califica de «laberinto moderno donde resultan indistinguibles legisladores, leguleyos y rábulas fundidos indistintamente en la figura del moderno jurista europeo». Quizás resulte excesiva esta formulación, pero el grado de complejidad actual del derecho europeo representa incluso un escollo difícilmente salvable incluso hasta para el profesional del Derecho, impelido a buscar *nolens volens* el consejo de especialistas en un sector de dicho derecho, conscientes de que incluso al experto le resulta hartamente difícil conseguir una visión íntegra de cada problema a tratar debido a la múltiple y compleja trama del derecho comunitario con niveles inter y multidisciplinar, a pesar de las cuantiosas críticas surgidas durante los años de singladura de la otrora CEE, hoy UE, y de las subsiguientes múltiples reformas parciales que se vienen regularmente efectuando. Por otra parte, y por si el citado laberinto jurídico-institucional europeo no supusiese ya de por sí suficiente complicación, tampoco podemos pretender resolver los problemas teórico-doctrinales de Europa acudiendo sólo a textos de filosofía jurídica y/o constitucional, toda vez que tras cotejar sus fuentes el resultado es que tampoco en este ámbito reina el consenso teórico-doctrinal ni siquiera en torno a la cuestión básica de cuál es o debiera ser la naturaleza de la propia Constitución Europea a debate, ya que si bien para unos se parte de la base de que ya existe de hecho una Constitución auténtica y genuina en Europa, por lo que consecuentemente ni se plantean la posibilidad de establecer algo que ya existe (*sic!*), para otros en cambio ni siquiera se puede hablar de una Constitución Europea *stricto sensu*, ya que lo único que existe al respecto es un amplio repertorio de documentos de distinto valor y significado jurídico –incluyendo la dimensión internacional/supranacional de algunos de tales documentos–; en suma, una polémica servida incluso *a limine litis*. Como ejemplo de debate iusfilosófico –anticipado editorialmente– de toda esta problemática –aún no resuelta– que recoge aportaciones del lustro anterior destacan dos obras colectivas significativas, una de 1996 a cargo de A. E. Pérez-Luño⁴³, dirigida fundamentalmente a la docencia universitaria, que auna no sólo posturas de

⁴³ PEREZ-LUÑO, A. E. (coord.): *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

insignes iusfilósofos y constitucionalistas españoles, sino igualmente de insignes autores alemanes contemporáneos, (como P. Häberle y E. Denninger, representativos en esta materia, cuyas aportaciones tuve el privilegio de traducir directamente), publicación seguida apenas dos años más tarde por otra obra de estructura similar y planteamientos afines en ciertos aspectos dimanantes de la actual concepción europea como los relativos a minorías, a cargo esta vez de J. de Lucas⁴⁴, concebida ésta en cambio específicamente en vistas a la formación permanente de jueces y magistrados, así como de letrados, juristas, asesores, etc., integrantes todos ellos de la Administración de Justicia como sector visible, para la ciudadanía, del Poder Judicial español. Finalmente, mediante ecos de la opinión pública española obtenidos a través de una panoplia de artículos de prensa muy significativa respecto de las corrientes y posturas al efecto, intentamos subrayar la relevancia de la problemática ínsita a la Justicia y legitimidad de la UE y a sus respectivas instituciones, especialmente en su dimensión internacional, *rectius* suprarregional, algo que a juzgar por el volumen diario de los acontecimientos que conlleva ocupa uno de los primeros lugares tanto en el seno de la Universidad española en general como de las instituciones públicas, especialmente por cuanto a su intrínseca naturaleza jurídica se refiere, fenómeno que va continuamente *in crescendo* y que en último lugar se dejaría reconducir en todo caso a la realidad jurídico-constitucional europea contemporánea y futura, una realidad no sólo dispersa a través de sus diferentes ámbitos económico, político, educacional etc., sino igualmente en los de inmigración y relaciones internacionales. Ahora bien, aquí la dinámica actual ha dejado entrever cierto cambio de actitud, toda vez que desde hace algún tiempo no ya sólo los españoles toman la palabra, sino también los amplios colectivos de extranjeros comunitarios dotados de estatus de residentes, así como los de inmigrantes de terceros países —colectivo en aumento constante que será imparable en un futuro a medio plazo—, conscientes no sólo de que les necesitamos a nivel puramente laboral, sino incluso poblacional en vistas a la pirámide de envejecimiento alarmante de la propia población española⁴⁵. Ésta es por tanto la razón que nos ha inducido a incluir la importancia de la opinión pública en el seno del debate en torno a la necesidad de una Constitución Europea, junto a su planificación estructural interna, elementos que aparecen de forma meridiana sobre todo a partir del año 1997, a la luz de dos conocidos diarios de tendencias contrapuestas *El País* y *ABC*. De este modo, no sólo destacamos los problemas globales que nos

⁴⁴ DE LUCAS MARTÍN, J. (dir.): «Derechos de las minorías en una sociedad multicultural». *Cuadernos del Derecho Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid. (1998).

⁴⁵ MIKUNDA FRANCO, E.: «Derechos humanos y emigración árabe en la Europa Comunitaria», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Serie Monografías jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 281-304.

asedian como país miembro de la UE, sino los internos que configuran el mapa constitucional autonómico español haciéndolo tanto respecto de los puntos de vista compartidos y/o comunes, como de sus inevitables discrepancias y enfrentamientos. Sucintamente podríamos resumir la problemática autonómica en torno a la tríada: *a)* problemas frente al Estado; *b)* frente a las restantes Autonomías; y *c)* frente a la propia UE. Como podremos comprobar, el debate en torno a la Constitución de la UE, no resulta ser en España sino un debate en torno a los valores «legitimidad y la Justicia a nivel internacional (aquí supranacional o regional preferentemente) de la propia Unión», debate multipolar y multilateral que no sólo permanece abierto hoy en día entre nosotros, sino que probablemente seguirá así en los próximos años.

4.1 Posiciones actuales del debate: sucinto resumen de antecedentes y posturas

Tras la muerte del último dictador en 1975 se abrió el debate en torno al establecimiento de una Constitución democrática para España, que a la vez sirviera para abrir las puertas de Europa, terminando con el ostracismo a que nos tuvo confinado en citado régimen durante cuatro décadas. Europa se presentaba a nuestros ojos durante la época de transición de 1976 a 1978 —especialmente a los que la contemplábamos desde fuera de España⁴⁶— como un ejemplo encomiable a seguir, actitud reflejada en la época en boca de políticos, constitucionalistas, filósofos del Derecho, politólogos, sociólogos e, incluso diplomáticos y sindicalistas de cuño democrático, reivindicando de consuno la «europeidad española» frente al «España es diferente» del régimen anterior o al «que se españolicen ellos» de filósofos como Unamuno. Los antecedentes históricos resultan harto conocidos: dimanaban de la Segunda Guerra Mundial y de las posturas respectivamente adoptadas como consecuencia de la propia situación real española. Así, una vez concluida la guerra civil de 1936-1939, se produjo a renglón seguido la Segunda Gran Guerra de 1939 hasta 1945, guerra en la que España, totalmente agotada por interminables luchas fratricidas por un lado, se vio además aislada del concierto europeo posbélico por otro debido a las simpatías oficiales entre el dictador español y Hitler. La única salida que a nivel personal le quedaba a la maltrecha población superviviente fue la emigración masiva hacia Europa (Francia, Bélgica, Suecia, Dinamarca y Alemania Federal sobre todo) entre 1960 y 1970. Sin embargo, como una especie de efecto búmerang, los emigrantes españoles se vieron a su vez confrontados con la

⁴⁶ El autor del presente trabajo vivió en Francia y Alemania desde 1972 a 1984, países en los que se dedicó primero al estudio universitario en Burdeos, Múnich y Francfort entrando posteriormente en el servicio consular español durante una década hasta su retorno definitivo e incorporación a la Universidad en Madrid y Sevilla.

florecente situación europea –económica y política simultáneamente–, sirviendo indirectamente como heraldos y reporteros de dicha situación a sus regresos veraniegos a España, contribuyendo así indirectamente a quebrar el manto de silencio y la cerrazón de España a influencias exteriores pretendida por el régimen. De este modo, la entonces llamada Comunidad Económica Europea se convirtió paulatinamente en símbolo de progreso y creciente bienestar. De ahí que la actual Constitución española de 1978 se redactara bajo la égida de principios europeos de la socialdemocracia, reputados los más prestigiosos. Esta es la razón por la que se adoptaran como elementos del nuevo constitucionalismo democrático español no sólo los históricamente ya reputados propios de toda democracia de cuño español según la historia constitucional española del siglo XIX, sino añadiendo nuevos elementos de las constituciones europeas contemporáneas más progresistas del viejo continente, como la RFA, Italia y Francia. Nuevamente ahora, para no volver a herir susceptibilidades de siglos pasados como, por ejemplo, la del históricamente inconcluso debate entre federalismo y centralismo que tantos siglos de luchas intestinas produjo en nuestro país, se creyó oportuno acuñar un nuevo término para designar territorios dotados de elementos histórico-culturales comunes de todo tipo, denominados desde ahora «Comunidades Autónomas» o Autonomías, concepto ecléctico más cercano al federalismo propiamente dicho pero que sin embargo ostenta residualmente ciertos rasgos de un centralismo todavía vigente y sin muchos deseos de quedar periclitado. Una de las formas de alejarse de dicha eterna polémica de carácter interno en torno a la vertebración o estructuración de la Constitución española a la que desde un primer momento se sumaron controversias seculares propias de partidos políticos de perspectivas encontradas fue la de añadir ciertas dosis de un sano pragmatismo político aderezado con sentido común, como fue la de trasladar el susodicho debate en torno a la estructuración de la Constitución española a un nuevo ámbito más polémico todavía, como el surgido en torno a la Constitución Europea y los valores que la integran, preferentemente en sus vertientes de legitimidad democrática y justicia social, incluyendo el nivel de lo suprarregional⁴⁷. No obstante, hay que añadir que dicho debate fue sobre todo posible debido al contínuo y permanente esfuerzo por parte de los medios de comunicación –prensa sobre todo– por poner de manifiesto cuantas vinculaciones se iban produciendo en los acontecimientos cotidianos de cierta relevancia que paralelamente iban surgiendo entre la política española y la europea. Consecuentemente, al sencillo ciudadano de a pie le resultó pronto familiar la idea de que ninguna decisión que influyera en su

⁴⁷ CARRERAS SERRA, F. DE: «Por una Constitución Europea», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Serie Monografías jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 225-255.

vida diaria podría ser disociada en modo alguno del marco político europeo, convertido en clave imperiosa de referencia, tanto más cuanto que el mero hecho de la caída del muro berlinés en 1989 ya había completado la imagen de la reunificación alemana que durante tanto tiempo se había sentido como una necesidad ineludible e incontrovertible, sobre todo para quienes, como el autor de estas líneas, habíamos completado más de una década de vida en aquel país. A partir de ese momento puede ya afirmarse que la importancia de Europa y de la pertenencia española a la Unión se perfila en los susodichos medios como una cuestión tan imprescindible como por ejemplo el liderazgo político americano tras la caída del muro, o los informes diarios de la bolsa.

4.2 La cuestión de los derechos humanos y fundamentales

Sin embargo y pese a todo ello sigue pendiente una cuestión de relevancia fundamental que sigue levantando ampollas entre la intelectualidad española y provocando cierta desazón: la de los derechos humanos y fundamentales. En ella se abarca desde cualesquiera cuestión relativa a la llamada protección de datos personales⁴⁸ hasta el reconocimiento del derecho constitucional a hacer huelga, pasando por el derecho de protección de las minorías⁴⁹, o la protección frente al despido improcedente, o los derechos sociales de prestación, etc., toda una panoplia temática especialmente profusa que indica que el debate ni siquiera se halla en el estadio que podríamos decir «maduro», toda vez que las tensiones de fondo que enfrentan ineludiblemente las diferentes y encontradas posturas de políticos, trabajadores, sindicatos y propietarios han terminado por transformar dicho debate en una especie de tarea de Sísifo o de tornillo sin fin⁵⁰. En todo caso resulta evidente que la amplísima y múltiple cuestión de los derechos humanos y fundamentales en el seno de la Unión Europea va a quedar «anclada» de no remediarse la situación creada, inmovilizando la propia realización de tales derechos convirtiéndose por ende en *conditio sine qua non* de la existencia de un propio texto constitucional europeo como tal. [A modo de parangón

⁴⁸ SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: «La protección del Derecho a la libertad informática en la Unión Europea» (Tes. Doct.), Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1998.

⁴⁹ MIKUNDA FRANCO, E.: «Derechos humanos y emigración árabe en la Europa Comunitaria», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Serie Monografías jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 281-304.

⁵⁰ LANDA ZAPIRAIN, J. P.: «La Construcción dogmática de un Derecho social europeo. En especial con referencia a los perfiles conceptuales de la libre circulación de personas», en *Noticias de la UE*, CISS, Valencia, mayo 2000, pp. 79-68, y FERNÁNDEZ ALLES, J. J.: «Reflexiones sobre la T.^a Constitucional de la integración europea», en *Noticias de la UE*, CISS, Valencia, núm. 169, febrero 1999, pp. 9-19.

recordemos sólo a vuelapluma que la llamada Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948/1949 tampoco fue dotada de «valor jurídico vinculante» como tal, sino todo lo más «de valor moral» como proyección de las convicciones de gran parte de los países suscribientes debido sobre todo a dos causas hoy perfectamente distinguibles; *a)* la existencia entonces de dos bloques militares formados por países aparentemente irreconciliables y, *b)* las objeciones presentadas por algunos jóvenes países de cultura islámica (como, p. ej., Arabia Saudí)⁵¹, objeciones que entonces no se tomaron en consideración pero que hoy –sobre todo tras los acontecimientos de N. York de septiembre 2001– serían imposibles de obviar]⁵². En nuestros días no parece quedar lugar para tipo alguno de totalitarismo, sea del signo que fuere, como los recientes esfuerzos legitimadores de democratización y justicia mantenidos por los otrora llamados países de la Europa del Este (como Chequia⁵³, Hungría, Eslovaquia y Polonia, p. ej.⁵⁴), claramente manifiestan. Es más, precisamente ahora es cuando Europa debe aportar mediante su Constitución los más sólidos argumentos que garanticen la salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales mediante un sistema de garantías efectivas de protección para salir al paso de cualesquiera tipo de radicalismos y fanatismos, independientemente del signo que éstos adopten. De este modo se podrá asimismo acabar de una vez para siempre con la incómoda cuestión iusfilosófica –lamentablemente todavía no dilucidada de forma definitiva por lo que siempre termina por reaparecer de nuevo– de si en caso de colisiones normativas se debe otorgar la prelación jurídica a los derechos humanos o a los estatales. Los todavía recientes y bochornosos acontecimientos políticos acaecidos en el corazón de la mismísima Europa, Austria, tras las elecciones del Canciller Heider son la advertencia más seria de que mientras no se termine de conceder la indiscutible prelación a los derechos humanos sobre los político-

⁵¹ MIKUNDA FRANCO, E.: *Derechos humanos y Mundo islámico*, Secret. de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

⁵² MIKUNDA FRANCO, E.: «La cultura islámica y los Derechos humanos», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pp. 181-212. (Vid.: Menschenrechtsverständnis in den islamischen Staaten. Allgemeine Betrachtungen im Lichte vergleichender Rechtsphilosophie, *J.Ö.R.* Bd. 44, 1996, pp. 205-236); íd., en gallego : «As concepcións islámicas dos Dereitos humanos», en *Nove Estudos sobre Dereitos Humanos, no 50 Aniversario da Declaracion Universal 1948-1998*, Fund. Alfredo Brañas, S. de Compostela, Col. Dereito, núm. 11, 1998, pp. 157-191; íd. «Der Verfassungsstaat in der islamischen Welt», en *Morlok M., Die Welt des Verfassungsstaates*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

⁵³ MIKUNDA FRANCO, E.: «Los Derechos humanos en la ex Checoslovaquia», en *IV Serie*, LXXVI Fasc. 1, 1999, pp. 123-160.

⁵⁴ HABERLE, P.: *Europäische Rechtskultur*, Edit. Suhrkamp-Taschenbuch, 1997, pp. 149 y ss. Completar con: HABERLE, P.: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, D. Humblot. Berlin. 2.^a ed., 1998, pp. 985 y ss.

estatales a nivel de la propia Constitución Europea siempre permanecerá abierta la incógnita de la posibilidad de recaída en la barbarie más sangrienta e inhumana (denominada por el gran filósofo alemán del Derecho G. Radbruch⁵⁵ «injusticia legal»), es decir la incursión no sólo en la injusticia realizada en la forma más sistemática sino también en la ilegitimidad a todo nivel, incluido el internacional, combatidas ambas a veces sólo con lamentos *ex post facto*. Similar situación podría predicarse igualmente en la Francia de Le Pen como en cualquier otro lugar ultrarradicalizado del continente, puesto que la realidad únicamente puede observarse –como certeramente apostillara nuestro gran Ortega y Gasset– desde el punto de vista del propio espectador⁵⁶ y esta realidad también incluye evidentemente la realidad constitucional, la de la Unión Europea, que no es otra que la Justicia a todo nivel en sus instituciones y la legitimidad de procedimientos jurídico-democráticos.

4.3 Obstáculos surgidos a lo largo del debate constitucional tras la Conferencia de Niza

Las tendencias en nuestro país en este sentido son, como ininterrumpidamente y de forma manifiesta también recientemente se ha confirmado a pesar de los obstáculos que tampoco han faltado⁵⁷, favorecedoras a la creación de un texto consensuado constitucional europeo⁵⁸ como hasta ahora hemos podido constatar. El espectro seleccionado de fuentes y de opiniones analizadas abarca la mayor parte de los ámbitos científicos universitarios y académicos españoles, incluida la opinión pública que, partiendo de los propios representantes parlamentarios, atraviesa el ámbito de las administraciones locales y termina en el propio del TC. Precisamente esta altísima institución garante de la propia Justicia constitucional y de la legitimidad de los procedimientos estatales democrático plurales se halla autoimplicada en el debate en torno a la Constitución de la Unión Europea y a sus valores más incontrovertibles⁵⁹ desde hace ya más de un lustro, no en forma de divertimento político sino incidiendo precisamente en los temas de

⁵⁵ MIKUNDA FRANCO, E., *G. Oestreich y G. Radbruch: Dos filosofías del Derecho en paralelo*. (En prensa/2002).

⁵⁶ ORTEGA Y GASSET, J.: «Verdad y Perspectivas», en *El Espectador*, I, Espasa Calpe, Madrid, 1966, pp. 23.

⁵⁷ Ruiz Robledo, A.: «Una nota sobre el ‘iter legis’ en el Proyecto de Constitución de la UE», en *Noticias de la UE*, CISS, Valencia, núm. 120, enero 1995, pp. 61-68.

⁵⁸ PIQUÉ, J., SOLANA, J., AREILZA, J. M.^a de: «Después de Niza», en *Política Exterior*, vol XV, enero/febrero, 2001, pp. 84-119.

⁵⁹ HABERLE, P.: *Pluralismo y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000, traduc./introduc. de E. Mikunda Franco.

máxima relevancia del contenido constitucional, a saber, los derechos humanos y fundamentales y su estatus específico en el seno de la Unión⁶⁰.

4.3.1 *Obstáculos externos: política de extranjería y cuestiones de inmigración*

Es un hecho que desde el punto de vista geográfico España se halla junto con Portugal en uno de los lugares geoestratégicos más complejos y políticamente sensibles frente a terceros países no europeos, es decir, señalando los bordes exteriores, las fronteras *stricto sensu* de la Unión, presentando una vertiente frente al continente africano por un lado y, por otro, en su calidad de nación históricamente surgida a todos los efectos a partir de 1492 (año no sólo del descubrimiento de América, sino igualmente de la toma del último reino nazarí de Granada), otra al continente americano, puente insoslayable entre Iberoamérica, África y Europa. Este tipo de «puente o conexión múltiple» muestra su faceta más problemática y controvertida justamente en cuestiones relativas a emigración, una emigración permanente a la que las últimas reformas en materia de legislación de extranjería, de febrero 2000, han conducido a niveles «insoportables», según la denuncia de fuentes dimanantes de las ONG encargadas de la representación y atención al inmigrante⁶¹. Como podremos ver, los obstáculos que surgen contra la existencia de una Constitución Europea por parte de España ostentan múltiples causas, ya que al hablar de emigración no se piensa únicamente en contingentes perfectamente regulados por la legalidad vigente, sino en todos aquéllos que proceden de la ilegalidad producida por el cruce irregular de fronteras, actualmente de forma masiva frente al goteo incesante de años anteriores, un fenómeno que no se limita al sur de España o Portugal, sino que también se produce en Italia y Grecia, por ejemplo, aparte de los

⁶⁰ LAMERS, K., OREJA M., y BENEYTO, J. M.: «Hacia una Constitución Europea», en *Política Exterior*, vol XIV, noviembre/diciembre, 2000, núm. 78, pp. 69 y ss. Vid. también BENEYTO J. M., y ORTEGA, M.: «El futuro de la UE», en *Política Exterior*, vol XIV, septiembre/octubre, 2000, núm. 77, pp. 85 y ss.

⁶¹ Estudio sobre problemas derivados del cruce marítimo de la frontera exterior del Sur de España y Portugal. Edit. Centro de Documentación Europea de Sevilla (2000) (Espec.: Capítulo III «Cruce de frontera exterior de la UE. El caso de España»), pp. 253-266/Cfr. la situación en Francia: *El País* «El blindaje de fronteras no resuelve el problema migratorio. Sami NAIR: Asesor del gobierno francés en cuestiones de emigración), 8/Internacional, 14 de marzo de 1998/Ref. a cuestiones de asilo: *ABC, Internacional*, «Cumbre de Tampere: Ejemplos prácticos de los nuevos planes para asilo e inmigración. Cómo actuará un refugiado en el espacio común de seguridad y libertad en Europa», 17 de octubre de 1999, p. 32/*ABC, Nacional*, «El proyecto de Nuevo Tratado de la UE recoge la propuesta española sobre asilo», 3 de junio de 1997, p. 28 /*El País* 6/*Internacional*, «España admite que cualquier socio de la UE asile a un nacional comunitario», 3 de junio de 1997.

casos que se registran al norte de las latitudes europeas, como entre Francia e Inglaterra o Suecia⁶². Es ya notorio el hecho de que las cuestiones relativas a movilidad y desplazamientos de los trabajadores de la Unión, al igual que la de todos los extranjeros regularmente admitidos, se regula no sólo mediante el Tratado de Amsterdam, sino, especialmente, mediante el llamado acuerdo intergubernamental de Schengen de 14 de junio de 1985 (en vigor aquí desde el 26 de marzo de 1995). No obstante, en éstos se han obviado tratar sistemáticamente las cuestiones relativas al trato humano, incidiendo preferentemente sobre el trato legal de las personas, de modo que el paso ilegal de fronteras aparece regulado, por ejemplo, junto con delitos más graves como el tráfico de drogas, la pornografía infantil, el establecimiento de redes criminales y mafiosas, y similares. Schengen consiguió suprimir las fronteras internas e interiores de los países de la Unión desplazándolas hacia el exterior, lo que en el argot diplomático se denomina la «periferia» de la Unión, con lo que España cayó de lleno (como Alemania y Austria respecto de la emigración procedente del este europeo) en el foco de la polémica transfronteriza⁶³. Todo ello tanto más cuanto que la actual legislación de extranjería⁶⁴, vigente desde el 23 de enero 2001 y actualmente modificada, no parece sino restringir todavía más los ya escasos derechos de los extranjeros⁶⁵, cuando no llega incluso a impedir su efectividad⁶⁶, como es el caso de los derechos de manifestación pública y de asociación⁶⁷, lo que ha llevado en la práctica a un incremento de las expulsiones⁶⁸, de tal modo

⁶² PÉREZ DÍAZ, V.: «La ciudad europea», en *Política Exterior*, vol. XIII, enero/febrero (1999), Nr. 67, pp. 99 y ss.

⁶³ *El País*: «Dignidad, libertad, igualdad, solidaridad», 4/Internacional, 13 de septiembre de 2000. Id.: *El País* «Trata de hombres: Un negocio seguro y rentable», 3/Internacional, 20 de junio de 2000/Id.: *El País*: «Cumbre hispano-italiana en Nápoles: España e Italia reclaman a la UE una política común para luchar contra la inmigración ilegal», 19/España, 11 de junio de 2000. Id. en *Eurocampus* «La reforma olvidada», 8/Europa, abril de 2000. ZULETZT: *El País*: «El debate sobre la inmigración: ¿Perjudica la inmigración a los trabajadores autóctonos?», 76/Economía, 24 de abril de 2000.

⁶⁴ Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 23 de diciembre de 2000).

⁶⁵ Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, por el que se establecen los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁶⁶ Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, establece procedimiento para regularización de extranjeros prevista en disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000.

⁶⁷ Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

⁶⁸ Vid. premonitorio: *El País*, «Said y el horror liberal», 16/Opinión, 9 de octubre de 2000.

que incluso voces de la iglesia católica han llegado a calificar la Ley de inhumana⁶⁹. He aquí la otra cara de la moneda de la polémica en torno a la justicia y legitimidad de la vieja Comunidad Económica Europea de Monnet y Schumann, que no termina de cuajar en la Unión a nivel de los derechos humanos de enormes contingentes de personas emigradas⁷⁰.

4.3.2 *Obstáculos internos: inseguridad en materias de salud, medioambiente y terrorismo*

Sin embargo, a la hora de crear un Banco Europeo Central –el Eurobanco– no se han puesto tantos obstáculos. Hoy en día, mediante el Euro como moneda única, tan sólo se ha conseguido incidir en el aspecto económico financiero comunitario. No obstante, todavía se espera una respuesta de futura integración por parte de Inglaterra y Dinamarca. La inseguridad esta vez aparece como un elemento más difuso a través de diferentes ámbitos como los de la salud pública, protección del medioambiente y de la presencia e incluso incremento del porcentaje de los llamados ultranacionalismos más radicales y violentos y su epifenómeno: el terrorismo. Mientras tanto, el foco de interés de los esfuerzos españoles se centra por parte de las instituciones de la propia Unión en elementos ya consolidados que siguen ostentando, frente al paso de los años y a las reformas emprendidas al efecto, lo que se denomina ya «déficit democráticos». Al frente de todos ellos surge el que manifiesta la carencia de poderes dimanantes de la auténtica representatividad por parte de los Eurodiputados respecto de los ciudadanos de la Unión –léase *a contrario* «déficit de legitimidad» por parte de las instituciones europeas que se arrogan la representación de los ciudadanos sin tener mandato expreso al efecto–, lo que genera un déficit simultáneo de justicia a nivel suprarregional e impide el necesario paso de la Europa de los mercaderes a la de los ciudadanos de pleno derecho⁷¹. Lamentablemente no parece sino que cada vez que se intenta paliar este o cualquier otro déficit surgen cuestiones de gravedad en el ámbito de la salud pública europea que terminan por desviar la atención de la opinión pública sobre los déficit denunciados, como es el caso del llamado síndrome de las

⁶⁹ *Vid.*, v. gr., la revista CJ Mirar a Africa. Redescubrir Europa. Cuad. Cristianisme i Justícia. Nr. 108, octubre 2001. Barcelona (textos edit. en castellano, catalán e inglés).

⁷⁰ ABC, Nuevo trabajo, Iniciación al Empleo «Ciudadanos de primera. La campaña Ciudadanos de Europa lanzada por la Comisión Europea ofrece toda la información necesaria para trabajar, estudiar, investigar o formarse en cualquier país de la UE», 19 de enero de 1997, p. 6, und ebd., Iniciación al Empleo, Nuevo trabajo/7, «Una brújula para Europa», 19 de enero de 1997, p. 7.

⁷¹ *El País*: «De la Europa de mercado a la de los ciudadanos», 16/Opinión, 9 de octubre de 2000.

vacas locas, de Krefell-Jakob, y que sin embargo no tiene políticamente hablando otras raíces que la falta de confianza en los políticos de la Unión, como las encuestas señalan⁷². Estos desagradables y lamentables acontecimientos enfrían el júbilo otrora mostrado en España por la idea de Europa al terminar por convertirse en uno de los principales factores de inseguridad a que tiene que hacer frente la ciudadanía de la Unión en general y los ciudadanos concretos en particular, cada vez más reticentes a aceptar de plano cualquier cosa que venga de Europa. Todo ello aparte de la inseguridad, rayana en el temor que abiertamente se siente en materia de medioambiente, tanto más cuanto que ésta no sólo procede del ámbito civil, sino incluso del militar, como es el caso de las alarmas sociales producidas por las presuntas contaminaciones radioactivas con uranio empobrecido —o más graves de plutonio enriquecido—, producto todas ellas de diferentes conflictos militares ventilados en zonas europeas llamadas territorios en crisis y que de alguna manera han sido difundidas sea a través de los medios de comunicación, sea a través de decesos de soldados y voluntarios de ONG que regresan de los frentes, situación que la población no termina de asumir. Lo más grave que de todo ello resulta es el deterioro de la idea del establecimiento de una «Constitución europea común», tanto mayor cuanto menos informados se manifiesten los propios mandos militares españoles, protestando por no haber recibido suficiente información por parte de las autoridades militares de EE.UU. La situación en cambio se vuelve a favor de la manera más radical cuando de lo que se trata es del envío de tropa para acciones humanitarias de ayuda tras terremotos, inundaciones etc., como así sucedió en Bosnia y Kosovo. Sin embargo, la cuestión relativa a la defensa común de Europa se sigue contemplando como una necesidad sometida a ciertas reservas, en la medida en la que el servicio militar obligatorio ha sido ya sustituido por un servicio profesional de pequeñas tropas de especialistas, logrado mediante el consenso de todos los partidos políticos democráticos. Finalmente y como último gran obstáculo contra el establecimiento de una constitución europea, hay que mencionar la existencia de ciertas facciones y partidos de tendencias radicales ultranacionalistas que incluso llegan a sembrar con sus acciones el terror más indiscriminado entre la población mediante una cadena ininterrumpida de atentados y asesinatos. A pesar que tales partidos no consiguen lograr cotas de representatividad mínimamente plausibles, están dotados de una fuerza efectiva de destrucción infinitamente mayor que su fuerza política, lo que les convierte en elemento clave de inseguridad y obstáculo principal de integración en el seno de una constitución democrática basada en los valores clave de justicia y legitimidad democráticas, al menos mientras dispongan de capacidad destructiva. Como

⁷² *El País* (digital): «El barómetro Europeo», Nr. 1718, 15 de enero de 2001.

resultado de esta tensión de fuerzas encontradas, el país se halla en ciertas regiones del norte a caballo entre quienes desean la integración en Europa (fuerza centrípeta) y quienes desean la secesión y el alejamiento de ésta (fuerza centrífuga), situación que debilita el grado de coherencia y la confianza ciudadana en la propia Unión y en los valores de justicia y legitimidad que la deben presidir y seguir presidiendo para formar entre todos el futuro democrático y constitucional pleno de Europa⁷³.

4.4 Apuestas de futuro: Los modelos alemán y francés. Pros y contras

Frente a esta situación, hallamos que los anuncios de ampliación de la Unión tendentes a incluir en su seno países otrora considerados pertenecientes al Este de Europa en modo alguno se interpreta como obstáculo; más bien al contrario, como símbolo del reforzamiento de las estructuras democráticas en aquellos países, –valgan, por ejemplo, los casos de Chequia, Hungría y Polonia–⁷⁴. En cualquier caso creemos que la falta de confianza que transparenta la opinión pública española frente a las instituciones comunitarias sería fácilmente atajable si se perfilara con absoluta nitidez el ámbito constitucional de los llamados «derechos fundamentales de los europeos» contenidos en el apartado VIII del proyecto constitucional, suprimiendo el tono puramente programático y iusfilosófico que ostentan, para ser finalmente dotados de todas las garantías propias de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos⁷⁵. Sin embargo, actualmente la realidad no deja resquicio alguno para la duda –ni siquiera para la fantasía o para ciertas gotas de utopía que siempre se escurren entre los dedos del legislador–, presentándose con toda la pomposidad típica de cualesquiera proyectos similares –*de naturaleza más política que jurídica*– carentes, por tanto, de toda trascendencia –léase relevancia jurídica–⁷⁶, hecho que sume en tinieblas cualquier pretendido esfuerzo de progreso, dejando semiinde-

⁷³ PIQUÉ, J.; SOLANA, J., y AREILZA, J. M.^a: de «Después de Niza», en *Política Exterior*, vol. XV, enero/febrero (2001), pp. 84-119. Respecto del peligro de descomposición del Ultrastatalismo y del Ultrationalismo, *vid.* p.119 /Id.: *El País* (digital), «Crisis de euroconfianza». Nr. 1718, 15 de enero de 2001.

⁷⁴ *El País* (digital): «El barómetro Europeo», Nr. 1718, 15 de enero de 2001. El 65 por 100 de los encuestados se muestra a favor y sólo el 17 por 100 en contra de la ampliación de la UE hacia el Este de Europa.

⁷⁵ *Gaceta del Viernes*: «La Carta de Derechos europea a examen», *Internacional*, 13 de octubre de 2000/ Antes: *El País*, «Bruselas lanza la Carta de Derechos Fundamentales de los Europeos», 4/*Internacional*, 13 de septiembre de 2000.

⁷⁶ *El País*: «El Tratado de Niza no incluirá la Carta de Derechos de la UE», 4/*Internacional*, 30 de noviembre de 2000.

fensa a la propia ciudadanía o, cuando menos, sumida en la más densa incertidumbre⁷⁷. No obstante, hay que subrayar que la trascendencia jurídica de las cuestiones dimanantes de este extremo han sido tan importantes para la propia opinión pública que ha tenido que ser el mismísimo Presidente del Tribunal Constitucional el que haciendo legítimo uso de la palabra el 9 de septiembre de 2000 defendió públicamente la justicia ínsita al propio concepto de derechos humanos y fundamentales subyacente a la propia Carta Magna europea. Como muy bien se ha hecho notar, la ciudadanía, a través de la opinión pública, ha intentado a lo largo de numerosísimas posturas y debates parciales manifestarse grosso modo en cuanto al documento en cuestión, poniendo en una difícil y delicada situación a los redactores materiales del mismo; así, la declaración de derechos de la ciudadanía europea no debería ser desde el punto de vista formal ni muy corta ni excesivamente amplia, ni muy densa ni muy general, ni tampoco su lenguaje debería ser ni muy técnico ni excesivamente coloquial⁷⁸. Simultáneamente debería contemplar también tanto los derechos políticos como los sociales de la ciudadanía, al igual que de los extranjeros residentes en el seno de la Unión, garantizando al más alto nivel y sin distinción alguna ni acepción de personas los valores de libertad, igualdad, solidaridad y de dignidad humana, todos los cuales no reflejan sino la proyección más noble de la justicia que debe imperar en el seno de la UE junto con la legitimidad de los procedimientos, entendida, sobre todo, a nivel suprarregional⁷⁹. Como se podrá fácilmente comprobar, reflejar en un único documento de carácter jurídico toda una concepción iusfilosófica de tal envergadura no ha sido en modo alguno tarea fácil. El proyecto actual tal y como está ya pergeñado y sin perjuicio de su ulterior perfeccionamiento refleja de por sí los resultados consensuados de todo un debate a múltiples bandas⁸⁰. Sólo mediante el recurso de incluir una cláusula general de reenvío a la legislación general de la Unión y a la específica de cada uno de los Estados

⁷⁷ GRANADO HIJELMO, I.: «La Constitución para la UE como proyecto normativo y problema jurídico», en *Noticias de la UE*, CISS, Valencia, núm. 124, mayo (1995), pp. 21-40; Id. completando: «El Proyecto de Constitución para la UE», en *Gaceta Jurídica de la CE*, Boletín, Madrid, núm. 106, septiembre (1995), pp. 25-30.

⁷⁸ FERNÁNDEZ ALLES, J. J.: «Reflexiones sobre la Teoría Constitucional de la integración europea», en *Noticias de la UE*, CISS, Valencia, núm. 169, febrero (1999), pp. 9-19.

⁷⁹ *El País*: «La Carta de Derechos de la UE incorpora el derecho a la huelga», 4/Internacional, 21 de septiembre de 2000. Anteriormente: RODRÍGUEZ-IGLESIAS, G. C./VALLE-GÁLVEZ, A.: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de la CE, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europea*. CEPC, Madrid, núm. 2-Vol. 1, julio-diciembre (1997), pp. 329-376.

⁸⁰ «Constitución de la UE (28 de febrero de 1994), Nr. C-61/155, jueves 10 de febrero de 1994, parte II, textos aprobados por el Parlamento Europeo, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

miembros que la componen pudo, no obstante evitarse que el proyecto constitucional fracasara de plano⁸¹. Sin embargo, hay que reconocer sinceramente que con dicha cláusula tan sólo se dio el pistoletazo de salida para un nuevo debate en torno a los valores de justicia y legitimidad ínsitos al proyecto constitucional europeo, al reenviar en materia de derechos fundamentales y humanos a los respectivos apartados de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión, lo que explica la falta «provisional o transitoria» de regulación europea general en esta materia, que es justamente lo que se interpreta de forma muy negativa entre la intelectualidad española a todos los niveles, especialmente a nivel filosófico, jurídico y constitucional. Ni siquiera la creación e institucionalización del llamado Comité de las Regiones de la Unión Europea, en el que se hallan integradas las Comunidades Autónomas españolas como tales, ha conseguido calmar las tensiones internas surgidas tanto desde 1978 como al calor del debate constitucional europeo, pese a formar éstas una tercera fuerza configuradora del país junto con el Estado y la ciudadanía, en calidad de elemento codeterminante⁸². Quizá este nuevo elemento añadido, al ser capaz de superar las tensiones internas, sirva como factor que colabore a la recuperación de la confianza ciudadana en la Unión, lo cual quizá podrá ser posible si se consiguen superar los profundos traumas subsiguientes a las olas de terror que sucesivamente conmocionan al país por entero impidiendo de facto la integración de las susodichas comunidades en el marco supranacional de la Unión, y que ponen de manifiesto la profunda falta de los valores justicia y legitimidad que deben presidir en todo caso cualquier negociación a este nivel. Mientras tanto, el Derecho europeo comunitario ha pasado ya a ser una realidad indiscutible en España, que está presente en el quehacer cotidiano. Para hacer posible su asunción en el ordenamiento jurídico español fue necesario incluso reformar el artículo 93 de la Constitución vigente⁸³. De este modo y por primera vez en la historia de España, la inclusión de los valores comunitarios de justicia y legitimidad produjeron a través del recurso de la prelación jurídica normativa prevista para casos de colisiones entre diferentes normas jurídicas que el Derecho español se aplicara desde entonces en territorio de soberanía española en segundo lugar y sólo en ausencia de regulación comunitaria aplicable a cada caso, fenómeno hasta entonces desconocido en toda la envergadura

⁸¹ BALLESTER CARDELL, M.ª: «Relación entre Derecho Comunitario y Constitución», en *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, núm. 46 (1999), pp. 105-148.

⁸² Stellungnahme des Ausschusses der Regionen vom 16. Februar 2000, zum Thema: «Der Prozeß der Erarbeitung einer Charta der Grundrechte der EU», Brüssel, 16 de febrero de 2000.

⁸³ ORDÓÑEZ-SOLÍS, D.: «La recepción del Derecho Comunitario en el Ordenamiento jurídico español», en *Noticias de la UE*, CISS, Valencia, núm. 125, febrero (1995), pp. 99-113.

que ello conlleva. Sin embargo, justo es reconocer que anteriormente se había producido ya cierta tímida recepción parcial de normas comunitarias en el ordenamiento jurídico español de forma indirecta, por ejemplo mediante decretos e incluso órdenes ministeriales de menor rango y que, no obstante, ya se empezaba a sentir en círculos jurídicos como una auténtica revolución, al coimplicar el ámbito competencial de las Autonomías directamente con el de la propia UE. De este modo se colaboraba simultáneamente a suprimir el temor existente en las mismas de que Europa quizá ahondara más el foso de incompreensión entre las Autonomías en lugar de cooperar a salvar obstáculos, algo que felizmente jamás se ha producido⁸⁴. Tal es así que finalmente se ha concluido que los derechos fundamentales de la Constitución española vigente no requieren en principio ni ampliación ni ratificación alguna por parte de los homólogos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁸⁵ (capítulo VIII), dado que en todo caso el propio TC español siempre ha sabido hacer un uso correcto y prudente de los principios dimanantes de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuestiones homólogas aplicables en territorio español, entendidos como principio hermenéutico subsidiario, a tenor del artículo 10.2 de la vigente Constitución española. Ahora bien, las objeciones tampoco pueden faltar aquí; mientras no surja ningún tipo de confrontación o de colisión insalvable, todo funcionará a las mil maravillas pero, ¿qué pasaría si ésta realmente se diera? La doctrina siempre ha advertido –evidentemente desde una postura a todas luces teórica– que la falta o carencia de una Carta de Derechos Humanos válida para la ciudadanía de toda la UE quizá algún día pueda tener funestas consecuencias para la UE en su conjunto, ya que la existencia de las diferentes regiones autonómicas –vista en sus implicaciones puramente políticas– bien podrían parangonarse a un cuchillo de doble filo que se encuentra en movimiento y cuya dirección final resulta impredecible de señalar⁸⁶, pues mientras no exista una Carta de Derechos Humanos y Fundamentales válida para toda la ciudadanía europea, que fije de forma meridiana e incontrovertible los valores de justicia y legitimidad que presiden la UE en toda su envergadura e implicaciones supranacionales frente al ciudadano y a las instituciones de la misma, siempre se correrá el peligro de interpretar a las propias autonomías no ya como un factor de integración de las regiones

⁸⁴ DÍAZ-JIMENEZ, M.^a del C.: «Hacia la Constitución Europea», en *Comunidad Europea*, Aranzadi editorial, Pamplona, núm 11, noviembre (1993), pp. 48-52.

⁸⁵ *Tratado de Nizza* (texto provisional aprobado por la Conferencia Intergubernamental sobre la Reforma Institucional), Conferencia de los Representantes de los Estados Miembros, Bruselas, 12 de diciembre de 2000, SN 533/00, DQPG 1 ES.

⁸⁶ ROIG-BATALLA, A.: «La organización de los Estados miembros ante la integración europea: algunas notas al hilo del proceso español», en *RVAP*, IVAP, Organismo autónomo del Gobierno vasco, Madrid, núm. 55 (1999), pp. 177-198.

españolas en el seno de Europa, sino como una prueba de la capacidad autonormativa de dichas regiones, que en último extremo probablemente desembocará en la total independencia de todas ellas, concluyendo a la postre con la propia desintegración de España como entidad. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE servirá finalmente de panel indicador y brújula insobornable del camino a seguir en caso de que se plantee en todo su rigor la disyuntiva antedicha de integración/desintegración que tan ardientemente desean los ultranacionalismos más radicales y que conducirá a un futuro de incertidumbre con todas sus consecuencias.

5. SUCINTA PANORÁMICA DE FUTURO

Tras esta panorámica se colige que realmente los únicos modelos posibles que indicarán el rumbo a seguir por parte de la futura Constitución europea son los que ostentan, por una parte, la RFA y, por otra, el centralista francés. En España, la opinión pública se muestra tan dividida opinando como los juristas, iusfilósofos y constitucionalistas –habitual en temas relevantes–, pese a que la balanza parece inclinarse hacia el federalismo alemán⁸⁷. Sin embargo, parece ir afianzándose cada vez más que mientras no se resuelvan definitivamente las cuestiones inherentes a los fenómenos migratorios en el seno de la propia UE (para lo cual se deberá, entre otras medidas, establecer un catálogo constitucional completo de derechos humanos y fundamentales para toda la ciudadanía y extranjería residente en Europa), mientras no se despejen las dudas en torno al futuro de los nacionalismos, a su integración en el más amplio marco político de la Unión y desaparezca el epifenómeno terrorista, el debate en torno a la Constitución europea será irresoluble⁸⁸. Otro tanto cabe decir de la ampliación europea hacia el Este. El ingente desafío que implica elevar el número de Estados miembros a 27 se proyecta a todos los niveles, desde el parlamentario hasta el jurisdiccional, y conmocionará todas las instituciones de la Unión, salvo que se empiecen ya a planear reformas para integrar a todos los países, calculando la envergadura que ello conlleva, incluyendo más amplios márgenes de tolerancia a todos los niveles. El hecho de estarse ya gestando un nuevo concepto de Europa

⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, L. M.^a: «Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea», *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, vol. 20, nr. 2, mayo-agosto (1993), pp. 533-559.

⁸⁸ La PÉRGOLA, A. (traducción de MARTÍN DE LA VEGA, A.): «Constitución e integración europea: La contribución de la jurisprudencia constitucional» en *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm. 6, enero-abril (1999), pp. 1-28 /Previamente: FERNÁNDEZ-ESTEBAN, M.^a L.: «La noción de Constitución Europea en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *REDC*, Madrid, núm. 40, enero-abril (1994), pp. 241-289.

de enorme envergadura, sin haber aplicado todavía el anterior, ya periclitado, deja muchos problemas anteriores sin resolver, abonando el llamado europesimismo. Para colmo, nuevas andanadas de problemas inherentes a dicha ampliación llaman a la puerta con inmensa fuerza, pese a que desconocemos todavía su solución. Quizá radique ésta en construir Europa progresivamente, antes que cruja por el peso incontrollable de planes demasiado pretenciosos. En todo caso habrá que regular, al menos, ciertos problemas jurídicos comunes imposibles de posponer a largo plazo, como el de codificación definitiva del Derecho Penal Europeo⁸⁹; Aparte de todo ello tampoco se han podido dilucidar muchas de las cuestiones realmente relevantes que en materia de protección de datos existen a lo largo y ancho de la Unión, situación especialmente candente a través de la tecnología punta de transferencia de datos que ofrece Internet⁹⁰ y redes similares siempre muy por delante de todo esfuerzo legal por controlar las innumerables perspectivas que ofrece, ya que es notoria no sólo la negociación propia del agiotaje moderno a través de esta moderna vía, sino también la prohibida por el ordenamiento jurídico (explotación de la juventud, pedofilia, pornografía infantil, etc.). Estas vías virtuales representan para la ciudadanía una mayor proximidad a la realidad europea que el mejor de los discursos políticos, acaso porque se acercan a lo que el profesor Pérez Ruiz, anticipándose a un futuro a su vez también reflejo del pasado, denomina «concepción geótica del ordenamiento jurídico»⁹¹. Ahora bien; también en este ámbito específico de datos, las normas deberán ser idénticas para toda la ciudadanía, ya que en caso contrario antes que una Europa con varias velocidades sólo se conseguirá un continente con diversos grados de esquizofrenia⁹². Finalmente, queda todavía pendiente la tarea de lograr una educación aceptable y plural de la población cara a la «futura Europa multicultural» que ya empieza a ser un hecho, además de polémico, incontrovertible⁹³.

⁸⁹ PIQUÉ, J.; SOLANA, J., y AREILZA, J. M.^a: de «Después de Niza», en *Política Exterior*, vol. XV, enero/febrero (2001), pp. 84-119, cuyo rechazo de la Carta se interpreta como fracaso en vez de como integración en la UE (p.110)/Antes en *La Gaceta del Viernes*, «La UE trata de desbloquear en Biarritz la reforma institucional», Internacional, 13 de octubre de 2000.

⁹⁰ SÁNCHEZ BRAVO, A.: Internet y la sociedad europea de la información. Secretariado de publicaciones. Universidad de Sevilla (2001).

⁹¹ PEREZ RUIZ, C.: Geótica. Edit. Mad. Sevilla (2001), p. 17.

⁹² PEREZ-LUÑO, A. E.: «Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad ¿Continuidad o cambio de paradigma?», en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Serie Monografías jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, (1996), pp. 11-32.

⁹³ Stellungnahme des Ausschusses der Regionen vom 12. März 1997 zum Thema: «Die multikulturelle Erziehung» /Anteriormente vid. Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución (BOE 24 de diciembre de 1992).

BIBLIOGRAFÍA ⁹⁴

- A) Libros.
- B) Revistas.
- C) Prensa.
- D) Parlamento Europeo.

La bibliografía, ampliada en el presente estudio, se halla respectivamente reseñada a pie de página.

⁹⁴ La bibliografía señalada en el presente estudio se entiende como rectificación de ligeros errores de orden cronológico y repetitivo observados en la maquetación de la versión alemana, TIMMERMANN, H. (ed.), *Eine Verfassung für die Europäische Union*. Edit. Leske+Budrich, Opladen (2001), p. 212, imputables a la editorial, que distorsionan el orden cronológico pretendido en el apartado «Bibliografie in Spanien» (Bücher).

Liberalismo etnocéntrico y orden cosmopolita: *adversus* Rorty

Por EVARISTO PRIETO NAVARRO

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. EL LIBERALISMO EN LA ENCRUCIJADA.—2. EL PRAGMATISMO ANTIFILOSÓFICO DE RORTY: CONTINGENCIA, IRONÍA Y SOLIDARIDAD.—3. LA RACIONALIDAD PRAGMÁTICA Y EL SENTIDO DE LAS DIFERENCIAS.—4. EL DISCURSO PRÁCTICO: MORALIDAD, DIGNIDAD Y JUSTICIA.—5. ETNOCENTRISMO LIBERAL Y LÍMITES DE LA CONVERSACIÓN COSMOPOLITA. EL «LIBERALISMO BURGUÉS POSTMODERNO» DE RORTY.—6. ORDEN COSMOPOLITA Y DIVERSIDAD CULTURAL: DE BAZARES Y CLUBES.

1. EL LIBERALISMO EN LA ENCRUCIJADA

El pluralismo parece haberse convertido en el tema de nuestro tiempo, y ello no sólo en las escuelas de la filosofía profesional, en los que ha adquirido una centralidad innegable, sino sobre todo como preocupación práctica, social y política. La aprehensión en conceptos de este hecho parece desafiar las posibilidades lexicográficas del pensamiento más tradicional, cortado al talle, más o menos disimulado, de la uniformidad de intenciones, afectos y creencias que campa en el interior de la comunidad ideal ilustrada. Pero lejos de estos tiempos en que la dominación del pensamiento y la acción europea se imponía sin fisuras, el fantasma de la alteridad se agita no sólo ante nuestras puertas, sino incluso dentro de nuestras viviendas, antes a salvo. El liberalismo precisa, en esa medida, de una reformulación que siga preservando su utilidad de cara a una integración social que ha

ampliado su escala a dimensiones prácticamente planetarias, al menos según su intención declarada.

Las respuestas dentro del campo liberal son igualmente diversas, aunque se dejan agrupar fundamentalmente en dos bandos medianamente bien delimitables. De un lado, los que reconocen que el liberalismo no puede y no debe ir más allá del establecimiento de un *modus vivendi*, que permita una convivencia por así decirlo «ecológicamente estable» entre las distintas formas de vida, sin cuestionarse más allá su valor mutuo o las posibilidades de su traducción recíproca y, mucho menos, de una supuesta asimilación final. Las diferencias campan por sus respetos, y la coexistencia pacífica demanda de actitudes que oscilan entre la indiferencia inocua y la curiosidad meramente utilitaria, que facilite un estar juntos sin fricciones. De otro lado, el proyecto genuinamente ilustrado, cosmopolita en su intención original, desea ir varios pasos más allá, preguntándose por las posibilidades reales de diálogo entre las culturas, con la vista puesta en la fundamentación de una forma de vida común que rebase el pragmático acomodamiento de las diferencias. Con esa meta, propone el establecimiento exigente de procedimientos e instituciones cosmopolitas que permitan la fecundación entre culturas, su mutua contaminación. La forma de vida resultante podrá tener similitudes con la actual, pero no dejará incólumes muchas de nuestras creencias, sentimientos e intereses presentes.

La primera de las posturas está ejemplificada por liberales como John Gray, Michael Walzer y, sobre todo, Richard Rorty, al que dedicaré las líneas siguientes por la provocación y peculiaridad de su propuesta. La segunda está abanderada por los filósofos neokantianos Jürgen Habermas y John Rawls, y recluta a aquellos aún convencidos de que un universalismo exigente es lo único que nos queda para conjurar con algunas posibilidades de éxito la fragmentación que viene. Una tercera vía, por último, sería la representada por aquellos autores que, sin adscribirse a las filas del universalismo filosófico, por descreer de la existencia de una naturaleza humana transcultural, sí que se reclaman de un cosmopolitismo atento y respetuoso con las diferencias. Se trataría, en palabras de uno de sus exponentes, el antropólogo Clifford Geertz, de navegar entre la Scylla de un cosmopolitismo vacuo y una tolerancia liberal condescendiente, y el Caribdis del etnocentrismo más descarnado.

El interés de Richard Rorty¹ y de su peculiar proyecto de cosmopolitismo sin filosofía, encarnado en el liberalismo pragmatista, resi-

¹ Existen algunos ensayos introductorios a la filosofía de Rorty en nuestro idioma, muy estimables. Recomiendo aquí la introducción de Rafael DEL ÁGUILA a su recopilación de escritos de RORTY, *Pragmatismo y política*, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 9-25, y los ensayos de Ángel RIVERO «Richard Rorty y la política del nuevo pragmatismo», en Fernando VALLESPÍN (ed.), *Historia de la Teoría política*, volumen seis, Alianza, Madrid, 1995, pp. 334-360, y «La política sin teoría de Richard Rorty», en Ramón MAÍZ (comp.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 365-379.

de en su peculiar conjuro de la seducción del fundamentalismo filosófico, entendido como un intento de establecer metafísicamente las bases de nuestros discursos, teóricos y prácticos, al tiempo que parece poder ofrecer una solución al problema del trato con el pluralismo valorativo, que tantos quebraderos de cabeza ha ocasionado a la teoría liberal contemporánea. El innegable atractivo, y el poder teórico de conceptos, o al menos intuiciones, como su ironismo liberal, su idea de la imaginación moral, su desmentido del formalismo racionalista o de las dicotomías tradicionales entre razón y sentimiento, obligación y benevolencia, aportan un interés añadido a lo que se declara un proyecto de renovación del liberalismo sobre supuestos reformistas.

El problema, desbrozado en las líneas que siguen, consiste en que, tras esta capa de tolerancia de nuevo cuño y de liberalismo cosmopolita laten intenciones menos benévolas, abiertamente etnocéntricas en su intención. La ausencia de un fundamentalismo filosófico acaba transformándose en un *fiat* al fenómeno irrebasable de nuestra cultura, y la tolerancia se resuelve en una condescendencia admitida hacia lo ajeno. La tensión entre universalismo y particularismo parece decantarse del lado del último, con lo que se frustran muchas esperanzas y posibilidades que podían y debían haber sido proseguidas consecuentemente por Rorty².

2. EL PRAGMATISMO ANTIFILOSÓFICO DE RORTY: CONTINGENCIA, IRONÍA Y SOLIDARIDAD

Las bases de la filosofía de Richard Rorty se establecen en torno al desmentido del platonismo, entendido como intento de fundar una realidad última, trascendente y ahistórica, enfrentada al tráfigo de los fenómenos empíricos. Este desmentido no nos aboca, como venía sucediendo en el flujo de la historia de la filosofía, a la sustitución del antiguo planteamiento por una nueva teoría, contrapuesta a la anterior, sino al abandono definitivo del léxico metafísico tradicional. Rorty, imbuido del pragmatismo³ –más en la línea de John Dewey

² Creo que sería interesante el intento de «pensar con Rorty contra Rorty», sacando las últimas consecuencias de sus planteamientos filosóficos de partida, en particular de su antiesencialismo y su apuesta por la imaginación moral, frente a los descarríos por los que se despeña por su etnocentrismo irredento. No puedo desarrollar en este artículo las implicaciones de esta relectura, aunque algo intentaré dejar entrever más abajo.

³ Para una introducción al planteamiento pragmático de RORTY, pueden consultarse con carácter previo, a título de ejemplo, sus ensayos «Introducción: Pragmatismo y Filosofía», en *Consecuencias del Pragmatismo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 19-59, los contenidos en el volumen *El Pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y en ética*, Ariel, Barcelona, 2000, y «La emancipación de nuestra cultura», y «Relativismo: descubrir e inventar», en Józef NIZNIK y John T. SANDERS (ed.), *Debate sobre la situación de la filosofía*, Cátedra, Madrid, 2000. La filosofía

que en la de Charles S. Pierce— denuncia toda propuesta intelectual que rebase la utilidad práctica, el servicio al fin modesto de acrecer el bienestar y la satisfacción de las necesidades sociales, algo que la filosofía en sus antiguos ropajes no parece estar en condiciones de ofrecer. Para Rorty, la historia es una sucesión ininterrumpida de metáforas, de narrativas que se entienden como propuestas de auto-descripción de individuos y colectivos, enjuiciables, todo lo más, por el supuesto servicio que prestan a los intereses y necesidades sentidos como más apremiantes.

Para el pragmatista Rorty, contextualismo e historicismo son indeclinables. No podemos prescindir de nuestras comunidades de socialización, en las que hemos adquirido nuestros hábitos interpretativos y de acción, y tampoco hay que considerar negativamente el que tengamos que partir de una tal instancia sustancial y localizada para justificarnos. Epistemológicamente, no se puede no ser etnocéntrico⁴, ya que no preexiste plataforma ahistórica o trascendente alguna desde la que fundamentar con carácter previo, o aun retrospectivo, nuestras intuiciones y prácticas. La «mirada desde ningún lugar» (Nagel) como tribunal supremo de la objetividad de lo real tan sólo constituye una trampa o, cuando menos, un consuelo metafísico para paliar nuestra inextirpable finitud y contingencia como seres humanos de carne y hueso⁵. La impugnada retórica de la objetividad debería ser suplida por una nueva retórica de la solidaridad, que reconoce el hecho innegable de que es la pertenencia a una comunidad social bien delimitada la que establece la posibilidad de un solapamiento mínimo de lecturas y justificaciones de una realidad compartida.

El reconocimiento de la provincialidad de nuestros saberes, y de la imposibilidad de la trascendencia metafísica en pos de una esencia inmutable de lo real no debe hacernos perder de vista otro hecho capital. Nuestras imágenes, nuestros modos de descripción de nosotros mismos y de lo que nos rodea, son contingentes y dependen de una

del pragmatismo de Rorty, procedente de Dewey, Pierce y James, se halla desperdigada en todos sus escritos, por lo que iremos desbrozando sus implicaciones conforme resulte relevante para nuestros propósitos expositivos.

⁴ Por descontado, el etnocentrismo también acarrea consecuencias morales y políticas nada desdeñables, que serán objeto de una atención demorada en las últimas secciones. Más abajo doy cuenta de este problema. Sobre la inevitabilidad de ser etnocéntrico, por ejemplo, «Cosmopolitismo sin emancipación: respuesta a Jean Francois Lyotard», en *Objetividad, relativismo y verdad. Escritos filosóficos 1*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 287.

⁵ RORTY no siempre es muy compasivo en sus formas al hablar de este autoengaño auspiciado por la metafísica. Así, el kantismo es una forma de sadomasoquismo («Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, p. 205), que trataría de colmar nuestros anhelos patológicos de anclaje y seguridad en una autoridad inventada. En otras ocasiones, la objetividad plasma nuestro deseo de creer que los hábitos de nuestra comunidad sobrevivirán su posible aniquilación, y que ingresarán así en el patrimonio simbólico inextinguible de un supuesto género humano futuro. Así en «Solidaridad u objetividad», en *Objetividad, relativismo y verdad, op. cit.*, p. 52.

constelación azarosa de circunstancias que puede desaparecer con la misma premura con que surgió. Esta consciencia de la falibilidad debe precavernos contra una entronización apresurada de nuestra propuesta práctica de vida como culminación y cifra de la historia de la humanidad. El *ironista*, figura imprescindible de nuestra cultura moderna, se define por esta conciencia de la caducidad y el azar. Esta cura antidogmática, sin embargo, no nos fuerza a abandonar nuestras esperanzas liberales en una sociedad en la que el sufrimiento se vea rebajado y las necesidades sean cubiertas de modo creciente⁶. Frente a una crítica civilizatoria que ha cobrado impulso en los epígonos de Nietzsche, Rorty aboga por la necesidad de subrayar los logros de la cultura cívica democrática como autodescripción de la modernidad. De ahí que el pragmatismo se reivindicque como optimismo democrático y como reformismo⁷ anclado en la esperanza en el poder expansivo de la solidaridad. El énfasis en la invención, más que en el descubrimiento, en la acción por encima del conocimiento, nos coloca ante la tarea incesante de recrear nuestras creencias e instituciones, y de recrearnos a nosotros mismos sin el parapeto a menudo falaz y esterilizador de los dogmatismos legados.

El descrédito de la metafísica y la expulsión del universo de la filosofía de todas sus dicotomías clásicas se explica en esta vertiente práctica por su inutilidad devenida para servir a los fines de una comunidad liberal. Rorty no niega que la metafísica fue en tiempos necesaria y que desempeñó un papel de innegable importancia en el desmantelamiento de la imagen religiosa del mundo, y en la salida del género humano de esa minoría de edad que reclamara Kant como fin de la Ilustración. Pero nada parece avalar a día de hoy que esta necesidad de emancipación subsista, por lo que la presencia de las categorías trascendentales, en el ropaje que sea, ya como trascendentalismo subjetivo, ya como universalismo lingüístico, ha de ser rechazada como mera reliquia de tiempos históricamente superados⁸.

⁶ Para una caracterización del ironismo como conciencia de la contingencia de nuestras descripciones, ha de acudir a *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, en especial pp. 80 y ss. El ironista liberal, frente a lo que se pretende, no es un cínico esteta, dado que combina esta creencia antidogmática en la caducidad con su compromiso decidido por mantener su forma de vida. Esta contradicción, innegable por otra parte, constituye la tensión de fondo que caracteriza al *ironismo liberal como proyecto privado*.

⁷ De la mano de Dewey, Rorty insiste en la apuesta por el reformismo democrático frente a otros intentos más radicales de terapia social y política. Para el primer pragmatismo, la política se basa en un experimentalismo de medidas sociales, juzgadas en su aptitud utilitarista para provocar mejoras colectivas.

⁸ Algunos críticos reclaman, frente a Rorty, pero empleando sus mismos argumentos pragmáticos, que las categorías filosófico-políticas de la ilustración occidental siguen siendo relevantes como léxico de la autocomprensión del occidente moderno, por lo que en la práctica no debería ser abandonado. Entre ellos, HABERMAS, en su ensayo «El manejo de las contingencias y el retorno del historicismo», en *Debate sobre la situación de la filosofía*, op. cit., en especial pp. 35 y ss. Habermas no cree que Rorty sea capaz de liberarse del hechizo ontogramatical de la razón postmetafísi-

El abandono de las metáforas y la narrativa de la metafísica no es, sin embargo, completo. Rorty no puede evitar situarse al amparo de Hegel y su valoración del progreso de la razón, aunque ésta se reinterprete, como veremos líneas más abajo, en clave naturalista. La fe en el mantenimiento de nuestra emancipación creciente, y nuestras posibilidades de un manejo cada vez más eficaz de la complejidad de nuestros entornos, físicos y sociales, se mantiene bajo la égida del pensamiento ilustrado. Pues el pragmatismo, como propuesta, no supone sino la profundización en uno de los vectores de la ilustración filosófica, el referido al trato instrumental, manipulativo, con la contingencia y la complejidad desbordantes del entorno, acicates que nos fuerzan a mejorar nuestra adaptabilidad, medible en términos de utilidad de teorías y artefactos. Fuera de eso, y al margen de los desvíos y excesos que la extensión de este modelo instrumentalista pudiera acarrear en la construcción de la socialidad⁹, que desbrozaremos en lo que afecta a Rorty, es de justicia saludar el soplo de secularidad, romanticismo¹⁰, contextualidad e historicismo que el pragmatismo trajo y trae aún consigo.

3. LA RACIONALIDAD PRAGMÁTICA Y EL SENTIDO DE LAS DIFERENCIAS

Fiel a la tradición pragmatista a la que pertenece, Rorty se reconoce en el evolucionismo de Darwin. La traslación de las doctrinas evolutivas al ámbito de las ciencias sociales no tiene en Rorty, como sí sucede en la sociobiología, el sentido del reconocimiento de los conflictos sociales como versión de la lucha de la supervivencia de los más aptos¹¹. Sus metas son más modestas, pero no siempre menos comprometidas. Con ayuda del evolucionismo, Rorty pretende culminar un giro naturalista en sus conceptos de racionalidad y cultura. De esta guisa, entre el individuo humano y el animal no se constataría un salto cualitativo, sino meramente una diferencia de grado. Ambos están obligados a pertrecharse de estrategias para la confrontación

ca, en la que él mismo se inscribe, sin recaer en una contradicción pragmática, consistente en rechazar los términos del lenguaje y de la argumentación que él mismo emplea en su planteamiento teórico.

⁹ Excesos denunciados ya desde los tiempos de la primera Escuela de Frankfurt y su denuncia de la racionalidad instrumental por parte de Horkheimer, Adorno y Marcuse.

¹⁰ Sobre la dimensión romántica de la filosofía pragmática, «El pragmatismo como politeísmo romántico», en *El Pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo y epistemología y ética*, op. cit., pp. 49-77. El romanticismo de Rorty, cercano al de Emerson, en conjunción con la secularidad, busca establecer al hombre como medida de todas las cosas. «La emancipación de nuestra cultura», op. cit., p. 43.

¹¹ Este rechazo a la lectura competitiva del evolucionismo se ve comprometido más adelante, en lo que es una clara contradicción. Sobre esto, *vid. infra* p. 8, su asunción de la teoría de los *memes* sociales.

activa con un medio hostil, y sólo en ellas encontramos diferencias reales entre unos y otros.

Así, Rorty distingue entre tres tipos de racionalidad¹². La primera (racionalidad «uno») consiste en la habilidad para enfrentarse al medio, adaptando las reacciones propias a los estímulos ambientales. Vendría a representar una materialización de la racionalidad técnica. La racionalidad «tres» tiene un sesgo marcadamente intercultural, dado que auspicia la capacidad de responder a las diferencias de un modo no agresivo, alterando los hábitos e interpretaciones propias para dar cabida a nuevas formas de vida sincréticas, más ricas y variadas. La racionalidad «dos», que habría de ser desterrada, equivale al establecimiento de fines distintos a la mera supervivencia, junto con la jerarquía evaluativa que se establece entre ellos. Esta racionalidad moral o finalista, la preferida por aquellos que alientan la separación cualitativa entre los hombres, *qua* seres racionales y los animales inferiores, marcaría una ruptura con la naturaleza, en pos del sustrato específicamente humano, más allá de la historia y de las variedades locales de cultura. El encumbramiento de una forma cultural frente a las demás, o la más simple gradación de civilizaciones, respondería¹³ a esta visión idealista y rechazada de la racionalidad.

A los tres tipos de racionalidad corresponden tres formas de concebir la cultura. La cultura «uno», paralela a la primera racionalidad, se articula en torno al precipitado de hábitos de acción resultantes de la confrontación exitosa con el medio complejo. La cultura «tres», correlato de la racionalidad dos, queda proscrita, como escisión de un modo específico y superior de ruptura con el continuo natural, en los términos aludidos, y con ella, cualquier intento de establecer una teleología de las formas de vida y erigir una filosofía de la historia como despliegue de la razón frente a la naturaleza. La cultura dos, por último, entendida por Rorty como «alta cultura», se interpreta como una reflexividad especial, como la capacidad de manejar ideas abstractas y «hablar largo y tendido» sobre cualquier asunto que afecte a nuestros planes de vida.

Rorty persigue un fin en apariencia loable con la supresión de las que él llama cultura tres y racionalidad dos: conjurar la posibilidad de entender que una o varias culturas uno puedan llegar a entenderse como triunfos de la cultura tres¹⁴. Esto amenazaría no sólo la equipa-

¹² Lo que sigue, puede verse detallado en «Una visión pragmatista de la racionalidad y la diferencia cultural», en *Pragmatismo y Política*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 80 y ss.

¹³ RORTY defiende un socratismo moral, entendido como la necesidad de encumbrar al diálogo y la deliberación como modos de trato social, por encima de la violencia y la manipulación, pero sin buscar, en la acepción epistémica con que ya entendió Platón el método de su maestro, una convergencia en la verdad y la concepción del bien. Véase al respecto, «Pragmatismo, relativismo e irracionalismo», en *Consecuencias del Pragmatismo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 254.

¹⁴ «Una visión pragmatista de la racionalidad...», *op. cit.*, p. 85.

ración y el reconocimiento del valor intrínseco de toda cultura; también parece estar tras la subida a los altares de la cultura occidental moderna como forma de vida por excelencia y modelo a imitar.

El abandono de la superioridad objetiva, ahistórica y trascendental de la cultura de Occidente, abanderada por el kantismo y sus sucesores, y que culmina con el preámbulo weberiano a sus *Ensayos de Sociología de la Religión*, no implica, contra lo que pudiera pensarse, que Rorty se abandone sin más a la loa de la diferencia y el multiculturalismo. Nada más lejos de su ánimo. Para nuestro autor, al igual que para los pragmatistas más en general, tal proliferación de interpretaciones culturales es tan sólo una cuestión de azar, de contingencia histórica y, como tal, constituye un hecho valorativamente neutro. Y lo que es más grave, como veremos más abajo: Rorty no tiene ningún complejo en rescatar por la vía de la facticidad histórica y la superioridad práctica, esa primacía occidental que desmiente por vía filosófica.

Por si fuera poco, el evolucionismo elegido tampoco es indiferente frente a la prelación de las culturas. Rorty, tras abandonar toda reclamación de racionalidad evaluativa, de teleología y de metafísica, se echa en brazos de un darwinismo sociológico sumamente sospechoso. Con una compañía tan comprometida como las de Richard Dawkins¹⁵, Rorty reclama el empleo de los *memes* culturales (correlato de los genes biológicos) para sugerir que existen mejores y peores adaptaciones de los individuos y las comunidades a su medio ambiente¹⁶. La prevalencia de una adaptación, de los *memes* de una cultura, determina el grado en que la racionalidad ha facilitado un mejor manejo de las contingencias del entorno.

Así, de rondón, Rorty asume dos postulados, a cual menos atractivo. De un lado, Rorty traslada el darwinista concepto de lucha por la supervivencia al ámbito de las formas de vida, como adaptación eficiente al medio; de otro, en relación con lo anterior, asume que este criterio sirve para discriminar buenas y malas culturas «uno», lo que parecía haber negado con el rechazo de la cultura «dos». Como resultado de esta estrategia teórica, la racionalidad instrumental se convierte en modelo absoluto de razón en un continuo indiscernible naturaleza-cultura, tras ser despojada de cualquier sesgo crítico y emancipatorio. Flexibilidad estratégica y respuesta eficaz parecen ser los nuevos criterios de un renovado científicismo que apuesta, ahora sí, por la primacía de la ciencia y la tecnología de Occidente. La argumentación es clásica del positivismo, y queda desvelada desde los días de la disputa

¹⁵ Autor de la muy controvertida obra *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Salvat, Barcelona, 1985, en la que sostiene un darwinismo social mezclado con la predeterminación genética de nuestros comportamientos individuales y colectivos.

¹⁶ «Una visión pragmatista de la racionalidad y la diferencia cultural», en *Pragmatismo y política*, op. cit., p. 88.

de la sociología alemana como un intento de naturalizar los valores de la investigación, sus metas y objetivos, imponiéndolos como más funcionales y de paso, desactivando cualquier posible discusión crítica sobre su preferibilidad racional.

Se recupera así un discurso declaradamente etnocéntrico, postergado momentáneamente al calor del abandono de la metafísica, con el reconocimiento de la mejor adaptación que ha propiciado una cultura «uno» particular, la occidental, que a través de la ciencia ha facilitado el control del medio natural y propiciado así cotas de bienestar material inéditas en la historia del género humano. La superioridad pragmática es, ciertamente, relativa a un objetivo a cumplir, y no puede ya justificarse con el recurso a instancias externas a nuestra propia forma de vida, con lo que la circularidad no puede ser evitada. A lo sumo, la justificación global vendrá servida por la comparación de los logros que cultura uno puede ofrecer a los aludidos objetivos de mayor control y bienestar. En último término, la pregunta es simple y contundente la respuesta: ¿podría alguien no preferir los innegables logros de la ciencia y la técnica occidentales en la reducción de la precariedad y la satisfacción de los deseos materiales?¹⁷

Igual de dudosa me parece la vinculación estrecha que la utopía pragmatista propone establecer entre las racionalidades uno y tres, esto es, entre el avance avasallador de la eficiencia en el control científico-técnico del medio y la tolerancia frente a diferencias culturales crecientes. La primera se erige en condición de posibilidad de la última, dado que sin un mínimo de seguridad, bienestar y capacidad de ocio (bases de la cultura de la discusión ilustrada o cultura dos), no parece plausible desarrollar capacidad alguna para la curiosidad por los otros¹⁸. Como Rorty puntualiza oportunamente, el avance de la racionalidad técnica no arrastra necesariamente un paralelo aumento de la tolerancia, pero sí es su requisito inderogable. De ahí que la seguridad, entendida como suma de «condiciones de vida lo suficien-

¹⁷ Rorty no discute, lo que para él por otra parte no tiene sentido, si la cultura occidental, con su ciencia y su progreso técnico, es más racional en sus respuestas que la cultura primitiva. Las culturas son inconmensurables en sus respectivas racionalidades locales, que sólo pueden ser justificadas internamente. De ahí que, contra Habermas, Rorty niegue la posibilidad de distinguir validez (universal) y aceptabilidad (local). Rorty se alinearía en este punto con Peter Winch y la sociología comprensiva que deriva del último Wittgenstein. Para la discusión con Habermas, recomiendo la lectura de las respectivas contribuciones al volumen *Debate sobre la situación de la Filosofía*, además de los ensayos de RORTY titulados «Universalidad y Verdad», en *El Pragmatismo, una versión, op. cit.*, pp. 79-137, y «Sind Aussagen universeller Geltungsansprüche?», en la *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 42, 6/1994, pp. 975-998, y la crítica de Habermas «Wahrheit und Rechtfertigung: Zu Richards Rortys pragmatischer Wende», en *Wahrheit und Rechtfertigung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 230-270. Por razones sistemáticas y de espacio, no puedo entrar aquí a valorar los resultados de la discusión entre ambos autores.

¹⁸ Así en «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», en Stephen SHUTE y Susan HURLEY, *De los Derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998, p. 125.

temente libres de riesgo como para que las diferencias con los demás resulten irrelevantes para la autoestima y la dignidad personal» se establezca como una de las bases de la utopía pragmatista¹⁹. Es notorio que sólo la civilización del Occidente europeo y norteamericano parece estar en disposición de garantizar tal prerequisite de estabilidad funcional por lo que, siquiera a título contingente y hasta nueva orden, nuestra cultura ostentaría la primacía en el panorama cultural mundial²⁰.

Para no ser injusto con Rorty, creo que es necesario subrayar su mención y reconocimiento de la racionalidad tres. El liberalismo ha manifestado desde sus orígenes una manifiesta incomodidad frente al pluralismo valorativo y la diferencia cultural. La lectura universalista de raíz kantiana privilegia inequívocamente el momento generalizador de la formulación del imperativo moral frente al reconocimiento de las diferencias, que son vistas más bien como desviaciones de un modelo ideal. Rorty denuncia con razón que la consideración de los individuos como calculadores egoístas²¹, que habían de ser reconducidos al redil del bien común, impide la valoración adecuada y libre de prejuicios de los sentimientos y afectos distintos en la deliberación práctica. La vertiente de la Ilustración que arranca con David Hume está, en opinión de Rorty, mejor pertrechada teórica y conceptualmente para dar cuenta de las diferencias de creencia, sentimiento y valor entre los distintos individuos y comunidades²².

El kantismo establece el primado de la moralidad sobre la benevolencia como medio para preservar el dominio de la razón práctica universal sobre los afectos interesados de los individuos. Lo contrario representaría la recaída en el desorden social, la imposibilidad de cualquier regulación legítima de la convivencia. Para conjurar el Trásmaco que mora en el interior de nuestro yo, que acabaría avalando la hegemonía del interés más poderoso, sólo nos queda exigir el sometimiento al imperativo categórico como medio para despojar a nues-

¹⁹ *Ibid.*, p. 131.

²⁰ Un nuevo tanto a favor de la cultura occidental lo constituye el valor del léxico de la esperanza secular frente a la cultura de la resignación que se propone desde, por ejemplo, el budismo. Esto parece estar, de nuevo, en consonancia con la idea de progreso pragmatista, y con la idea de utilidad material que emplea.

²¹ *Ibid.*, p. 128. La corrección del egoísta se hace supuestamente desde las bases de la convicción racional que portan los imperativos morales, frente a la alternativa hobbesiana de producir la avenencia por la amenaza del empleo de la violencia. La agencia moral racional, como caracterizadora del ser humano universal, se establece por encima de cualquier vínculo de pertenencia a comunidades morales particulares, único sustento de la moralidad para Rorty y los antiplatónicos en general.

²² Hume representa, frente a la pureza esterilizadora de Kant, el liberalismo «húmedo», sentimental, que descrea de la separación tajante de las esferas racionales y emotivas del yo. Entre los epígonos actuales de la filosofía moral de Hume, Rorty destaca a Annete Baier, de cuyos conceptos e interpretaciones se reconoce deudor. En concreto, puede acudir a Annete BAIER, *Moral Prejudices. Essays on Ethics*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.

tras pretensiones de toda referencia parroquial. El anclaje natural de los vínculos sociales, tales como la familia o la amistad, queda así degradado frente al compromiso que auspicia el reconocimiento de la racionalidad de las máximas universales extraídas del imperativo categórico.

Los reproches relativos a la debilidad motivacional y la indefinición cognitiva no se hacen esperar, y contaminan tanto a Kant como a todos aquellos que se sitúan bajo su inspiración. La habermasiana ética del discurso y, en menor medida, la teoría de la justicia de Rawls, son reos de esta acusación no del todo infundada. Pese a los desesperados intentos por recontextualizar la razón práctica, por vía genética o *a posteriori*, el constructivismo kantiano parece estar abocado a buscar formas supletorias de normatividad para paliar los defectos de una moral débil en su formalismo, y de ahí la centralidad que el Derecho adquiere como sustento regulador de la convivencia²³.

En el trato con las diversas concepciones del bien, los kantianos se enredan en dificultades no menos trascendentes. Aquí las respuestas se dividen entre los diferentes autores, y ciertamente, algunos salen mejor parados que otros. Así, el liberalismo político de Rawls²⁴, con su mantenimiento de la pluralidad de doctrinas comprensivas del bien tras las instituciones liberales –el «compromiso jeffersoniano» de neutralidad, como nos recuerda atinadamente Rorty²⁵– parece mejor dispuesto para dar cuenta de la diferencia cultural que la ética de la comunicación de Habermas. En ésta, la primacía del discurso moral sobre la deliberación ética, las negociaciones y los discursos pragmáticos, y su fuerte componente consensual –la única respuesta correcta como única garantía de objetividad y racionalidad práctica– no parecen compadecerse bien, pese a los desesperados intentos de Habermas, con el hecho del pluralismo valorativo²⁶.

Frente a todos estos intentos de manejo de la diversidad, la apelación rortyana a la racionalidad tres, entendida en clave de inclusividad creciente de diferencias culturales y como una exigencia fuerte de empatía moral, posee un innegable atractivo. Nos habla de imagina-

²³ Muy claro en la deducción de la categoría del Derecho que Habermas emprende en su teoría comunicativa del Derecho. Véase *Facticidad y Validez*, sobre todo los dos primeros capítulos, y mi crítica en el capítulo tercero de *Acción comunicativa e identidad política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, en prensa

²⁴ John RAWLS, *El Liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.

²⁵ Sobre la lectura en clave contextualista que Rorty hace de Rawls, «La primacía de la democracia sobre la filosofía», en *Objetividad, relativismo y verdad*, *op. cit.*, pp. 239-266. Creo que esta interpretación de Rawls va demasiado lejos en su disolución del elemento más puramente incondicional, kantiano, aunque sí es cierto que parece estar en la línea de las presentaciones más recientes que el mismo Rawls hace de su teoría moral.

²⁶ Sobre el modelo concéntrico de la razón práctica en Habermas, y sus dificultades inherentes, remito a los capítulos cuarto y sexto de mi obra *Acción comunicativa e identidad política*, *op. cit.*

ción moral, de las culturas entendidas como «*quilts*»²⁷, de la necesidad de destejer los hilos de la cultura propia para retejerlos con nuevos agregados; en suma, de variedad ampliada en la unidad existente²⁸. Todo parece alentar en la misma dirección, que podría resumirse, con John Gray, en el intento de comprender el liberalismo como *modus vivendi* de propuestas distintas²⁹ y hasta incompatibles de la vida buena, frente al desgastado modelo de la convergencia en una forma de vida preferida de las lecturas neokantianas³⁰.

Rorty sería, atendiendo a esta lectura, un liberal de miras avanzadas, que se ha emancipado de las ataduras de la tradición metafísica, de sus metáforas y narraciones, para acoger una nueva cultura. Saludamos sin reserva su intento de comprender las culturas como agregados no esencialistas, como instancias de socialización de personalidades, pero también como productos fluidos, anegados y destruidos periódicamente por nuevos embates modernizadores, por nuevas propuestas mejor adaptadas a las necesidades que se generan fruto de la contingencia histórica³¹. La particular fusión de géneros literarios, en pie de igualdad con el discurso filosófico de la identidad³², o incluso por encima de él, la poetización de la biografía, y la peculiar gestación de un nuevo panteón de héroes abren el espacio a nuevas formas de entenderse a sí mismo y entender el mundo circundante.

Pero, ¿es Rorty un progresista? ¿Realmente siente el respeto por las diferencias que dice profesar? ¿Se trata de una aceptación *tout court* de las consecuencias del pluralismo para la construcción del yo y del mundo, o de una estrategia para acabar jaleando de nuevo la dominación de los modos y modas de Occidente? Antes de escudriñar a fondo en la muy personal lectura del cosmopolitismo que Rorty nos propone, conviene, por mor del orden argumentativo, indagar someramente el modo en que nuestro autor entiende el discurso de la moralidad, la dignidad y la justicia. Desde este punto, se hace más fácil caracterizar su utopía liberal en su atractivo para otras formas de vida diferentes de la nuestra, y la auténtica faz de su cosmopolitismo.

²⁷ Colchas compuestas por un gran número de retales diferentes. «Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, p. 221.

²⁸ «Una visión pragmatista de la racionalidad...», *op. cit.*, p. 102.

²⁹ John GRAY, *Las dos caras del Liberalismo*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 123 y ss.

³⁰ No posee una importancia menor, como ya tendremos ocasión de ver con más detenimiento, el reproche de antikantiano de falta de empatía ante el dolor y el sufrimiento de los extraños. Ese es el precio que, para Rorty, pagaríamos por sostener la primacía de la razón sobre la sentimentalidad. «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», *op. cit.*, pp. 127-8.

³¹ Rorty anticipa la propia superación de su vocabulario utópico pragmatista, y el reemplazo por nuevas metáforas. «Cosmopolitismo sin emancipación», en *Objetividad, relativismo y verdad*, *op. cit.*, pp. 296-297.

³² Rorty insiste en las posibilidades que brindan géneros como la novela o la poesía a una mejor caracterización de algunos rasgos de la sociedad y el hombre modernos. Así se entiende, por ejemplo, su largo excursus sobre las formas de la crueldad en Nabokov y Orwell en *Contingencia, ironía y solidaridad*, *op. cit.*, pp. 159 y ss.

4. EL DISCURSO PRÁCTICO: MORALIDAD, DIGNIDAD Y JUSTICIA

Rorty no duda en colocarse bajo la admonición de Hegel en su comprensión del fenómeno moral, por lo que reproduce un nuevo momento de la tan traída y llevada polémica contra el formalismo kantiano que éste inaugura. Algo hemos aludido ya. En su particular cruzada contra el fundamentalismo filosófico, que trata de buscar una base intemporal y transcultural a toda moral racional, Rorty reprocha con firmeza la búsqueda de absolutos. La comunidad moral expandida a todo el género humano, que compartiría una esencia común que le pre-existe -y que simplemente está a la espera de su descubrimiento con ayuda de la iluminación de la razón- simplemente no puede existir. Frente a tal descubrimiento, Rorty plantea la invención, la recreación de individuos y colectivos, el hacerse continuo. La pregunta moral, nos dice, no indaga qué debo hacer, sino quién quiero llegar a ser³³.

La deontología, cristalizada en la moral, y que determina el núcleo de la reflexión práctico-moral en las escuelas de adscripción kantiana (Rawls, Habermas) cede su puesto a la pregunta ético-existencial³⁴, historicista y romántica. La narración biográfica y poética, no fiel y cabal, sino poética y estilizada, sustituye a la deliberación que se teje sobre argumentos, sobre la coacción racional de las mejores razones. Para Rorty, el acuerdo basado racionalmente no es sino una excusa para interrumpir la deliberación sobre los objetivos y metas de nuestro obrar en común³⁵, por lo que se compadece mal con la vocación democrática de nuestro proyecto colectivo. La verdad y la justicia no son algo que subyazca al discurrir argumentativo: son el resultado azaroso y contingente del intercambio de pareceres³⁶, esa chispa del

³³ «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», *op. cit.*, p. 120.

³⁴ El discurso de autorrealización busca el despliegue de la autenticidad, y es establecido como objetivo de la vertiente privada de la filosofía, en la escisión que practica RORTY en *Contingencia, ironía y solidaridad*. No comparto su convicción de que pueda separarse tajantemente el proyecto privado con el compromiso público, y de que los planes privados para la creación del sí mismo no tengan por qué comprometer aquello que pueda ser definido y practicado en común. Creo que el mismo Rorty dispone de pruebas, en sus análisis de la crueldad en Nabokov, que avalan esa creencia en la íntima trabazón de planes de afiliación y obligaciones públicas. Pero el liberal, como veremos más abajo, queda limitado a la mera proscripción de la crueldad, dejando de lado la persecución privada de la perfección.

³⁵ «Pragmatismo, relativismo e irracionalismo», en *Consecuencias del pragmatismo*, *op. cit.*, p. 245. La metafísica, para Rorty, tan sólo busca dejar de conversar y deliberar, para ver simplemente cómo son las cosas. La *phrónesis* deja así su puesto a la *theoría*.

³⁶ Rorty defiende así que la verdad, así como la justicia o la belleza, no pasan de ser estaciones intermedias en una siempre renovada conversación democrática. Pueden leerse sus interesantes observaciones críticas en «Universalidad y verdad», en *El pragmatismo, una versión*, *op. cit.*, pp. 87 y ss., y más recientemente, en el ensayo «Truth without correspondence to reality», en *Philosophy and social Hope*, Penguin Books, London, 1999, pp. 23-46. El tema no es ni mucho menos nuevo, y a ello dedi-

cruce de espadas de que nos hablara Nietzsche. Con ello, Rorty parece querer avalar su insistente primacía de la política sobre una filosofía que ha perdido para siempre su función social de guía y gurú.

El hegelianismo de una eticidad concreta nos deja en brazos de una legitimación local de nuestras prácticas sociales. Lo que perdemos de consuelo metafísico, de anhelo de incondicionalidad trascendente, lo ganamos en términos de lealtad y pertenencia a una comunidad concreta³⁷. No hay otra lealtad, ni otro vínculo genuino entre seres reales y encarnados que el que se entabla con una comunidad histórica, a la que se pertenece por razón de la socialización, y que nos presta nuestros rasgos más privados y reconocibles³⁸. La naturalidad de los vínculos, al mismo tiempo, nos releva de la torturada necesidad de hablar de una moral, recurso sadomasoquista de los que no se atreven a agotar su libertad, dejándonos con la más benigna y socorrida prudencia. Rorty cree que hemos de rescatar la *phrónesis* como expediente de aclaración y guía práctica, la apelación a la conjunción, que nunca debió extraviarse, entre nuestro yo racional y nuestro yo sentimental³⁹. Así, de un plumazo, parece disolverse en la nada otra incómoda dicotomía filosófica que ha perdido su referente funcional⁴⁰.

¿Qué queda de la moralidad? El reconocimiento de nuestros solapamientos en materia de creencias y valor, lo que no es precisamente poco, frente a referencias más privadas. La expresión en términos generales de los lugares comunes de nuestro acervo práctico⁴¹. Y el anhelo de superación de nuestros límites, con la mira puesta en recrear un mejor yo colectivo⁴². La moral, *focii imaginarii*, ficción prác-

có Rorty su obra *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1989 (la versión original es de 1979).

³⁷ «Pragmatismo, relativismo e irracionalismo», *op. cit.*, p. 248.

³⁸ La preservación del *self* pasa necesariamente por la lealtad prestada a los grupos de pertenencia. La identidad es el centro de gravedad narrativa del individuo, y la presencia de varias identidades alternativas es la base real de los dilemas morales. «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 110. Sobre estos dilemas, me parece instructivo el libro de Amin MAALOUF *Identidades asesinas*, Alianza, Madrid, 1999.

³⁹ «Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, pp. 201-202.

⁴⁰ Habermas reprocha con vehemencia a Rorty este abandono de la separación entre moralidad y prudencia, pues cree que la distinción gramatical es un recurso necesario para discernir las obligaciones hacia todo el género humano, frente a aquellas que contraemos sólo frente a un nosotros local. «El manejo de las contingencias y el manejo del historicismo», en *Debate sobre la situación de la filosofía*, *op. cit.*, pp. 40-2.

⁴¹ Así, los derechos humanos, núcleo de nuestra moral, tratan de explicar tan sólo nuestra situación de identificación con una comunidad de personas que piensan como nosotros, y hallan natural hablar de un modo determinado. *Ibid.*, p. 218. Los principios morales, más en general, son calificados como abreviaturas de prácticas, y nunca como instancias de justificación, lo que da cuenta de su papel eminentemente pedagógico para la adquisición de hábitos socialmente valiosos. *Contingencia, ironía y solidaridad*, *op. cit.*, p. 77.

⁴² RORTY habla de la sustitución de las metáforas de la profundidad en la construcción de la moral, por nuevas metáforas de la amplitud, de la inclusión sobre la base de afecto, comprensión y sensibilidad. *Ibid.*, p. 215.

tica, sigue ejerciendo una poderosa sugestión en nuestro vocabulario cotidiano, pero he ahí todo lo que puede pretenderse, a estas alturas de la especulación postmetafísica⁴³, que diría Habermas, de este recurso antes capital. En la visión moral de Rorty, el egoísmo no tiene que ser ya recusado⁴⁴, lo que posee la innegable ventaja de hacer justicia a nuestras intuiciones más directas. Las lealtades colectivas como fuente de la moralidad⁴⁵ facilitan la definición de las tareas compartidas, pero hemos de precavernos de que este reconocimiento no traduzca, al mismo tiempo, la reconciliación con un *statu quo* inicuo.

Porque Rorty se ve urgido a reconocer la legitimidad de la pregunta por las prácticas cuya vigencia a menudo sirve de trasfondo a su aparente injusticia. ¿Qué diferencia unas propuestas morales de otras? Aquí nuestro autor toma desprevenidamente algo de uno de sus contradictores, el neokantiano Jürgen Habermas, para reconocer la necesidad de que los intercambios comunicativos hayan de ser libres, carentes de manipulación. La persuasión se ejerce desde la igualdad, desde la ausencia de motivos espúreos impuestos desde el exterior de la práctica comunicativa⁴⁶. La persuasión ha de poder desplegarse sin corsés ni engaños, en virtud de su lógica propia y libre. Con ello, Rorty no reclama, como no podría ser de otra forma, una rehabilitación del universalismo, fundado en las bases de la comunicación intersubjetiva, como hace Habermas, sino que se conforma con resaltar uno de los rasgos más queridos de la cultura del occidente ilustrado: la imposición, lenta pero firme, de los modos deliberativos de arreglo de los conflictos y composición de las voluntades —en suma, el *ethos* del diálogo— frente a otros modos violentos de agregación y arreglo⁴⁷.

⁴³ Rorty se reconoce en el diagnóstico habermasiano del final de la metafísica. Su Habermas es el del *Discurso filosófico de la modernidad* y el de *Pensamiento postmetafísico*, y no el de los escritos sistemáticos de la teoría de la acción comunicativa. «La emancipación de nuestra cultura», *op. cit.*, p. 42.

⁴⁴ La educación sentimental rortyana tiene como objeto de tratamiento al indiferente, como aquel que permanece refractario a las diferencias que le permitirían expandir sus lealtades, y sentirse preocupado por el sufrimiento de otros individuos.

⁴⁵ Rorty se reconoce deudor de la idea sellariana de que todas las intenciones prácticas dirigidas a los otros son inderogablemente «we-intentions».

⁴⁶ «Pragmatismo, relativismo e irracionalismo», *op. cit.*, p. 255. Sin embargo, Rorty es etnocéntrico en la justificación de este mecanismo, derivado inequívoco de nuestra cultura liberal, con lo que descrea de su anclaje lingüístico transcultural, que sí está en Habermas. Tampoco cree en la convergencia final de pareceres que esta comunidad de diálogo auspicia.

⁴⁷ Congruentemente, RORTY apunta al hecho de que la habermasiana ética de la comunicación no articularía un presupuesto trascendental del habla, sino únicamente las costumbres y rasgos de identificación de las sociedades liberales contemporáneas: «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 112. Habermas eleva a dogma transcultural las premisas de la superioridad del occidente liberal, de sus supuestos epistémicos postmetafísicos, merced a una implícita lógica de la historia como lógica del despliegue de la razón. Sí que me parece detectar una tal elevación de motivos en la lectura que Habermas propone de la «Introducción» de los weberianos *Ensayos sobre Sociología de la religión*, cuando, en la línea de Wolfgang Schluchter (*Die Entwic-*

Este reconocimiento de un muy determinado *modus vivendi* no se hipoteca, como sí sucede con la ética de la comunicación, con la idea de la necesaria convergencia de pareceres como garantía de la racionalidad práctica. Para Rorty, el diálogo puede muy bien tener como meta el reconocimiento de la irreductibilidad de las desavenencias⁴⁸, con lo que la comunicación quedaría interrumpida en lo sucesivo.

La racionalidad rortyana ha de conformarse con la modesta sugerencia de que los acuerdos, contingentes y revisables en esencia, han de ser alcanzados con el concurso de la persuasión entre las partes, sin que existan mejores argumentos –en virtud de su cogencia independiente del contexto– que impongan su fuerza idealizadora sobre las otras razones en liza. Tan sólo la eficacia sirve de aval a la bondad de nuestras prácticas persuasorias, y la propuesta de Habermas no sería otra cosa que retórica halagatoria, a la postre, «una visión secularizada de la voluntad de Dios»⁴⁹.

La convergencia de propuestas tan sólo puede venir sustentada por un solapamiento suficiente de creencias y valores entre los distintos miembros del grupo. La justicia, como reconocimiento intersubjetivo de aquellas prácticas y regulaciones de la convivencia que merecen un asentimiento racional entre todos los seres humanos, ha de dejar paso a la más modesta y realista lealtad a un grupo de referencia⁵⁰. El liberalismo ilustrado se enfrenta al racionalismo ilustrado por el carácter local, sustantivo, de su oferta moral, frente a la vacuidad del universalismo de la justicia.

Lo relevante en todo el discurso práctico de Rorty es el énfasis que pone en el hecho de que las identidades de los individuos, sus auto-descripciones, se construyen siempre con el auxilio de un contexto de socialización. Toda moralidad de partida es, en términos de Michael Walzer, una moralidad «densa»⁵¹, esto es, parte de una historia con-

klung des okzidentalen Rationalismus, Mohr, Tübingen, 1979), parece asimilar conquista de la separación de las esferas de la racionalidad con la triunfal historia del racionalismo occidental. Para Habermas, este contexto de descubrimiento particular no comprometería la justificación universalista de los logros de la racionalidad occidental a la humanidad en su conjunto.

⁴⁸ La visión de Rorty se aproxima así a la lectura del diálogo que hace entre nosotros Javier Muguerza, para quien éste puede servir como espacio para la constatación de las diferencias, frente a la *vis* allanadora de la diferencia que encontramos en Habermas. Así, en su ensayo «Filosofía y diálogo», en *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, pp. 103-109.

⁴⁹ «La justicia como lealtad ampliada», en *Pragmatismo y Política*, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁰ «... los liberales pueden convencer a nuestra sociedad de que la lealtad a ella es suficiente moralidad, y que semejante lealtad no precisa ya un respaldo ahistórico. Creo que deberían intentar sacudirse la acusación de irresponsabilidad convenciendo a nuestra sociedad de que sólo tiene que ser responsable ante sus propias tradiciones, y no también ante la ley moral», «Liberalismo burgués postmoderno», en *Objetividad, relativismo y verdad*, *op. cit.*, p. 270.

⁵¹ Para la distinción entre moralidad «densa» y moralidad «tenue», véase Michael WALZER, *Thick and Thin. Moral arguments at home and abroad*, University

creta y detallada que todos podemos contar para darnos a conocer como particulares *selves*⁵². El enjuiciamiento de las diferencias moralmente relevantes sólo puede llevarse a cabo entre aquellos que pueden describirse densamente⁵³. En este sentido, el maximalismo de una moralidad densa es el punto de partida imprescindible de toda autocomprensión, pero no sólo eso: no cabe pensar que el minimalismo, la moralidad tenue, pueda llegar a suplir ese fundamento sustantivo, anclado en la particularidad, con la ayuda de la suficiente imaginación y la renuncia consiguiente de los estándares propios. Lo universal, en otras palabras, no deroga la necesidad de lo particular: es más un producto de él, una parte, importante, pero no central, de nuestra autocomprensión cultural propia, y no puede llegar a desenraizarse, hasta comprenderse como algo separado e independiente de ella⁵⁴. De ahí que el universalismo no represente, al cabo y a la postre, nada diferente de un rasgo particular estilizado de la cultura de occidente, válido, eso sí, a efectos de facilitar la conversación fructífera y el intercambio fluido con otras moralidades densas, en parte coincidentes con la nuestra –precisamente, en la parte constituida por la moralidad tenue.

En términos rawlsianos, que Rorty trae expresamente a colación, la moralidad tenue constituye el ámbito de consenso entrecruzado entre distintas concepciones del bien. Se articula en ocasiones especiales, cuando es preciso el diálogo sobre cuestiones candentes para la convivencia, que no pueden ser resueltas apelando a las doctrinas comprensivas particulares, en los casos en los que tiene lugar lo que Rorty preferiría llamar un «conflicto de lealtades».

Asumiendo el compromiso jeffersoniano de Rawls, Rorty cree en la necesidad de preservar el diálogo socrático entre las distintas culturas y modos de vida, sin por ello renunciar a las moralidades densas, insustituibles en su importante tarea socializatoria en virtud de las pertenencias que suministran. No podemos solventar el conflicto entre lealtades apelando a una instancia trascendente, categóricamente distinta, como sucede en el recurso a las obligaciones morales universales. Pero sí podemos entablar tratos con otras culturas⁵⁵. Por descontento, el contextualismo fuerte que sostiene Rorty le obliga a mantener a ultranza la referencia última a la moralidad densa *a quo*, como trasfondo real de cualquier propuesta de diálogo⁵⁶. De modo innegable,

of Notre Dame, Notre Dame, 1994 (trad. cast. de Rafael del AGUILA, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza, Madrid, 1996), en especial, pp. 33-51, para las caracterizaciones introductorias.

⁵² «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 110.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Me parece crucial plantear la pregunta de si esa insistencia de la moralidad densa está en condiciones de asegurar adecuadamente la necesaria distinción entre una moralidad positiva y una moralidad crítica, con la consiguiente flexibilización de

esto lastra las mismas posibilidades y límites de la conversación, por cuanto no todos los interlocutores posibles están en condiciones reales de emprender comunicaciones en pie de igualdad con nosotros. Y no lo están por el hecho de que no hay comunicación sin un sustrato común mínimo de creencias e interpretaciones compartidas⁵⁷. El sentido de la moralidad tenue, en esta línea, ha de entenderse como confluencia de mínimos entre culturas densamente descritas, resultado de algo así como un consenso entrecruzado de eticidades sustanciales⁵⁸.

5. ETNOCENTRISMO LIBERAL Y LÍMITES DE LA CONVERSACIÓN COSMOPOLITA. EL «LIBERALISMO BURGUÉS POSTMODERNO» DE RORTY

La interpretación que Rorty hace del proyecto cosmopolita de John Rawls, plasmado en su obra *The Law of Peoples*⁵⁹, incide en esta idea de un solapamiento mínimo como sustrato funcional necesario del diálogo entre formas de vida. Las culturas llamadas a la mesa de las negociaciones han de observar un sustrato de afinidades mínimas en

las tradiciones conformadoras de la identidad. Cabría preguntarse si Rorty no está sospechando más homogeneidad tras las culturas de las que realmente existen, y más estabilidad de la que pueden merecer más allá de la inevitable inercia histórica. Las similitudes historicistas entre su liberalismo y la hermenéutica de un Gadamer son muy claras. Lástima que pierda de vista las críticas formuladas en los setenta por la ciencia social crítica de Habermas a propósito de la necesidad de examinar reflexivamente las tradiciones y demás contenidos simbólicos de la cultura, con la vista puesta en una «apropiación crítica» de lo mejor de ellas.

La respuesta de Rorty consiste en admitir expresamente que la moralidad crítica, el «mejor nosotros» está ya contenido en nuestra moralidad densa, y nos opone a una imagen que puede entrar en conflicto con los dictados de la mayoría. El problema es el de la practicidad de tal fórmula si se conforma con la marginalidad de una narración alternativa, estetizante, sin mayor fuerza ni deseo de desencadenar procesos de ilustración y autocuestionamiento en el imaginario colectivo.

⁵⁷ Walzer, al que Rorty sigue en este punto, habla del «minimalismo moral» como reconocimiento común de principios y reglas reiterados en diversos tiempos y lugares, y que se consideran similares pese a venir reflejados en diferentes idiomas y ser productos de historias diversas, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁸ «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 119. Conviene recordar, de nuevo, que en ningún caso, para Rorty, este concepto tenue valdría para establecer criterios de discriminación y enjuiciamiento, con lo que sería inútil para solucionar dilemas morales. El conflicto de lealtades, que es el que al cabo se plantea, sólo podría ser resuelto, como veremos más adelante, no por el tránsito a una moralidad tenue, sino desde dentro de una eticidad concreta, por vía de su ampliación reflexiva y empática.

⁵⁹ John RAWLS, *El Derecho de gentes*, Paidós, Barcelona, 2001. Para una crítica del modelo cosmopolita de Rorty, centrado en su cortedad de miras, y en la renuncia a los compromisos liberales más sustanciales, véase el ensayo de Thomas MCCARTHY, «Unidad en la diferencia: reflexiones sobre el derecho cosmopolita», en *Isegoría*, núm. 16, 197, en especial pp. 41 y ss.

su grado de razonabilidad. Esto declararía «la pertenencia de aquellas sociedades cuyas instituciones vinieran a englobar la mayoría de los logros de occidente conseguidos en los últimos dos siglos desde la Ilustración»⁶⁰. Rorty va aún más lejos, y llega a la afirmación de que la irracionalidad no es otra cosa que la ausencia de una superposición suficiente para hacer posible una conversación provechosa⁶¹. Esto sucede cuando «no logramos descubrir en nuestro oponente a alguien “razonable”, esto es, lo suficientemente similar a nosotros como para encontrarle sentido a una negociación de las diferencias que nos permita vivir en paz y sentirnos vinculados al acuerdo así obtenido»⁶².

La conversación cosmopolita exhibe, pues, unos límites muy claros. Rorty cree poder salvar lo mejor de las tradiciones tolerantes de nuestra cultura: así, si de un lado la lealtad sigue obrando como vehículo de cohesión, lo que nos conduce a adscripciones bien reconocibles por parte de los individuos; de otro, pueden rastrearse, a modo de propuesta de moralidad tenue, aquellos rasgos de nuestro «mejor nosotros» que auspicien la expansión del círculo de nuestras lealtades. Rorty plantea un modelo geométrico de círculos concéntricos⁶³, en los cuales la gente se hace progresivamente capaz de conversar entre sí, merced al solapamiento de creencias y el reconocimiento de necesidades compartidas. Conviene no perder de vista que el punto de partida, el centro, lo constituye la familia, comunidad de adscripción mínima, y fuente innegada de derechos y obligaciones prácticas por excelencia⁶⁴. La racionalidad tres, ya aludida, serviría por su parte, completando este dibujo, a la expansión gradual de nuestro concernimiento hacia los otros, sin otro término que la ficción práctica encarnada por el género humano⁶⁵. La tensión entre el momento particularista de la adscripción local, y la *vis* expansiva de una lealtad ampliada y una racionalidad intercultural queda así servida.

Rorty, sabedor de las dificultades de su empeño, llega incluso al establecimiento de papeles sociales para la ampliación de esa imaginación moral que nos permitiría fundar una comunidad más inclusiva: los «agentes del amor»⁶⁶. Estos incluyen a todos aquellos especializados en captar y apreciar las diferencias allí donde se encuentren.

⁶⁰ «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 114.

⁶¹ *Ibid.*, p. 122.

⁶² *Ibid.*, p. 120.

⁶³ RORTY expone por menudo su propuesta en «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.* Este modelo de expansión del concernimiento social ha sido rastreado por Martha Nussbaum hasta el estoico Hierocles. En NUSSBAUM, no obstante, estos círculos son reconocidos como preexistentes en su diferencia, y son atraídos hacia el centro, y no simplemente creados por el crecimiento paulatino de nuestra conciencia. «Patriotismo y cosmopolitismo», en *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 20.

⁶⁴ «Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, p. 209.

⁶⁵ Concernimiento universal que no tendría por qué detenerse, en principio, tan sólo en los seres humanos, y que podría llegar a abarcar a todos los entes vivos.

⁶⁶ «Sobre el etnocentrismo...», *op. cit.*, p. 279.

El prototipo es el antropólogo, el etnógrafo, pero también comparten esta tarea otros intelectuales avezados en el reconocimiento imaginativo de las distintas especialidades de lo humano: críticos literarios, novelistas, etcétera. No en vano, el nuevo héroe social de Rorty, el liberal ironista, no es ya el filósofo o el político, sino el poeta⁶⁷. El ironista emprende la labor de sustituir las viejas metáforas, y las antiguas apelaciones metafísicas (a principios o argumentos) por la asimilación de la convención y la anécdota, más definitorias de la particularidad local⁶⁸.

Lo significativo, a mi entender, en la propuesta de Rorty es el mantenimiento, pese a la deriva de las metáforas, de la comunidad local, con sus creencias y moralidades densas, como *locus* integrativo. En su peculiar clave contextualista y hegeliana, Rorty nos advierte de que el fundamento de la dignidad reside únicamente en la identificación de nuestras creencias y deseos con los de otros miembros del grupo. La dignidad de la persona, frente al kantismo, es meramente derivativa, esto es, viene prestada por la pertenencia a un colectivo de socialización. Los grupos poseen rasgos diferenciales, en torno a los cuales construye su autoimagen privada, sostén de la identidad no patológica del individuo, y «las personas», en palabras de nuestro autor, «tienen dignidad en tanto comparten los efectos de contraste de esa dignidad del grupo»⁶⁹.

Este modelo hegeliano de dignidad como reconocimiento de pertenencias posee, innegablemente, un anclaje motivacional más fuerte para la identidad de individuos y colectivos que el kantiano, basado en el poder de las razones morales y en la apelación a la inclusión en comunidades ideales (el «reino de los fines»), abarcadoras de todos los seres humanos como portadores de una esencia racional común. Y sin embargo, el precio a pagar por este refuerzo integrativo es, a mi entender, demasiado elevado. De un lado, presupone una homogeneidad en las propias tradiciones muy sospechosa, cuando no abiertamente irreal. El «liberalismo burgués postmoderno» que Rorty sostiene no es un bloque sin fisuras, perfectamente homogéneo, y no pasa de ser una urdimbre, continuamente tejida y destejida, de propuestas falibles de interpretación, contingentes en el tiempo histórico y al albur de las par-

⁶⁷ *Contingencia, ironía y solidaridad*, op. cit., p. 79.

⁶⁸ RORTY no desdeña de modo absoluto el poder retórico de los principios generales y los conceptos abstractos, en áreas tales como la Constitución o la educación cívica, «Liberalismo burgués postmoderno», p. 272.

⁶⁹ «Liberalismo burgués postmoderno», op. cit., p. 271. RORTY insiste en otro lugar en que la identidad personal se cimenta en un sentimiento de lo que no se es. «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», op. cit., p. 129. La identidad es algo que se construye monológicamente, y no a través de la intersubjetividad de la comunicación, como sucede en Habermas. El monologismo se refuerza cuando se constata más adelante que el interés que suscita el contacto con *alter* para construir el yo sólo es relevante a efectos de indagar la imagen que el otro tiene de mí, con lo que el rodeo intersubjetivo redundará tan sólo en mí, y no tiene mayores implicaciones en el descubrimiento comprometido de lo que los otros son. El planteamiento recuerda al de Mead, pero con un sesgo instrumentalista que creo que estaba ausente en su predecesor pragmático.

ticulares circunstancias locales. Tampoco me parece de recibo la postergación que Rorty practica de las ambigüedades de nuestra tradición, que jalonan su vida histórica con más sombras que luces. La ingenuidad de la visión ilustrada de Rorty contrasta con lecturas más apocalípticas y atentas a los desvaríos de una razón funcionalista llevada al paroxismo en su avasallamiento hacia otras formas de vida, o a veces, hacia sí misma. Los nombres de Horkheimer y Adorno, y su *Dialéctica de la Ilustración*, o de Benjamin con sus *Tesis de Filosofía de la Historia*⁷⁰ —con su recordatorio de la historia de la civilización como historia de la barbarie— son harto elocuentes de este pasado ambiguo en el que se cimenta nuestra historia presente. Sin llegar a recaer en la condena de la Ilustración como artefacto de la razón instrumental, sin una salida posible, conviene no echar en saco roto la reivindicación de una lectura de la historia menos complaciente y más atenta al valor de las tradiciones. Rorty parece practicar, en contra de esta intuición, una convalidación de todo sentido avalado tan sólo por una supuesta funcionalidad histórica, la cual no puede ser sino instrumental. Y estamos lejos de considerar la funcionalidad como único baremo de enjuiciamiento del progreso histórico, o al menos eso espero.

La necesidad de partir y llegar a una comunidad local determina la apuesta abierta y declaradamente etnocéntrica de Rorty. «No podemos saltar fuera de nuestra propia piel democrática social occidental cuando encontramos otra cultura, y tampoco deberíamos intentarlo»⁷¹. La ausencia de una plataforma transcultural desde la que fundar la pertenencia a un género común, y el rechazo de metanarrativas metafísicas, más allá de las metáforas con que cada cultura novela su biografía particular, signan el destino de cualquier tentativa de superar el etnocentrismo. Éste aparece, pues, y en primer término, como un presupuesto epistemológico de partida. Pero, si avanzamos algo más en el sentido de las propuestas de Rorty, alcanzaremos a descubrir que hay mucho más que eso. El etnocentrismo, y esto es tanto o más comprometedor, es un postulado *moral*.

El etnocentrismo epistémico parece abocarnos a una pluralidad de visiones del mundo en pie de igualdad, al relativismo más absoluto, en el que ninguna forma cultural puede pretender la supremacía sobre las demás. Para Rorty, el relativismo entendido como igualdad de valor de las teorías filosóficas está garantizado por la inutilidad de todas ellas⁷². Pero no sucede lo mismo cuando se habla de teorías

⁷⁰ Theodor W. ADORNO y M. HORKHEIMER, *Dialéctica de la Ilustración: fragmentos filosóficos*, Madrid, Trotta, 1994; W. BENJAMIN, «Tesis sobre la filosofía de la historia», en *Discursos ininterumpidos I*, Madrid, Taurus, 1989.

⁷¹ «Cosmopolitismo sin emancipación: respuesta a Jean-Françoise Lyotard», en *Objetividad, relativismo y verdad*, *op. cit.*, p. 287.

⁷² Inutilidad marcada por la imposibilidad, recordémoslo una vez más, de distinguir lo que las cosas son en sí, y las relaciones con que se encuentran con otras cosas, en particular, con los intereses humanos. «Relativismo: descubrir e inventar», en *Debate sobre la situación de la filosofía*, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

explicativas de cada forma cultural, de esas narrativas que cada grupo escoge para comprenderse a sí mismo y definir su proyecto vital⁷³. Aquí cabe y debe realizarse una evaluación de las propuestas sobre sus posibles ventajas y desventajas, con lo que las culturas se tornan objeto de comparaciones y de las consiguientes jerarquías normativas⁷⁴. Rorty no tiene muchas dudas al respecto, por lo que pierde el embozo de la equidistancia moral y manifiesta en toda su crudeza sus convicciones eurocéntricas⁷⁵.

Unas cuantas muestras bastarán para dar cuenta del alcance de sus creencias:

«... el relativismo parece ser incompatible con el hecho de que nuestra cultura de los derechos humanos, la cultura con la que nos identificamos en democracia, es moralmente superior a otras culturas. Estoy muy de acuerdo en que la nuestra es moralmente superior, pero no creo que esta superioridad favorezca la existencia de una naturaleza humana universal»⁷⁶.

«... el pragmatista sólo puede responder a la pregunta: «¿qué dota a Europa de tanta importancia?» con otra pregunta: «¿Hay alguna propuesta no europea que satisfaga mejor *nuestros* propósitos europeos?»⁷⁷.

«... creo que la retórica que los occidentales usamos para tratar de hacer a todo el mundo más similar a nosotros mejoraría si fuéramos más francamente etnocéntricos y menos pretendidamente universalistas. Sería mejor decir: así es como somos en occidente... Si decidiérais tratarlas (a las gentes) así puede que el resultado os gustara»⁷⁸.

«Finalmente, nuestra especie ha estado creando una naturaleza para sí especialmente buena –la creada por las instituciones del Occidente liberal–»⁷⁹. «Los pragmatistas deweyanos nos animan a concebirnos como una parte de una serie de proyectos históricos que gradualmente abarcarán a toda la especie humana, y están dis-

⁷³ «Pragmatismo, relativismo e irracionalismo», en *Consecuencias del Pragmatismo*, *op. cit.*, pp. 249-250. Las teorías explicativas se establecen tras un arduo esfuerzo social, y no podemos afirmar un relativismo moralmente indiferente cuando están en juego propuestas de cambio político y utopías sociales. RORTY sostiene que «no puede afirmarse que cada comunidad es tan buena como cualquier otra, sino tan sólo que hemos de actuar a partir de las redes que somos, y de las comunidades con que nos identificamos», «Liberalismo burgués postmoderno», *op. cit.*, p. 273.

⁷⁴ Con lo que traiciona su abandono de la racionalidad dos, bajo el pretexto de la presunta neutralidad del funcionalismo que le sirve para medir los logros y déficit de cada cultura en comparación con todas las demás. Esto es un momento más del prejuicio positivista a que ya aludí más arriba.

⁷⁵ Rorty siempre comprende en su eje etnocéntrico a Europa y los Estados Unidos, por lo que a veces emplea el término eurocentrismo como equivalente al etnocentrismo occidental.

⁷⁶ «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», *op. cit.*, p. 121.

⁷⁷ «Pragmatismo, relativismo e irracionalismo», *op. cit.*, p. 256.

⁷⁸ «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 123.

⁷⁹ «Cosmopolitismo sin emancipación...», *op. cit.*, p. 288.

puestos a argumentar que el vocabulario que utilizan los demócratas sociales occidentales del siglo XX es el mejor vocabulario que ha encontrado la especie hasta el presente...»⁸⁰.

Así las cosas, Rorty propone la adhesión sin ambages a lo que él denomina «liberalismo burgués postmoderno», que entiende como un «intento hegeliano de defender las instituciones y prácticas de las prósperas democracias del Atlántico Norte sin utilizar apoyos kantianos». El constructo lingüístico da razón, de una vez, de todas sus intuiciones filosóficas: el liberalismo político, como resumen de la esperanza liberal, sin apoyos kantianos; lo «burgués» como conjunto de condiciones socioeconómicas de emergencia y justificación de instituciones y prácticas; y lo «postmoderno» como recusación de las metanarrativas que tratan sobre inexistentes entes nouménicos⁸¹. El liberalismo burgués postmoderno nos permite gozar de las ventajas de las mejores metáforas de la ilustración europea sin desdeñar las adscripciones locales más fuertes como sostén de una identidad de la que nos orgullecemos ante el resto de la humanidad. Nos permite conjurar el peligro de la tabla rasa de un relativismo desbocado y del fundamentalismo de una tradición filosófica, la metafísica kantiana y sus aledaños, que fían la superioridad de nuestras tradiciones al hallazgo de una imposible racionalidad transcultural y ahistórica.

El liberalismo burgués postmoderno resume en sí mismo una paradoja autorreferencial: como creencia política es en sí una manifestación cultural más, lo que no es sino la consecuencia de la supresión de la distinción, practicada por la propia tradición filosófica liberal, entre sesgos culturales y juicios racionales. Rorty no puede sino insistir en la contingencia y la excentricidad de los resultados de nuestras prácticas y creencias, recluyéndose de nuevo en la funcionalidad probada de nuestra propuesta, y en la dignidad comparativa de la cultura de Occidente frente a otras. Los ideales de la justicia procedimental y de la igualdad son así tan sólo —lo que no es precisamente poco— «realizaciones culturales de carácter grupal, reciente y excéntrico». Pero esto no lastra su innegable *vis* expansiva, pues el hecho de que sean locales y ligados culturalmente, no merma la convicción de que constituyen «la mejor esperanza de la especie»⁸².

Esta autorrestricción consciente del liberalismo burgués postmoderno declara su respeto al compromiso jeffersoniano, pues cumpliría con señalar las ventajas prácticas de las instituciones occidentales para la convivencia entre los individuos y culturas, sin entrometerse en las concepciones del bien de los demás⁸³. Sin embargo, esta autolimitación,

⁸⁰ *Ibid.*, p. 295.

⁸¹ «Liberalismo burgués postmoderno», *op. cit.*, p. 269.

⁸² «Sobre el etnocentrismo...», *op. cit.*, p. 282.

⁸³ Pero sólo en apariencia, pues tras esa propuesta aparentemente neutral se agazapa una concepción particular del bien, la representada por el mismo liberalismo

lejos de buscar una acomodación respetuosa de las diferencias, parece delatar más bien la desconfianza de Rorty hacia el pluralismo valorativo, como tendremos ocasión de constatar. La neutralidad se mantiene así al amparo de los embates disgregadores de las concepciones múltiples de la vida buena que pululan dentro y fuera de nuestra sociedad liberal. No podemos interpretar de otro modo su peculiar diseño de un procedimentalismo que sirve a la tarea de que las diferencias no representen amenaza alguna para las instituciones liberales, al quedar ajenas a su diseño y funcionamiento⁸⁴. Pero no adelantemos acontecimientos.

6. ORDEN COSMOPOLITA Y DIVERSIDAD CULTURAL: DE BAZARES Y CLUBES

Tras el abandono de toda sustancia filosófica y la declaración de contingencia de la tradición, el núcleo de la utopía liberal queda reducido para Rorty a la identificación de las formas de crueldad y humillación, y a la reivindicación del reconocimiento intersubjetivo⁸⁵.

Esta clave explica al mismo tiempo la insistente reclamación de las nuevas formas de escritura, como construcción poética del yo, y la misma comprensión de la filosofía como género literario. La caducidad de la explicación filosófica como modo de entender el yo y el mundo ha de venir equilibrada por la búsqueda de nuevos modos de servir a la autenticidad de un *self* que estalla en una multitud de proyectos de autorrealización individual. Los nuevos relatos pretenden acercarnos a la comprensión más cabal de la urdimbre que somos, o mejor dicho, en la que siempre podemos elegir convertirnos.

burgués postmoderno. La contradicción pragmática sólo podría ser soluble al precio de reconocer una dualidad de planos de integración, uno moral y otro propiamente ético, al modo de Habermas o Rawls. O eso, o nos remitimos, como hace Rorty, a expresar un *fiat* sin condiciones a una propuesta que no puede recibir nada que no sea una estricta fundamentación circular.

⁸⁴ Así, en «Sobre el etnocentrismo...», *op. cit.*, p. 283: «Podemos sugerir que la UNESCO conciba la diversidad cultural a escala universal a la manera en que nuestros antepasados de los siglos XVII y XVIII concibieron la diversidad religiosa a escala del Atlántico: como algo simplemente a *ignorar* a los efectos del diseño de las instituciones políticas».

⁸⁵ Rorty sostiene, con Judith Shklar, que el liberal es aquella persona que piensa que la crueldad es la peor cosa que puede hacer (*Contingencia, ironía y solidaridad*, *op. cit.*, p. 92), de modo que todos los compromisos públicos se contraen a esta tarea y a la solidaridad que se genera frente a las humillaciones sentidas y que se traducen en la necesidad de reparar las relaciones de reconocimiento entre las personas. Creo que esta vinculación entre crueldad, solidaridad y reconocimiento que vertebra la propuesta de liberalismo de Rorty hunde sus raíces en el Hegel del prólogo de la *Fenomenología del Espíritu*. Sobre esta filiación de las políticas del reconocimiento, recomiendo vivamente el libro de AXEL HONNETH *Die Kampf um Anerkennung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992. (Hay traducción castellana *La lucha por el reconocimiento*, Crítica, Barcelona, 1997.)

En una visión naturalizada del hombre, lo que nos promociona en nuestra animalidad es únicamente la capacidad para reconocer el dolor y la humillación que sufren los que conviven en nuestro entorno⁸⁶, otros humanos, animales o plantas. El deseo de entender, siquiera por la vía de empatía, el sufrimiento de los otros, para reconstruirnos de una forma más rica, nos empuja a ampliar nuestros léxicos últimos, nuestras autodescripciones y nuestras relaciones humanas⁸⁷. En esta clave, la tarea del intelectual consiste en «incrementar nuestra aptitud para conocer y describir las diferentes especies de cosas en torno a las cuales individuos y comunidades hacen girar sus fantasías y sus vidas»⁸⁸.

Finalmente, el progreso moral vendría a consistir, no en la expansión de un cosmopolitismo basado en la posesión de una facultad racional común, sino en un acrecentamiento de la solidaridad humana, entendida como la capacidad para percibir cada vez con mayor claridad que las diferencias tradicionales carecen de importancia cuando se las compara con las similitudes referentes al dolor y la humillación⁸⁹.

El instrumento del que hemos de servirnos para aumentar esta empatía hacia cada vez más sujetos es la *imaginación moral*. Frente al intelecto racional, que sirvió a las metáforas del descubrimiento y del conocimiento del mundo, Rorty trae a la imaginación, arrojada a los infiernos de la irracionalidad tras la crítica kantiana a Hume, y ahora recuperada como novedoso soporte de la moral y el yo, de vuelta al escenario. La imaginación, fundamento de la «racionalidad tres» –la capacidad de no desconcertarse por las diferencias e integrarlas creativamente– se convierte en centro de gravedad teórico y práctico, y con ella, la invención frente al descubrimiento, y la esperanza frente al saber. Esta imaginación es estimulada por los relatos de los agentes de

⁸⁶ Rorty llama repetidamente la atención sobre la desatención de la filosofía moral moderna al hecho del sufrimiento de los extraños. «Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad», *op. cit.*, p. 127. Para nuestro autor, no podemos tener por objeto hacer lo que es correcto, pero sí una mayor sensibilidad al dolor, incorporando a cada vez más gente a nuestra comunidad merced a esta tarea incesante. «Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, p. 214.

⁸⁷ Los ironistas se caracterizan por el temor a quedar atascados en sus léxicos comunitarios últimos, y de ahí su impronta historicista y nominalista, su convicción básica de la contingencia de sus imágenes. Los cánones de modelos morales son objeto de continua revisión, de la mano, fundamentalmente, de las aportaciones de los críticos literarios y de todos aquellos que están en situación de informarnos de personas, familias y comunidades desconocidas. *Contingencia, ironía y solidaridad*, *op. cit.*, pp. 98-9.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 111.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 210. En otros lugares, Rorty habla de nuevo de la necesidad de empequeñecer las diferencias, invocando lo que se comparte frente a lo que nos separa, pero siempre huyendo de la postulación de una humanidad común. Así, en «Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, p. 221.

la diferencia⁹⁰, antropólogos, críticos literarios, y todos aquellos capaces de hacernos accesibles las descripciones densas⁹¹ con que se entienden los miembros de otras formas de vida diferentes de la nuestra.

La imaginación moral parece estar en la base de la expansión de nuestras lealtades a comunidades cada vez más inclusivas de individuos. El reconocimiento de lo que nos asemeja a los otros, el descubrimiento de lo que les es más intrínsecamente propio, parece colocarnos en situación de sentirnos concernidos por los anhelos y privaciones de los que poco antes eran ajenos a nuestra curiosidad y planes prácticos. Las técnicas cosmopolitas que adquirimos por esta vía de socialización empática representarían aparentemente el baluarte más firme para la extensión del liberalismo a la humanidad como término último de nuestros círculos de concernimiento⁹².

Esta interpretación en clave cosmopolita, no obstante, traiciona la intención auténtica de Rorty, y lo hace desde el momento en que traemos a nuestro recuerdo el etnocentrismo decidido por el que aboga. La única forma de tornar compatibles ambas intuiciones, aparentemente irreconciliables, consistiría en emprender una relectura en clave funcionalista de la imaginación moral y de la diversidad cultural. En este sentido, ambas deben servir, en primer término, a la conformación más adecuada o más eficaz de nuestras comunidades culturales occidentales o al menos deben entenderse de acuerdo a las claves que ésta proporciona. Si analizamos con algo de atención la propuesta de Rorty veremos que la estación de partida y el término de llegada de sus afirmaciones es el ofrecido por nuestra forma de vida, de modo que los beneficios del conocimiento intercultural que pudieran llegar a producirse redundan primero en nosotros, y quizás derivativamente, en los participantes en otras formas de vida.

Creo que esta interpretación es la que mejor se ajusta al pragmatismo de Rorty, y a su concepción de un yo en proceso continuo de adaptación a las presiones del entorno junto con los restantes miembros de su comunidad de vida. Conocer mejor al otro, al diferente, facilita una

⁹⁰ O «agentes del amor», entendidos como especialistas en la diversidad, y opuestos a los agentes de la justicia, orientados a la universalidad. «Sobre el etnocentrismo: respuesta a Clifford Geertz», *op. cit.*, p. 279.

⁹¹ Clifford Geertz ha desarrollado desde su célebre «Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura», (*La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 1996, pp. 19-40) la idea de que la traducción de las diferencias entre culturas implica un reconocimiento de éstas en su irreductibilidad, lo que, por supuesto, no desemboca en la indiferencia o en la negativa a entenderse. El acceso interpretativo permite, no la empatía del ingenuo y errado «convertirse en un nativo», pero sí el desvelamiento de suficientes claves como para permitir la comprensión. Véase, al respecto, junto con la obra citada, *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 1994 y la más reciente *Available Light. Anthropological Reflections on philosophical Topics*, Princeton University Press, Princeton, 2000.

⁹² Rorty habla de la necesidad de distinguir el universalismo del alcance universal, por el que sí abogaría, en ese movimiento de expansión de los círculos concéntricos que la justicia representa. «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 116.

habitabilidad global que inevitablemente incluye una referencia cada vez más insistente y compleja a la alteridad. El desconocimiento es en este caso garantía de fracaso adaptativo, de rigidez frente a los cambios, y de torpeza en el necesario manejo de las circunstancias del entorno⁹³.

La justicia procedimental comparte estas claves funcionalistas en su génesis y justificación. Ésta desactiva las diferencias en la medida en que incorporan un potencial de amenaza sobre las lealtades del grupo, pero en medida alguna representa, como sí es el caso en el bando neokantiano, un mecanismo para generar legitimidad o integración social. Esto queda, hegelianamente, del lado de las visiones sustanciales y homogéneas que proporcionan las culturas respectivas. Según Rorty, la imaginación moral estaría en condiciones de abrir las puertas a la justicia procesal a personas hasta entonces excluidas de ella, toda vez que se ha desactivado lo genuinamente irreductible de la diferencia. Se trata de favorecer el ejercicio y disfrute de la dignidad comunitaria a estos recién llegados, integrados a título de «posibles interlocutores»⁹⁴.

Tras esta admisión al procedimiento, las concepciones particulares del bien quedan salvaguardadas en el ámbito de la privacidad de cada uno, con lo que la pluralidad queda empujada, en este caso, hacia el exilio interno de la conciencia personal, y no perjudica la autocomprensión pública imperante⁹⁵. Sólo así se entiende que Rorty pueda llegar a afirmar que la diversidad cultural a escala global es algo que

⁹³ «Todo lo que deberíamos intentar hacer (cuando nos encontramos con otra cultura) es penetrar en los habitantes de esa cultura lo suficiente como para hacernos una idea de qué aspecto tenemos para ellos, y si ellos tienen ideas que podamos utilizar». «Cosmopolitismo sin emancipación», *op. cit.*, p. 287.

No me resisto a citar un ejemplo aportado por Rorty para poner a las claras el sentido y alcance de nuestra necesaria comprensión de las diferencias culturales en el interior de nuestras sociedades. «Para otro ejemplo de contaminación fructífera podríamos considerar el tipo de Estados Unidos que podríamos tener a mediados del siglo que viene, un período en el que los *yuppies* estadounidenses pueden necesitar no sólo aprender japonés, sino saber mucho sobre cultura tradicional japonesa, para conseguir ascensos en una economía estadounidense cuyos propietarios y directores serán japoneses americanizados». «Una visión pragmatista de la racionalidad y la diferencia cultural», *op. cit.*, p. 102, nota 26 *in fine*.

⁹⁴ «Sobre el etnocentrismo...», *op. cit.*, p. 279.

⁹⁵ En el modelo liberal de Habermas, por ejemplo, no existe una separación tajante entre lo público y lo privado, en el sentido de que lo que pertenece a cada esfera es algo que ha de ser compulsado ya en el interior de discursos públicos. Sólo allí se definen las diferencias relevantes, que han de ser objeto de un tratamiento jurídico-político y se postergan el resto como puramente privadas. Llega así a hablarse de una constitución cooriginaria de las autonomías pública y privada. Sobre todo ello, *Facticidad y Validez*, en especial, capítulo cuarto. Esta escisión puede y ha de ser objeto de una revisión permanente. Así, los problemas de violencia doméstica, antes puramente privados, van «publicándose», y lo mismo sucede con las diferencias de roles de género o de orientación sexual. Seyla Benhabib ha analizado con sagacidad este modelo de espacio público más atento a las diferencias. «Models of public space: Arendt, the liberal tradition and J. Habermas», en CRAIG CALHOUN (ed.), *Habermas and the public sphere*, MIT Press, Cambridge, 1993.

en modo alguno afecta al diseño de las instituciones políticas liberales, toda vez que descrea de las posibilidades de construir algo así como una comunidad internacional⁹⁶. Las condiciones de razonabilidad o decencia, que son a la postre condiciones de comunicación posible entre los que no son demasiado diferentes⁹⁷, permiten una restricción en el diálogo liberal, y la preservación de una homogeneidad mínima entre los participantes en los mecanismos de formación de la voluntad colectiva⁹⁸. A lo más, se produce un movimiento de toma y daca de opiniones razonables, un vaivén ligero y no demasiado comprometedor que recuerda al rawlsiano «equilibrio reflexivo»⁹⁹.

En resumen, el pluralismo cultural no arrastra una modificación sustancial de nuestra autocomprensión liberal occidental. Rorty sentencia que «las personas sólo pueden cambiar racionalmente sus creencias y deseos manteniendo constantes la mayoría de estas creencias y deseos»¹⁰⁰. La tradición occidental asume que sólo puede llegar a aspirar a modificar su orientación desde dentro, reformulando experimentalmente su vocabulario, que es, al fin y al cabo, «el mejor que ha encontrado la especie hasta el presente»¹⁰¹.

Rorty es perfectamente consciente de la condescendencia que su peculiar visión de la tolerancia liberal incorpora, y lejos de desmentirla, se atrinchera en la arrogancia de que cualquiera preferiría nuestro peculiar juego de lenguaje en el caso de que pudiera conocerlo lo suficiente:

«Podemos concebir que el nativo anterior a la escritura ha sido persuadido en vez de forzado a convertirse en cosmopolita en la medida en que, una vez ha aprendido a jugar los juegos de lenguaje de Europa, decide abandonar aquellos que jugó antes –sin que le

⁹⁶ «Sobre el etnocentrismo...», *op. cit.*, p. 283. Rorty deja bien a las claras que, frente a los intentos de imponer un orden cosmopolita, sólo cabe reconstruir la sociedad civil (occidental, burguesa) para dar cabida a las nuevas diferencias aprendidas o entrevistas. Esto va en la línea de apuntar los beneficios del interculturalismo al haber de nuestras sociedades, y no al de una supuesta e inexistente comunidad global.

⁹⁷ La expansión del círculo del «nosotros» nos urge a encontrar en el oponente a alguien razonable, esto es, lo suficientemente similar a nosotros como para encontrarle sentido a una negociación de las diferencias que nos permita vivir en paz y sentirnos vinculados al acuerdo así obtenido. Son, al menos en cierto grado, dignos de confianza. «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 120.

⁹⁸ Las creencias y deseos han de compartirse en la medida mínima que permita disponer de suficientes recursos para auspiciar un acuerdo sobre cómo coexistir sin violencia. La irracionalidad equivale para Rorty a la ausencia de tal superposición suficiente para hacer posible una conversación provechosa. «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 122.

⁹⁹ Creo que esto es lo que parece sugerirse de estas líneas: «los chinos, los cashinahua y los galácticos tendrán sin duda sugerencias sobre qué nuevas reformas se necesitan, pero no tenderemos a adoptar estas sugerencias hasta que hayamos conseguido encajarlas en nuestras aspiraciones democráticas occidentales, mediante algún tipo de prudente toma y daca». «Cosmopolitismo sin emancipación...», *op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 295.

amenace con la pérdida de alimento, cobijo o Lebensraum si toma la decisión contraria ¹⁰².»

No me parece precisamente menor la cuestión de si estamos en condiciones de atraer a todos extraños a nuestra forma de vida, ofreciéndoles las bondades de nuestra retórica, sin el acompañamiento del bienestar de que disfrutamos. En términos de Dahrendorf, no creo que quepa evangelizar con el discurso de las «titularidades» (derechos) sin las correspondientes «provisiones» (bienes y servicios).

Creo, por todo lo dicho, que aciertan de lleno autores como Clifford Geertz o Martha Nussbaum en sus críticas a la autocomplacencia de la visión liberal de Rorty. La diferencia cultural, el hecho del pluralismo, que tanto incomoda a la moderna tradición liberal, sufre en nuestro autor un proceso paralelo, y sólo en apariencia paradójico, de magnificación y menosprecio. Por un lado, se ve en la diferencia algo más insalvable y fatal de lo que en realidad es, cuando tomamos como referencia a todos aquellos que son tan disímiles a nosotros que no pueden llegar a convertirse en interlocutores posibles:

«Concluir que alguien es irremediabilmente irracional... es más bien darse cuenta de que esa persona no parece compartir suficientes creencias y deseos relevantes con nosotros como para hacer posible una conversación provechosa sobre el tema de debate. Así, concluiríamos a nuestro pesar, tenemos que dejar de intentar que amplíe su identidad moral y comenzar a tratar de construir un *modus vivendi* que podría incluir la amenaza e incluso el uso de la fuerza ¹⁰³.»

Por otro lado, las diferencias se minimizan en el seno de la tradición liberal, y de ahí su irrelevancia práctica en su conformación efectiva. Puede hablarse sin temor a error de una genuina estrategia de inmunización del liberalismo. No otra cosa se desprende de su pintoresca y gráfica descripción de las relaciones entre culturas como conjunciones de *clubes* y *bazares* ¹⁰⁴. Los clubes representan las distintas formas de vida en liza, entendidos, pese a las similitudes básicas de que en otro lugar

¹⁰² *Ibid.*, pp. 294-5. Creo que Rorty no es consciente de la importancia que las adscripciones culturales tienen para la definición del yo y la estructuración de la personalidad. Puede que el cambio cultural, como ya se ha mostrado, dañe irreparablemente las relaciones de reconocimiento en que se socializan los individuos. No abogo, claro está, por mantener cualquier tradición, pero descreo de una conversión basada tan sólo en los beneficios percibidos por un juego de lenguaje.

¹⁰³ «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁴ La imagen las relaciones entre culturas como clubes y bazares procede de Clifford Geertz, y con ella, este autor intenta comprender el modelo de liberalismo que Rorty había delineado previamente en su obra. De forma curiosa, Rorty, lejos de sentirse ofendido o irreconocible tras la etiqueta, la acepta gustoso y saca de ella sus consecuencias normativas últimas en su artículo de crítica a Geertz. El texto de éste al que hago alusión es «Los usos de la diversidad», en *Los Usos de la diversidad*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 65-92. Mi crítica al liberalismo de Rorty coincide básicamente con la de este antropólogo norteamericano.

habla Rorty¹⁰⁵, como mónadas de carácter moral, como reductos que permiten la comodidad del reconocimiento entre los afines y que proporcionan el calor de las lealtades locales. Los clubes son los genuinos protagonistas del orden internacional, pues las técnicas cosmopolitas de que habla en otras partes, y la necesaria imaginación moral no nos abocan, como ya sabemos a estas alturas, a ninguna coimplicación moral entre individuos extraños. Muy al contrario, todo lo que se espera del individuo se agota –y esta es la auténtica opinión de Rorty– en su

«capacidad de controlar nuestros sentimientos cuando una persona radicalmente diferente se presenta en el ayuntamiento, en la verdulería o en el bazar. Cuando esto sucede, lo que hay que hacer es sonreír, hacer el mejor trato posible y, tras un esforzado regateo, retirarnos a nuestro club. Allí nos sentiremos reconfortados por la compañía de nuestros *partenaires* morales¹⁰⁶.»

La exclusividad es la única condición adecuada y necesaria de nuestra identidad personal, y en modo alguno obsta para dejar abierto el bazar en el que toman parte los clubes, y así mantener funcionando las instituciones de la justicia procedimental. Ésta, como la sociedad civil que auspicia, se entienden con arreglo al modelo del mercado frente a la más comprometida comunidad de diálogo, de impronta genuinamente moral, que proponen los cosmopolitas auténticos, como Habermas o Nussbaum. El compromiso con esta justicia puede ciertamente ser moral, cuando así lo determinan nuestras «doctrinas comprensivas», pero puede derivar de la pura conveniencia. Y la consideración de la alteridad se reduce a su «valor de cambio» frente a su más exigente «valor de uso», que demandaría de nosotros el examen de los contenidos de sentido que se proponen y la indagación del alcance de éstos para nuestras tradiciones de club. El derecho de admisión queda así reservado, y la pretendida síntesis entre universalidad y diferencia (justicia y amor para el poco beatífico Rorty) no pasa de ser «un collage de densa textura de narcisismo privado¹⁰⁷ y pragmatismo público»¹⁰⁸.

Con estos pertrechos, no podemos ir demasiado lejos. La única virtud recomendada es una anoréxica «reciprocidad tolerante»¹⁰⁹, provincianamente occidental, que sólo puede defenderse a filosóficamente

¹⁰⁵ En «Cosmopolitismo sin emancipación», *op. cit.*, p. 294, cuando trata de minimizar el carácter de las diferencias entre culturas, que tilda de superficiales, frente a aquellos que hablan de inconmensurabilidades semánticas y solipsismo cultural. En esto, y creo que sólo en esto, coincide con Geertz.

¹⁰⁶ «Sobre el etnocentrismo: respuesta a Clifford Geertz», *op. cit.*, p. 283.

¹⁰⁷ Una vez más la recomendación del narcisismo va de la mano con la apelación rortyana ser «más declaradamente etnocéntricos» para «mejorar nuestra retórica de asimilación», «proponiéndonos como ejemplo de ciertos resultados deseables». «La justicia como lealtad ampliada», *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 284.

¹⁰⁹ Tolerancia que, por otra parte, también admite una lectura funcionalista, como la que propone en «Ética sin obligaciones universales», *op. cit.*, p. 220, cuando

te con un «encogimiento de hombros»¹¹⁰. De ella sólo cabe esperar llegar a «compromisos pequeños entre culturas»¹¹¹ que faciliten el encuentro, una negociación y consenso mínimos de los que resulten al menos, cabe pensar, condiciones para una coexistencia ecológica entre formas de vida que renuncian a comprenderse.

Como ya se adivina, mi preferencia se decanta abiertamente por un cosmopolitismo más genuinamente respetuoso con las diferencias culturales, y menos respetuoso, por el contrario, con el etnocentrismo occidental. Creo que de nada sirve la admisión de la diferencia cultural como un conjunto de alternativas *a* nosotros, frente a la más exigente posibilidad de admitirlas también como eventuales alternativas *para* nosotros¹¹².

La primera alternativa, la rortyana, nos aboca irremediabilmente a una inmunización estéril de un nosotros aproblemático frente a un ellos distante, que en nada amenaza nuestra identidad colectiva. Por el contrario, un cosmopolitismo genuino no se reduce a la condescendencia vacua del etnocentrismo, y se arriesga a asumir los hiatos y asimetrías en sus posibilidades más desestabilizadoras¹¹³. Las cuestiones morales se trasladan así al interior de las sociedades mismas, y plantean procesos de autoaclaración de los límites del «nosotros»¹¹⁴. La diversidad cultural se entiende así, sin temor, como una genuina posibilidad de aprendizaje, sin que ello implique necesariamente abandonar nuestras tradiciones.

El liberalismo ha de pretender representar una alternativa genuina tanto a la tolerancia indiscriminada, que nunca se pretende de veras, como a la rendición al placer de las comparaciones odiosas. Como expresivamente apunta Geertz, con cuyas palabras acabo, el nuevo mandato consiste en admitir que «es necesario no elegir entre un cosmopolitismo sin contenido y el provincialismo sin lágrimas. Ninguno de ellos es útil para vivir en un collage»¹¹⁵.

defiende la utilidad de los derechos humanos como heraldos de una tolerancia hacia las pequeñas desviaciones en sociedades bien cohesionadas, frente a aquellas otras que apoyan su integración en una normalidad rígida.

¹¹⁰ «Cosmopolitismo sin emancipación», *op. cit.*, p. 288.

¹¹¹ «Una visión pragmatista de la racionalidad y la diferencia cultural», *op. cit.*, p. 102.

¹¹² Clifford GEERTZ, «Los usos de la diversidad», *op. cit.*, p. 78. La diferencia en ese nosotros resulta reprimida a cambio de mantenerla en el exterior (en los otros clubes).

¹¹³ Geertz habla de la necesidad de comprender lo ajeno sin dulcificarlo ni desactivarlo, con la indiferencia del «a cada uno lo suyo» (*Ibid.*, p. 92). Se trata de una destreza a adquirir por la vía de la educación sentimental y el cultivo de la imaginación moral de las que habla Rorty, aunque sin tomarlas desgraciadamente demasiado en serio. La cuestión reside en averiguar «cómo lo radicalmente distinto puede ser ampliamente conocido, sin por ello ser menos distinto; lo enormemente distante enormemente próximo sin por ello hallarse menos alejado». «Hallado en traducción», en *Conocimiento local*, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 80-2.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 91. Las propuestas de educación cosmopolita de Martha Nussbaum constituyen un excelente punto de partida para indagar las posibilidades y problemas que un planteamiento de esta naturaleza acarrea. «Patriotismo y cosmopolitismo», *op. cit.*

Doctrinas de la guerra y de la paz

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: LAS RELACIONES ENTRE LA GUERRA Y EL DERECHO.—LAS ALTERNATIVAS DEL FUTURO: ¿DEMOCRATIZACIÓN UNIVERSAL DE LOS ESTADOS O ESTADO UNIVERSAL DEMOCRÁTICO?

El título de esta aportación¹ promete mucho más que lo que voy a dar. Literalmente tomado, intentar una exposición completa y detallada de las doctrinas de la guerra y de la paz sería una tarea extensísima y desmesurada, que debería abarcar desde el belicismo extremo de un Joseph de Maistre hasta las diversas formas de pacifismo, del jurídico al gandhiano o el religioso, pasando por la teoría de la guerra justa. Además, se trata de un trabajo ya hecho por muchos autores, entre otros, y muy satisfactoriamente, por Norberto Bobbio en *El problema de la guerra y las vías de la paz*². Naturalmente, algo hablaré de algunas de las doctrinas de la guerra y de la paz, pero únicamente al hilo de dos cuestiones más concretas, a las que trataré de ir respondiendo en las dos partes de este escrito: en primer lugar, la relación entre la guerra y el Derecho, donde haré cierto hincapié en la evolución histó-

¹ Recojo en este escrito una conferencia dada en Sevilla en enero de 2001, en un ciclo organizado por la «Fundación El Monte» y dirigido por Roberto Mesa. Las mínimas adaptaciones que he hecho en el texto no han pretendido en absoluto actualizar el tema ni la bibliografía, en la idea de que, por su tono general y de filosofía de la historia, lo que en él se dice no ha quedado barrido tras el 11 de septiembre.

² BOBBIO, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz* (1979), Gedisa, Barcelona, 1982, esp. cap. I.

rica del Derecho internacional para comentar sus principales tendencias actuales, y, en segundo lugar, algunas propuestas para un futuro pacífico, donde hablaré de dos modelos ideales en contraste: el modelo de distintos Estados democráticos y el modelo de un control universal centralizado de la fuerza, que, si se quiere, puede llamarse Estado mundial.

LAS RELACIONES ENTRE LA GUERRA Y EL DERECHO

Una manera de observar la evolución histórica del Derecho internacional en lo que se refiere a la guerra, con objeto de analizar mejor sus tendencias actuales, es partir de la triple distinción entre la guerra como objeto del Derecho, la guerra como medio de realización del Derecho y la guerra como antítesis del Derecho³. Veamos esos tres puntos en un diseño histórico algo esquemático pero, espero, orientador.

Puede decirse que la guerra aparece primero como *objeto* del Derecho cuando históricamente se la deja de ver como un hecho natural o cuasinatural, esto es, cuando se comienza a pensar teóricamente en ella y se intenta legitimar, y a la vez limitar, haciéndola objeto de la regulación moral y jurídica (y téngase en cuenta que una clara distinción entre Derecho y justicia no se produce al menos hasta el siglo XVIII). Esa reflexión jurídico-moral comienza, como mínimo, en Roma, con Cicerón, y se recupera por la larga tradición escolástica medieval, con la teoría de la guerra justa, que será el pilar del Derecho internacional moderno en esta materia. La teoría de la guerra justa –que supone que hay guerras justas e injustas– propone las condiciones jurídico-morales para dos tipos de conductas relativas a la guerra: por un lado, la licitud del recurso mismo a la guerra (el *ius ad bellum*, que señala cuándo es lícito emprender o participar en una guerra, donde, en realidad, se avanza ya la idea de la guerra como medio del Derecho, especialmente como medio de realización de la justicia, sobre lo que volveré inmediatamente), y, por otro lado, la licitud de las acciones emprendidas en el curso de una guerra ya en marcha (el *ius in bello*, que plantea qué es lícito hacer con los prisioneros o los niños, o si es lícito usar ciertas armas como el veneno, etc.).

El segundo punto de vista, la guerra como *medio* de realización del Derecho, en buena parte tiene sus orígenes en esa doctrina medieval de la guerra justa y se desarrolla sobre todo tras el nacimiento del Derecho internacional moderno, a partir de los siglos XVI y XVII, desde Vitoria y Grocio hasta nuestros días. El Derecho internacional moderno, como conjunto de normas consideradas jurídicas pero con cierta

³ Esta distinción, junto con la categoría de la guerra como fuente del Derecho internacional, se puede ver, en parte con otros desarrollos, en BOBBIO, *El problema de la guerra...* cit., cap. II.

fundamentación y alcance morales, concibe la guerra sobre todo como medio para la realización del Derecho. Las causas o motivos que legitiman jurídicamente a ir a la guerra pretenden hacer de la guerra misma la sanción jurídica más grave, la respuesta última frente a las conductas ilícitas jurídica y moralmente, conductas que aparecen como la condición o supuesto de hecho que permite poner en marcha el mecanismo procesal para la imposición de la sanción jurídica, de modo semejante a como el homicidio es condición de una pena tras el juicio correspondiente. En la teoría jurídico-internacional tradicional, que llega hasta la Primera Guerra Mundial, tales causas de licitud comprenden no sólo la legítima defensa, sino también la reparación de las injurias o delitos internacionales cometidos por otros Estados, que era la espita por la que el elenco real de motivos de guerra se ampliaba y podía dar lugar a la alegación de justa causa por los distintos Estados contendientes entre sí. Otras serias dificultades prácticas de la doctrina eran que el Estado llamado a sancionar resultaba ser a la vez parte y juez en su propia causa y que el que lograra o no sancionar al presunto injusto dependía más de su fuerza que de su razón, de modo que el vencedor bien podía ser el que terminara reivindicando su victoria como justa. En todo caso, un aspecto importante y destacable de esta doctrina es que sus protagonistas eran los Estados y no los individuos. Lo ilustra bien la posición de Kelsen, un jurista judío exiliado de la Alemania nazi, pacifista y defensor de los ideales internacionalistas, que todavía en 1941, conforme a la convicción jurídica de la época, mantenía la doctrina de que la responsabilidad jurídico-internacional es colectiva y no individual, de modo que sólo el Estado —a través del «sacrificio» de algunos individuos, y no necesariamente los dirigentes responsables— sería sujeto de sanción por la provocación de una guerra⁴. Esta doctrina significaba que ante la provocación de una guerra no autorizada por el Derecho internacional por parte de un Estado como la Alemania nazi, únicamente el Estado y no sus dirigentes era susceptible de sanciones, usualmente de carácter territorial y económico, como las impuestas a Alemania tras la Primera Guerra Mundial.

La tercera posición político-jurídica sobre la guerra es la de su exclusión del ámbito jurídico, esto es, su consideración en oposición al Derecho, como su *antítesis*. Thomas Hobbes, siempre claro y penetrante, fue el primer exponente de esta posición, para la cual los Estados, debido a la inexistencia de un soberano común que imponga unas leyes generales eficaces mediante una fuerza superior, se hallan entre sí —al igual que los individuos antes de la constitución de la organización política— en estado de naturaleza, esto es, en situación de guerra efectiva o, cuando menos, potencial de todos contra todos. Esta visión

⁴ KELSEN, Hans: *Derecho y paz en las relaciones internacionales* [1942], t. c. de Florencio Acosta, Editora Nacional, México, 1974, pp. 113-28, esp. p. 127 (este texto recoge las *Oliver Wendell Holmes Lectures* dictadas por Kelsen en 1940 y 1941).

de la guerra como antítesis del Derecho derivará en dos líneas opuestas, una belicista y otra pacifista. La primera está bien representada por Hegel, para quien las relaciones internacionales, al estar sometidas sólo al expediente del acuerdo entre iguales, se hallan por encima del Derecho y dependen sólo de la voluntad soberana de los Estados, quienes están legitimados por la historia a acudir a la guerra para perseguir sus intereses: en Hegel, así, por encima de las supuestas reglas del Derecho internacional, que son más bien papel mojado, hay una «justicia» histórica que da la razón al pueblo que vence. En cambio, la segunda y más genuina visión de la tesis de la guerra como antítesis del Derecho –al menos del Derecho ideal y, por tanto, también antítesis de la justicia– es la línea pacifista que a partir de los grandes proyectos utópicos de la Ilustración hasta el pacifismo contemporáneo, propugna la proscripción jurídica de la guerra. Esta línea, que se ha denominado de pacifismo jurídico, argumenta en favor de la superación de la soberanía estatal mediante la constitución de un poder internacional lo suficientemente fuerte como para evitar las guerras, un Estado mundial, si se quiere llamarlo así. Se trata de una doctrina que recibe su vigor de la férrea lógica de Hobbes, por más que Hobbes la aplicara sólo hacia el interior de cada uno de los distintos Estados, es decir, sólo en la búsqueda de la seguridad entre los individuos de un país, sin pensar que el mismo argumento justificaría también la necesidad de un Estado universal que estableciera la paz entre las distintas comunidades políticas. Porque, en efecto, sin un poder común que limite el uso de la fuerza por los distintos Estados, parece que la guerra siempre será el último recurso para dirimir las disputas graves entre ellos.

Pues bien, teniendo presente el marco histórico anterior, el Derecho internacional actual y sus tendencias de evolución pueden ser analizados volviendo a utilizar los mismos tres puntos de vista, de la guerra como objeto, como medio y como antítesis del Derecho. En efecto, el Derecho internacional actual puede ser considerado como un conjunto de criterios y reglas que definen y delimitan esos tres puntos sobre la guerra en una determinada configuración, si bien esa configuración no es una foto fija o un dibujo absolutamente nítido, sino que la foto contiene distintas posiciones, o el dibujo mantiene límites difusos, respondiendo a diferentes discusiones doctrinales, tanto jurídicas como éticas y políticas, que indican serias y complejas encrucijadas. Vamos a verlo con algún detalle.

En primer lugar, el Derecho internacional contemporáneo, de manera mucho más explícita y codificada que en épocas pasadas, tiene a la guerra como objeto de su regulación normativa, y en los dos aspectos clásicos, el *ius in bello* y el *ius ad bellum*. Históricamente, son las reglas jurídico-internacionales del *ius in bello*, que limitan las conductas bélicas, las que aparecen en primer lugar, mediante tratados que comienzan a firmarse de forma generalizada desde fines del siglo XIX. Es a partir de entonces cuando las convenciones de La Haya

y de Ginebra crean jurídicamente los «crímenes de guerra» al imponer las reglas, tantas veces incumplidas, sobre la exclusión de ataques a no combatientes, el buen trato a los prisioneros o la prohibición de armas crueles y desproporcionadas. Junto a ello, y sobre todo después de la Primera Guerra Mundial, también el Derecho internacional contemporáneo ha regulado de manera mucho más expresa y precisa que en épocas pasadas el *ius ad bellum*, esto es, los motivos para iniciar o intervenir en una guerra jurídicamente lícita. Es a partir de 1928 –con la firma del Pacto Kellogg-Briand, o Pacto de París, en el seno de la Sociedad de Naciones– cuando se considera que el Derecho internacional condena el «recurso a la guerra para la solución de los conflictos internacionales» y, por tanto, toda guerra de agresión. Esta regulación jurídica, reforzada después de la Segunda Guerra Mundial por los tratados que dieron lugar a los procesos de Nüremberg, que consideraron la agresión bélica como un «crimen contra la paz», y, sobre todo, por la Carta de Naciones Unidas y sus posteriores desarrollos, ha venido a convertir la legítima defensa en la justificación central y excepcional para intervenir en una guerra. No obstante, naturalmente, existen agudos debates sobre el alcance de la idea de legítima defensa y, en general, de las causas para una acción bélica legítima, discutiéndose si aquella comprende o no la prevención de un ataque considerado inminente o, en la discusión más reciente, si son o no lícitas las intervenciones bélicas humanitarias, sobre lo que volveré enseguida.

En segundo lugar, en cuanto a la guerra como medio de realización del Derecho, precisamente la tendencia a la consideración de la legítima defensa como razón central de intervención en una guerra parece llevar consigo una reducción del radio de acción del medio bélico, hasta el punto de que, en las interpretaciones más restrictivas, es difícil mantener la idea de la guerra como sanción al Estado infractor, pues más que como sanción ante distintas injusticias, aparece únicamente como el único remedio final, como el último recurso, para repeler una agresión bélica o una conducta asimilada a ella. En tal sentido, la diferencia entre el modelo anterior de la guerra como sanción y éste es similar a la que va de la sanción penal, impuesta mediante un juicio previo, y la defensa individual ante una agresión, donde la inmediatez de la respuesta excluye pensar en juicio previo alguno. Para observar este punto con algo más de detalle conviene fijarse en el importante proceso de individualización que puede estar produciéndose en el Derecho internacional contemporáneo, de modo que los individuos, y sus derechos y deberes individuales, parecen empezar a irrumpir en él con cierta fuerza. Este proceso –no exento de luces y sombras– sugiere que, frente a la doctrina asentada durante siglos de que los sujetos del Derecho internacional son los Estados y no los individuos, ahora hay atisbos de una ruptura que podría terminar siendo radical, aunque de momento sea sólo como la rotura de una presa que no se sabe si acabará por ser reparada y contenida o si terminará por desbordarla.

Dicho proceso de individualización puede ser visto en dos aspectos: en lo que concierne a los deberes individuales, especialmente de los representantes políticos, y en lo que se refiere a los derechos individuales, atribuidos a todos los seres humanos. Veamos uno y otro aspecto con un poco más de detalle.

De una parte, desde el final de la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Nüremberg, los individuos, y en particular los dirigentes políticos y militares en cuanto representantes de los Estados, han comenzado a ser considerados sujetos de deberes y, por tanto, responsables de delitos ante el Derecho internacional⁵. En esta línea –con sus luces y sus sombras, insisto–, pueden ser pasos decisivos la creación de tribunales internacionales ad hoc, como los de Ruanda o Yugoslavia, la aceptación de la jurisdicción de cualquier Estado contra ciertos tipos de delitos iniciada en España con el caso Pinochet o, en fin, la apertura a la ratificación del tratado sobre el Tribunal Penal Internacional, firmado el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002, tras las correspondientes ratificaciones de 60 Estados, con la significativa y criticable ausencia de Estados Unidos. En este sentido, puede no ser casual que cuando la guerra comienza a dejar de ser medio del Derecho, como sanción entre los Estados, aparezca la responsabilidad penal internacional de los individuos, que no en vano fue una de las propuestas de Kelsen para que el Derecho fuera medio para la paz.

De otra parte, la individualización del Derecho internacional contemporáneo se manifiesta también en el fenómeno de la internacionalización –o, dicho de manera más fea pero también más precisa, juridificación internacional– de los derechos individuales, que comienza a perfilarse también tras la Segunda Guerra Mundial, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a la que siguieron los Pactos de Naciones Unidas y, en fin, la creación de organizaciones

⁵ Kelsen contribuyó doctrinalmente a esta nueva posición mediante una argumentación que comportaba, me parece, una considerable revisión de su propia doctrina, antes comentada, a propósito de la responsabilidad eminentemente colectiva en el Derecho internacional. En una serie de artículos publicados en 1943 el jurista austriaco mantuvo que, mediante un tratado internacional «concluido con el Estado cuyos actos han de ser castigados» que, incluso de forma retroactiva, estableciera las normas sustantivas y procesales correspondientes, era jurídicamente posible sancionar penalmente a los responsables políticos de la provocación de una guerra ilícita según el Derecho internacional general o convencional y, por tanto y en concreto, a los jefes de Estado y de Gobierno de las potencias del Eje (cf. el libro en el que Kelsen reelaboró los citados artículos: *La paz por medio del Derecho* [1944], t. c. de Luis Echávarri y Genaro R. Carrió, Losada, Buenos Aires, 1946, parte II, esp. pp. 118, 137-44; la cita textual en p. 137). No obstante, el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, por el que se establecieron tanto la jurisdicción del tribunal militar internacional de Nüremberg como los delitos y sanciones internacionales aplicables, fue firmado únicamente por los Estados vencedores. Tampoco la Carta de Naciones Unidas siguió la propuesta de Kelsen de crear un Tribunal permanente con jurisdicción obligatoria y competencia en materia penal sobre acciones individuales contrarias al Derecho internacional.

internacionales regionales que, como el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950, han llegado a aceptar que los individuos puedan reclamar judicialmente ante una instancia internacional (no obstante, como muestra de la dificultad del avance del control internacional sobre los Estados, ese recurso anterior, además de garantizarse sólo en los países que ya por su cuenta mejor salvaguardan los derechos humanos, se puede ejercer sólo de forma indirecta, a través de una Comisión que filtra qué casos pueden pasar al Tribunal de Estrasburgo). Por lo demás, este proceso de internacionalización de los derechos humanos —que debería tender a su verdadera universalización o globalización— debe relacionarse, en parte críticamente, con uno de los cambios del Derecho internacional naciente tras la caída del muro de Berlín y la superación de la época de la guerra fría y la bipolarización, que han dado lugar a la hegemonía internacional de Estados Unidos a la cabeza de los países occidentales. Me refiero a la ampliación que la doctrina jurídico-internacional está dando a la idea de conducta contraria a la paz internacional, ampliación por la que se tiende a aceptar la licitud de las llamadas intervenciones bélicas humanitarias, que se pretenden justificar como formas de defensa frente a la agresión gravísima de los derechos humanos más básicos por parte de un determinado Estado, incluso contra su propia población. Hablar de las intervenciones bélicas humanitarias sería tema por sí solo para una charla, por lo que me limitaré a repetir la paradoja de que los derechos humanos pretenden ser salvados mediante la guerra, el modo más violento de acción y muy poco capaz de diferenciar entre víctimas y verdugos. Y, sin embargo, para no simplificar en exceso un debate complejo, en el que hay muchas razones y argumentos en juego, añadiré sólo que a veces quizá la única esperanza para poblaciones civiles cuyos derechos están siendo masivamente violados puede ser sólo una intervención armada, aunque limitada, selectiva y proporcionada⁶.

⁶ Frente al inicialmente rotundo peso de la apelación a los derechos humanos, los argumentos contra las intervenciones bélicas humanitarias son numerosos, aunque no siempre necesariamente convincentes. Pueden ordenarse en cuatro apartados. El primero destaca los graves riesgos y daños de tales intervenciones, sea porque podrían dar lugar a escaladas y contraintervenciones que degenerasen en una guerra generalizada y devastadora, sea por las dificultades de mantener la debida proporción entre el mal infligido y el que se quiere evitar. Un segundo apartado insiste en los peligros de abuso, tanto porque categorías como «humanitarismo» y «derechos humanos» carecerían de límites bien definidos y animarían a imponer el modelo occidental en dos tercios del mundo, como porque, aunque sus límites fueran estrechos y razonables, siempre servirían de coartada para intervenir selectivamente, con el consabido doble rasero para amigos e indiferentes o enemigos, y por simple autointerés de los Estados más poderosos. Un tercer apartado corresponde a las advertencias políticas y estratégicas sobre las altas posibilidades de fracaso de este tipo de acciones, que rara y difícilmente parece que puedan durar y profundizar hasta cambiar de veras las estructuras políticas de los países intervenidos. En fin, el cuarto y último apartado denuncia la confusión entre argumentos jurídicos y morales, que conduciría no sólo a

En fin, quedaba por comentar, en tercer lugar, el punto de vista de la guerra como antítesis del derecho en el Derecho internacional contemporáneo. Aunque sea más como esperanza ideal que como realidad efectiva, varios fenómenos actuales, algunos ya mencionados, animan a reflexionar sobre la posibilidad y la necesidad de que la guerra se convierta en antijurídica. Me refiero a la tendencia a la limitación de las causas justas de guerra a la legítima defensa y a los procesos de individualización del Derecho internacional que he comentado, pero también a la enorme desproporción entre los pretendidos fines y los terribles medios bélicos hoy disponibles —de las armas químicas y biológicas a las nucleares—, que castigan sobre todo a las poblaciones civiles. El actor francés Colouche, creo recordar que a propósito de la guerra del Golfo, dijo con gran percepción que en la próxima guerra quería ser militar. Ahora bien, aun con estos importantes procesos de cambio, el que la guerra tienda a estar hoy casi proscrita por el Derecho internacional y que se vaya abriendo poco a poco el camino hacia la responsabilidad penal individual de los responsables políticos, no garantiza en absoluto la superación en el futuro de la violencia en las relaciones internacionales. Esta falta de garantía procede sobre todo del déficit de efectividad del Derecho internacional —déficit sólo relativo, no obstante, si se piensa también en los muchos casos en que sus normas sí resultan eficaces—, que en último término depende de la subsistencia de una diversidad de Estados capaces de hecho de almacenar armas y de recurrir a ellas y regulados políticamente sólo por un sistema basado en parte en alianzas y equilibrios entre los países más grandes y en parte en los impulsos hegemónicos de Estados Unidos. Tales condiciones no permiten pensar en una superación de la violencia bélica en las relaciones internacionales mientras no se den pasos decididos hacia una mayor institucionalización centralizada de la fuerza a escala mundial. En el límite, eso supone defender la conveniencia, y aun la necesidad, de una organización internacional que absorbiera la capacidad bélica de los actuales Estados. Pero, naturalmente, tal organización internacional no podría ser de cualquier tipo, sino democrática, para garantizar los derechos básicos de los individuos, como comentaré enseguida. Ahora bien, frente a este modelo futuro —de «Estado democrático mundial»—, cuyo más conocido defensor contemporáneo es Habermas, otros importantes autores contemporáneos, como John Rawls, han recogido una tesis intermedia,

la difuminación y oscurecimiento de las reglas aplicables, sino también al olvido de los procedimientos jurídicos básicos y, en concreto hoy, a la relegación de Naciones Unidas en favor de Estados Unidos como gendarme mundial. Sin embargo, la seriedad de varias de las objeciones anteriores, que merecerían una más detallada discusión, no elimina ni la gravedad de las violaciones de los derechos más básicos ni la necesidad de buscar y emplear los medios apropiados para evitarlas (sobre ello, remito a mi escrito «Las intervenciones bélicas humanitarias», *Claves de Razón Práctica*, n. 68, dic. 1996, pp. 14-22).

aparentemente más pacifista que el modelo actual, a la vez pluriestatal y belicoso, y, aparentemente también, menos utópica que el del Estado mundial: la tesis de que sería suficiente una pluralidad de Estados democráticos en relaciones pacíficas entre sí bajo una organización internacional similar a Naciones Unidas. En adelante comentaré estos dos modelos alternativos, que –frente a una posición escéptica y a fin de cuentas belicista como la de Carl Schmitt– en realidad tienen mucho en común, en especial la creencia de que no sólo es deseable, sino también posible un cierto control internacional efectivo que limite las guerras en el futuro⁷. Sin embargo, como es lógico, me interesará destacar más bien lo que las diferencia.

LAS ALTERNATIVAS DEL FUTURO: ¿DEMOCRATIZACIÓN UNIVERSAL DE LOS ESTADOS O ESTADO UNIVERSAL DEMOCRÁTICO?

La tesis intermedia que desconfía de la idea del Estado mundial y propone como ideal suficiente y políticamente más viable el de una diversidad de Estados democráticos, que serían esencialmente pacíficos entre sí, tiene su origen en el opúsculo kantiano *La paz perpetua*, en el que Kant afirma que las guerras son mucho más improbables y difíciles entre Estados republicanos (liberal-democráticos, diríamos hoy), básicamente porque en ellos es más difícil para los dirigentes obtener el consentimiento de los ciudadanos para emprender una guerra o participar en ella. Kant añade, además, que si esa forma de Estado democrático llegara a generalizarse en el futuro, la confederación entre ellos –esto es, su unión voluntaria y revocable, al modo de la actual Naciones Unidas– permitiría unas relaciones internacionales definitivamente pacíficas⁸. En cuanto tesis o hipótesis histórica, como

⁷ En tal sentido, Habermas ha sostenido que el «nuevo espacio político mundial global» –con el acceso de la opinión pública mundial a las nuevas guerras– «ha iniciado ya la obsolescencia del “estado de naturaleza” que aún perdura entre Estados belicistas, de cuya supuesta soberanía no queda ya en realidad demasiado. El Estado cosmopolita ya ha dejado de ser un puro fantasma, aun cuando nos encontremos todavía bien lejos de él. El ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya al menos a dibujarse» [«Ciudadanía e identidad nacional» (1990), en *Facticidad y validez*, p. 643]. Con todo, como he dicho, Habermas viene a sostener también que la tesis de la pluralidad de Estados democráticos es intermedia no sólo en un sentido conceptual, sino también en uno temporal: «La actual situación mundial –dice en artículo de 1995– se puede comprender, en el mejor de los casos, como una situación transitoria desde el derecho internacional hacia el derecho cosmopolita» [«La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de doscientos años» (1995), en *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, núm. 16, mayo, 1997, p. 75].

⁸ Aunque Kant comienza reconociendo que *idealmente* una comunidad internacional capaz de instaurar una verdadera paz, la «paz perpetua», exigiría un Estado mundial centralizado o «Estado de naciones», como «*asociación universal de Esta-*

hecho relativo al pasado, la idea kantiana ha sido aceptada por un historiador como Hugh Thomas o por un filósofo del Derecho como Norberto Bobbio y ha sido revalidada con una amplia, aunque discutida, base empírica, por un autor americano, Michael Doyle, que ha defendido que desde comienzos del siglo XIX hasta hoy no ha existido una guerra abierta entre Estados democráticos, por más que haya habido muchas entre Estados democráticos y no democráticos; en cuanto tesis o doctrina programática, como modelo regulativo, es sobre todo Rawls quien suscribe que esta propuesta es más viable, y al fin y al cabo más deseable, que la del Estado mundial⁹.

Esta teoría de las democracias como pacíficas entre sí ha dado lugar a un extenso y rico debate entre teóricos de las relaciones internacionales¹⁰ y puede discutirse en muchos planos, desde el concepto de democracia que presupone hasta la amplitud de la base empírica de la que parte, pasando por la conexión explicativa entre los datos alegados y la hipótesis pretendida. Así, sobre los hechos, se ha discutido su exactitud (se aducen contraejemplos como la intervención de USA en el Chile de Allende) o, si la teoría se limita para excluir intervenciones encubiertas –como Rawls ha propuesto–, se puede criticar su carácter pobre y ad hoc. En cuanto a la explicación presupuesta por la teoría, ha sido bien expresada por Habermas –que la acepta en parte– en la posible conexión existente entre «orientaciones valorativas de carácter universalista de una población acostumbrada a instituciones libres» y «el deseo de fomentar la expansión de formas no autoritarias

dos (análoga a aquélla por la que el pueblo se convierte en Estado)» [*Die Metaphysik der Sitten* (1797), I, § 61; se cita por la ed. cast. de Adela CORTINA y Jesús CONILL, *La metafísica de las costumbres* Tecnos, Madrid, 1989, p. 190], sin embargo, también precisó que tal asociación o sería irrealizable, y en tal medida impotente para evitar de hecho las guerras entre las naciones, si no apareciera un Estado absolutamente dominante como lo había sido el Imperio Romano, o bien, si tal Estado dominante llegara a existir, sería indeseable por encontrarse en oposición a la razón moral. Su conclusión, por ello, fue que «la división en Estados independientes es más conforme a la idea de la razón que la anexión de todos por una potencia vencedora, que se convierte en monarquía universal» [*Zum ewigen Frieden* (1795), se cita por la t. c. de RIVERA PASTOR, *La paz perpetua*, Espasa Calpe, Madrid, 1972⁵, p. 127].

⁹ Cf. THOMAS, Hugh, *An Unfinished History of the World* (1979), t. c. de la 2.ª ed. de Ana María BRAVO, *Una historia del mundo*, Grijalbo, Barcelona, 1982, p. 582; y DOYLE, Michael W., «Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs», part I, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, n. 3, verano 1983, esp. pp. 213 y 225 ss; RAWLS, John, *The Law of Peoples. With «The Idea of Public Reason Revisited»*, Cambridge (Mass.)-Londres, Harvard University Press, 1999, pp. 17-8; BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia* (1984), t. c. de Juan Moreno, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, p. 47, así como la «Introducción» a *El tiempo de los derechos* (1990), t. c. de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 14; y, con precisiones sobre alcance y a modo de posición intermedia al establecimiento de un control internacional efectivo sobre los distintos Estados, véase también HABERMAS, «La idea kantiana de paz perpetua...» cit., p. 67.

¹⁰ Véase una amplia consideración crítica en PEÑAS, Francisco, «Liberalismo y relaciones internacionales: la tesis de la paz democrática y sus críticos», *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, núm. 17, mayo 1997, pp. 119-40.

de Estado y de gobierno», esto es, en el deseo de la ciudadanía de los países democráticos de generalizar su modelo político¹¹. Sin embargo, como también el propio Habermas reconoce, sobre la dirección de la presión de las poblaciones democráticas –que sin duda actúa a veces en favor de principios morales, quizá de modo más esporádico que continuado– también hay ejemplos que no animan al optimismo, como, por ejemplo, la inflamación nacionalista que tan fácilmente aquejó a Inglaterra ante la guerra de Las Malvinas: y, en efecto, si se me permite una generalización, el nacionalismo ha sido, durante los dos últimos siglos, el gran enemigo de los ideales universalistas que alientan detrás del sistema político democrático. Por lo demás, frente a la supuesta conexión general entre sentimientos democráticos y pacifismo se puede aducir que la explicación de la ausencia de guerras abiertas entre democracias, en la medida en que sea cierta, podría hallarse en otros factores, como la existencia de una alianza entre países con intereses económicos comunes y agrupados políticamente frente al enemigo comunista de la guerra fría, o como el mantenimiento de un liderazgo hegemónico por parte de Estados Unidos que también sirve a los intereses comunes de las democracias occidentales, de modo que un cambio futuro en las circunstancias económicas y en las alianzas internacionales, aun sin un cambio del régimen político democrático de los Estados afectados, podría dar lugar a una guerra entre democracias. Aquí sólo me atrevo a formular un «no sabemos», si bien no es arriesgado afirmar que sería mucho más fiable un sistema internacional sin la capacidad para cada Estado, democrático o no, de armarse y de recurrir a la guerra. Concuero así sustancialmente con la idea de Habermas de que

«El concepto kantiano de una asociación de naciones respetuosa a la larga con la soberanía de los Estados no es consistente. El derecho cosmopolita debe estar tan institucionalizado que vincule a los diferentes Gobiernos. La comunidad internacional debe poder obligar a sus miembros, bajo amenaza de sanciones, al menos a un comportamiento acorde con el derecho¹².»

A mi modo de ver, además, la propuesta de una organización mundial suficientemente integradora y poderosa, que supere el marco de la actual concepción de la soberanía estatal, no debería tener sólo la

¹¹ «La idea kantiana de paz perpetua...» cit., p. 67. He dicho que Habermas acepta en parte esta teoría porque aunque comienza criticando, con razón, la tesis kantiana por no dar cuenta –en su tiempo Kant no podía hacerlo– de la doble función del nacionalismo, como transformador de los súbditos en ciudadanos pero también en soldados dispuestos a luchar y morir por la patria, a continuación, sin embargo, añade que «tampoco es totalmente falso el pensamiento de que una situación democrática en el interior sugiere una conducta pacifista del Estado hacia fuera», por la razón que se ha dado en el texto (cf. *Ibidem*, pp. 66-67).

¹² «La idea kantiana de paz perpetua...» cit., p. 72.

función de garantizar la paz, sino también la de permitir acercarse al cumplimiento de la promesa universalista que alienta bajo la tradición y la doctrina de los derechos humanos. En efecto, con el modelo kantiano de la pluralidad de Estados, en el que vivimos, no está resultando nada sencillo, en primer lugar, universalizar de verdad los derechos civiles y políticos: y no se olvide que la protección de tales derechos depende no de la existencia del Estado, ni de distintos Estados, sino de un tipo de Estado, como el liberal-democrático –ese cuya razón, como ha dicho Bobbio, es contar y no cortar cabezas–, que funciona de forma mínimamente decente sólo en una parte del mundo. Pero, en segundo lugar, todavía estamos más lejos de la universalización –o globalización, que no sólo los conocimientos, los capitales y algunos servicios son susceptibles de globalizarse– de los derechos de igualdad básicos, tanto el de igualdad ante la ley como, especialmente, los de una mínima igualdad material (esto es, cultural, social y económica), lo que depende primariamente de la existencia de distintos Estados, que operan con el principio de ciudadanía nacional¹³, y que sólo podría resolverse mediante un sistema de gobierno internacional que, sometiendo a una debida regulación las relaciones económicas, instaurara mecanismos de tributación y redistribución en alguna medida similares a los del Estado social¹⁴.

Naturalmente, como Kant en el siglo XVIII y hoy Rawls, se puede ser escéptico sobre la posibilidad de tal organización e incluso de su conveniencia. Kant ponía en duda ambas cosas porque creía que únicamente una «monarquía universal» de carácter despótico podría evitar las guerras, y eso sólo de manera momentánea, hasta que su excesiva extensión haga ineficaz su gobierno¹⁵. En la actualidad, Rawls más bien descrea sólo de su posibilidad, con lo que se puede ahorrar el hablar de su indeseabilidad, que parece dar por supuesta. En concreto, Rawls argumenta la hoy por hoy –y por lo que se puede prever en el mañana cercano– insuperable diversidad cultural y religiosa entre los pueblos, así como el carácter extremo y políticamente inabordable de las desigualdades entre ricos y pobres. Creo, sin embar-

¹³ Sobre los derechos de ciudadanía como discriminatorios, y en defensa de una superación del marco estatal en favor de un gobierno internacional, véase FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 55-8 y 116-9.

¹⁴ Sobre ello, véase HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, «Las huellas de la desigualdad en la Constitución», en REYES MATE, Manuel (comp.), *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*, Fundación Argentaria-Visor Distribuciones, Madrid, 1995, pp. 131-50. Sobre el modelo de una democracia cosmopolita, a medio camino entre un esquema federal y uno confederal o kantiano, *vide* HELD, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita* (1995), Paidós, Barcelona, 1997, caps. 10-12, y esp. pp. 275 y 322 y ss., y JÁUREGUI, Gurutz, *La democracia planetaria*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2000, esp. cap. V.

¹⁵ Cf. KANT, *La paz perpetua...* cit., p. 127; así como *La metafísica de las costumbres* cit., pp. 190-1.

go, que se puede aceptar la previsión sobre la enorme dificultad de alcanzar una organización que se acerque a un orden universal, y más todavía democrático, sin resignarse a proponer, como hace Rawls, una teoría que llama «ideal» pero que en realidad acepta y consagra el actual statu quo, es decir, la diversidad de Estados existentes y el mantenimiento de relaciones entre ellos bajo instituciones internacionales sustancialmente similares a las actuales y, por tanto, ineficaces en sus limitaciones de la violencia. Por eso me parece rescatable la idea del Estado mundial como ideal, que hoy aparece, ciertamente, como una utopía, quizá irrealizable, pero quién sabe si, dentro de un tiempo, sean muchos años o varios siglos, realizada. En tal caso, bien pudiera ser que nuestra época, todavía en esto kantiana, fuera vista desde allí como nosotros vemos la concepción política medieval defensora de las diferencias estamentales, que –al igual que hoy las diferencias entre Estados– eran vistas por sus contemporáneos como realidades naturales en el sentido de socialmente inmodificables. La analogía, por lo demás, puede llevarse, salvando las distancias, hasta considerar que los actuales habitantes de los Estados del primer mundo somos el equivalente al estamento medieval de la nobleza, correspondiendo a los Estados del tercer mundo el correlato de la servidumbre de la gleba.

Por supuesto, en la propuesta de tal organización internacional democrática, los problemas de concepción, esto es, de diseño teórico de cómo debería ser, no son menores, aunque sean de tipo diferente, que los de realización práctica. Si se parte de que tal orden internacional no podría ni debería construirse haciendo *tabula rasa* de la existencia de distintos Estados más o menos similares en extensión a los actuales, las dudas se acumulan. Cuando pensamos tal organización bajo el prisma de la división de los tres poderes tradicionales, el primer problema es cómo organizar cada uno de ellos. El poder legislativo, ¿debería ser una asamblea de representantes de Estados, cada uno con un igual voto, o, como ha propuesto Habermas, un parlamento mundial en el que toda la población del globo esté proporcionalmente representada? ¿y con qué competencias? Aunque se hable de «Estado mundial», sin embargo, no debe olvidarse que tal organización podría, y hasta debería, ser compatible con el mantenimiento de numerosas competencias de los actuales Estados, que podrían subsistir como Estados federados, sobre todo si las competencias de la organización internacional se limitaran a la exclusión de la guerra, la garantía de los derechos humanos más básicos y una básica ordenación de las condiciones de la economía internacional para garantizar unos derechos básicos de igualdad. Y el poder ejecutivo, ¿se habría de organizar de manera similar al actual Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con representantes de algunos Estados permanentes y otros rotatorios?, ¿o con todos los Estados al modo del Consejo de Ministros de la Unión Europea?, ¿o sólo con algunos a sorteo o de forma electiva? etc. Y, en fin, en cuanto al poder judicial, ¿el tribunal inter-

nacional podría seguir teniendo una jurisdicción voluntaria o debería pasar a ser obligatoria? ¿cabría ante él un recurso individual, directo o mediado por algún órgano, o sólo podrían actuar los Estados?

Junto al grupo de preguntas anteriores, hay otro que afecta a la ordenación de la secuencia temporal en la puesta en marcha de los tres poderes, un problema que preocupó especialmente a Kelsen en los años en que terminaba la Segunda Guerra Mundial. ¿Por dónde sería más operativo empezar? ¿Sería realista atribuir primero carácter obligatorio a los acuerdos de un órgano como la Asamblea General de Naciones Unidas? Fácilmente se correría el riesgo de que sus normas fueran consideradas como meramente programáticas, cuando no directamente incumplidas, con el consiguiente vaciamiento y desprestigio de esa labor legislativa. ¿No habría más bien que empezar por reforzar un poder ejecutivo que pudiera ser verdaderamente eficaz mediante la introducción de un criterio de mayoría de Estados? Sin embargo, también aquí ha de observarse que las razones por las que hasta ahora el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha sido muy ineficaz, la facilidad del veto de alguno de los grandes, que ha impedido adoptar muchas resoluciones, podrían superarse sólo para dar lugar a otras, quizá más destructivas del sistema, como la generalización de la actitud de desobediencia por parte de los Estados no interesados en cumplir decisiones mayoritarias. O, en fin, ¿no sería más eficaz empezar por reforzar el poder judicial internacional, estableciendo su jurisdicción obligatoria, como pretendió sin éxito Kelsen? Quizá esta última vía sigue siendo la más prometedora teóricamente y, a la vez, seguramente la más difícil en la práctica, a la vista de la experiencia sobre las dificultades de acuerdo y de ratificación del tratado sobre el Tribunal Penal Internacional, que tal vez muestre, algo paradójicamente, que la resistencia a aceptar la obligatoriedad de la jurisdicción internacional procede de la gran fuerza que impulsaría a obedecer sus resoluciones.

En suma, y termino ya, el ideal es y debe seguir siendo el ideal, en el límite aunque pensemos que es imposible alcanzarlo, no sólo porque nos permite tener una guía para el futuro sino también y sobre todo porque nos sirve como criterio para la crítica de las insuficiencias e injusticias del presente. Como dijo León Tolstoi en el «Comentario» a su *Sonata a Kreuzer*:

Es injusto pensar que el ideal de la perfección en el infinito no puede servirnos de guía y que debemos abandonarlo o rebajarlo al nivel de nuestra flaqueza. Ese razonamiento es parecido al de un navegante que, al no poder seguir la dirección indicada por la brújula, la arroja por la borda diciendo que no le sirve para nada. Esto equivaldría a poner la aguja en la dirección que sigue el navío, sustituyendo de este modo lo que debe ser por lo que es, es decir, rebajando el ideal al nivel de la flaqueza de uno.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Hacia una ética judicial del Estado moderno. Las virtudes del juez según Pedro de Ribadeneyra

Por LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. LAS VIRTUDES DEL JUEZ.—II. CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN.—III. CONTROL Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El proyecto centralizador de la monarquía moderna se impulsa con la multiplicación de oficios y el creciente poder corporativo de los funcionarios, lo que habría dado lugar al desarrollo de una ética específica que orientase en el desempeño de la función pública y promoviese la lealtad con el titular de la soberanía. Las necesidades de eficacia imponen un tipo de reflexión ahora orientado a descubrir los medios aptos para la conservación y aumento de las repúblicas. Esto es lo que llevan a cabo una pléyade de escritores, muy heterogéneos, pero que llegan a constituir un género literario que podemos denominar convencionalmente como doctrina clásica de la razón de Estado y que discurre desde la últimas décadas del siglo XVI hasta la mitad del XVII.

La política habría dejado de ser el arte de gobernar la república según la razón y la justicia para convertirse en una técnica de control de las instituciones públicas¹. Sin embargo, la justicia, bajo cuya advocación había venido tradicionalmente designándose la acción política,

¹ Es la tesis central de Maurizio VIROLI, *From Politics to Reason of State. The acquisition and transformation of the language of politics 1250-1600*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

se refiere ahora al adecuado reparto de cargos y honores, a la oportunidad de conciliar el rigor en el castigo con la clemencia para asegurar la estabilidad del país e incrementar la reputación del gobernante y, particularmente, a los criterios que orientan la elección y comportamiento de los colaboradores del príncipe². La justicia se presentaría, pues, como razón de Estado administrativa³, pero esto no quiere decir que la legislación y la doctrina de la época concibiesen la función judicial separada de las demás funciones de gobernación ni que los jueces fuesen independientes y sólo sometidos a las leyes positivas⁴.

Entre los españoles, será el jesuita Pedro de Ribadeneyra (1526-1611) el primero en hacer frente al reto lanzado por Maquiavelo y sus secuaces de conciliar las imposiciones de la actividad política con los requerimientos, igualmente ineludibles, de la fe cristiana; en suma, justicia con utilidad, religión con razón de Estado⁵. En 1595 aparece publicado su *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el prínci-*

² Entre la bibliografía sobre los criterios de selección de consejeros y ministros es fundamental José M.^a GARCÍA MARÍN, *La burocracia castellana bajo los Austrias*, 2.^a ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986; Michael STOLLEIS, «Grundzüge der Beamtenethik (1550-1560)», en *Staat und Staaträson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990, pp. 197-231; en menor medida, Juan Luis CASTELLANO, «El Rey, la Corona y los ministros», en J. L. CASTELLANO, J. P. DEDIEU y M. V. LÓPEZ-CORDÓN, *La pluma, la mitra y la espada. Estudios de Historia Institucional en la Edad Moderna*, Marcial Pons-Universidad de Burdeos, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 31-47.

³ José A. FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, *Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 3 y 4.

⁴ Como parece deducirse de la exposición sistemática del estatuto personal del juez y del modo de ejercicio de la actividad judicial, tal como hace en un muy completo estudio Roberto ROLDÁN VERDEJO, *Los Jueces de la Monarquía Absoluta*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1989.

⁵ La información más accesible sobre la vida y obras de Ribadeneyra nos la proporciona Eusebio REY, en la «Introducción General» al volumen recopilatorio: Pedro de RIBADENEIRA, S. I., *Historias de la Contrarreforma*, BAC, Madrid, 1945, pp. XXXV-CXXVI. En adelante citaré esta edición abreviadamente como HCR. Con brevedad, en otros diccionarios y repertorios ya no sólo eclesiásticos, sino de filosofía política, por ejemplo: el mismo E. REY, artículo «Ribadeneyra, Pedro de», en Q. ALDEA, T. MARÍN y J. VIVES (dirs.), *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*, vol. III, CSIC, Madrid, 1973, p. 2085; Ludwig KOCH y Burkhard SCHNEIDER, artículo «Ribadeneira, Pedro de», en *Lexikon für Theologie und Kirche*, tomo 8, 2.^a ed., Freiburg im Breisgau, Herder, 1963, pp. 1281-1282; Vittorio DINI, artículo «Ribadeneyra, Pedro de», en R. ESPOSITO y C. GALLI (dirs.), *Enciclopedia del pensiero politico. Autori, concetti, dottrine*, Laterza, Bari, 2000, p. 597. Sobre la difusión de las obras de Ribadeneyra pueden además consultarse con cautela, Nicolás ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD. ad MDCLXXXIV floruerunt notitia*, Tomus Secundus, Matriti, apud viduam et heredes Joachimi de Ibarra, 1788, pp. 230-231, s. v. «Petrus a Ribadeneyra»; Antonio PALAU Y DULCET, *Manual del librero hispanoamericano*, tomo XVI, 2.^a ed., Librería Palau, Barcelona, 1964, pp. 426-448, s. v. «Ribadeneyra, Pedro de». Nos será muy útil el «Catálogo Colectivo del Patrimonio Bibliográfico Español», en la dirección virtual: <http://www.mcu.es/ccpb/ccpb-es.html>. Pero deben agotarse todas las variantes del nombre del autor, así las voces: Ribadeneyra, Ribadeneira, Rivadeneira, Rivadeneyra.

pe cristiano, obra dividida en dos partes: la primera se encamina a orientar al príncipe en materia de religión, como protector de la Iglesia; la segunda recomienda el ejercicio de las virtudes para gestionar el gobierno en asuntos temporales⁶. En esta obra la justicia y la religión siguen siendo los pilares que sostienen al buen príncipe cristiano⁷.

La información que proporciona Ribadeneira acerca de la justicia es menos precisa que la de un jurista o la que encontramos en Castillo de Bobadilla, concededor del derecho y práctico, pero precisamente por ser ajeno al mundo de los juristas nos deja bien claro cuáles eran los elementos claves sobre el ideal de justicia que pretenden inculcarse en la población y en los dirigentes⁸.

En este trabajo me limito a recoger ordenadamente las menciones que hace, principalmente en el *Príncipe cristiano*, sobre la administración de justicia, señalando el contexto argumentativo en que se desenvuelven. Se refiere en ellas a la elección de los jueces, al ejercicio de su función y a la responsabilidad del cargo, evidenciando una doctrina sobre las virtudes del juzgador, su deber de misericordia como criterio general de actuación y la responsabilidad moral diferida al juicio de Dios. Prescindo aquí de los demás textos que más específicamente conciernen a la justicia y al derecho, trátense de aquella como virtud particular orientada a la adecuada distribución de cargas y beneficios o a la reparación y castigo de las ofensas, o de las referencias sobre el concepto de ley, requisitos de creación y vinculación del soberano.

⁶ *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe christiano para gouernar y conseruar sus estados: contra lo que Nicolas Machiavelo y los políticos deste tiempo enseñan* (Madrid, 1595). Utilizo la edición de 1605 reproducida en *Obras escogidas del Padre Pedro de Rivadeneira*, Biblioteca de Autores Españoles, tomo LX, Atlas, Madrid, 1952, pp. 449-587. Citaré abreviadamente como *PC*.

⁷ Es imprescindible la monografía de José María IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, *La Gracia y la República. El lenguaje político de la teología católica y el Príncipe Cristiano de Pedro de Ribadeneira*, UNED, Madrid, 1998. Otros trabajos parciales prestan atención a la tolerancia, al buen gobierno, a la razón de Estado: J. A. FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, *op. cit.*, *passim*; Paolo G. CAUCCI, «I tre principi: ovvero sul “buon governo” secondo San Tommaso, Machiavelli e Pedro Ribadeneira», en *Problemas de la ciencia jurídica. Homenaje a F. Puy*, tomo 1, Santiago de Compostela, 1991, pp. 119-131; Elena CANTARINO, «El concepto de *razón de Estado* en los tratadistas de los siglos XVI y XVII (Botero, Rivadeneira y Settala)», en *Res publica*, 2 (1998), pp. 7-24; Modesto SANTOS, «Rivadeneira: La razón de Estado al servicio de la Contrarreforma», en *Pensamiento*, vol. 53, núm. 206 (1997), pp. 243-262; María Gloria GUIDOTTI RUINI, *Il Padre Ribadeneira e l'antimachiavellismo*, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, 1988; Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, «Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política» (Cuadernos «Bartolomé de las Casas», 4), Dykinson, Madrid, 1997, esp. pp. 15-23.

⁸ J. M. IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 341-345, hace unas breves y enjundiosas observaciones sobre la matriz religiosa de esta concepción de la justicia. Descuidan esta cuestión otras dos recientes obras de gran interés: Robert BIRELEY, *The Counter-Reformation Prince: Anti-Machiavellianism or Catholic statecraft in Early Modern Europe*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990, cap. 5,

I. LAS VIRTUDES DEL JUEZ

La existencia de una comunidad jurídica depende ineludiblemente de la realización de la justicia, que es virtud general que confluye con el bien común. Ésta es la que distingue una comunidad bien ordenada de una banda de ladrones⁹. Con ella se asegura la paz, se evitan guerras y sediciones, prosperan los pueblos, aumenta la gloria del príncipe y la reverencia de Dios¹⁰.

Como tipo particular de virtud, la justicia consiste básicamente en repartir honores y cargas, así como en castigar a los facinerosos y en procurar un trato igual a todas las partes, del mismo modo que Dios demuestra su justicia tanto por medio del castigo como de la recompensa¹¹. Administrar la justicia distributiva y la conmutativa es, pues, la función primordial del príncipe. Para desempeñar tan esencial función es necesario que el príncipe escoja a los más capacitados y que reúnan cualidades de impecable moralidad:

«Y porque el príncipe no puede por sí mismo oír a todos, ni averiguar los pleitos, ni castigar a los facinerosos, ni ejercitar esta parte de justicia, busque con gran vigilancia los hombres de más pecho y valor y más ajenos de interese y codicia, los más enteros y letrados y cono-

pp. 111-135; Ronald W. TRUMAN, *Spanish Treatises on Government, Society and Religion in the Time of Philip II. The «de regimine principum» and Associated Traditions*, Leiden-Boston-Köln, Brill, 1999, cap. 13, pp. 277-314.

⁹ SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, IV 4; II 21; RIBADENEYRA, *PC II 5* (p. 526): «después de la piedad y religión...con la justicia se establece el reino... Sin la justicia no hay reino, ni provincia, ni ciudad, ni aldea, ni casa, ni familia, ni aun compañía de ladrones y salteadores de caminos, que se pueda conservar; y donde no reina la justicia, el mayor reino es el mayor latrocinio, como lo afirma San Agustín»; lo mismo en *PC I 13*; II 14.

¹⁰ *PC II 5* (p. 526).

¹¹ *PC II 5* (p. 527): «la justicia verdadera, maciza y perfecta, la cual consiste en dos cosas principalmente: la primera, en repartir con igualdad los premios y las cargas de la república; la otra, en mandar castigar a los facinerosos y hacer justicia entre las partes». Lo mismo en *PC II 6*; II 43; II 40. En muchos lugares expone Ribadeneyra que la justicia es oficio principal del buen rey, identificando como actividad principal del ejercicio del poder político la aplicación de la justicia: «... porque los poderosos poderosamente serán atormentados si no hacen lo que deben, como lo dicen las divinas letras, en las cuales, y en las historias eclesiásticas y aun profanas, se hallan admirables ejemplos de reyes excelentísimos, que supieron juntar con la grandeza y majestad de sus personas y estado real, la piedad y temor santo para con Dios, la devoción y reverencia para con sus ministros, la templanza para consigo, la benignidad para con sus vasallos, la suavidad para los buenos, la severidad para los malos, la misericordia para los pobres, el terror y espanto para los que atropellan a los que poco pueden, la buena correspondencia para los amigos, el valor para los enemigos; y finalmente, la vara de la justicia tan igual y tan derecha para con todos, que no se deje torcer de nadie, ni doblar. Que estos todos son oficios del buen rey...» (Dedicatoria «Al Príncipe Don Felipe Nuestro Señor», en *Historia Eclesiástica del Cisma del Reino de Inglaterra*, 1588; recogido en HCR, p. 894. La primera parte de esta Historia, Libros I y II, apareció en 1588 y la segunda parte, luego Libro III, en 1593).

cidos por tales que hay en todo su reino, para que la administren sin acepción de personas, y con el rigor, mezclado de piedad y blandura, que conviniere al bien de la república»¹².

Por lo tanto, las exigencias impuestas a los aplicadores de la justicia se bifurcan en unas cualidades personales y en unos requisitos técnicos. Unas son cualidades predicables del hombre bueno, y las otras específicas de la profesión jurídica, pero están interrelacionadas en la medida en que no parece posible ser jurisprudente sin honestidad, del mismo modo que parece difícil considerar a alguien como sujeto que haya colmado su perfección personal sin que simultáneamente reuniese los conocimientos técnicos para el desempeño correcto de su profesión.

1. Cualidades personales

El príncipe debe escoger con gran cuidado «a los hombres que son tenidos por de mejor fama, letras, prudencia y entereza de su estado»¹³, cuyas virtudes personales se sintetizan en su fortaleza de ánimo y su piedad religiosa.

a) «Hombres poderosos». Lo cual quiere decir varones «de pecho y valor, que tengan ánimo y brío para acometer y prender al caballero, al rico y al señor, y castigarle si fuere menester»¹⁴. Esto es, la entereza de espíritu necesaria para no dejarse influir por las presiones de los poderosos, se realicen éstas directamente o bien se hayan interiorizado en el ánimo del juzgador que actúa así bajo una especie

¹² PC II 44 (p. 586); y ahí mismo sigue diciendo: «Pero no se contente con haber escogido los jueces que sean tales, sino vele sobre ellos y míreles a las manos, para dar ánimo a los buenos y reprimir a los que torcieron la vara de la justicia; porque esta vista y cuidado del príncipe es la vida y salud de la república». Reitera la exigencia de responsabilidad también *in vigilando* en PC II 12 (p. 538): «Pues desta misma manera aprovecha poco que el príncipe sea muy amigo de justicia, si no tiene cuidado de escoger para ministros della los hombres más señalados y más excelentes de su reino, y no vela sobre ellos después de haberlos escogido». El sentido de la vista es el más excelso y siempre se trae a colación para delimitar cuáles sean los negocios que los Reyes deben reservarse y despachar por su mano, tal como expone precisamente Fray Juan de SANTA MARÍA, *Tratado de República y policía christiana para Reyes y Príncipes; y para los que en el gobierno tienen sus veces*, Imprenta Real, Madrid, 1615, cap. XVI (pp. 177-186); también se relaciona con la justicia el sentido del oído, que aprovecha al rey si concede con facilidad audiencias a los súbditos y a sus consejeros, para completar con las informaciones de otros lo que él no puede ver por sí mismo. Con ello podrá distribuir mejor las recompensas y los castigos, obrando del mejor modo para el bienestar colectivo (*Tratado de República*, cap. XVIII, pp. 199-209).

¹³ PC II 14 (p. 541).

¹⁴ PC II 12 (p. 539).

de temor reverencial. «Y que sean firmes, como dice la ley de la Partida, de manera que no se desvíen del derecho ni de la verdad»¹⁵.

Por consiguiente, deben enfrentarse a las cuatro cosas que sintetizaba San Isidoro en *De Summo bono* (Libro III, cap. 58)¹⁶, con las que suele ablandar y enflaquecer el Juez y pervertirse el juicio, que son temor, codicia, amor y odio:

a.1 Temor de perder los beneficios ciertos o esperados de aquel personaje influyente al que han de juzgar¹⁷.

Por eso se hace históricamente hincapié en el buen linaje de los juzgadores, para que tengan «vergüenza de non errar», siendo hombres capaces, temerosos de Dios, íntegros e insobornables¹⁸. Los cuales, es de presumir que no se verán arrastrados a la injusticia movidos por su afán de ganancias ni se desviarán del camino recto por amenazas o halagos¹⁹.

De ahí que se recele de los individuos de baja extracción social, porque éstos buscarán incrementar su patrimonio y resarcirse así de los dispendios gastados en su formación. El arbitrista Pedro Fernández de Navarrete propondrá, y no por caridad, enseñar oficios manuales a los expósitos y desamparados, pero en ningún caso a leer y escribir, porque si esta gente, que «es la escoria del mundo, llega por medio de las letras o la pluma a ser jueces, letrados o escribanos, notarios o procuradores, no teniendo bienes que perder ni honra que man-

¹⁵ PC II 12 (p. 539). La referencia es a *Partidas* 2, 9,18: los jueces del rey «deben ser firmes de manera que no se desvíen del derecho, ni de la verdad, ni hagan lo contrario, por ninguna cosa que les pudiese ende avenir, de bien ni de mal». Y GREGORIO LÓPEZ en Glosa (i). *Firmes etcétera*. «Adde. cap. quatuor. n. q. 3. ubi etiam glo. quaerit an teneat sententia lata per metum iudicis: et Adde. cap. cum eterni tribunal. de re iudica. lib. 6. ibi timor exulet praemium aut expectatio partida segunda: praemii iustitiam non euertat, et quod ita faciat iurat. ut patet. in l. 26. in. co. et quid si ex forma statuti arctaretur iudex ad aliquid iniustum An debeat facere, vide Bal. in. l. I. col. pe. C. si a non competen. iudice qui dicit quod debet facere de facto et excusatur, quando hoc esset sine damno alterius, alias non debet facere, Cum in principio officii iuret, iustitiam facere, quod iuramentum obligat de iure divino. quod est potentius quam statutum humanum». Utilizo la edición de *Las Siete Partidas... glosadas por el Licenciado Gregorio López*, Salamanca, Andrea Portonaris, 1555 (edición facsímil, 3 vols., BOE, Madrid, 1974).

¹⁶ Recogido en el Decreto de Graciano: C. 11, q. 3, c. 78; el *dictum post*, continúa en c. 79 con palabras de San Agustín: «Quicumque aut consanguinitate, aut amicitia, vel hostili odio, vel inimicitia in iudicando ducitur, pervertit iudicium Christi, qui est iustitia, et fructum illius vertit in amaritudinem». Ya antes se nos había dicho que «sententia iustitiae non est pro premiis ferenda» (C. 11, q. 3, c. 66) y «iustum iudicium vendi non potest» (C. 11, q. 3, c. 71). Consulto el *Corpus Iuris Canonici*, 2.^a edición de Leipzig, 1879, cuidada por A. L. RICHTER y A. FRIEDBERG; edición facsímil, 2 tomos, Akademische Druck, Graz, 1959, tomo I, pp. 661-665.

¹⁷ «Por temor de perder la gracia del privado y del que le puede favorecer, o lo que es más, la hacienda, la honra o la vida, por ser muy poderoso aquel contra quien se ha de juzgar» (PC II 12, p. 539).

¹⁸ *Partidas* 2, 9, 18. Glosa (e) *Ser de buen linaje etcétera*, con exposición de los consejos impartidos por Jetró a su yerno Moisés (ex 18, 13-27).

¹⁹ Glosa (a) *De bien ni de mal*, a *Partidas* 2, 9, 18.

char... está claro, que compelidos de la pobreza (que es una muy mala consejera), y no atados ni enfrenados con respeto de honor, harán venal la justicia»²⁰. Argumentación ésta que, en ocasiones, se hará extensiva a la compra de oficios²¹.

El recelo manifestado ante los miembros de estamentos carentes de nobleza y de riquezas se basa, desde luego, en una presunción de codicia, pero además, y en el texto de Navarrete es claro, en la desconfianza ante una serie de individuos advenedizos que no sentirían como propio el acervo común de valores asumidos por la comunidad, descomprometidos con sus usos y tradiciones y, por lo tanto, sin ataduras, «sin honra que manchar». Lógicamente, si los colocados en posición de predominio sentían estos temores era porque ellos mismos despreciaban a los miembros de la escoria, que no eran considerados como miembros relevantes de la *respublica*. A ella se pertenece por un vínculo espiritual, reforzado por la posesión de unos usos de comportamiento con pretensión normativa y que se erigen en un sistema de moralidad asumido por los individuos de este grupo férreamente comunitario como formas de su vida personal²².

Este recelo manifestado por los escritores no es sólo reflejo de una posible reacción de las élites para preservar un ámbito exclusivo de influencia²³, sino que también ha sido interiorizado en los sectores populares, hasta el punto de que aún hoy existe la convicción de que la actividad política y el desempeño de cargos vinculados al ejercicio de una función pública permiten un rápido enriquecimiento y gran capacidad de influencia. Percepción acrítica pero muy profundamente arraigada, y a cuya forja debieron de contribuir comportamientos abusivos, la cual resalta la apariencia de grandeza e incremento de rique-

²⁰ Pedro FERNÁNDEZ NAVARRETE, *Conservación de Monarquías y discursos políticos* (1626), Discurso XLVII (consultamos la edición de 1729, edición y estudio preliminar de Michael D. Gordon, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pp. 363-366; la cita en pp. 365-366). El humanista flamenco Justo LIPSIO, *Politico-rum sive civili doctrina libri sex* (1589), Lib. III, cap. 10 (*Políticas*, versión castellana de Bernardino de Mendoza, de 1604, estudio preliminar y notas de J. Peña y M. Santos, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 90-91): que los ministros y oficiales «sean nobles y de buen linaje», excluyendo a las personas viles, «siendo uno de los mayores indicios y muestras de no ser el príncipe magnánimo y generoso tener por principales ministros gente baja y de condición servil».

²¹ P. FERNÁNDEZ NAVARRETE, *Conservación de Monarquías*, Discurso XLVIII (pp. 367-369): «la pobreza es peligrosa para consejera en el manejo de hacienda y en administración de justicia, en que corre riesgo de reducir el despacho a pregones de almoneda» (p. 367); «Pero lo cierto es, que en todos los oficios que teniendo jurisdicción son comprados, se debe y puede temer venderán la justicia» (p. 368).

²² Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed., Bosch, Barcelona, 1979, p. 457.

²³ Vid. Adolfo CARRASCO MARTÍNEZ, *Sangre, honor y privilegio. La nobleza española bajo los Austrias*, Ariel, Barcelona, 2000, con un estudio introductorio (pp. 11-109) más textos y documentos (pp. 113-214). Desde mediados del siglo XVI la nobleza ocupa los oficios más relevantes, según M. STOLLEIS: «Grundzüge der Beamtenethik (1550-1560), *op. cit.*, pp. 209-210 y 227.

zas de quien accede a la función pública, de modo que no se tiene en cuenta el esfuerzo o la valía, sino las ganancias²⁴.

En cambio, Ribadeneyra es más complejo; aun sin la rotundidad de Furió²⁵, sus observaciones han podido interpretarse como muestra de cierta apertura a la movilidad social al encarecer la virtud personal y la preferencia de los méritos y servicios frente al solo privilegio del linaje²⁶.

En realidad creemos que es simplemente un ejemplo de la función dinamizadora que la emulación puede desempeñar en la sociedad. No hay, pues, una primacía de los méritos y capacidades técnicas que postergue definitivamente al linaje; sí hay un reconocimiento de la valía personal, primeramente en cuanto sirva de acicate a las clases ociosas y, en segundo lugar, contribuya al bien común de la comunidad²⁷. Pero su papel es secundario, pues no hay una nueva legitimidad

²⁴ Pedro FERNÁNDEZ NAVARRETE, *Conservación de Monarquías*, Discurso XXV (p. 207): «porque el pueblo no mide la capacidad y suficiencia de los sujetos sino por los puestos y ocupaciones en que los ve, ni juzga beneméritos a los que halla sin premios»; Juan de SANTA MARÍA, *Tratado de República*, cap. VIII (p. 84): «son muy pocos los que entran, o procuran entrar en los oficios para trabajar, sino para mayor regalo suyo, para acrecentar riquezas, para más crecer en ambición, y para descansar más a su salvo». Vid. J. M. GARCÍA MARÍN, *op. cit.*, pp. 135-136 y 161-164.

²⁵ Fadrique FURIÓ CERIAL, *El Concejo y Consejeros del Príncipe* (1559), cap. IV (edición de Henry Méchoulan, Tecnos, Madrid, 1993, p. 76): «Esto se deve guardar con todo género de hombres sin ecepción ninguna, sean ricos o pobres, grandes o pequeños, privados o no (...) porque los cargos se deven dar por sola suficiencia, i no por favor, ni por servicios, ni por poder. Bien es verdad que los favores, los servicios i el poder entonces tienen lugar, quando la suficiencia es igual de ambas partes»; «que el Príncipe da los cargos por suficiencia, i el tirano solamente los da por favor o poder» (*ibídem*, cap. IV, p. 77; lo reitera en el último capítulo nombrado como «La despedida de toda esta obra», *ibídem*, p. 81). Sobre las distintas posturas doctrinales acerca de la valoración de los méritos, *vid.* J. M. GARCÍA MARÍN, *op. cit.*, pp. 209 ss.

²⁶ «Pues para repartir los bienes de la república y administrarlos bien no debe el príncipe tener cuenta principalmente con las haciendas ni con los linajes, sino con la virtud y obras de cada uno» (*PC II 6*, p. 528); «en el repartir las honras y bienes della, debe el príncipe anteponer al caballero vicioso el pobre virtuoso, y el hombre bajo y valiente (...) Justo es que el que sirve sea galardonado, y el que sirvió más sea galardonado más, y que no reciba premios el que no tiene servicios, y que los servicios propios y personales sean preferidos y remunerados más que los que heredamos de nuestros padres» (*PC II 6*, p. 529); «Y que para ser el príncipe justo debe repartir las honras y bienes de la república a los que las merecen por su virtud y por sus buenos servicios, más que a los ricos o a los que se precian de su nobleza, y son desemejantes en las obras a sus progenitores, y escurecen con su mala vida el resplandor de su linaje, y corrompen las costumbres e inficionan la república con su mal ejemplo» (*PC II 44*, p. 585). También en *PC II 7* y 8.

²⁷ «Mas cuando en el repartimiento de los bienes se mira más a la virtud de cada uno que a la hacienda o a la sangre... los que son pobres y por sangre innobles, con la esperanza de ennoblecerse y de ir adelante se animan, y con el estímulo de la honra y premio hacen obras maravillosas en beneficio de la república. Y los generosos y caballeros, viendo que no les vale serlo por sangre, si no lo son también por virtud e imitación de sus antepasados, por no perder por sí lo que ellos les dejaron, procuran imitarlos y conservar el antiguo resplandor de su casa; y la esperanza de los unos y el temor justo de los otros es la salud y conservación de la república» (*PC II 8*, p. 528).

del orden social basada en la igualdad legal cuyo criterio de distribución consista en atender a las capacidades y méritos individuales, sino que la sociedad se halla estratificada por imperativo divino y hay una jerarquía de estamentos, de modo que la igualdad sólo existe dentro de cada estrato²⁸.

Los méritos de cada individuo y los servicios prestados a la república no constituyen realmente un criterio de actuación jurídica para seleccionar a los más capaces, sino que se lanzan como dardos que estimulen el orgullo de los caballeros decadentes y, por lo tanto, pueden asemejarse mejor a unos criterios prácticos para un buen sanador de almas, o sea, a recomendaciones de praxis psicológica para intentar modificar la conducta que podemos reconocer en cualquier prontuario de psicología vulgar. Para que la superioridad social de la nobleza pueda simultáneamente justificarse por la superioridad moral de sus miembros.

La posición social permanece inalterada porque la distribución es un acto debido, se realiza conforme a un principio teológico y conforme a las exigencias de la estructura estamental²⁹. Así que la desigualdad de estatus se corresponde con el orden divino que impone la justa distribución de honores según la adscripción por nacimiento, la calidad de las personas, sus linajes y estados. Y también porque la dependencia mutua entre la monarquía y los señores exige además como regla de prudencia tratar adecuadamente a quienes podrían rebelarse y minar la legitimidad de quien es cabeza de la república³⁰. De nuevo, la justicia distributiva exige dar a cada uno el trato ajustado a lo que

Entre las causas por las que Dios castiga a los pueblos menciona Ribadeneyra «la lujuria y deshonestidad de las personas nobles y principales» (*Tratado de la Tribulación*, 1589, Libro II, cap. 10; consulto la edición de Madrid, Universidad Pontificia de Salamanca y Fundación Universitaria Española, 1988, p. 327). Lo mismo reitera al exponer las causas del desastre de la Armada Invencible: «La cuarta es, que se ponga mayor cuidado en quitar pecados y escándalos públicos, especialmente si hubiese algunos de personas grandes que tienen obligación de dar ejemplo» (*Carta de Ribadeneyra para un privado de Su Majestad sobre las causas de la pérdida de la Armada*, en HCR, p. 1354). Coincide R. W. TRUMAN, *op. cit.*, p. 301.

²⁸ «No quiero por esto decir que no hay diferencia entre el caballero y el ciudadano, entre el noble y el que no lo es, entre el rico y el pobre, entre el grande y el pequeño; que sí la debe haber, pues Dios quiere que haya diversos grados en la república, y aun en el cielo, y que no todos los santos en la gloria sean iguales ni todas las estrellas tengan la misma claridad. Y así debe el príncipe honrar a los caballeros y señores virtuosos, y servirse dellos, y hacerles mucha merced, y preferirlos a los que no lo son, y mostrar con las obras que conoce y estima lo que por sus personas y por las de sus padres y abuelos merecen» (*PC II 6*, p. 528).

²⁹ Pierangelo SCHIERA, *Specchi della politica. Disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1999, pp. 153-184, sobre el orden celestial y su correlato político; António Manuel HESPANHA, «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna», en *Ius Fugit*, vols. 3-4 (1994-1995), pp. 63-100, la correlación entre teología y ordenación social.

³⁰ Conferir prebendas a los nobles, «demás de ser razón y justicia, importa mucho para la autoridad del mismo príncipe y para la quietud de sus estados y señoríos» (*PC II 6*, p. 528).

por dignidad le corresponde y, por ello, es profundamente discriminatoria y desigualitaria al erigirse en instrumento de diferenciación entre los hombres, consolidando de este modo el orden social existente³¹.

a.2 Codicia o interés personal que le conduzca al cohecho, pues actuando «movido del apetito natural que tenemos todos de nuestro propio interés» trastorne su juicio y se corrompa³².

Esta vez el soporte bíblico procede del Deuteronomio, que contiene los discursos de Moisés a su pueblo exhortándole a seguir los preceptos del Señor, y en tal sentido es menos un código legal que un libro parenético, un catecismo que reafirma la fidelidad a la alianza, aunque gran parte del segundo discurso contiene leyes sobre el comportamiento y la organización social. Los jueces compartían su tarea con los sacerdotes en los casos difíciles y la moralidad de aquéllos debía ser también impecable: «No tuerzas el derecho, no hagas acepción de personas, no recibas regalos, porque los regalos ciegan los ojos de los sabios y corrompen las palabras de los justos»³³.

Para evitar esta culminación extrema de la pasión desordenada las leyes divinas y las humanas prohíben al juez tomar dádivas, porque si actúa movido por el soborno entonces «se destruye el fundamento de la justicia», que es la igualdad sin acepción de personas ni cosas, «y se trueca el ánimo del juez, y queda tan ciego que no puede ver la justicia de las partes». Por eso se pinta la justicia manca, para significar que no podía extender la mano ni tomar dones³⁴.

En la tradición cristiana, la corrupción de la naturaleza humana por el pecado original no impedía contener los instintos y así poder recuperar la unidad con el Creador. No es una novedad afirmar que

³¹ Están implicados dos problemas, uno relativo al contenido de los poderes del príncipe y otro que afecta a su responsabilidad por una injusta distribución, tal como explica J. M. GARCÍA MARÍN, *op. cit.*, pp. 215-225, y sintetiza en p. 223. La justicia distributiva, remuneratoria o distintiva sirvió a los reyes desde la Baja Edad Media de apoyo ideológico para discriminar y reproducir privilegios, como nos aclara Salustiano DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1570*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 36-37, 277-278, 368 ss.

³² «Por codicia e interés temporal, que es lo que el Espíritu Santo encarece tanto, y quiere que los jueces sean enemigos de la avaricia y que no tomen dones, porque ciegan los ojos de los sabios y truecan las razones de los justos, en lo cual da a entender que los cohechos y presentes no solamente ciegan a los jueces ignorantes y trastornan a los malos, pero también alteran a los sabios y los ciegan con su propio interés, de suerte que no ven la justicia, ni hablan del pleito de las partes de la manera que hablaban antes que le recibiesen; porque, como el que recibe algún beneficio naturalmente queda obligado y deudor de quien le recibe, claro está que el juez que toma presentes se ha de tener por deudor de la parte que se los da, y si ambas partes se los dan, que se tendrá por más obligado a la parte que le diere más y mayores, y que movido del apetito natural que tenemos todos de nuestro propio interés, y tomado deste vino y dulzura de aprovechamiento temporal, romperá por todas las leyes y las torcerá a su voluntad» (*PC II 12*, p. 539).

³³ El código legal se recoge en Dt 4, 44 hasta 28, 68; en concreto, sobre la administración de justicia Dt 16, 18 hasta 17, 13. La cita procede de Dt 16, 18-20.

³⁴ *PC II 12* (p. 539).

«la raíz de todos los males es la codicia»³⁵, pero sí merece atención la reprobación de Ribadeneira contra los que obran por interés, máxime cuando él mismo alienta al gobernante a promocionar la industria, el comercio, la navegación o rechaza la ociosidad por improductiva. Por ejemplo, deplora que se obre por interés, ya sea quien actúe el juez, el rey, consejeros, ministros o un amigo con otro. Obrar por interés consiste en obrar en contra del bien común; no sólo es obrar en beneficio particular, sino a costa del interés comunal. Por eso se opone el binomio obrar por interés a obrar conforme a Dios y la religión, obrar por el bien público o por amistad, y se equipara a quien actúa para sus fines particulares con aquel que obra según dictamina la falsa razón de Estado, que es lo propio del gobierno de un tirano, o de los malos ministros que aconsejan incrementar los impuestos, o incluso del amigo lisonjero que no obra desinteresadamente³⁶.

Merece atención este uso peyorativo del término «interés» porque puede conectarse con los cambios en los modos de producción económica y el correlativo ascenso de la burguesía. Sólo recordemos ahora que el rompimiento decisivo con el mundo medieval se produjo, como expone Hans Baron, con el descubrimiento de que ninguna fuerza moral ni grandeza individual o colectiva puede hacerse sin contar con las pasiones. Maquiavelo, en cambio, rechazó el incremento desmesurado de las riquezas en una república porque entonces aumentaban las desigualdades sociales y la apatía por los asuntos generales, haciéndose imposible la participación equilibrada de los diferentes *ordini* en la toma de decisiones colectivas³⁷.

³⁵ RIBADENEIRA, *Tribulación* I 16 (p. 143); II 8 (p. 311). El objetivo principal de esta obra ascética es fortalecer el espíritu ante las adversidades y reforzar la convicción de que los bienes temporales son secundarios respecto a los auténticos y principales bienes: alcanzar la vida eterna, la beatitud, salvación del alma o unidad con Dios.

³⁶ Por ejemplo: «los príncipes que tienen puesta la mira en Dios, y con su santa religión y obediencia nivelan sus deliberaciones y empresas más que con otros intereses y fines particulares» (PC I 16, p. 479); «El verdadero rey... está atado al bien público y a la defensa de su pueblo; el otro (el tirano) no hace cosa sino por su interés» (PC II 7, p. 532). «Y este es el primer aviso que deben guardar los príncipes en cargar a sus pueblos, y no dar oídos a los lisonjeros, que por sus propios intereses buscan cada día nuevos arbitrios e invenciones para desollar, desangrar y desustanciar el reino» (PC II 10, p. 534); «en el buen consejero es la amistad o benevolencia o caridad, que es una voluntad y deseo de ayudar en todo lo que pudiere, y hacer bien a aquel a quien se da consejo, sin respeto al propio interés» (PC II 25, p. 556); «el verdadero amigo ama con amor de amistad y quiere bien a su amigo por lo que él merece, sin tener respeto a sí; el lisonjero no ama sino por su interés y por el bien que espera» (PC II 30, p. 561).

³⁷ Hans BARON, *En busca del humanismo cívico florentino. Ensayos sobre el cambio del pensamiento medieval al moderno*, trad. de M. A. CAMACHO, FCE, México, 1993, pp. 29-43 y *passim*; Christian LAZZERI, «Le gouvernement de la raison d'État», en C. LAZZERI y D. REYNIÉ, *Le pouvoir de la raison d'État*, PUF, París, 1992, pp. 91-134; Alfred VON MARTIN, *Sociología del Renacimiento* (1932), trad. de M. Pedrosa, 5.ª reimpr., FCE, Madrid, 1981; Agnes HELLER, *El hombre del Renacimiento*, trad. J. F. Ivars y A. P. Moya, Península, Barcelona, 1980.

Por supuesto que para la doctrina católica no es la desigualdad social lo preocupante o la apatía de los súbditos, pues la única virtud que se les exige es la obediencia, que sean capaces de reconocer al buen gobernante y obedecerlo. Lo terrible de observar que las conductas humanas se guían por el interés es que impone la necesidad de sustituir una antropología basada en un ideal de hombre cuya finalidad es trascendente, alcanzar la beatitud, por otra más realista que pondere el haz de pasiones, el interés y el cálculo como motivo principal de sus acciones³⁸. Y entonces, esto último suponía considerar que ese individuo privatizado y egoísta no se sentía vinculado a ninguna comunidad espiritual, sino solamente a sus particulares, momentáneos y exclusivos intereses³⁹.

Desde la perspectiva de la Iglesia, y esto es lo que recoge Ribadeneira, se trata de evitar un individuo arbitrario e irracional, cuyo comportamiento es excéntrico porque no se somete al código valorativo común, que era el que imponía los fines deseables a individuos y sociedades, sino que opera con criterios exclusivamente individuales, que son los únicos y últimos criterios que se ponderan sin remitirse a ningún otro fin o valor superior⁴⁰. Esta capacidad disolvente del interés ya había sido observada en 1521, con mención expresa del término, por el fraile trinitario Alonso de Castrillo: los tres estados de ciudadanos son caballeros, mercaderes y oficiales, pero ahora los caballeros ya no son defensores de la ciudad, sino que incumplen su deber arrastrados por la codicia⁴¹. En cambio, el *Tesoro* de Covarru-

³⁸ Lorenzo ORNAGHI, *Il concetto di «interesse»* (antología a cura di (Milán, Giuffrè, 1984, en particular su estudio introductorio, pp. 3-81. Será Henri de Rohan en 1634 el primero en oponer interés a pasiones, de manera que el interés media entre la razón y la pasión, como refiere Albert O. HIRSCHMAN, *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos a favor del capitalismo previos a su triunfo* (1977), trad. Joan Solé, Península, Barcelona, 1999, pp. 55 ss. Desde otra perspectiva y analizando el uso del término «interés» y su equivocidad en la literatura jurídica, vid. Bartolomé CLAVERO, «“Interesse”: traducción e incidencia de un concepto en la Castilla del siglo XVI», en *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 60-100.

³⁹ La Iglesia no rechaza el comercio ni se opone al éxito de los negocios, como tampoco los comerciantes se oponen al clero, pero éste insiste en la caducidad de los bienes temporales. Muy clarificador es Alberto TENENTI, «El comerciante y el banquero», en E. GARIN (ed.), *El hombre del Renacimiento*, trad. M. Rivero y otros, Alianza, Madrid, 1993, esp. pp. 206-212.

⁴⁰ Bien pronto se dirá que la razón de Estado no es otra cosa que la razón de interés (y en esto coinciden Boccalini, Botero o Philippe de Béhune) y que el interés apacigua a todos (BOTERO, *Della ragion di stato*, 1589, Lib. III, cap. 2).

⁴¹ ALONSO DE CASTRILLO, *Tractado de República* (1521), cap. XXV (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 196-197): «Más corrompido el mundo por diversos linajes de cubdicias ya en nuestros tiempos miramos destruida y pervertida toda la orden de la nobleza y así sentimos que la justicia y la fe y la paz y la virtud ya son esclavas de la cubdicia, porque los que habían de vivir de la justicia ya viven del interés y los que habían de vivir de la paz ya roban y los que habían de robar no tanto lo dejan por temor como porque falta qué robar y los caballeros que habían de vivir de la virtud no tantas veces cabalgan sobre sus caballos como sobre su provecho...».

bias de 1611 acoge la acepción neutral que lo equipara a ganancia o utilidad, mientras que en la edición posterior de este diccionario se añadirán unas adiciones muy moralizantes por el padre Noydens, quien califica el interés como «la polilla de la virtud»⁴². Los eclesiásticos vieron claramente el doble rostro del comercio, por un lado es instrumento de progreso, por otro veneno para la religión.

a.3 El amor o afición que el juez tiene al deudo o al amigo, al vecino y conocido suyo.

a.4 El odio o aborrecimiento y pasión que tiene a su enemigo o al enemigo de su amigo.

En estos dos últimos casos se recogen muy genéricamente los motivos que deberían dar lugar a abstención del propio juez o a su recusación si fuese tan evidente la relación personal que incapacita para actuar imparcialmente, de modo que con el curso del tiempo esto devendrá en exigencias de imparcialidad subjetiva. Pero la imparcialidad designa el momento dinámico del proceso y connota la preexistencia de una ley representativa de la voluntad general, conforme a la cual se ejercita la función jurisdiccional, excluyendo la arbitrariedad y la asunción de criterios personales propios del juzgador en la valoración de la causa.

La doctrina procesalista española posteriormente ha venido designando también como imparcialidad objetiva la exigencia de que el juez no tenga relación personal alguna con el objeto del proceso, en tanto que reserva la imparcialidad subjetiva a los aspectos que expresan sospechas de relaciones personales del juez con las partes. Ribadeneyra aquí sólo parecería referirse a la subjetiva, si quisiéramos aplicar retrospectiva e impropriamente categorías dogmáticas del Estado liberal⁴³.

⁴² Sebastián DE COVARRUBIAS OROZCO, *Tesoro de la lengua castellana o española* (Madrid, 1611), voz «Interese» (Madrid, Castalia, 1994, p. 671): «El provecho, la utilidad, la ganancia que se saca o espera de una cosa; del verbo *interest, ut mea interest*, a mí me conviene y toca o está bien». En la edición del *Tesoro* del año 1673, adiciona el P. Benito Remigio Noydens a la voz «Interese»: «El interese es la polilla de la virtud. Por eso dijo nuestro Redentor que al que atesora en el cielo está seguro de la polilla, porque este tal obra virtud por solo Dios, sin interese que haya de esperar, fuera de Dios; y es mucha razón, pues nos ama Dios sin interese, le correspondamos en el amor (si no en el grado del tanto que es imposible) a lo menos en grado de proporción, que es amarle sin interese, así como Él nos ama, sin tener respeto a la ganancia que por amarnos le venga». Con el tiempo se consolida el significado económico, tal en el *Diccionario de Autoridades*, tomo IV, (Madrid, Imprenta de la Real Academia Española: por los Herederos de Francisco del Hierro, 1734, p. 291, col. 2), voz «Interés», tres entradas sucesivas: «El provecho o utilidad que se saca o se espera de alguna cosa que se hace»; «Significa, asimismo, el lucro o ganancia»; «Se toma muchas veces por el valor mismo, y precio que merece una cosa». Cabe observar la misma neutralidad valorativa en las tres entradas de la voz «Interessar» (*ibídem*, p. 292, col. 1): «Sacar interés o provecho de alguna cosa»; «Vale también meter a uno en alguna dependencia, o hacer que la tome a su cargo, como si él tuviera utilidad en ella»; «Significa también dar parte a alguno en alguna negociación o comercio, en que pueda tener utilidad o interés».

⁴³ Una tajante oposición a calificar como Jurisdicción a la Justicia del Antiguo Régimen ha sido reiterada, y con fundamentos históricos, por el procesalista Ernesto PEDRAZ PENALVA, por ejemplo, en «Sobre el “poder” judicial y la Ley Orgánica del

Y en esto consiste un «justo juicio». Así que «para juzgar justamente de la justicia de las partes, es necesario que el juez esté desnudo de cualquier gusto o afición, y como el fiel en el peso, sin inclinarse más a una parte que a otra»⁴⁴. Por eso se pinta la justicia ciega, «porque no ha de tener ojos para ver al amigo ni al enemigo, al natural ni al extraño, al noble ni al innoble, al pobre ni al rico; porque, como dice san Pedro de Rávena, el que se viste de la persona de amigo en el juzgar, se desnuda de la de justo juez, y tiene balanza engañosa contra la ley de Dios»⁴⁵.

b) «Varones temerosos de Dios». Que es la condición ineludible para corresponder a la confianza de Dios y del príncipe, que son quienes le han conferido la potestad de juzgar. Como «no ejercen juicio de hombres, sino del mismo Dios, el cual, por medio de su rey, les dio aquella potestad de juzgar», han de ser amigos de la verdad y enemigos de la avaricia a semejanza de Aquél de quien derivan su misión y que es el mandante⁴⁶. Esta exigencia se traduce en la práctica en una sumisión a los preceptos de la Santa Madre Iglesia y a la dirección espiritual de sus prelados.

De esta exigencia de virtud religiosa se va a derivar la mejor garantía del cumplimiento correcto de su función, pues las sanciones que la garantizan dependen precisamente de la vinculación inmediata a la fuente de donde emana su poder. En cuanto hombres, todos, súbditos o funcionarios, han de acomodar su voluntad al superior, que es lugar-teniente de Dios y a quien ha de obedecerse porque el mismo Dios así lo ordena⁴⁷. El Estado no es otra cosa que la república cristiana, la conmixión de política y religión; el príncipe secular no se libera de la

Poder Judicial», en su *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, pp. 141 ss. Acerca de los deberes del juez y la garantía de imparcialidad en el ordenamiento procesal canónico, *vid.* Gian Luigi FALCHI, *Fragmenta Iuris Romani Canonici. Introduzione allo studio della recezione del diritto romano nelle fonti del diritto canonico altomedievale*, Pontificia Università Lateranense-Mursia Editore, Roma, 1998, pp. 198-199.

⁴⁴ PC II 12 (p. 539).

⁴⁵ PC II 12 (p. 540). Todas las afirmaciones están apoyadas en textos bíblicos (Deuteronomio, Levítico, Isaías) y otros textos de santos, con incidentales alusiones a Partidas y Digesto.

⁴⁶ PC II 13 (p. 540). Reiterando esta misma idea en PC II 12 (p. 539), II 14 (p. 541). Fuera de la fe católica no hay justicia verdadera ni felicidad: *Historia del Cisma* II 41, III 27. El cumplimiento de las leyes se premia con todo género de bendiciones divinas, mientras que sus transgresiones son muy agravadas con las desgracias más enormes (Dt 28, 1-68).

⁴⁷ El príncipe es vicario de Dios, pastor de sus súbditos, padre de los desamparados (PC I 7, 13, 28; II 1, 4, 10, 44); Dios hace a los reyes (PC I 8, 13); el orden temporal está al servicio del espiritual (PC I 12, 18, 35); «la ley de Dios nos enseña que obedezcamos a nuestros reyes y príncipes (...) porque Dios así lo ordena, y la obediencia que da a su rey es parte de la obediencia que debe a Dios» (PC I 27, p. 500); hay que acomodarse a la voluntad de nuestro superior (*Trib.* I 14; II 20; *Vida de San Ignacio* V 4; *Vida del P. Francisco de Borja* IV 3), tomando por tal a Dios y a sus vicarios, lo sean en el orden temporal o en el espiritual.

tutela eclesiástica como tampoco el juez se libra de intromisiones del monarca ni los súbditos de la tutela de sus pastores⁴⁸.

2. Cualidades profesionales

En el ejercicio de su cargo, los jueces están obligados a conocer el derecho, a ser prudentes y a aplicar el derecho que conocen conforme a la prudencia.

a) Conocer las leyes comunes y propias, esto es, «las del derecho civil y común, y las propias municipales, y las costumbres y usos del reino, conforme a las cuales ha de juzgar», porque de no saberlas errará igual que el médico que por no saber de medicina, queriendo curar, mata al enfermo⁴⁹. Del mismo modo que el príncipe prudente ha de conocer las costumbres de los distintos pueblos que rige, el propio juez ha de conocer estos fueros y costumbres y no sólo el derecho común para que sea estable y duradero el gobierno de las naciones⁵⁰.

b) Tener experiencia de muchas cosas y prudencia⁵¹. En realidad es la experiencia la que permite obtener la segunda, el fluir de la vida el que permite acrecentar esta virtud. La exigencia no es, pues, de experiencia sin más, sino de virtud, de prudencia. «El juez, si no quiere errar, tiene necesidad de saber aplicar la disposición particular de la ley a las circunstancias que concurren en el hecho particular de que se

⁴⁸ J. M. IÑURRITIGUI RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 310 ss. Walter ULLMAN: «Juristic obstacles to the emergence of the concept of the state in the Middle Ages», en *Annali di Storia del Diritto*, XII-XIII (1968-1969), pp. 43-64, señala como impedimentos para concebir el Estado como corporación de ciudadanos la ideología eclesiástica, la germánica y el derecho común, que acentúan la función tuitiva o pastoral del gobernante sobre su pueblo, tratado como un menor de edad. Como dirá también Ribadeneyra, «el vulgo es bestia de muchas cabezas, y no puede saber las causas y motivos que tiene el príncipe para hacer lo que hace» ni comprenderlas (*PC II 32*, p. 565). Cfr. Javier DE LUCAS, «Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la Antigüedad clásica», en *Doxa*, 5 (1988), pp. 243-249; *id.*, «Estudio Preliminar», en CASTILLON-BECKER-CONDORCET, *¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y filosofía en la Ilustración: el concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. IX-XLIV, señalando la vinculación entre despotismo, uso del secreto y consideración de la minoría de edad del pueblo; Michel FOUCAULT, «*Omnes et singulatim*: Hacia una crítica de la “razón política”», en *Tecnologías del yo y otros textos afines*, trad. M. Allendesalazar, Paidós, Barcelona, 1990, pp. 95-140.

⁴⁹ *PC II 13* (pp. 540-541).

⁵⁰ Además de conocer la cultura debe aplicarse el derecho particular de cada país, pues «si el príncipe quiere llevar a todos por un rasero, y no acomoda su gobierno a la inclinación de sus súbditos, tendrá gran trabajo y veráse muchas veces en peligro y aprieto» (*PC II 31*, p. 563).

⁵¹ «Y aun no basta que sepa lo que dicen y mandan las leyes en general, si no tiene experiencia y prudencia para aplicar lo que dispone la ley en general al caso particular que se trata en el juicio» (*PC II 13*, p. 541).

trata en cada juicio, y esto no se puede hacer bien sin mucha experiencia, grande prudencia y acertado juicio»⁵².

La prudencia es un saber deliberativo y práctico capaz de aplicar el conocimiento de los medios y estrategias adecuados para obtener el fin propuesto. Es la virtud que permite adaptar el conocimiento de las cosas a situaciones contingentes, y si bien se trata de una virtud dianoética o intelectual va plenamente dirigida a aplicar la razón práctica específicamente para la gestión de la comunidad. Prudencia, que es la virtud aristotélica por excelencia para los ciudadanos, ahora se encarece para los que tienen a su cargo el cuidado de la comunidad, o sea, el príncipe, sus consejeros y oficiales. No en vano, Ribadeneyra se remite a las fuentes clásicas, que efectivamente estiman necesario el aprendizaje a través de la escuela de la vida, de ahí que la mocedad excluya para el desempeño de estos cargos, porque «los mozos comúnmente no son buenos para jueces, porque les falta esta experiencia, tan necesaria para acertar en los casos particulares»⁵³.

Entre los pueblos antiguos es un tópico que la verdadera ancianidad es la prudencia, de modo que lo verdaderamente honorable no es el número de años que desembocan en una edad proveya, sino la prudencia con que uno ha sabido conducirse en la vida y la práctica de esta virtud⁵⁴. Cicerón lo expresa magistralmente: nadie ha vivido demasiado poco si ha realizado plenamente en sí mismo la perfección de la virtud⁵⁵.

Según la visión de Ribadeneyra, el único modo de adquirir la prudencia es encomendarse a Dios y guiarse por la experiencia personal que adquirimos ante los avatares de la propia vida, «cultivar el ánimo con las virtudes», aprovechando de las «ciencias y artes morales, que enseñan a moderar los afectos del ánimo y regir la familia y la república», además de «la lición de la historia». Pero siempre teniendo como modelo las palabras y obras de aquellos que ya tienen la consideración social de prudentes, esto es, guiándose por el «consejo de hombres sabios» y leyendo los «libros de los que

⁵² PC II 13 (p. 540).

⁵³ PC II 13 (p. 541). Con citas de Eclo. 25, 5-8; ARISTÓTELES, *Tópicos*, Lib. III, cap. II (*Obras*, 2.^a edición, traducción de Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1967, p. 446): «la prudencia es más deseable en edad avanzada, porque nadie elige a la juventud para que le guíe, porque no se espera que ella sea prudente. En cambio, ocurre lo contrario con el valor, ya que es en la juventud donde se requiere de manera más imperativa el ejercicio activo del valor».

⁵⁴ Sab. 4, 8-9; Prov. 16, 31; Eclo. 25, 5-8.

⁵⁵ CICERÓN, *Tusculanae Disputationes* I, 45, 109 (*Tusculanes*, vol. I, edición de Eduard Valentí, Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1948, p. 65): «... nemo parum diu vixit, qui virtutis perfectae perfecto functus est munere...». La ancianidad es sinónimo de sabiduría y de equidad ya en HESÍODO (s. VIII a. C.), *Teogonía*, 234-236 (*Obras y fragmentos*, introducción general de Aurelio Pérez Jiménez, traducción y notas de A. Pérez Jiménez y Alfonso Martínez Díez, Gredos, Madrid, 2000, p. 21): «El Ponto engendró al sincero y veraz Nereo, el mayor de sus hijos. Además le llaman Viejo, porque, infalible y benévolo, no se le ocultan las leyes divinas, sino que conoce justos y sabios designios».

fueron prudentes»⁵⁶. Siguiendo sus pautas en todo, pues no puede ser prudente alguien en un aspecto de la vida e imprudente en otro; o se es prudente o no se es. Fortalecer el espíritu, pues, con la práctica de las virtudes, aprender de la propia experiencia y de los libros sobre moral o historia, dejarse aconsejar, son las vías mundanas que completan la prudencia natural que Dios comunica a quienes con humildad se la piden.

Para administrar justicia no hay otra manera de adquirir experiencia que resolviendo litigios, bien que los puestos más relevantes han de encomendarse a quien más experimentado sea en la materia y haya demostrado su adecuación al cargo. Esto además es coherente con la relevancia otorgada al papel de los consejeros para informar de los más variados asuntos; todos ellos han de conocer particularmente algún ámbito de la gobernación; y en asuntos de justicia, el príncipe ha de asesorarse de letrados, como en asuntos de conciencia de teólogos⁵⁷. La experiencia de la vida no excluye la exigencia de una cierta especialización. Pero esto es más que mera muestra de sentido común, pues ya que el objetivo último a que se orienta la vida personal y colectiva está predeterminado por una concepción teleológica trascendente, no hay debate sobre los fines sino sobre los medios. Y al insistir en la importancia de los medios de actuación y proporcionar, siquiera sea sucintamente, unas reglas de conducta, el conocimiento de tales reglas permite la adquisición de esa especialización, y entonces se produce un ligero desplazamiento de la razón práctica por la razón técnica⁵⁸. La utilidad guía nuestras acciones, aplica excesivamente Bireley a Ribadeneyra; pero en verdad no es útil aquella acción que consigue el fin propuesto sino que lo es aquella que se endereza al fin debido u ordenado por la naturaleza⁵⁹.

⁵⁶ Medios de adquirir la prudencia que aconseja al príncipe en *PC* II 23 (pp. 552-3) y II 33 (p. 566).

⁵⁷ «No basta que uno sea prudente y experimentado en una cosa para que lo sea en todas... soldados para las cosas de guerra, letrados para las de justicia, teólogos para las de conciencia, hombres de cuenta para las de hacienda, y de estado para las de estado» (*PC* II 25, p. 556); cuando hay duda sobre la conformidad de un asunto con la ley de Dios, «la misma prudencia enseña a consultarlo con los teólogos...» (*PC* II 31, p. 562).

⁵⁸ También lo ha detectado R. BIRELEY, *The Counter-Reformation Prince*, cit., pp. 111-135; íd., «Scholasticism and reason of State», en A. ENZO BALDINI (a cura di), *Aristotelismo politico e ragion di Stato*, Olschki, Florencia, 1995, pp. 83-101.

⁵⁹ Cfr. Javier PEÑA, «Prudencia política y razón de Estado. La prudencia política en algunos autores españoles de los siglos XVI y XVII», en J. PEÑA (coord.), *Poder y modernidad. Concepciones de la política en la España moderna*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000, pp. 35-64; Vittorio DINI, «La prudenza da virtù a regola di comportamento: tra ricerca del fondamento razionale ed osservazione empirica», en V. DINI y G. STABILE, *Saggezza e prudenza. Studi per la ricostruzione di un'antropologia in prima età moderna*, Liguori, Nápoles, 1983, pp. 13-123; Christian LAZZERI, «Prudence, éthique et politique de Thomas d'Aquin à Machiavel», en A. TOSEL (dir.), *De la prudence des anciens comparée à celle des modernes. Sémantique d'un concept, déplacement des problématiques*, Annales Littéraires de l'Université de Besançon, Les Belles Lettres, París, 1995, pp. 79-128.

c) Sujetarse a la ley. No basta con que conozcan el derecho común y el propio, no basta tampoco que sean prudentes en otros dominios de la vida, sino además, en tercer lugar, han de conciliar el conocimiento que tienen del derecho existente por medio de su capacidad de juicio, de su prudencia, y aplicarlo a la resolución de los asuntos de que se trate. Pues en otro caso pervierten el sentido verdadero de la ley y «la intención de legislador» si la corrigen y tuercen e interpretan «como a ellos les parece» con algunas sutilezas delicadas y aparentes⁶⁰.

De modo que se reprueba tanto el tergiversar la *mens legislatoris* como el oscurantismo de esa jerga que puede ser utilizada bajo la apariencia de novedad para alterar el sentido profundo de la ley⁶¹.

Se reprueba esa desmesura erudita causante de daños y además se reprueba ahora la pura maldad de los que, prevaliéndose de su cargo, vulneran la ley y la justicia para conseguir sus particulares beneficios⁶².

Todos los miembros de la república están sujetos a las leyes, también el príncipe⁶³. Sólo de manera excepcional podrá dispensar de la

⁶⁰ «Y aun toda esta prudencia no basta, si con ella no se junta un rendimiento y sujeción a la ley; porque hay algunos tan confiados de su juicio, que corrigen y tuercen e interpretan la ley como a ellos les parece, y con algunas sutilezas e interpretaciones delicadas y aparentes pervierten el sentido verdadero della y la intención del legislador, y se tienen por tanto más doctos jurisconsultos, cuanto menos se entiende lo que dicen, y con un falso resplandor que causa la novedad ciegan los ojos de los que los oyen» (PC II 13, p. 541). Sobre la mejor sujeción del juez a la ley que a su propio albedrío: ARISTÓTELES, *Retórica* I 2, 1354 a30-1354 b15; SANTO TOMÁS, *Summa Theologiae* I-II q. 95, a. 1 ad 2.

⁶¹ Cfr. Ian MACLEAN, *Interpretation and meaning in the Renaissance. The case of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 87 ss. Sobre el método de interpretación de las leyes humanas, la intervención de la epiqueya o el alcance de la dispensa, vid. Francisco SUÁREZ, *De legibus* (1612), Libro VI. Sobre las críticas de los humanistas, Eugenio GARIN, «Leyes, derecho e historia en las discusiones de los siglos XV y XVI», en *La revolución cultural del Renacimiento*, trad. D. Bergadà, Crítica, Barcelona, 1981, pp. 217-242; Francisco J. ANDRÉS SANTOS, «Notas sobre el concepto de “Humanismo Jurídico”», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 94 (1999), pp. 31-47; Francisco CARPINTERO, «*Mos Italicus, mos Gallicus* y el Humanismo jurídico racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», en *Ius commune*, 6 (1977), pp. 108-171; Manuel CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 23 ss.

⁶² «Otros quieren ser, no intérpretes ni ejecutores de la ley, sino como señores, para atropellarla cuando les parece» (PC II 13, p. 541).

⁶³ En realidad a las únicas leyes a que está sujeto es a las leyes divinas y naturales (PC I 8, II 9, II 31, II 44), que repercuten en la doble posición del titular del poder: como hombre que es puede pecar y está sujeto a la censura de la Iglesia (PC I 30-34; II 44); como príncipe debe defender la fe, combatir la herejía, respetar los privilegios eclesiásticos a prelados, templos y bienes (PC I 11, I 35-38); en suma, no interferir en asuntos de la Iglesia (PC I 19-22, II 44; *Trib.* II 18; *Historia del Cisma* III 15). Pues respecto de las leyes positivas se considera «que el mismo príncipe, que es libre y legislador, por su voluntad se sujete a su misma ley (...) Y con razón se llama el príncipe ley viva, no sólo porque tiene potestad para hacer la ley e interpretarla y dispensar en ella, sino también porque la ley por sí es muerta si él, como ánima de la ley, con su ejemplo no le da vida» (PC II 32, p. 565; y ya antes en II 24, p. 554, con mención de la *lex digna* contenida en C. 1, 14, 4).

aplicación de la ley o corregirla abiertamente el titular de la suprema potestad de la comunidad; jamás, en modo alguno, ningún otro, por supuesto nunca el juez: «Y aunque alguna vez el príncipe supremo y legislador pueda y deba hacer esto por algún caso particular que no está comprendido en la ley, o conviene que se dispense en él; pero, regularmente hablando, los jueces inferiores yerran gravemente cuando se apartan de la ley por seguir sus particulares antojos»⁶⁴.

Reyes y príncipes supremos son los que no conocen superior en lo temporal, sólo ellos pueden dispensar y legislar, pero con mucha cautela: «sean muy recatados en el dispensar de sus leyes, y muy cuidadosos en mandarlas guardar en los tribunales y fuera dellos»⁶⁵.

Un buen conocedor del funcionamiento de la administración de justicia en esta época, Jerónimo Castillo de Bobadilla, fiscal de la Chancillería de Valladolid, propugnará la necesaria conciliación de una aplicación estricta de las leyes con la moderación de su rigor por vía de equidad⁶⁶. Con todo, la efectividad de la legislación real era muy débil, tanto porque los propios monarcas la inaplicaban sin derogarla expresamente como porque el arbitrio judicial autorizado por las propias leyes era excesivo⁶⁷. El mismo Castillo era muy reacio a conceder a los jueces inferiores la posibilidad de resolver por albedrío, proporcionándonos con ello la evidencia del modo de proceder que debía de ser habitual en aquel momento⁶⁸.

⁶⁴ PC II 13 (p. 541).

⁶⁵ PC II, 13 (p. 541).

⁶⁶ Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores* (1597), Lib. II, cap. 10, núm. 8 (edición de Amberes, Juan Bautista Verdussen, 1704; estudio preliminar por B. González Alonso, reproducción facsimilar en Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1978. La cita en tomo I, p. 311): «Débese guardar la ley a la letra, no de manera que con tenacidad sea reducida a los términos de estatuto; pero en fin digo, que se guarde a la letra, porque no es razón que se dissimule ni passe en olvido, lo que con grandes trabajos y heroico celo se estableció». Pero antes dijo, con mención de la máxima *summum ius, summa iniuria*: «... es necesario muchas veces moderar las leyes, para lo cual son menester varones muy sabios; de los cuales hay muy pocos que sepan ajustar y regular esto como quiera que suceden muchos casos en los cuales conviene doblar la letra de la ley, y pasar a la intención del legislador...» (*Política* II, 3, 1; tomo I, pp. 250-251); «Deben los jueces traer la equidad ante los ojos, no fantaseada por vano cerbelo, sino regulada por el derecho, porque según Melchiades papa, de las partes de buen juez es sentenciar con justicia, y executar con misericordia...» (*Política* II, 3, 6; tomo I, p. 252).

⁶⁷ Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, «Estudio preliminar», en J. CASTILLO DE BOBADILLA, *op. cit.*, p. 28: el poder político reclama obediencia a sus leyes, sin embargo el ordenamiento tiene fisuras que debilitan la eficacia de la legislación real. La actitud de los titulares del poder y el amplio arbitrio judicial; la subordinación de la ley positiva al orden moral y religioso; la atracción de los juristas por el derecho común y la competencia de las costumbres, son las cuatro vías por las que se puede conculcar la ley real sin incurrir en una conducta antijurídica.

⁶⁸ *Política* II, 10, 18 (tomo I, p. 314): «Los jueces inferiores muchos con poca Christiandad, y los más por ignorancia (porque aun no saben Gramática) dejan de juzgar por las leyes, y juzgan las más veces por su parecer y albedrío; y otras veces so color y pretexto de estilo y costumbre, como advierte Simancas; y cuando estos tales

II. CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN

1. El principio del *favor egentis*: «*In dubio pro indigente*»

Es un principio guía de la actuación de los jueces que, en caso de duda, deben favorecer más al pobre que al rico⁶⁹. Tienen que mantener permanentemente esta actitud misericordiosa que ha de informar todas sus actuaciones y además han de suplir con la equidad la falta de pruebas, dándonos así la impresión de que se ha erigido como fuente prevalente un principio general del derecho. Pero es menos un criterio de acción judicial que un lema político complaciente, que siempre queda bien y a nada en concreto obliga, para ganarse el corazón de los súbditos⁷⁰.

Como tal principio general carece de eficacia jurídica⁷¹. Así que su versión más política es la que expresa francamente el sentido de la máxima, como habremos de convenir cuando la encontramos reformulada por Ribadeneyra en el capítulo conclusivo: el príncipe ha de

juzgan parece más el tiempo y era de Laín Calvo, y de Nuño Rasura, cuando se juzgaba a bien visto por uso de villa y fuero (aunque con más verdad, razón y sana intención que al presente) que no el tiempo que ahora alcanzamos de tanta malicia, prevenida y corregida con tantas y tantas leyes, y con tantas doctrinas de sabios escritores juristas; y cierto veo que está el mundo tal, que casi en ninguna cosa se hace a nadie bien, amistad, ni gracia, sino es en las cosas de justicia y usando en ellas de albedrío; y a estos tales jueces llama Simancas inicuos, perjuros y tiranos». En *Política*, libro II, cap. 10, núms. 9-33 trata del juicio del albedrío, y en el núm. 32 enuncia sus inconvenientes, peligrosísimos como acabamos de leer en el texto antes transcrito.

⁶⁹ «Aunque cuando trujeren pleito el rico y el pobre y la justicia estuviere tan dudosa, que no se pueda averiguar por ninguna vía, deben los jueces favorecer más la causa del pobre que la del rico...Y así, cuando la cosa está en tanta igualdad, es señal que la justicia está de parte del pobre y desvalido más que de la del rico y poderoso» (*PC II 12*, p. 540). En la versión latina se apela a la equidad: «Et vero cum tanta est iuris aequalitas et ambiguitas, non obscurum signum videtur, aequiorem esse causam pauperis et imbecilli hominis, quam divitis et potentis» (PETRUS RIBADENEIRA, *Princeps Christianus...*, versión latina por el jesuita P. Juan Orano, Antuerpiae, Apud Ioacchimum Troгнаesum, 1603, p. 240).

⁷⁰ El mismo Ribadeneyra lo reconoce explícitamente: «Mas el principal cuidado que debe tener el príncipe, y en lo que más se debe mostrar liberal, ha de ser en el remediar las necesidades de los pobres y las calamidades de la república (...) y por este medio ellos establecen el cetro y la corona, y roban los corazones de sus súbditos y les echan cadenas de amor y de perpétua obligación» (*PC II 20*, p. 549).

⁷¹ Los privilegios que tienen los pobres y miserables personas estaban reconocidos por los doctores del derecho común y llegaron a enumerarse hasta ochenta y cinco. Vid. Tomás Cerdán de Tallada, *Visita de la cárcel y de los presos*, cap. XVI (Valentiae, Apud Ioannem Chrysostomum, 1604, pp. 489-507). Pero son pobres, amén de los verdaderamente tales, las viudas o las que tengan sus maridos inútiles, los pupilos menores de catorce años, el huérfano, los peregrinos y advenedizos, la doncella noble por linaje que no encuentra marido, los mercaderes y tratantes «que no hubieren rompido por su culpa», los expósitos, los viejos o decrepitos aunque sean ricos, los ciegos, mutilados o leprosos aunque sean ricos, los presos, los nuevamente convertidos a la fe cristiana y los que estuviesen paráliticos o con larga enfermedad (*Visita*, cap. XVIII, pp. 512-513).

procurar «que los pobres y miserables no sean oprimidos»⁷². No va dirigida a los juristas ni hay resquicio alguno para percibir algún atisbo de reformismo social.

Su valor más profundo radica en expresar de una manera comprimida una consigna moral exigida por la virtud de la caridad. El principio *pro paupere* o *pro indigente* es, ni más ni menos, un medio de ejercer la caridad. Y la caridad desempeña una doble funcionalidad con repercusiones importantísimas tanto en el orden político-social como en el religioso-personal. En primer lugar, con ella se preserva la estratificación jerárquica de la sociedad: cada uno debe ajustarse a la posición que por nacimiento le corresponde, el noble y rico en las escalas superiores, y los pobres, viudas o huérfanos en las inferiores⁷³. En segundo lugar, es una vía de salvación para el pobre y para el rico: el primero gana indulgencias al aceptar sumisamente la voluntad divina que lo sitúa como receptáculo de la bondad ajena y, de esta manera, es instrumento para salvar las almas; el rico reparte los bienes sobrantes y practica la caridad⁷⁴. La existencia de pobres o miserables

⁷² PC II 44 (p. 586). Y ya antes en PC II 10 (p. 536) en un capítulo destinado a templar el afán recaudatorio de los monarcas, asimilando al príncipe con el buen pastor. Se formula positivamente en PC II 20 (p. 549): «Y así vemos que todos los grandes y piadosos príncipes fueron liberalísimos con los pobres», con cita de Giovanni Botero (*De la razón de estado*, lib. I, cap. 20). Esta referencia y otras semejantes, donde se alientan las actividades comerciales, permiten a Bireley calificar a Ribadeneyra como el primer arbitrista entre los españoles (R. BIRELEY, *The Counter-Reformation Prince*, cit., pp. 11, 128-129 y 134). Con todo, Ribadeneyra es menos técnico que Botero, no presenta un programa detallado de actuaciones económicas sino que adopta una perspectiva moralizante, como observa correctamente R. W. TRUMAN, *op. cit.*, p. 311.

⁷³ No deja ninguna duda Pedro de Ribadeneyra en su *Tratado de la Tribulación*: «toda esta vida es como una comedia, en que entran a representar diversos personajes, y que no es más alabado el que representa la persona de rey o de papa, sino el que representa mejor la suya, aunque sea de un pobre labrador» (*Trib.* I 25, pp. 242-243); Jesucristo quiere que refrenemos nuestros apetitos desordenados con la ley del Señor, y «contentándonos con el estado que por la divina disposición nos ha sido dispensado, y con la suerte de pobreza o de riqueza, de alteza o de bajeza, de salud o de enfermedad, de adversidad o de prosperidad, o de otra cualquier condición o manera de vida que el Señor nos haya repartido (...) ninguna voluntad es justa sino la que quiere lo que Dios quiere que quiera» (*Trib.* I 14, pp. 131-132); «no es más rico el que más tiene, ni más bienaventurado el que manda más, sino el que se contenta con menos, y aunque tarde, tiene por mejor una vida quieta, segura y moderada, que el bullicio y tráfigo y resplandor engañoso de la Corte» (*Trib.* I 7, p. 53); «Dios nuestro Señor permite que seamos afligidos para que purguemos con la tribulación las culpas que en el tiempo del descanso cometimos (...) gobierna y dispone todas las cosas deste mundo... con su incomprehensible providencia (...) Lo que a nosotros nos toca es conformarnos con su santísima voluntad y desenojarle, y enmendar nuestras vidas (...) todas las calamidades que padecemos son penas de nuestras culpas» (*Trib.* II 21, pp. 416-431). En este *Tratado de la Tribulación* hay muchísimos más textos donde se devalúan los bienes temporales y se hace hincapié en los verdaderos y eternos bienes, que son de índole espiritual (*Trib.* «Al cristiano letor»; I 6, 7, 8, 9, 13, 14, 16; II 8); e incluso en PC I 3, I 11, II 44.

⁷⁴ «Da Dios estos bienes a los buenos por hacer bien a todo el mundo con ellos... Si tiene hacienda, sabe que Dios se la dio para socorro del pobre...» (*Trib.* I 25,

es necesaria porque tiene por función posibilitar el ejercicio de la caridad, ahora confundida con la limosna, para que los mejor dotados repartan las migajas de sus bienes y acrecienten con obras piadosas la misericordia que permitirá después, en la otra vida, reducir el tiempo de purgatorio y asegurar su encuentro con Dios en el paraíso⁷⁵.

No en vano, recurrir a Séneca permitía no sólo hacer ejercicios retóricos en latín sino descargar una ideología neoestoica interesada en alejar del mundo peligroso a las almas inquietas de los cristianos, aconsejando el repliegue a la ciudadela interior, paciencia y resignación⁷⁶. Conformarse con lo inevitable era seguir los designios inescrutables de Dios proyectados para nuestro bien y, simultáneamente, conllevaba dejar que los privilegiados conservasen en la vida gozosos beneficios, aunque ciertamente, ¡pobrecillos!, arriesgaran mucho para

p. 244); «La otra manera con que Dios manifiesta su justicia, dando a los pecadores los bienes temporales, es porque, como dice el bienaventurado san Agustín, muchas veces niega Dios al hombre, por misericordia, lo que sería ira si se lo concediese. Y así vemos que muchos alcanzaron la hacienda y el cargo y la privanza, y el lugar alto que pretendían, y que después cayeron y perdieron lo que habían alcanzado con mayor afrenta y dolor; y la risa se les convirtió en llanto, y la felicidad en miseria, y lo que parecía regalo y merced de Dios les fue cuchillo y verdugo. Y lo que es peor, algunos se van al infierno por haber usado mal destos bienes temporales, que por ventura se salvarán si no los tuvieran» (*Trib.* I 24, p. 237). Lo mismo en su *Historia del Cisma*, Lib. II, cap. 41 (en HCR, p. 1187). Nuevamente manifestación de paternalismo (*ut supra* nota 48).

⁷⁵ Recordemos que Cristóbal PÉREZ DE HERRERA (*Amparo de legítimos pobres y reducción de los fingidos*, 1598) pretendió cobijar a los pobres y vagabundos en asilos y darles trabajo, pero tuvo que contemplar la función trascendental de la pobreza y entonces hubo de reservar en el horario previsto momentos de libre vagabundeo. Así lo cuenta Jean-Marc PELORSON, «Aspectos ideológicos», en M. TUÑÓN DE LARA (dir.), *Historia de España*. Tomo V. *La frustración de un Imperio (1476-1714)*, 6.ª reimpr., Labor, Barcelona, 1987, p. 313; también Román RIAZA, *Historia de la literatura jurídica española* (1930), Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1998, pp. 131-132. Cfr. José Antonio MARAVALL, «La crítica de la ociosidad, en la época del primer capitalismo», en *Homenaje a Pedro Saínz Rodríguez*, tomo IV, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1986, pp. 521-538; Antonio SERRANO GONZÁLEZ, *Como lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

⁷⁶ Karl Alfred BLÜHER, *Séneca en España. Investigaciones sobre la recepción de Séneca en España desde el siglo XIII hasta el siglo XVII*, trad. Juan Conde, Madrid, Gredos, 1983, pp. 353-357. En general, sobre el sentido del neoestoicismo como «movimiento político» además de doctrina moral: Gerhard OESTREICH, *Neostoicism and Early Modern State*, ed. B. Oestreich y H. G. Koenigesberger, trad. D. McLintock, Cambridge University Press, Cambridge, 1982; *íd.*, *Antiker Geist und moderner Staat bei Justus Lipsius (1547-1606). Der Neostoizismus als politische Bewegung*, ed. N. Mout, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1989. Amplia información sobre los fundamentales escritos de Oestreich puede consultarse en Emilio MIKUNDA FRANCO, «J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7 (1990), pp. 355-377. Sobre el uso político de las pasiones, más indicaciones en Remo BODEI, *Una geometría de las pasiones. Miedo, esperanza y felicidad: filosofía y uso político*, trad. J. R. Monreal, Muchnick, Barcelona, 1995.

la salvación de su alma⁷⁷. Porque debe quedar muy claro que la riqueza y otros beneficios temporales no son malos en absoluto; solamente se trata de bienes secundarios en relación a los auténticos y más importantes bienes, los del espíritu⁷⁸.

2. El principio «In dubio contra Fisco»

El anterior criterio *pro indigente* tendría su especificación cuando se aplicara al supuesto de confrontación con la suprema autoridad también: es obligación del juez velar especialmente por el vasallo frente al rey, y así fallar contra el fisco⁷⁹.

Sin embargo, su razón de ser no radica en el deber de caridad sino en la preservación de los derechos adquiridos y, por consiguiente, todas las exigencias de respeto a la propiedad privada y limitación de exacciones fiscales han de entenderse no como una anticipación de garantías individuales o protección de derechos subjetivos sino como

⁷⁷ «Algunos hay que son muy afligidos de la pobreza... Estos tales, para consuelo, deben considerar que el estado de la pobreza, aunque en los ojos de los hijos del siglo sea despreciado y miserable, no lo es en los ojos del Señor, antes es más alabado y tenido por más dichoso y bienaventurado que el de los ricos» (*Trib. I 16*, p. 141, y con esta orientación todo el capítulo). Las riquezas son espinas «porque lastiman y punzan el corazón con el deseo y solicitud de adquirirlas, y después de adquirirlas con el temor de perderlas, y cuando se pierden con el dolor y tristeza» (*ibídem*, p. 142); además hay otros peligros más dañosos pues «los que desean ser ricos caen en muchas tentaciones y lazos de Satanás, y en muchos deseos inútiles y perniciosos, los cuales acarrear al hombre muerte y perdición. Porque la raíz de todos los males es la codicia...» (*ibídem*, p. 143); acuérdesse que ha de morir, y el pobre «tendrá menos cuidados y dolores que el rico, pues tendrá menos que dejar y de que dar cuenta a Dios» (*ibídem*, p. 144). Porque, «demás de los tres enemigos mortales que todos los hombres tenemos, que son: demonio, mundo y carne, los ricos tienen otro particular, que son sus mismas riquezas, las cuales con el regalo ablandan, y con la ocasión de pecar corrompen, y con la esperanza de salir con lo que quieren sin castigo, pervierten y arruinan sus ánimas» (*ibídem*, p. 145). Lo mismo en *Trib. I 7, 13, 16, 19*.

⁷⁸ Al cristiano le es lícito poseer bienes temporales pero no cegarse por la codicia de ellos, ya que «la causa deste mal no está en las mismas cosas, pues otros usan bien dellas, sino en la afición demasiada de los que pervierten y estragan el uso dellas» (*Trib. I 25*, p. 241). Hay que «distinguir la naturaleza y sustancia de las cosas que son buenas en sí, del mal uso dellas» (*Trib. II 16*, p. 378).

⁷⁹ «Aunque cuando trujeren pleito el rico y el pobre y la justicia estuviere tan dudosa, que no se pueda averiguar por ninguna vía, deben los jueces favorecer más la causa del pobre que la del rico (...) Esto mismo se debe hacer aún con más cuidado cuando hay pleito entre el rey o príncipe y el vasallo, y parece al juez que está en duda la justicia, que en tal caso se puede con razón creer que la tiene el vasallo y no el rey...» (*PC II 12*, p. 540). En la versión latina se apela, de nuevo, a la equidad: «... Quae ratio iudicandi maiori etiam sollicitudine et diligentia servanda est; quando lis est Regi aut Principi cum subdito, et Iudici controversia anceps videtur: tunc enim merito credere potest, aequitatem caussae penes subditum esse, non penes Regem, tanta enim Iudices cupiditas tenet gratificandi» (*Princeps Christianus*, cit., p. 241).

un intento de limitar la potestad absoluta para evitar la destrucción de los privilegios en una sociedad desigualitaria⁸⁰.

En ese contexto debe entenderse la proclama de nuestro jesuita, revestida con los habituales argumentos bíblicos de autoridad⁸¹, y apoyada además en otros literarios. En este último caso, por vía de Diego de Covarrubias, obispo de Segovia y Presidente del Consejo de Castilla, aduce el testimonio de Capitolino, según el cual el emperador Marco Aurelio en materia de interés nunca favoreció al fisco⁸².

También se repite parte del discurso que presentó Plinio en el Senado el año 100 y que, luego reelaborado, ha servido de modelo literario para los panegíricos imperiales. En él nos muestra a Trajano como *optimus princeps*, un emperador justo, valiente y combativo, piadoso, prudente y salvador de los súbditos. Respetuoso de las leyes, él mismo ley viva, sujeta con severidad al fisco, que es la caja imperial, tanto cuanto al erario, que es la caja de la república; permite recusar al juez que instruye la causa del fisco y, sobre todo, seguía diciendo Plinio, «lo que constituye tu mayor gloria es que a menudo resulta vencido el fisco, el cual sólo bajo un buen príncipe puede no tener razón», que es el fragmento transcrito en latín por Ribadeneyra⁸³.

El único soporte legal aducido proviene del Digesto, donde se recoge un fragmento de Modestino extraído de su libro sobre las pres-

⁸⁰ Salustiano DE DIOS, «El absolutismo regio en Castilla durante el siglo XVI», en *Ius Fugit*, vols. 5-6 (1996-1997), pp. 53-236, tras una extensísima descripción de la doctrina y práctica de los juristas castellanos, concluye que «la doctrina volcó su esfuerzo en limitar esa potestad absoluta, no fuera a desbordar el marco donde debía moverse, que era el respeto a los privilegios, a los derechos adquiridos», aunque «ninguno de estos juristas niega que el príncipe puede rescibir y dictar disposiciones contra el derecho si se produce legítima causa para ello» (*ibidem*, p. 236). Lo mismo está confirmando minuciosamente el profesor Salustiano de Dios en trabajos posteriores, dedicados a la exposición de la doctrina sobre el poder del príncipe en Gregorio López Madera, Bartolomé de Humada Mudarra, Antonio Pichardo, Diego Espino de Cáceres, Juan Gutiérrez o Juan de Orozco.

⁸¹ Lv 19, 15: ser justo, sin favorecer a nadie por ser rico o por ser pobre; Dt 1, 16-17: imparcialidad siempre, también con los forasteros; Eclo 4, 1-11: caridad para los pobres; Jr 5, 26-28: malvados que se aprovechan del huérfano y no defienden la causa de los pobres.

⁸² Diego DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Variarum ex iure Pontificio, Regio, et Caesareo Resolutionum libri IV* (1552), lib. I, cap. XVI «De fisci favore» (en *Opera omnia*, dos tomos, Colonia Allobrogum, Gabrielis de Tournes & Filiorum, 1724 y 1723; la cita en tomo II (1723), fols. 101-107, esp. fol. 101): «... Sic Julius Capitolinus de M. Antonio Philosopho commemorat, in causis compendii ipsum Imperatorem nusquam favisse fisco, meminit Alciatus lib. 8. *parerg. c. 6*. Joan. Coras. lib. 6. *Miscellan. c. 19*. Ubi plura de fisco: optimus text. in l. unica. In pr et in §. ult. C. de caduc. tollen. et in l. justas C. de iure fisci, lib. 10. Princeps etenim, qui fiscalibus lucris inhiat, maximam infert Reipublicae calamitatem...».

⁸³ PLINIO el Joven, *Panegírico de Trajano* 36, 4-5 (edición bilingüe, introducción y notas por Álvaro d'Ors, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 35): «*quae praecipua tua gloria est, saepius vincitur fiscus, cuius mala causa numquam est nisi sub bono principe*».

cripciones: «No creo que delinque el que en cuestiones dudosas hubiere respondido con facilidad contra el fisco»⁸⁴.

La repetición del argumento y de las fuentes entre los tratadistas es constante. Como breve muestrario, entre nosotros Jerónimo Castillo de Bobadilla reconoce que en España los reyes no sólo pueden ser condenados por los jueces, sino que permiten la ejecución de sus sentencias. El benedictino Fray Juan de Salazar enaltece la monarquía española como la que mejor administra la justicia, donde los jueces civiles son tan rectos que siempre se procede conforme a la ley y razón divina porque en caso de duda favorecen más la causa del pobre mendigo que la del rico, y sobre todo cuando el pleito es contra el fisco. Saavedra Fajardo ejemplificará el sometimiento a las leyes de los monarcas españoles con el caso del fisco⁸⁵.

Tan relevante es el aspecto impositivo para determinar el grado de libertades alcanzadas y la vinculación del gobernante a las leyes comúnmente aceptadas que se erigirá en la prueba de fuego del gobierno justo frente al tiránico⁸⁶. Hasta tal punto contribuye a reforzar la legitimidad del ejercicio del poder que es proclamado también por los defensores de las mayores prerrogativas regias⁸⁷. Por más que en la práctica fuese excepcional este respeto, lo que era raro se con-

⁸⁴ D. 49, 14, 10 (Modestinus, *libro singulari de praescriptionibus*): «Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit». (*Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. Mommsen-Krueger, 16.^a edic., Weidmannsche, Berlín, 1954).

⁸⁵ Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores* (1597), Lib. II, cap. 2, núm. 41; Fr. Juan DE SALAZAR, *Política española* (1619), Proposición Quinta, esp. V, 5; Diego DE SAAVEDRA FAJARDO, *Idea de un príncipe político christiano representada en cien empresas* (1642), empresa 21, *in fine*.

⁸⁶ Ribadeneyra no es una excepción: PC II 9 (pp. 532 y 533 repite lo mismo): «entienda el Príncipe que no es señor absoluto de las haciendas de sus súbditos», lo cual le convertiría en tirano; los tributos han de ser ajustados a la necesidad pública (PC II 9, p. 533) pues el príncipe tiene oficio de pastor, que trasquila pero no desuella (PC II 10, pp. 534-536; II 44, p. 585); también citará al denostado BODINO (*Los seis libros de la República*, VI 2) para ratificar el daño que acarrearán a la república los muchos recaudadores de impuestos (PC II 10, p. 536). Muy tajante es Juan de MARIANA en su *De rege et regis institutione* (1599), al reiterar que los tributos han de ser escasos y consentidos (III 7), pues de no hacerse así el rey se convierte en tirano (I 5), y luego al considerar como leyes fundamentales que obligan al rey y no pueden cambiarse sin consentimiento de los estamentos «las referentes a la sucesión real, a la religión y a la imposición de los tributos» (*De rege et regis institutione. La dignidad real y la educación del rey*, Libro I, cap. IX; edición de Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 109).

⁸⁷ J.-P. SOMMERVILLE, «Absolutisme et royalisme», en J. H. BURNS (dir.), *Histoire de la pensée politique moderne, 1450-1700*, trad. J. Ménard y C. Sutto, PUF, París, 1997, pp. 333-337. Hasta un extremado defensor de la autoridad real, del derecho divino y la obediencia pasiva como George Mackenzie reconocía que la propiedad privada estaba fuera del alcance de la autoridad legítima del rey: «Rex nomen est jurisdictionis non domini... lo que ya es nuestro no puede ser tomado sin nuestro consentimiento» (*Ius Regium*, Londres, 1684; citado por Charles Howard MCLWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. Juan José Solozábal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 162, nota 29).

vierte en argumento para sustentar la prueba de un principio fundamental de la monarquía del Antiguo Régimen: el rey sirve a la justicia porque es ley viviente. Pero no se tienen en consideración las complejidades de la doctrina de los juristas del *ius commune*, que representan auténticamente la mentalidad de aquella época, para la cual el fisco está vinculado a la supremacía y en ocasiones se equipara a la persona del príncipe, pero también cede sus privilegios ante el ámbito eclesiástico, instituciones familiares, linajes señoriales o intereses municipales. No se puede hablar de una entidad abstracta que tenga personalidad jurídica ni se puede separar nítidamente lo público de lo privado o, dicho al modo del profesor Clavero, existe dentro de lo patrimonial o privado, lo vinculado a determinadas funciones más o menos fiscalizadas⁸⁸.

Los argumentos que para Ribadeneyra justifican este principio de actuación tanto en beneficio del pobre como del vasallo contra el Fisco, son expuestos, en síntesis, de este modo: *a)* porque el pobre es «más miserable y digno de compasión»; *b)* «porque naturalmente el hombre se inclina más a ayudar al rico, de quien puede esperar algún bien, que no al pobre, que sabe que no tiene posibilidad para hacerlo, sino necesidad de ser favorecido y ayudado»⁸⁹; *c)* los jueces tienden a favorecer al benefactor que los ha nombrado⁹⁰.

Este último argumento consiste en la trasposición al ámbito público de un criterio consolidado en las relaciones privadas: es el reconocimiento de una regla moral socialmente asumida según la cual hay que preferir a los más próximos en parentesco y amistad frente a los lejanos, y que, aplicada en el ámbito público, conlleva la perpetuación de criterios paternalistas y de reciprocidad frente a la sujeción a criterios imparciales de mérito y capacidad. Supone concebir la administración pública como extensión del patrimonio particular y a sus fun-

⁸⁸ B. CLAVERO: «*Hispanus fiscus, persona ficta*: concepción del sujeto político en la época barroca», en *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 53-105. En sentido distinto, Gaspar ARIÑO ORTIZ, «Derechos del Rey, Derechos del Pueblo. (Apuntes para la configuración histórica del principio de materias reservadas)», en *Actas del II Symposium. Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pp. 37-93.

⁸⁹ «... Y así, cuando la cosa está en tanta igualdad, es señal que la justicia está de parte del pobre y desvalido más que de la del rico y poderoso. Que por esta causa el mismo Dios, que tan estrechamente manda a los jueces que no hagan excepción de personas en el juicio, se queja muchas veces por la poca cuenta que tienen con los pobres, con los peregrinos, con los huérfanos y viudas, que comúnmente son oprimidos de los ricos y poderosos» (*PC II 12*, p. 540).

⁹⁰ Teniendo en cuenta que «es tan grande el deseo que los jueces tienen de agradar y dar contento a su príncipe, que los ciega y arrebatada cuando no hay evidencia en contrario» (*PC II 12*, p. 540), si a pesar de esta inclinación reconocida por todos siguen teniendo dudas, esto indica que la razón está en el débil, pues en caso de que no hubiera ninguna duda o fuese ésta muy leve, es claro que el juez resolvería a favor del poderoso. Pero «debemos con la razón reformar este natural apetito» (*Tribulación I 14*, p. 131).

cionarios como servidores personales del príncipe⁹¹. No en vano el término «estado» comenzó significando una condición social, para luego designar la proyección política del monarca⁹², y hasta los mismos órganos de justicia se identifican personalmente con el rey⁹³.

De modo que el juez debería vencer sus inclinaciones naturales no sólo para evitar la injusticia sino también para fortalecer su espíritu⁹⁴. Nada más alejado del reconocimiento de una especie de medidas de

⁹¹ La tesis weberiana sostiene que, precisamente, el Estado moderno germina con la multiplicación de oficios y el creciente poder corporativo de los funcionarios; esta nueva forma de dominación evoluciona desde el patrimonialismo a la burocracia y se basa en la nivelación social, en cuanto omite toda diferenciación estamental. *Vid.* Max WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, edición de J. Winckelmann, traducción de J. Medina Echavarría y otros, 10.^a reimpr. de la 4.^a ed. alemana de 1956, FCE, Madrid, 1993, pp. 180-193, 784, 810 ss.; Federico CHABOD, «Esiste uno Stato del Rinascimento?», en *Scritti sul Rinascimento*, Einaudi, Turín, 1981, pp. 593-604, la versión italiana, y pp. 605-623 la francesa, ligeramente diferente; Roland MOUSNIER, *La monarquía absoluta en Europa del siglo V a nuestros días*, trad. de B. Moreno, Taurus, Madrid, 1986, pp. 161 ss. En cambio, Werner NAEF, *La idea del Estado en la Edad Moderna* (1935), trad. de F. González Vicen, Aguilar, Madrid, 1973, pp. 95 ss., destaca frente al medievo la ampliación del contenido de las actividades estatales y la extensión de la comunidad de súbditos, que contrapone claramente a la mayoría dominada frente a un solo dominador; Joseph R. STRAYER, *Sobre los orígenes medievales del estado moderno* (1961), trad. de H. Vázquez Rial, Ariel, Barcelona, 1981, pp. 125-149, insiste en que el Estado moderno se consolida no por la perfección de su organización administrativa, muy deficiente aún, sino por la lealtad al soberano o, mejor, por el convencimiento psicológico de los ciudadanos en su necesidad. Una excelente síntesis en David TORRES SANZ, «Acerca del Estado moderno en Europa: una reflexión de conjunto», en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 75 (1999), pp. 315-339.

⁹² Como atestigua Sebastián DE COVARRUBIAS OROZCO, *Tesoro de la lengua castellana o española*, 1611, voz «Estado (I)» (Castalia, Madrid, 1994, p. 514): «*Latine Status, conditio, habitus*. En la república hay diversos estados, unos seculares y otros eclesiásticos, y éstos, unos clérigos y otros religiosos; en la república, unos caballeros, otros ciudadanos; unos oficiales, otros labradores, etc. Cada uno en su estado y modo de vivir tiene orden y límite. 2. En otra manera se toma por el gobierno de la persona real y de su reino, para su conservación, reputación y aumento. Materia de estado, todo lo que pertenece al dicho gobierno. (...) Consejo de Estado, el supremo de todos, en el cual particularmente es cabeza y preside la persona real, y en él se tratan las cosas gravísimas de paz y guerra, y Estado real...». *Vid.* Jesús LALINDE ABADÍA, «Estado moderno como paralogismo historiográfico», en *Ius Fugit*, vols. 3-4 (1994-1995), pp. 121-139; el profesor Lalinde comenta favorablemente, sin recatarse en otras críticas, la intuición de García Gallo al observar que a partir del siglo XVI, «puesto que el *estado* del monarca prevalece ahora sobre el estado nobiliario, el eclesiástico y el ciudadano, aquél se designa como *el Estado* por antonomasia» (Alfonso GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo I, 8.^a ed., Madrid, 1979, § 1242, p. 700).

⁹³ B. CLAVERO, «La monarquía, el derecho y la justicia», en E. MARTÍNEZ RUIZ y M. DE PAZZIS PI (coords.), *Instituciones de la España moderna*. Vol. 1. *Las jurisdicciones*, Actas, Madrid, 1996, esp. pp. 15-38.

⁹⁴ Según Ribadeneyra, lo que cuesta esfuerzo no sólo debe hacerse por ser justo sino porque honra a Dios y acrecienta nuestros méritos en esta vida y en el paraíso (*Tribulación*, «Dedicatoria»; I 3, I 5, I 6, I 13, etc.). De nuevo, son argumentos de principios incondicionales entreverados con recomendaciones pragmáticas.

«acción afirmativa» a favor de la parte más débil, basadas en compensar la injusticia estructural que se acredita a través de la experiencia histórica. Aquí no es que se trate de un discurso huero, pues le garantiza a la Iglesia el apoyo popular, en tanto que se opone a su competidor directo también en materia fiscal, el Rey. Refuerza, a la par, el *statu quo* en la medida que no cuestiona el orden social existente.

Ribadeneira siempre fue muy celoso de no extralimitarse en materia impositiva. Además de las recomendaciones que hace en el *Príncipe cristiano* para reducir el número de cobradores de impuestos, para que el monarca modere sus gastos y no pida préstamos a interés, para que se comporte, en suma, como buen pastor y no como tirano, hay otras ocasiones en que denuncia rotundamente las exacciones tributarias injustas y la mala administración de la Hacienda. Así, en la carta memorial dirigida al rey Felipe II, probablemente a través de su primer ministro Juan de Idiáquez, afronta el desastre de la Invencible y recomienda acabar con una serie de vicios perniciosísimos que, en la concepción providencialista de Ribadeneira, «podrían haber sido causas de este azote y castigo universal»; entre ellas, se exige desagraviar a muchas personas que han visto confiscados sus bienes sin resarcimiento alguno y también se aventura a explicar por qué «tanta y tan gruesa hacienda como tiene Su Majestad luzca tan poco y se hunda», cuya causa encuentra en la mala gestión y la poca fidelidad de los administradores⁹⁵.

Otra carta puede fecharse en 1592-1593 y coincide con las protestas generalizadas ante el comportamiento impertinente y chantajista de un comisario real encargado de pedir anticipos o préstamos sin interés para subvenir las urgentísimas y angustiosas necesidades de la hacienda como consecuencia también del desastre de la empresa de Inglaterra. Ciertamente que las quejas se dirigieron contra el jesuita P. Bartolomé Sicilia, quejas tan graves que llegaron hasta las Cortes y que ocasionaron su expulsión de la Orden. Ribadeneira se hace eco de las repercusiones negativas que tenía para la Compañía la conducta excesiva de uno de sus miembros, pero además denuncia la opresión de los pobres y el agotamiento de los recursos⁹⁶.

No conviene olvidar que la oposición más fuerte a los intentos de reforma legislativa fueron motivadas no por razones de humanización de las penas o del sistema judicial sino para contrarrestar las pretensiones centralizadoras de la monarquía y se dirigieron primordial-

⁹⁵ *Carta de Ribadeneira para un privado de Su Majestad sobre las causas de la pérdida de la Armada* (en HCR, pp. 1351-1355).

⁹⁶ José MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, «Papeles de jesuitas. I. El P. Ribadeneira ante los arbitrios de la Real Hacienda», en *Miscelánea Comillas*, Año 38, núm. 73 (1980), pp. 297-304. Reproduce al final la carta escrita por Ribadeneira al Presidente del Consejo de Castilla, Rodrigo Vázquez de Arce: «... va pareciendo que si el cuidado que se pone en buscar nuevas formas de sacar dinero, se pusiese en gastar bien y a su tiempo lo que hay, sin las menguas y robos de malos ministros, que su Magestad se tendría menos necesidad, y sus vasallos estarían más descansados...» (*ibidem*, p. 304).

mente contra el establecimiento de nuevos tipos delictivos que pretendían garantizar una recaudación estable y general. Los privilegiados se opondrán al incremento de los impuestos y a la represión penal del fraude, y lo harán no por compasión con los pecheros sino para evitar que la monarquía se fortaleciera a costa de suprimir exenciones, franquicias y privilegios⁹⁷.

3. Causas de atenuación de la responsabilidad

Otro criterio general de actuación en la aplicación de las penas pretende conciliar el rigor de la ley con la suavización de la misma por medio del ejercicio de la piedad y de la misericordia, que son las vertientes religiosas de la *epieikeia*. Siempre, claro, que no se trate de delitos contra la honra de Dios y en menoscabo de nuestra religión, el «rigor crudo de la justicia» debe mitigarse especialmente con aquellos que delinquieron («pecaron», dice) movidos por algunas de estas causas, que atenúan la responsabilidad:

a) «Por flaqueza o por algún ímpetu involuntario».—Atendiendo a estados de ánimo o subjetivos, de tal modo que debe considerar la acción humana en cuanto al foro interno; en tal sentido se opone a la actuación premeditada, que es la realizada «a estudio y por malicia».

b) «Con los que tuvieron alguna grave ocasión para caer».—Atendiendo a las circunstancias externas sobrevenidas, no buscadas, que hacen a alguien caer en la tentación de pecar o delinquir, que en nuestro contexto viene a ser lo mismo. Se opone a la situación de aquellos que buscaron conscientemente la ocasión y que la dieron a otros.

c) «Y con los que antes fueron hombres virtuosos y quietos y conocidos por tales, y resbalaron como hombres».—Considerando aquí la propia biografía o antecedentes de buena conducta del reo, en oposición a aquellos «inquietos, bulliciosos y escandalosos, que siempre desasosiegan y turban la república»⁹⁸.

⁹⁷ Jerónimo BETEGÓN CARRILLO, «Los precedentes intelectuales de la humanización del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I: *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 486-487; en el mismo sentido que G. TARELLO, «L'Illuminismo e il diritto penale», en *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I: *Assolutismo e codificazione nel diritto*, Mulino, Bolonia, 1976, pp. 384-385. En otro orden de cosas, pero muestra igualmente ejemplar de las intenciones centralizadoras de la monarquía y la resistencia de los estamentos privilegiados, en este caso los jueces, nos la ofrece la pragmática napolitana de Fernando IV (22-IX-1774) imponiendo el deber de explicitar en las sentencias las normas aplicadas. No es en modo alguno un intento de democratizar la justicia sino de asegurar que la legislación real se aplica. Vid. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *Doxa*, 12 (1999), p. 257, nota 3.

⁹⁸ Todas estas citas proceden de: *PC II* 12 (p. 540).

Todas estas circunstancias modificativas de los delitos, aquí mentadas con brevedad, se dejan al arbitrio del juzgador para que modere el sumo rigor de la justicia sin caer tampoco en el otro extremo de la mucha misericordia⁹⁹. Porque todo el Derecho Penal del Antiguo Régimen combinaba la tipificación de penas gravísimas, atroces y desproporcionadas con la ineficacia de hecho en su aplicación, lo cual revela que la disciplina social estaba encomendada a otras instancias, como la familia, la Iglesia o la pequeña comunidad, en tanto que la disciplina penal cumplía una función política, «la defensa de la supremacía simbólica del rey en tanto que titular supremo del poder de castigar y, correlativamente, del poder de agraciar»¹⁰⁰.

III. CONTROL Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ

Como el príncipe representa a Dios, el juez representa al príncipe. Precisamente porque hay una conexión necesaria entre el desempeño del oficio de juez y la fuente de que manan todas las cosas, el incumplimiento de sus obligaciones es una transgresión gravísima de las leyes divinas. Debe actuar como lo haría aquel a quien representa, ser justo y recto como Dios. Y como del ejercicio de la justicia depende todo el bien de la república, debe vigilarse especialmente el desempe-

⁹⁹ Esto mismo alega CASTILLO DE BOBADILLA, para que los jueces superiores y también los inferiores se conformen «con la voluntad y Epiqueya del Legislador, juzgando como él juzgara, consideradas las dichas circunstancias, pero no para ejecutar el exceso de la pena legal» (*Política para corregidores*, II, 4, 18; *ed. cit.*, tomo I, p. 264); y dada la gran variedad de circunstancias, se dejan al arbitrio del prudente juez para que pondere con justicia «la misericordia y el rigor» (*Política*, II, 4, 19; p. 264). Desde luego, Castillo de Bobadilla es más exhaustivo al desarrollar y con ejemplos, hasta siete circunstancias para discernir los delitos e imponer las penas: la causa del delito, la persona, su estatus o dignidad, el lugar en que se cometió, el tiempo, la calidad del hecho cometido, la cantidad de lo hurtado, el suceso o éxito obtenido (*Política*, II, 4, 10-17; pp. 261-264). Ya se reconocía en *Partidas* 7, 31, 8.

¹⁰⁰ Como muy bien dice A. M. HESPANHA, «De *Iustitia* a *Disciplina*», en *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, trad. Ana Cañellas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, cap. 7, pp. 203-273, la cita en p. 233. Además son de interés, Eugenio CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1958; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969; José Luis DE LAS HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991; María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad y Diputación Provincial de Salamanca, Salamanca, 1982; Enrique VILLALBA PÉREZ, *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Actas, Madrid, 1993; Pedro ORTEGO GIL, «La Literatura jurídica en la aplicación práctica de la Ley Penal», en F. PUY y S. RUS (eds.), *La Historia de la Filosofía Jurídica Española*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1998, pp. 75-108; Manuel SEGURA ORTEGA, «La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII», en G. PECES-BARBA y E. FERNÁNDEZ (dirs.), *op. cit.*, pp. 457-483.

ño de las actuaciones judiciales ¹⁰¹, incluso presenciando el monarca las causas más graves ¹⁰².

Estas audiencias regias se habían institucionalizado en Castilla, pero acaso los últimos monarcas que directamente presidieron juicios fueron los Reyes Católicos ¹⁰³. Esto no quita para que la justicia siga siendo, como lo era desde el periodo bajomedieval, la función principal del rey, tanto concebida como ministerio judicial como en su acepción más general de gobierno ¹⁰⁴, por más que la literatura emergente sobre la razón de estado haga más hincapié en aspectos que hoy podemos distinguir como específicamente políticos, referidos al mantenimiento del orden público, aseguramiento de las fronteras, actuación en el exterior, organización del ejército y de las finanzas, aun sin descuidar los criterios de selección de consejeros y oficiales ni dejar de reiterar las observaciones tópicas sobre la conveniencia de aplicar las leyes y reducir el arbitrio judicial.

¹⁰¹ Reitera este deber de vigilancia en *PC* II 12, 14, 44.

¹⁰² «Para animar a los buenos jueces y reprimir a los malos, importaría mucho que el príncipe algunas veces se hallase con ellos cuando dan sentencia en algunas causas más graves, como lo hacían los reyes de Portugal un día cada semana. Y Carlos, duque de Borgoña, el que llamaron el Osado o Animoso, lo hacía tres veces cada semana. Y mucho antes, el emperador Carlos Magno lo hacía un día en la semana; pero quería que delante dél solamente se tratasen las causas en que sus ministros no habían querido hacer justicia y las partes pretendían ser agraviadas, para corregir con este freno a los jueces y tener en pie la justicia» (II 14, p. 542). Con citas de: Jacobus MEYER, *Annales rerum flandricarum*, lib. XVIII; Justo LIPSIO, *Politicorum*, Lib. II, cap. XI (edición española citada, p. 53): «oiga (el príncipe) las quejas de sus vasallos, escuchando a los acusados, porque los no oídos ni defendidos perecen como inocentes»; cita que soporta Lipsio en Tácito, *Hist.* I, 6, 1; Jerónimo OSORIO, *De Regis Institutione et Disciplina libri VIII* (1572), Libro VII (en *Opera omnia*, tomo I, Ex Bibliotheca Georgij Ferrarij, Romae, 1592, cols. 469-514; cito un texto de la col. 480): «Non solum igitur, ut exemplo suo iudices ad officium adhortetur; sed ut diligentius animadvertat, sint ne iudices digni, per quos tantum munus administrari debeat; utile est, interdum Regem iudiciis interesse. Non possum igitur non laudare Lusitanorum Regum morem, qui septimo quoque die se in conventum Iudicum conferebant, & in maximis, & difficillimis caussis auctoritatem suam interponebant, ut iudices in officio suo constantiores efficerent. Hac igitur ratione, quamvis potissimum Regis officium non sit, caussas cognoscere, & iudicare; opus tamen est, interdum iudiciis praeesse; & saepe summo studio, quam recte, aut flagitiose iudicia fiant, diligenter explorare». Aunque Ribadeneyra da referencias genéricas sobre sus fuentes, y no suele constar el lugar exacto dentro de la división interna de las obras usadas, sí pueden localizarse los textos concretos que tuvo en mente al redactar el propio, por su concordancia con la materia o el sentido de su exposición. Las citas anteriores son muestra de ello.

¹⁰³ Juan BENEYTO, «La gestación de la magistratura moderna», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23 (1953), p. 66.

¹⁰⁴ Antonio MARONGIU, «Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 23 (1953), pp. 677-715; José Manuel NIETO SORIA, *Fundamentos ideológicos del poder real en Castilla (siglos XIII-XVI)*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 151-166. Que la función jurisdiccional es la imagen medieval del poder político es la tesis demostrada por Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milán, 1969.

Y en los supuestos de actuaciones fraudulentas el juez debe ser expulsado del cargo y además sancionado con severidad. Pues ya decía el muy alabado Alejandro Severo «que no era castigo bastante para el mal juez quitarle el cargo, sino que debía ser castigado con otras penas graves y severas»¹⁰⁵.

Las injusticias, robos, desafueros y violencias que realiza el juez comprometen a Dios mismo, a quien aquél representa, haciéndole partícipe de ellas como si fuese «injusto y mentiroso, que es intolerable blasfemia»¹⁰⁶. Vulnera, pues, las leyes divinas y por ello es merecedor de los más severos castigos. Sin embargo, nada se nos dice sobre los procedimientos de control entonces existentes, el juicio de residencia, la visita o pesquisa u otros recursos, como no sean los truculentos ejemplos históricos del rey persa Cambises y Roger de Sicilia, que mandaron desollar a un juez suyo por pervertir el juicio y forraron la silla en que se sentaban los jueces del cuero del mal juez¹⁰⁷.

Ausentes los controles institucionales efectivos, es la autodisciplina la mejor garantía y la sanción ultraterrena la única que puede reprimir la corruptela, ya que al juzgar en nombre de Dios «cualquier cosa que juzgáredes, vendrá sobre vuestras cabezas»¹⁰⁸. Y Dios «como supremo y absoluto y universal juez de todos, les ha de tomar estrecha residencia, y a su tiempo juzgar, no solamente las injusticias, pero también las justicias que hubieren hecho»¹⁰⁹.

En la práctica Ribadeneyra fía el ejercicio recto de la justicia al solo criterio del juzgador, quien ha de responder personalmente ante el príncipe y ante el tribunal de Dios y de su conciencia. La sanción afecta a la salvación del alma, amenazada con la condenación eterna,

¹⁰⁵ PC II 14 (p. 542).

¹⁰⁶ PC II 14 (p. 541).

¹⁰⁷ Y Cambises «dio el oficio del padre a un hijo suyo, avisándole que mirase bien donde se sentaba» (PC II 14, p. 541). Cuenta el mismo ejemplo Juan BLÁZQUEZ MAYORALGO, *Perfecta razón de Estado*, Libro V (Francisco Robledo, México, 1646, p. 50); llegará a los comentaristas de la codificación, como Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo IV, 2.ª ed., Sucesores de J. A. García, Madrid, 1912, p. 95. Para concordancias de fuentes jurídicas históricas sobre los delitos de prevaricación y cohecho, *vid.* GROIZARD, *op. cit.*, pp. 93 ss. y 253 ss., respectivamente. También Joaquín Francisco PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, tomo II, 2.ª ed., Viuda de Perinat y Cía., Madrid, 1856, pp. 394 ss. (prevaricación) y 490 ss. (cohecho). Francesco CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. V, trad. J. Ortega y J. Guerrero, 3.ª ed., Temis, Bogotá, 1973, pp. 53 ss. (abuso de autoridad), 90 ss. (corrupción), 115 ss. (concusión); Vincenzo MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. V, 5.ª ed., UTET, Turín, 1982, pp. 216-7 y 257 (corrupción), 272 (abuso genérico del oficio), 1008-9 (prevaricación), con literatura y referencias del derecho común.

¹⁰⁸ PC II 12 (p. 539).

¹⁰⁹ PC II 13 (p. 540); cita Psalm. 74 (Vg). Al convertirse la religión en instrumento de disciplina social, pierde su sentido auténticamente religioso y a la larga abrirá caminos a la secularización de la sociedad, cuando ésta se rebele contra la disciplina eclesiástica. *Vid.* M. STOLLEIS, «Glaubensspaltung und öffentliches Recht in Deutschland», *op. cit.*, pp. 268-297.

y es, en cambio, menos eficaz garantía la posible intervención milagrosa de una fuerza superior e inefable que recomponga el desvarío de los magistrados¹¹⁰. De hecho, las referencias a intervenciones milagrosas que alteran el curso de los acontecimientos humanos van menos dirigidas a amedrentar o advertir del peligro de obrar mal, cuanto a complacer a la clase sufriente y resignada que, al menos, ve reconocida la utopía igualitaria, ya que no en la práctica sí en los discursos moralizantes, habituales tanto entre teólogos o clérigos como en la literatura satírica del Siglo de Oro, y ve imaginariamente vengadas sus ofensas por el divino hacedor que se encarga de compensar los daños con más daños¹¹¹.

El valor simbólico es innegable como refuerzo de legitimidad del poder real, semejante en su valor justiciero a Dios, de quien es vicario. Desactiva la posible rebeldía de los súbditos oprimidos, desplazando la venganza o la justicia a la intervención justiciera de Dios o de su vicario. Intervención justiciera, siempre milagrosa por excepcional. Sin embargo, intervención esperada, que es tanto como decir que es una intervención que se reconoce como posible, no ficticia. Por lo tanto deja inalterada las bases de la estructura social, que es considerada buena, ajustada al orden divino, y sólo se responsabilizan de las situaciones de agravio los servidores infieles, que no han sabido contener las pasiones de su naturaleza caída¹¹².

¹¹⁰ Nos cuenta RIBADENEYRA, «La vida de Santiago, obispo de Nisibe, confesor» (*Vidas de Santos. Antología del Flos sanctorum*, edición de Olalla Aguirre y Javier Azpeitia, selección y prólogo de J. Azpeitia, Lengua de Trapo, Madrid, 2000, pp. 221-226, la cita en p. 222) y narra este ejemplar suceso: «Otra vez vio que un juez de los persas había dado una injusta sentencia. Estaba allí, cerca del tribunal, una gran peña, y, como si tuviera sentido, mandola Santiago que se partiese en muchos pedazos para que el mal juez conociese la mala sentencia que había dado. Y al momento la peña se hizo pedazos, quedando todos los circunstantes admirados, y el juez tan blando y confuso que, revocando la sentencia que había dado, pronunció otra justa y conforme a razón».

¹¹¹ También es ejemplar sobre esto RIBADENEYRA en «La vida de santa Bárbara, virgen y mártir» (*Vidas de santos*, cit., pp. 103-109), donde narra las torturas padecidas por esta doncella convertida al cristianismo en tiempo del emperador Maximino en Oriente. Su padre el rico Dióscoro, que vivía en Nicomedia, frustrado porque la joven se niega a casar y pretendía conservar su pureza aceptando el mensaje cristiano, mandó al presidente de la Audiencia, Marciano, que la azotasen, rasguen los costados, quemén la piel, machaquen la cabeza, exhiban desnuda por las calles y otras truculencias tales hasta que su propio padre la decapita. Y es tras este momento cuando Ribadeneyra apacigua al consternado lector: «Mas, para que se vea la justicia del Señor y cuán diferentes son los fines de los buenos y de los malos, el desventurado Dióscoro e indigno del nombre de padre de santa Bárbara, después que con sus manos le dio la muerte, quedando muy ufano y contento por haberse vengado de su hija y ofrecídola en sacrificio a sus falsos dioses, volviendo del monte a su casa, un rayo del cielo súbitamente le mató y le privó de la vida temporal y de la eterna. Y lo mismo aconteció al presidente Marciano» (*ibídem*, p. 107).

¹¹² «¿Podrían condenar a todos los jueces porque uno se dejó cohechar y cegar de la codicia...?» (*Trib.* II 16, p. 381). El principio general es distinguir la naturaleza y sustancia de las cosas que son buenas en sí, del mal uso de ellas (*Trib.* I 25

Paradójicamente, la desconfianza en los oficiales de la administración no repercute en el titular de la potestad suprema, incólume hacedor del buen gobierno. Sólo el príncipe está libre de sospecha, limitado por su conciencia y su reputación, mientras que los jueces y oficiales, que son quienes están más en contacto directo con los súbditos, deben ser vigilados y controlados. Y este tópico es reiterado en la literatura de la razón de Estado y en los dramas¹¹³.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

No se percibe ningún atisbo de separación de poderes ni de controles interorgánicos más allá de la disciplina moral y la autorregulación. Los jueces representan al rey y sólo ante él rinden cuentas o ante Dios. No hay independencia judicial sino vinculación directa a la persona pública del rey, a quien el juez representa, pues todos los oficios derivan las atribuciones directamente del príncipe e indirectamente de Dios.

Tampoco hay anticipo alguno de actuación conforme a un prístino principio de legalidad, pues las leyes superiores e indisponibles a que hace referencia son fundamentalmente las leyes divinas y naturales, concretadas en la sumisión a la autoridad espiritual del Papa y los prelados y en el respeto de los privilegios de la Iglesia. No se cuestiona la estructura social ni los privilegios asociados a cada estamento.

Consideración favorable de la legislación regia y del derecho común, así como de los derechos locales y costumbres. Ribadeneyra, como los escritores del periodo, piensa un poder centralizado y arbitral que supervise las demás instancias sin anular su autonomía.

Para la elección de los cargos públicos se insinúan criterios de mérito y capacidad, pero no hay una escisión clara entre ámbito público y privado ni hay prevalencia de los méritos individuales sino entre aquellos sujetos de mismo rango. Aun con cautelas, Ribadeneyra oscila entre preferir la virtud personal y el estatus social, pero al no cuestionar la estructura social, hablar de mérito y capacidad sirve como estímulo para que los grupos más nobles se esmeren.

y II 16), y en concreto, diferenciar el conocimiento de las artes y las ciencias de su uso incorrecto, sean la jurisprudencia, medicina o teología (*Trib.* II 16, p. 379, con más ejemplos).

¹¹³ Ribadeneyra mismo atribuye la responsabilidad de las persecuciones a los católicos de Inglaterra a la crueldad de los consejeros, no a la reina (*Historia del Cisma* I 23, II 38); el gobierno depende de los consejeros (*Historia del Cisma* III 28; en general, *PC* II 24-30). *Vid.*: R. BIRELEY, *The Counter-Reformation Prince*, cit., p. 234. En la comedia y en los dramas, marcan la pauta del papel justiciero del rey *Peribáñez*, *Fuenteovejuna*, *El Alcalde de Zalamea*, *El mejor alcalde, el rey*, o *El Rey don Pedro en Madrid*. Para muestra de libelos y burlas: *Sátiras políticas de la España Moderna*, introd., selección y notas de Teófanos Egido, Alianza, Madrid, 1973.

Insistencia en las cualidades morales, que son estrictamente personales, y en la sujeción de las conciencias a la disciplina religiosa. La representación simbólica del rey como pastor ofrece un modelo normativo que realza el vínculo con el estamento eclesiástico y señorial. La representación como ley animada lo vincula al entramado de principios o valores tradicionalmente asumidos, cuya interpretación correcta cuando declara, corrige o dispensa la ley está asegurada por el consejo de hombres sabios y prudentes y limitada por las exigencias de la justicia distributiva. El modelo corporativista de la comunidad política confirma al rey como cabeza que coordina los miembros, súbditos, jueces u oficiales. Igual que el momento subjetivo de la promulgación de la ley es constreñido por la equidad, el juez, al aplicarla, prescinde de su arbitrio e interpreta la voluntad del legislador.

Ribadeneyra sigue pensando el Estado como trama de poder eclesiástico y secular; sigue pensando la ley positiva como determinación de la ley natural, única e invariable y la validez de aquélla dependiente de su contenido de justicia; sigue pensando al juez como mandatario del príncipe-pastor y ley viviente-ministro de Dios en la tierra. Su discurso se dirige a anclar en el catolicismo al gobernante, persuadiéndole de los beneficios que conlleva para la estabilidad de la comunidad en su conjunto y del monarca en particular mantener la unidad de la fe y las prebendas de la Iglesia. La función pastoral del poder político es correlativa con el ejercicio misericordioso de la justicia, siempre particularizados y, por lo tanto, la ley es uno más entre los tópicos que sirven para fundamentar la solución equitativa. El control de la moralidad sigue de este modo reservado a las autoridades religiosas.

La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ

Universidad de Almería

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RESPUESTA FORMALISTA.—3. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD Y EL MITO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.—4. UNA CERTEZA Y PREVISIBILIDAD JURÍDICAS BASADAS EN LA MORAL CRÍTICA: DE LA INDETERMINACIÓN Y DISCRECIONALIDAD DE LA LEY A LA UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA DE LOS PRINCIPIOS.—5. LA PREVISIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES CENTRADA EN EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO: UNA PREVISIBILIDAD REAL Y NO SOBRE EL PAPEL.—6. DE LA PREVISIBILIDAD AL CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

1. INTRODUCCIÓN

En la mentalidad de gran parte de los juristas la seguridad jurídica aparece estrechamente unida a la previsibilidad de las decisiones de los poderes públicos, en especial, a la de aquéllas que adoptan los órganos jurisdiccionales. No hay duda de que son estas decisiones las que inciden de un modo más directo y trascendente sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o —quizás habría que decir— de aquellas personas que son «lo suficientemente desafortunadas, litigantes, malvadas o santas como para encontrarse en presencia de un tribunal»¹. El pensamiento iusfilosófico manifiesta una inclinación

¹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 1.

similar por identificar la seguridad jurídica con la previsibilidad de las decisiones judiciales. Prueba de ello es que uno de los mayores teóricos del Derecho del siglo XX, como es Kelsen, define la seguridad jurídica como el hecho de que «las decisiones de los Tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al Derecho pueden orientarse en su comportamiento»².

El valor de esta previsibilidad descansa en la seguridad de orientación de la que precisan los individuos para gozar de autonomía. Si consideramos que los hombres aspiran a actuar de acuerdo con un plan de vida diseñado por ellos mismos, el individuo autónomo sería aquél que puede considerarse, hasta cierto punto, «autor de su propia vida», determinando su forma y dirección³. La idea liberal del *rule of law* es que una persona no puede hacer esto, salvo que conozca la clase de ambiente social al que se enfrenta, y lo cierto es que, con frecuencia, uno de los principales elementos del mismo es el derecho, hasta el punto de que «en muchos casos las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro»⁴. En tal caso, la obtención de un conocimiento cierto de las normas jurídicas conferiría certeza a la acción (López de Oñate), permitiendo realizar un pronóstico o evaluación anticipada de los riesgos y ventajas que conlleva la realización de un determinado acto⁵.

Se ha cuestionado, no obstante, hasta qué punto estamos ante una exigencia racional y ética o, más bien, ante una ideología alimentada por una necesidad exclusiva de individuos calculadores carentes de cualquier sentimiento de adhesión al sistema jurídico distinto del propio interés. Para algunos críticos, únicamente este tipo de individuo previsor y amoral –el *bad man* holmesiano– precisaría que las decisiones judiciales fueran anticipables antes que justas o equitativas⁶. Esta concepción del valor de la previsibilidad jurídica se apoyaría pues en una concepción económica tanto del comportamiento humano en presencia de normas jurídicas (*homo aeconomicus*) como de la seguridad jurídica, en una línea –en el caso de ésta– de clara inspiración *weberiana*⁷.

² KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª edición, trad. de R. Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 260.

³ Vide. BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 231-232. Según RAZ, eso no significa que la imagen del individuo autónomo sea la de un hombre compulsivo y completamente sujeto a reglas que decide, cuando es joven, qué vida tener y emplea el resto de ella en vivir según ese plan. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 370-371.

⁴ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26.

⁵ IRTI, N., *La età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1986, p. 95.

⁶ KENNEDY, D., «Form and substance in Private Law adjudication», *Harvard Law Review*, 89, 1976, pp. 1773-1774.

⁷ Como es sabido, el sociólogo alemán destacó los profundos vínculos existentes entre la racionalidad formal del Derecho moderno y los intereses del capitalismo y

Ciertamente, la previsibilidad del Derecho resulta especialmente valorada por los sujetos calculadores y mejor situados para conformar sus conductas a tales reglas que por quienes son demasiado ignorantes, débiles o poco inteligentes para hacerlo⁸. No obstante, parece difícil negar que articular planes de acción sobre la base de un conocimiento previo de las normas jurídicas constituye una necesidad de todos los sujetos de Derecho. Como ha señalado Finnis, la previsibilidad y certeza jurídicas aseguran a los sujetos a una autoridad la dignidad de la autodeterminación y la libertad frente a ciertas formas de manipulación⁹. Certeza jurídica, información, previsibilidad de las consecuencias jurídicas y libertad de acción formarían así una secuencia que funciona de un modo casi mecánico.

Empero ¿son verdaderamente previsibles las decisiones de los Tribunales? Si así es ¿de qué tipo de previsibilidad estamos hablando? En caso contrario ¿es posible lograr que lo sean o se trata por el contrario de una aspiración inalcanzable? De ser así ¿es posible seguir predicando la seguridad del derecho judicial? No da la impresión de que sean éstas cuestiones que hayan preocupado en exceso al pensamiento jurídico de los últimos cien años y, cuando lo ha hecho, parece haber sido en un tono antes destructivo que constructivo. En cualquier caso, es posible encontrar algunas aportaciones con las que ensayar respuestas a estos interrogantes.

2. LA RESPUESTA FORMALISTA

La cultura jurídica ilustrada creyó haber encontrado un método perfecto para garantizar la objetividad y la previsibilidad de las decisiones de los Tribunales. Durante el *Ancien Règime*, debido a su subordinación a la monarquía, la actuación de la magistratura había representado una amenaza permanente para la libertad y seguridad de los ciudadanos. Por esta razón, el iluminismo jurídico supeditará el fin de una judicatura subjetiva, arbitraria y descontrolada y, por ende, la separación de poderes y la seguridad jurídica de los pronunciamientos jurisdiccionales, a la fidelidad de los Jueces a la Ley. No se trata, empero, de cualquier Ley, ni de cualquier fidelidad.

la burguesía. Weber sostenía que el primero precisaba para su progreso y desarrollo un Derecho previsible que pudiera «calcularse como una máquina» y una administración guiada por reglas formales. WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, trad. de L. Legaz Lacambra, Barcelona, Península, 1979, p. 16.

⁸ ATIYAH, P. S., & SUMMERS, R., *Form and substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 73-74.

⁹ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, pp. 272-273. Vide en un mismo sentido RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 221; LUCAS, J., *The Principles of Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 151.

Por un lado, los ilustrados sucumbieron al mito del legislador racional¹⁰, que atribuye al Derecho unas propiedades ideales imposibles de hallar en el legislador de carne y hueso. Ello permitió –entre otras cosas– considerar al Derecho un sistema formal coherente y completo integrado por directivas aplicables formalmente, sin necesidad de discernimiento (esto es, por reglas), en condiciones de determinar completa y estrictamente las decisiones judiciales¹¹. La plenitud y determinación del Derecho garantizaban la certeza de las Leyes y, con ello, la previsibilidad y objetividad de las decisiones judiciales¹². Entre éstas y las Leyes no había pues cualquier tipo de vinculación, sino una conexión que cabría calificar de material y semántica. Material, porque las Leyes determinan no sólo el acto sino el contenido mismo de la decisión. Semántica, porque esa determinación se opera por medio de la fuerza del lenguaje¹³.

Por otro lado, la fidelidad de los Jueces a la Ley va a ser entendida como una sujeción estática y mecánica, como su aplicación correcta por métodos exclusivamente lógico-deductivos y sin hacer referencia a propósitos y valoraciones ajenas al texto legal, verdadera voluntad del legislador. La labor jurisdiccional no es meramente potestativa, ni siquiera discrecional, sino eminentemente cognoscitiva, ya que está vinculada a la aplicación de la Ley a los hechos juzgados mediante el reconocimiento de la primera y el conocimiento de los segundos¹⁴. Se considera, pues, que el Juez utiliza la razón teórica, no la razón práctica, que se vale de pronunciamientos descriptivos, no de evaluaciones prescriptivas¹⁵.

Concebida como una actividad cognoscitiva, como el reconocimiento y declaración de un derecho preexistente, las decisiones de los Tribunales no son verdaderos actos de voluntad sino, más bien, deducciones a partir de una premisa normativa y otra fáctica perfectamente establecidas. La sujeción a la Ley garantiza, de esta forma, que las decisiones judiciales hayan de adoptarse a través de un procedimiento racional que, en la medida en que es racional, también es regular y, por tanto, anticipable por todo individuo racional¹⁶. Si un órgano

¹⁰ Sobre el legislador racional vide CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 96-98.

¹¹ WROBLESKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, p. 57.

¹² SINGER, J., «The player and the cards: Nihilism and Legal Theory», *The Yale Law Journal*, 94, 1, 1984, p. 12.

¹³ Sobre la noción de conexión semántica, vide RADIN, M., «Reconsidering the Rule of Law», *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 794.

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTERO, Madrid, Trotta, 1995, pp. 37 y 69.

¹⁵ LA TORRE, M., *Theories of legal Argumentation and Concepts of Law*, European Universitarian Institute, Working Paper, Florence, 1998, p. 2.

¹⁶ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giapichelli, 1987, p. 160.

jurisdiccional no aplica la Ley o el precedente en el que resultaría más correcto subsumir un caso, los ciudadanos carecerían de bases para anticipar el contenido de las resoluciones judiciales. De ahí que, para poder hablar de predicción jurídica, sea precisa una presunción de racionalidad, una presunción de que el Juez utilizará como marco de referencia de sus decisiones las normas jurídicas correctas¹⁷. Y, como lo que confiere racionalidad a tales resoluciones es el hecho de que su contenido resulta de un silogismo cuya premisa mayor es una directiva perteneciente al sistema jurídico, se trataría, además, de una previsibilidad jurídica en el doble sentido de que tiene por objeto al Derecho (los fallos de las sentencias) y como base ese mismo Derecho (las Leyes).

La fe en esta imagen de la actividad judicial, en especial, la jurídico-penal, caracterizará al positivismo dominante durante el siglo XIX, al que ciertamente cabe atribuir una concepción formalista y mecanicista de la aplicación de la Ley con la que Bobbio define al iuspositivismo teórico en sentido amplio. Aunque por caminos ciertamente diferentes, la *Escuela de la Exégesis* y la *Jurisprudencia de Conceptos* coincidirán en defender un modelo de ciencia jurídica formalista y una ideología de la labor jurisdiccional como tarea técnica, no valorativa y políticamente irresponsable.

3. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD Y EL MITO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Hoy conocemos, sin embargo, el idealismo y utopismo de este modelo de jurisdicción y cómo en la actividad judicial hay espacios de discrecionalidad que impiden seguir aferrándose al «noble sueño» de un Derecho legal perfecto y una aplicación judicial puramente deductiva del mismo. A partir de las últimas décadas del siglo XIX, el pensamiento jurídico europeo y americano cuestionará seriamente el modelo descrito hasta concluir que se apoya en una serie de presupuestos que sólo cabe calificar de auténticas ficciones: la plenitud de la Ley, el carácter técnico e impersonal de la función judicial, la identificación del razonamiento jurídico con la lógica demostrativa, etc. Desde entonces, la teoría del Derecho ha ido poniendo de manifiesto los distintos factores que imposibilitan seguir caracterizando las resoluciones judiciales como únicamente la aplicación de la Ley y que impiden, por tanto, su previsibilidad.

Será la *Escuela del Derecho Libre* la primera en llamar la atención sobre la importancia de la voluntad en la determinación de las premi-

¹⁷ AARNIO, A., *Derecho, Racionalidad y Comunicación*, trad. de P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 87.

sas normativas de las sentencias, considerándolo algo inevitable pero muchas veces deseable y –lo que aquí nos interesa– incompatible con el ideal jurídico y político de la seguridad jurídica o, al menos, con su exigencia más común de la previsibilidad. Como prácticamente todas las teorías e ideologías negadoras de la seguridad jurídica, los iusliberistas destacan las deficiencias del lenguaje legal que impiden a éste determinar exhaustivamente el contenido de las decisiones judiciales. Se insiste, de esta forma, en que las Leyes generales y abstractas son incapaces de ofrecer una solución para todos los casos y situaciones que van surgiendo en la vida social, de contener en un instante el devenir continuo de un Derecho que vive en el día a día. Como dirá Ehrlich, «todo el Derecho vivo en nuestra sociedad actual no puede ser cerrado en artículos, lo mismo que un torrente no puede ser encajonado en un estanque»¹⁸. Si bien es cierto que, en principio, el sistema jurídico posee los medios para autointegrar sus lagunas (la analogía *legis*, la analogía *iuris* y la interpretación extensiva) y los criterios de interpretación para determinar el significado de cualquier norma, ni los primeros se valen únicamente de la lógica, ni entre los segundos existe una jerarquía que determine cuál es el significado de la Ley que ha de preferirse¹⁹. El abandono de una concepción cognoscitiva de la interpretación, la integración y la aplicación de la Ley por parte de la Escuela del Derecho Libre conduce, de esta forma, al menosprecio y negación de la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones judiciales. Kantorowicz estima que estos postulados «en parte no se realizan, en parte no merecen hacerlo. Por tanto, ni todas las resoluciones judiciales han de resolverse con el auxilio exclusivo de la Ley, ni toda sentencia ha de ser previsible»²⁰.

Siguiendo los pasos del iusliberismo y el realismo, el positivismo normativista profundizará en el carácter discrecional y valorativo de la labor judicial. Tanto Hart, como sobre todo Kelsen, pondrán de manifiesto las insuficiencias y límites de la Ley para determinar cada uno de sus actos de interpretación y aplicación. Ambos coinciden en rechazar que las normas generales posean la determinación suficiente para que su aplicación a cada caso consista en un simple razonamiento deductivo. Esto sólo sería posible si las palabras de la Ley delimitarían de un modo preciso e incuestionable los hechos a los que se aplican o si existiera una única interpretación correcta de su significado.

¹⁸ EHRLICH, E., «Die Erforschung des lebenden Rechts», en *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Duncker-Humblot, Berlin, 1967, p. 28, citado por SEGURA ORTEGA, M., «El Movimiento del Derecho libre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 431.

¹⁹ LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giusrisprudenziale*, Milano, Giuffré, 1975, pp. 244 y 257.

²⁰ KANTOROWICZ, H., «La lucha por la Ciencia del Derecho», en Savigny, F. C.; KIRSHMANN, R. V., ZITELMANN, E., y KANTOROWICZ, H., *La Ciencia del Derecho*, trad. de W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada 1949, pp. 361-365.

Este diagnóstico varía, empero, entre la difícilmente defendible indeterminación generalizada²¹ y de naturaleza fundamentalmente jurídica²² que parece defender Kelsen, y la más limitada y moderada por la que apuesta Hart. Para este último, toda norma posee una zona de penumbra, esto es, un conjunto de casos respecto a los que las palabras no son «ni obviamente aplicables ni obviamente inaplicables», no pudiendo, por tanto, los Jueces valerse de un argumento deductivo para poner en conexión las normas generales con los hechos concretos. Por otra parte —añade Kelsen— la existencia de distintas hipótesis sobre el significado atribuible a la Ley no puede resolverse planteándolo como un problema teórico, esto es, como si de entre todas ellas hubiese una que es la verdaderamente correcta que el Juez ha de descubrir. Sin embargo, la ciencia jurídica formalista ha venido defendiendo la teoría de la única solución correcta, valiéndose de esta ficción para mantener precisamente el ideal de la seguridad jurídica²³. En conclusión, Kelsen y Hart coinciden en rechazar que las normas generales puedan determinar completamente su aplicación a los casos o, mejor dicho, que los criterios utilizados en dicha tarea de concreción y determinación se hallen en el propio Derecho. Las elecciones llevadas a cabo por los Jueces en los espacios de indeterminación deben considerarse una labor creativa enmarcada por un conjunto de normas, principios, razonamientos, argumentos, etc., que no pueden ser considerados parte del sistema jurídico.

La contundencia de la crítica a la concepción formalista de la interpretación iniciada con el iusliberismo, continuada por el realismo y que encuentra su expresión teórica más rigurosa en el positivismo jurídico normativista, termina con el sueño ilustrado de una legalidad que garantice siempre una respuesta cierta, previsible y que elimine cualquier margen de apreciación y posible arbitrariedad por parte del Juez. La solución que éste adopte no será siempre el resultado de un proceso de subsunción o deducción a partir de premisas claramente identificadas y anticipables por cualquier participante en el sistema jurídico, sino muchas o algunas veces algo distinto: una decisión política, un acto discrecional donde intervienen valoraciones de muy dis-

²¹ Sobre la corrección de esta tesis de Kelsen, vide RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 28-29; LIFANTE, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 70-72.

²² Luzzatti estima que el concepto de la indeterminación de la *Reine Rechtslehre* no es identificable con el fenómeno típicamente semántico de la vaguedad, aun cuando aquélla podría derivarse también de dicho fenómeno. Su naturaleza es esencialmente jurídica; la indeterminación kelseniana se resuelve en esto: «en que el acto de la autoridad inferior no está totalmente vinculado por la norma superior la cual delega en aquélla el poder de actuar». LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 345-346.

²³ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª edición, cit., p. 356.

tinta naturaleza, una elección condicionada por el contexto social, económico, ideológico en el que vive el Juez, etc.

Al ofrecer una visión mucho más real del modo en que actúan los Jueces, la tesis positivista y antiformalista de la discrecionalidad proporciona un buen punto de partida para afrontar las bases de la certeza y seguridad del Derecho judicial. Como señala Calvo García, dicha tesis garantiza, en primer lugar, un mínimo de seguridad jurídica, dado que el poder de denotación de que disfrutaban los operadores jurídicos no es absoluto sino que no puede oponerse a la norma o normas jurídicas que se aplican o desarrollan. Y, en segundo lugar, se prescinde de falsas seguridades y se acepta que, dentro del margen de discrecionalidad inherente a la textura abierta, el fundamento de las decisiones descansa en fundamentos no jurídicos: estándares valorativos, sociales, políticos, etc.²⁴ De ahí que se concluya que cualquier empresa que se proponga recuperar el control sobre el razonamiento jurídico y la argumentación judicial debiera asumir las enseñanzas del antiformalismo²⁵.

Cabría, no obstante, continuar sosteniendo que las decisiones de los Tribunales son casi siempre previsibles desde dos posiciones iusfilosóficas radicalmente enfrentadas. La primera es la que se aferra al carácter cognoscitivo de la actividad judicial rechazando que el Derecho sea tan indeterminado como sostiene el positivismo jurídico normativista. Es la línea defendida por Dworkin. La segunda es la que desvincula la previsibilidad de las decisiones judiciales de la determinación de la Ley (y, en consecuencia, de la imparcialidad y objetividad que de ello se deriva) para supeditarla a factores extrajurídicos. Es la tesis que, siguiendo los pasos del realismo jurídico americano, han defendido algunos destacados integrantes del movimiento *Critical Legal Studies*. Comentemos brevemente cada de ellas.

4. UNA CERTEZA Y PREVISIBILIDAD JURÍDICAS BASADAS EN LA MORAL CRÍTICA: DE LA INDETERMINACIÓN Y DISCRECIONALIDAD DE LA LEY A LA UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA DE LOS PRINCIPIOS

La teoría del derecho y la adjudicación que viene defendiendo el autor de *Los derechos en serio* ha sido considerada una de las propuestas más interesantes desde la que afrontar el problema de la certeza del Derecho²⁶, en la línea de lo que Pattaro ha llamado una

²⁴ CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 163-164.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 47.

²⁶ CALSAMIGLIA, A., Prólogo a la edición española de DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 15.

«certeza no positivista»²⁷. El núcleo de la misma se centra en el rechazo de la existencia de espacios de textura abierta o indeterminación en el Derecho (y por tanto de discrecionalidad judicial) al considerarlos lesivos para las expectativas jurídicas de los ciudadanos. Así, frente a las conclusiones alcanzadas por Kelsen y Hart, Dworkin considera que la tesis de la discrecionalidad es el resultado de la imagen errónea del Derecho suscrita por éstos: la que lo concibe como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas. El positivismo asume este modelo o concepto debido a que adopta una perspectiva externa al Derecho. Por el contrario, Dworkin propugna una aproximación que asume el punto de vista interno del participante preocupado por el modo en que los juristas «razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas»²⁸, o «cómo deciden los Jueces los casos concretos»²⁹. La adopción de este punto de vista permite advertir la existencia de otros estándares normativos distintos de las reglas que, junto a ellas, forman «la teoría más correcta del Derecho» y que eliminarían casi completamente la indeterminación: los que Dworkin designa genéricamente como principios que, como es sabido, pueden ser descubiertos por los Jueces si excavan por debajo del *Derecho establecido* a la hora de decidir los llamados *casos difíciles*.

Por tanto, una comprensión adecuada del Derecho sería la que lo contempla como un conjunto de reglas formalmente establecidas, validas por su pedigrí, y el conjunto de principios que integrarían la mejor teoría del Derecho establecido, válidos *propio vigore*. La defensa de esta concepción no positivista del Derecho restringe intensamente la discreción judicial³⁰. Según Dworkin, los Jueces nunca determinan lo que el Derecho debe ser, sino que están limitados a descubrir y declarar lo que creen que ya lo es con anterioridad a su decisión. Ciertamente, Dworkin no niega que los operadores jurídicos disfrutan en los casos difíciles de un cierto poder de denotación para determinar el contenido de la premisa mayor del silogismo judicial. Pero se trataría, a su juicio, de una potestad o discreción débil en lugar de fuerte, ya que, aunque el Juez tenga discernimiento para interpretar los principios, ello no significa que no está vinculado por dichos estándares³¹.

²⁷ PATTARO, E., *Filosofía del Derecho, Derecho, Ciencia jurídica*, trad. de J. Iturmendi, Barcelona, Reus, 1978, p. 379.

²⁸ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

²⁹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 2.

³⁰ Como destaca García Figueroa, la cuestión de la discreción judicial y del concepto del Derecho se entrelazan. Mientras el concepto positivista de Derecho conduce a la discreción judicial, el concepto no positivista tiende a restringirla intensamente. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 56.

³¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 84-85.

Precisamente uno de los argumentos que justifican la inexistencia de discrecionalidad judicial fuerte es el que Guastini denomina «argumento liberal»³². De acuerdo con este argumento, el modelo de las reglas y la discrecionalidad allí donde éstas faltan o son vagas generaría inseguridad jurídica para los ciudadanos: «si un Juez legisla y aplica retroactivamente la Ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado *post facto*»³³. No obstante, Dworkin reconoce que la decisión basada en los principios que ofrece como alternativa de la discreción judicial también puede ser criticable por los defensores de la certeza jurídica, al ser los principios un tipo de normas que no anuncian de un modo explícito los derechos de las partes. Frente a esta objeción, Dworkin reconoce que un argumento de principio hace que consideremos bajo una nueva luz el concepto de sorpresa o frustración de expectativas característico de las normas retroactivas, señalando que ningún acusado estaría en situación de alegar que fue injustamente sorprendido «simplemente porque el Derecho se generó de una forma diferente a la publicación de una Ley»³⁴. Es decir, Dworkin separa, al menos en los casos difíciles, la publicidad del Derecho de su publicación formal en coherencia con la defensa que realiza de la existencia de dos formas de validez jurídica: la validez basada en la *pertenencia* a un sistema jurídico, de acuerdo con la cual una norma tiene carácter jurídico si forma parte de un sistema identificable como jurídico por criterios como la regla de reconocimiento hartiana, y la validez como *obligatoriedad*, de acuerdo con la cual una norma es jurídica si es moralmente obligatoria. Los principios serían válidos, tendría existencia jurídica, de esta segunda manera³⁵.

Dworkin percibe, por tanto, en los principios no sólo una forma de conexión interpretativa entre el Derecho y la moral sino, como directivas jurídicas que son, una fuente de certeza que habría sido ignorada por el positivismo. La defensa de esta función de certeza se convierte, además, en uno de los elementos que diferencian al principialismo de Dworkin de otros principialismos posteriores como, por ejemplo, los auspiciados por Alexy o Zagrebelsky³⁶, diferencia ésta que parecería razonable atribuir a que, tal y como se ha

³² GUASTINI, R: «Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, núm. 2, 1983, p. 451.

³³ DWORKIN, R, *Los derechos en serio*, cit., p. 150.

³⁴ *Ibidem*, cit., p. 152.

³⁵ Vide DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 100; Para García Figueroa esta distinción supone inferir la pertenencia de la aplicabilidad ignorando la diferencia que hay entre ambas. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cit., p. 313.

³⁶ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 144-146.

señalado, sólo el norteamericano asume la tesis de la unidad de solución justa. Esto significa que los principios no sólo limitan política o moralmente la discrecionalidad judicial sino que lo hacen también y sobre todo cognoscitivamente como portadores de un significado unívoco descubrible por el Juez.

La tesis de Dworkin no ha podido, sin embargo, dejar de suscitar críticas entre positivistas (Hart, Raz, Prieto Sanchís, etc.) y no positivistas (Alexy, Nino, etc.), muchas de ellas extensibles o semejantes a las que reciben otros defensores de un Derecho de principios. La principal es que Dworkin no logra explicar por qué estas normas carecen de los defectos y límites del Derecho legal y pueden, por tanto, acabar por completo con la discrecionalidad judicial. Frente a la impresión de que los principios son a menudo imprecisos o conflictivos entre sí³⁷ y de que en ellos se encuentran los mismos conflictos existentes entre las reglas sólo que reproducidos a un nivel más abstracto³⁸, de la obra de Dworkin parecería desprenderse que «una vez que traspasamos el umbral de la moral, ningún caso parece ser difícil o, al menos, no tanto como para exigir el desarrollo de discrecionalidad: un sistema normativo vago y lagunoso (el Derecho) parece convertirse en otro, claro, completo y objetivo (la moral)»³⁹. De ahí que MacCormick comente con cierta ironía cómo la indeterminación del Derecho legal es magnificada por ciertas consideraciones que conducen a la exigencia de un Derecho determinado⁴⁰. Frente a la indeterminación de la naturaleza del Derecho legislativo se encuentra la determinación objetiva de los principios, una tesis cuyo problema –tal y como apunta García Amado– es el siguiente: «si los distintos métodos interpretativos no sirven para hacer prevalecer un determinado sentido como el significado objetivo de la Ley, ¿acaso habrá algún método capaz de dotar a los princi-

³⁷ «La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del Derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta». HART, H. L., *El Concepto de Derecho*, cit., pp. 252-253; ídem, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 6-7. A juicio de Guastini, todos los sistemas jurídicos contemporáneos son el fruto de una producción normativa muy diluida en el tiempo, no de una, sino de muchas políticas del Derecho antagónicas, incorporando por ello una gran cantidad de principios y reglas incompatibles. GUASTINI, R., «Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin», cit., p. 455.

³⁸ ALTMANN, A., *Critical Legal Studies. A liberal critique*, New Jersey, Princeton University Press, 1990, p. 118; UNGER, R., «The Critical Legal Studies Movement», *Harvard Law Review*, 96, 1983, p. 578. Sobre las razones del conflicto entre principios, vide KENNEDY, D., «Form and Substance in Angloamerican Law», cit., pp. 1774-1776; KUTZ, K., «Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law», *The Yale Law Journal*, vol.103, 1999, cit., pp. 1023-1024; SINGER R, J., «The players and the cards», cit., p. 16.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 124.

⁴⁰ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de derecho», *Isegoría*, 1998, p. 18.

pios y valores constitucionales de un significado que no sea perfectamente arbitrario y subjetivo?»⁴¹.

La respuesta positiva que Dworkin da a este interrogante (la existencia de una única solución correcta) parece, igualmente, difícil de sostener. Para que dicha solución fuera posible sería precisa la concurrencia de las dos siguientes condiciones señaladas por García Figueroa: en primer lugar, sostener una concepción objetivista de la moral contenida en los principios; en segundo lugar, defender la posibilidad de conocer tal moral objetiva. Dworkin parece reconocer plenamente la primera de estas condiciones, pero no la segunda ya que no cualquier Juez sino un semidiós como Hércules, elevándose por encima de las limitaciones de la razón humana, se halla en disposición de conocer dicha respuesta. Esto es, Dworkin determina la existencia objetiva de la única respuesta correcta pero no define los instrumentos para elaborarla ni controlarla⁴². Ello termina provocando que la tesis de la unidad de solución justa conduzca a hacer menos visibles y externamente controlables los momentos de discrecionalidad existentes en cualquier ejercicio de racionalidad práctica, contribuyendo así, paradójicamente, a reforzar y estimular el activismo judicial⁴³.

En definitiva, ni el recurso a los principios, ni el empleo de formas de razonamiento jurídico no axiomático pueden impedir la presencia de dos o más respuestas correctas en cada caso. La teoría de Dworkin ha sido por ello acertadamente calificada como una huida hacia delante, como un intento de retrasar la inevitable realidad de que no siempre existe una norma previa. Empero, por mucho que Dworkin insista en evitar su llegada, también en el mundo de los principios y el razonamiento moral terminan por aparecer zonas de penumbra, vaguedad y contradicción que exigen, finalmente, que el Juez decida, elija o innove.

Las debilidades e inconsistencias de la tesis de la unidad de solución justa oscurecen igualmente la posibilidad de que las decisiones judiciales puedan ser realmente previsibles. Si sólo un Juez como Hércules puede acceder al conocimiento de los principios, no parece posible que las decisiones que intentan resolver los casos difíciles puedan ser anticipables por los ciudadanos. Pero esto no significa que los principios, entendidos más como una forma de razonamiento que como directivas con una estructura diferente, no tengan nada que decir con vistas a proteger la seguridad jurídica entendida de un modo más amplio.

⁴¹ GARCÍA AMADO, J. A., «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del Juez? Defensa de la Ley frente a otros valores o principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, p. 75.

⁴² GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y Positivismos Jurídicos*, cit., p. 308.

⁴³ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 123.

5. LA PREVISIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES CENTRADA EN EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO: UNA PREVISIBILIDAD REAL Y NO SOBRE EL PAPEL

Al unir su suerte a la de los principios, la teoría Dworkin puede ser contemplada como el último intento de vincular la seguridad jurídica a una teoría cognoscitiva (ultrarracionalista, de un cognoscitivismo extremo) de la labor judicial y una concepción del Derecho como un sistema dotado de plenitud y coherencia. Se trata, igualmente, del último intento de mantener unidas la previsibilidad de las decisiones judiciales y la eliminación de la discrecionalidad, dado que ambas son efectos entrelazados de la determinación y obligatoriedad no sólo moral sino también jurídica de los principios.

Todo lo contrario ocurre con el movimiento *Critical Legal Studies* (en lo sucesivo CLS), corriente del pensamiento jurídico estadounidense capaz de defender la tesis de la discrecionalidad y sostener, al mismo tiempo, que las decisiones judiciales son bastante previsibles. Una previsibilidad que, en lugar de tomar como referencia las normas jurídicas, atendería al contexto en el que las decisiones son adoptadas. Examinemos brevemente esta curiosa combinación.

Para CLS, el Derecho (entendiendo por éste tanto las Leyes como la doctrina y la argumentación jurídica) es indeterminado en todo su ámbito de aplicación. Este radical escepticismo jurídico se conoce como la teoría de la *indeterminación* del Derecho⁴⁴. A ello debe añadirse que, para los *critical*, el conflicto entre las normas jurídicas no resulta excepcional o periférico sino que se halla profundamente arraigado en el Derecho, hasta el punto de que, para algunos, éste es radicalmente incoherente y contradictorio tanto en sus reglas como en sus principios⁴⁵. CLS enriquece las tesis de los realistas y sostiene la existencia de principios y contraprincipios jurídicos que no pueden ser reconciliados, equilibrados o armonizados. Es lo que se conoce como la «*Patchwork Thesis*»⁴⁶.

La tesis de la previsibilidad extrajurídica o basada en el contexto de las decisiones judiciales se encuentra ya implícita en la famosa

⁴⁴ Sobre el significado del concepto de indeterminación en los *critical* vide SINGER, J., «The players and the cards...», cit., pp. 11-19; KUTZ, K., «Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law», *The Yale Law Journal*, 103, 1994, pp. 1001-1002.

⁴⁵ Vide KELMANN, M., *A Guide to Critical legal Studies*, Harvard University Press, 1987, pp. 3-4; KENNEDY, D., «Form and substance...», cit., p. 1723.

⁴⁶ De acuerdo con la misma, podría sostenerse la existencia de un porcentaje significativo de casos en los que hay diferentes principios relevantes subyacentes a las normas jurídicas; donde dichos principios conducen a soluciones contrarias; y en los que una decisión apoyada en uno de los principios se ajusta tan perfectamente al Derecho como la contraria basada en un principio diferente. ALTMANN, A., *Critical Legal Studies*, cit., p. 119.

definición del Derecho de Holmes como «las profecías acerca de lo que los Tribunales harán en concreto»⁴⁷. Serán especialmente los realistas de entreguerras quienes traten de describir esos factores distintos a las normas jurídicas (las que K. Llewellyn llamará *reglas reales*) que permitirían dar cuenta del origen y modo de adopción de las resoluciones judiciales, así como explicar la relativa homogeneidad y uniformidad existente en la práctica jurisdiccional⁴⁸. Un importante sector del movimiento antiformalista inclinado a servirse del auxilio de las ciencias sociales (Llewellyn, Cohen, etc.) descubrirá la incidencia sobre las decisiones judiciales de factores como la clase social de los Jueces, la educación recibida, su socialización en una «cultura jurídica» común a la profesión, etc. Como señala Hierro, con esta previsión de las resoluciones judiciales sobre bases no jurídicas, el realismo pretenderá buscar seguridad jurídica en una certeza científica y, para conseguirlo, abandonará el culto a la norma y lo sustituirá por el estudio empírico y cuantificable de los componentes de la decisión judicial⁴⁹.

CLS seguirá esta línea y defenderá que la indeterminación no genera necesariamente imprevisibilidad. Frente a la basada en las normas jurídicas, autores como Singer o Kayris defienden una certeza y previsibilidad jurídicas fundada en los elementos culturales y convencionales que forman el magma en el que flota el Derecho, pero que, por lo que se desprende de sus afirmaciones, no pertenecen a éste. A juicio de estos autores, el orden jurídico sería mucho más indeterminado de lo que los teóricos han venido tradicionalmente defendiendo, por lo que, si éstos tuviesen razón respecto a la señalada trascendencia de la determinación para la viabilidad del *rule of law*, este último nunca habría existido en ninguna parte. Pero la indeterminación no conduce necesariamente ni a la arbitrariedad, ni a una falta de certeza y previsibilidad jurídicas⁵⁰. La fuente de la previsibilidad no serían las normas jurídicas sino el *contexto* en el que se adoptan tales decisiones, del que brotarían convenciones entre los Jueces y juristas en general que acuerdan dar a las reglas y principios jurídicos determina-

⁴⁷ HOLMES, O. W., *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 21.

⁴⁸ En esta línea, J. Dewey distinguirá entre una certeza jurídica teórica y una certeza jurídica práctica, entre la previsibilidad de las consecuencias jurídicas basada en la aplicación lógica de normas jurídicas y la predicción de las consecuencias jurídicas probables. DEWEY, J., «Logical method and Law», *Cornell Law Quarterly*, vol.10, 1924; en FISHER III, W.; HORWITZ, M., and REED, T. (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 192-193. Se llegará a crear, incluso, la llamada «jurimetría», auténtica matemática de la predicción judicial. Vide LOEVINGER, J., «Jurimetrics, The Next Step Forward», *Minnesota Law Review*, XXXIII, 1949, pp. 455 ss.

⁴⁹ HIERRO, L., *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 98.

⁵⁰ SINGER, J., «The players and the cards...», cit., p. 19.

das interpretaciones ampliamente compartidas⁵¹. Como apunta Kayris, algunas reglas y resultados parecen más «razonables» y relativamente previsibles en *contextos sociales particulares* gracias a una mezcla de factores personales, políticos, institucionales y experienciales. Sin embargo, aquéllos son expresados, justificados y percibidos por los Jueces mismos en términos de «hechos» objetivamente determinados y de «Derecho» objetiva y racionalmente «encontrado y aplicado»⁵². El contexto incluiría la sede institucional (por ejemplo, un Tribunal o Parlamento), las costumbres de la comunidad (como las prácticas estándar en los negocios) o el papel de los decisores (Juez, legislador, burócrata) y la doctrina jurídica⁵³. Ello no significa, empero, que las decisiones jurídicas sean completamente previsibles ya que, en muchas ocasiones, no existen convenciones disponibles que faciliten la previsión sobre lo que pensará cada Juez. Es precisamente a causa de tales incertidumbres, de las lagunas normativas y de la indeterminación y manipulabilidad del razonamiento jurídico, por lo que los Jueces suelen sorprendernos con argumentos inesperados para justificar sus decisiones⁵⁴.

La tesis de la previsibilidad extrajurídica puede ser atacada desde dos frentes diferentes. El primero es que si Singer y Kayris abogan por una previsibilidad no basada en el Derecho, ello obedece a que reducen y empobrecen artificialmente sus fuentes y el razonamiento jurídico. Así, algunas de sus explicaciones presuponen que sólo las reglas son Derecho, y no estándares tales como los principios, las directrices, la cultura jurídica y el contexto social. Respecto al modelo de razonamiento jurídico, los *critical* asumen que, si pretende evitarse la indeterminación, la solución jurídica correcta debe obtenerse de premisas jurídicas vinculantes por medio de una inferencia puramente deductiva o técnicas similares. Cuando esto no ocurre, el Derecho se torna incoherente, arbitrario o indeterminado. Para una concepción tan formalista del razonamiento jurídico, cualquier laguna, inconsistencia u oscuridad es vista como una expresión de la inadecuación del Derecho y del razonamiento jurídico, cualquier contradicción en las premisas infecta e invalida toda la argumentación que de ellas parta⁵⁵.

Frente a este modelo de previsibilidad, K. Kress juzga mucho más acertado contemplar la actividad de los órganos jurisdiccionales desde una perspectiva que no reduzca artificialmente el tipo de normas que aquéllos pueden emplear como premisas de sus decisiones y los razo-

⁵¹ PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 266.

⁵² KAYRIS, D., *The Politics of Law: a progressive critique*, N. York, Pantheon Books, 2.ª edición, 1990, pp. 3-4.

⁵³ *Ibíd.*, SINGER, J., «The players and the cards», cit., p. 21.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 24.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 15-16.

namientos de los que pueden valerse. En primer lugar, en vez de considerar los estándares derivados del contexto social, la cultura jurídica y la moralidad extralegal (verdaderos factores explicativos de las regularidades existentes en la actividad de los tribunales) parámetros extrajurídicos, parece mucho más correcto incluirlos dentro de las premisas jurídicas que sirven éstos a la hora de acometer su actividad⁵⁶. En segundo lugar, no parece plausible sostener que o el razonamiento jurídico se ajusta a las exigencias del razonamiento matemático o geométrico (premisas perfectamente delimitadas, inferencias lógico-deductivas regladas, ausencia de cualquier posible contradicción), o, de lo contrario, nos adentramos en el mundo de la más absoluta indeterminación, arbitrariedad e irracionalidad. Antes de arrojar al intérprete a una cruda subjetividad, deben buscarse otros modelos de razonamiento no axiomático con los que, si no determinar, al menos orientar la labor interpretativa.

La crítica de Kress se enmarca en el positivismo débil e «inclusivo» defendido por Coleman, Lyons y Soper⁵⁷, del que podríamos encontrar una tímida insinuación ya en Kelsen⁵⁸. Frente a su versión más clásica, estos autores defienden lo que Raz denomina «la tesis social débil» (*the weak social thesis*) de acuerdo con la cual el positivismo jurídico sería compatible con el hecho de que, en algunas ocasiones, la identificación del Derecho aplicable se base en argumentos morales y, por tanto, con que un Juez pueda resolver un caso en virtud de normas que no son estrictamente jurídicas según los criterios de validez del propio sistema⁵⁹. Para estos nuevos positivistas, la exis-

⁵⁶ KRESS, K., «Legal indeterminacy», cit., p. 327.

⁵⁷ COLEMAN, J., «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 37 ss; LYONS, D., «Principles, Positivism and Legal Theory», *The Yale Law Journal*, 87, 1977, pp. 424 ss; SOPER, P., «Legal Theory and the obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75, 1977, pp. 511 ss.

⁵⁸ Como es sabido, Kelsen describe la labor interpretativa de los jueces como un acto político de creación de Derecho circunscrito por lo establecido en la norma general. Llegado el momento de indeterminación dentro del marco de la Ley, Kelsen señala el recurso del intérprete a normas que no forman parte del Derecho positivo (normas morales, de justicia, juicios de valor social, etc.) que suelen aparecer bajo el rótulo de expresiones como «bien común», «interés del Estado», etc. Desde el punto de vista jurídico-positivo, tales determinaciones sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del Derecho positivo mismo. Sin embargo, Kelsen afirma a continuación: «en relación con ellas, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el Derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etc.; pero de este modo estas normas se transformarían en normas jurídicas positivas». KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed., cit., p. 354 (cursiva añadida). Esto es, Kelsen parece estar dando a entender que, desde el intérprete tiene reconocido un poder de creación jurídica en el marco de la Ley general, cualquier norma social, moral, etc., que utilice se convierte, aun cuando sólo sea por ese momento, en Derecho positivo.

⁵⁹ RAZ, J., «Legal Positivism and the Sources of Law», en *The authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 46.

tencia de una fuente social apropiada para el apoderamiento de los decisores sería suficiente para justificar la calificación de una decisión como «Derecho», aun cuando dicha decisión no esté sustancialmente constreñida por normas jurídicas⁶⁰. Algunas de esas teorías autorizan a los Jueces a emplear la moralidad social, otras contemplan a la profesión jurídica o a la judicatura como una cultura interpretativa cuyas prácticas y disposiciones determinan la verdad jurídica. En mayor o menor intensidad, todas ellas parecen animadas por el intento de difuminar los límites entre las normas jurídicas, morales y sociales, así como entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general a la hora de ofrecer una visión tanto descriptiva como normativa de la actividad jurisdiccional.

Esta línea de crítica no nos parece aceptable por las razones que expone Raz. En su opinión, las teorías de Coleman y Lyons serían incompatibles con el positivismo jurídico ya que éste exige que el sistema jurídico tenga unos límites muy precisos. De ahí que no pueda contener todos los estándares justificables (morales o no), ni todas las reglas y convenciones sociales sino, exclusivamente, un subconjunto de éstas: aquellos estándares que poseen la *conexión institucional apropiada*. Eso significa «mientras que la norma que remite a la moralidad es efectivamente jurídica (está determinada por sus fuentes), la moralidad a la cual se refiere no se incorpora por ello al Derecho»⁶¹. Una de las principales razones por las que el positivismo jurídico rechaza la *tesis social débil* es precisamente la seguridad jurídica, que reclamaría una delimitación precisa del Derecho para garantizar que los ciudadanos puedan identificarlo sin esfuerzo, esto es, sin necesidad de embarcarse en una argumentación respaldada, en último término, por normas morales o sociales. Con ello se pondría igualmente de manifiesto la dificultad de desvincular la seguridad jurídica de un concepto positivista del Derecho, al ser éste el único que garantiza una certeza objetiva acerca de lo que rige o no como Derecho.

De ahí que consideremos más acertado valernos de otro argumento para desmontar la tesis de la previsibilidad de las decisiones judiciales atendiendo al contexto de descubrimiento. En concreto, el que rechaza que sea ése el tipo de previsibilidad que demandan la seguridad jurídica y del Estado de Derecho. Éstos no exigirían cualquier tipo de previsibilidad, sino sólo exclusivamente uno basado en normas o enunciados pertenecientes al sistema jurídico y no en posibles *inputs* no jurídicos. Esto significa, tal y como afirma Gianformaggio, que sólo puede hablarse de previsibilidad en relación con aquellas directivas jurídicas que tienen como premisa otras normas jurídicas⁶². De ahí que, aunque tales decisiones puedan resultar anticipables en virtud

⁶⁰ SCHAUER, F., «Rules and the Rule of Law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, 1991, p. 656.

⁶¹ RAZ, J., «Legal Positivism and the Sources of Law», cit., pp. 44-45.

⁶² GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», cit., p. 160.

de regularidades como las que señalan los escépticos, no resulte apropiado calificarlas de certeza y previsibilidad jurídicas. Con ello no se pretende que las normas generales y abstractas hallan de determinar el proceso intelectual y volitivo de la actividad judicial, esto es, no se aspira a que sean determinantes causalmente en el contexto de descubrimiento sino a que lo sean racionalmente en el contexto de justificación, de manera que los fundamentos jurídicos de la decisión se aproximen todo lo posible a las expectativas de los ciudadanos ⁶³.

6. DE LA PREVISIBILIDAD AL CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Como hemos intentado poner de manifiesto, los intentos tanto de Dworkin como los CLS de desmontar la tesis positivista de que en los espacios de indeterminación del Derecho legal no es posible la previsibilidad de las decisiones judiciales terminan resultando, en mayor o menor medida, insatisfactorios. El primero no logra convencernos de que los principios carezcan de las limitaciones y defectos característicos del Derecho integrado por reglas. Los segundos sostienen un tipo de previsibilidad de las decisiones de los Tribunales de tipo causal y probabilístico que, además de empíricamente cuestionable, resulta incompatible con el sentido histórico y la función política y jurídica de la seguridad como principio constitutivo del Estado de Derecho.

¿Supone ello volver al mismo punto donde Kelsen y Hart habían dejado al método jurídico y la racionalidad de las decisiones judiciales? Si hay un aspecto en el que la respuesta parece abiertamente afirmativa es en el de la previsibilidad jurídica. Admitido que el Derecho (ya lo consideremos sólo un conjunto de reglas o un sistema de reglas, principios y otros estándares normativos) es más o menos indeterminado y que las soluciones que los Jueces eligen en su textura abierta no pueden ser descritas como el resultado de un proceso de subsunción o deducción a partir de premisas claramente identificadas y anticipables por cualquier participante en el sistema jurídico, la concepción clásica de la seguridad jurídica como la previsibilidad de las decisiones judiciales queda seriamente cuestionada. Sin llegar a

⁶³ Esto es algo de lo que fueron conscientes los propios realistas al reconocer que la obligación de utilizar las normas jurídicas en las fundamentaciones de sus fallos limitaba en cierto grado el abanico de opciones posibles para un Juez en un caso dado. Vide FISHER, W., «The development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights». En LACEY, M. J, y HAAKONSEN, K. (eds), *A culture of rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law, 1791-1991*, Cambridge University Press, 1992, p. 291.

calificarla como Kelsen de *ilusión*, o como Frank de *mito*⁶⁴, ésta no puede continuar siendo el contenido de la seguridad jurídica en la adjudicación⁶⁵.

Pero la alternativa a la concepción cognoscitivista de la seguridad jurídica no debe ser, tal y como sostuvo el iusliberismo, la aceptación y legitimación sin más de la discrecionalidad del Juez. Muy a menudo, esta alternativa entre el mito ilustrado de la certeza jurídica objetiva y el decisionismo subjetivista en el Derecho parece, tal y como señala Ferrajoli, la respuesta de ilustrados desencantados incapaces de aceptar que en la labor judicial, tanto en la verificación de los hechos como en la delimitación de la premisa normativa, hay momentos de decisión que la alejan del viejo espejismo de la aplicación mecánica de la Ley al hecho infaliblemente probado⁶⁶. Asumido que la indeterminación hace inviable en todos los supuestos la previsibilidad del contenido de la decisión judicial, la seguridad jurídica debería concentrar sus esfuerzos en el acto mismo de decidir, buscando los medios para racionalizarlo y controlarlo. La objetividad se traslada de esta forma de la Ley a la propia actividad del intérprete. En esta línea Gianformaggio ha señalado que el verdadero valor de la seguridad jurídica ya no es el de la previsibilidad sino el del control de las decisiones judiciales: «la antítesis de la seguridad es la arbitrariedad y si ésta se define en negativo, en relación con normas generales, la condición para que exista seguridad jurídica es un sistema de normas generales (y de aceptación de esas reglas) que limite al máximo el ámbito de lo que puede ser decidido correctamente⁶⁷.

Esta evolución explicaría el papel tan notable se vienen atribuyendo en los últimos tiempos a la argumentación jurídica y sus distintas teorías como dispensadoras de una nueva seguridad. Tal consideración respondería al empeño que aquéllas han mostrado por someter a pautas de racionalidad el proceso de interpretación y resolución de los casos en los espacios de discrecionalidad, procurando así que el mismo no transcurra por los caminos del subjetivismo más o menos arbitrario⁶⁸. Primero la *Nueva Retórica* de Perelman, la tópica de Viehweg, y la

⁶⁴ FRANK, J., *Law and the modern mind*, London, Steven & Sons Limited, 1949, p. 9. Al análisis de esta teoría he dedicado el cap.V de *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 173-200.

⁶⁵ Como señala Habermas, este concepto clásico de seguridad jurídica exige un sistema jurídico integrado sólo por reglas que adopten la estructura de lo que en la literatura alemana se denominan programas condicionales. HABERMAS, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 220.

⁶⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 62-63.

⁶⁷ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del diritto», cit., p. 166.

⁶⁸ Como apunta Mario Ruiz, es incuestionable que en las sociedades actuales se requieren altos niveles de justificación en toda clase de decisiones jurídicas a adoptar por todo tipo de operadores del Derecho. En un Estado de Derecho hay que exigir que todos aquellos agentes jurídicos que toman decisiones públicas que las fundamenten y justifiquen. RUIZ SANZ, M., «El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 349.

teoría de Toúlmin en la década de los cincuenta y, posteriormente, las teorías contemporáneas de –sobre todo– Alexy, MacCormick o Aarnio, ponen de manifiesto que, allí donde termina la vinculación a la Ley, no comienza sin más el arbitrio subjetivo sino la exigencia de utilizar razonamientos no deductivos, pero no por ello menos racionales, con los que justificar las distintas decisiones que adopten los Jueces⁶⁹.

Un buen punto de partida para comprender el significado de las aportaciones realizadas por las diferentes teorías de la argumentación jurídica es la «tesis del caso especial» sugerida por Alexy. De acuerdo con este autor, la argumentación jurídica sería un caso especial de razonamiento práctico general que debe conformarse, dentro de ciertos límites, a las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplica a todos los tipos de razonamiento práctico. Partiendo de un análisis de los límites de la subsunción para aplicar el Derecho legal muy en la línea de las principales conclusiones del positivismo de Hart y Kelsen⁷⁰, esta tesis cobra sentido a partir de la constatación de que la discrecionalidad conlleva lo que Peczenick llama «un salto deductivo» en la determinación definitiva de las premisas normativa y fáctica del silogismo con el que concluye la decisión judicial. Al sujeto que le corresponde decidir le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, no siendo la solución que adopte un resultado necesario cuya *verdad* pueda probarse con argumentos demostrativos. Por el contrario, la acción de elegir encierra necesariamente una «valoración», un juicio de valor, que, como tal, es controvertido, por lo que su corrección va a depender de la utilización de argumentos que permitan considerar que dicha elección parece correcta o al menos defendible.

Resulta en este sentido muy significativo que sea el pensamiento jurídico retórico o problemático una de las corrientes de la filosofía práctica en la que se hace sentir con más fuerza la necesidad de romper con el relativismo dominante en la filosofía moral de las primeras décadas del siglo XX y buscar los medios para racionalizar los juicios de valor que inevitablemente han de realizar los Jueces⁷¹. Se trataría con ello de reconducir la ética al dominio de la razón, pero de una razón práctica distinta de la pura, de una razón *largo sensu*. Retomando la distinción aristotélica entre *episteme* y *phrónesis*, Perelman reivindicará la posibilidad de un uso práctico de la razón por medio de la construcción de una *lógica de los juicios de valor* que, aunque sin gozar de la seguridad de la lógica deductiva ni de la constatación empírica, no los hiciera depender del arbitrio de cada uno. Así, para el

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 62.

⁷⁰ Vide AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., pp. 157 ss; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 23-24.

⁷¹ Sobre el carácter inevitable de los juicios de valor en la actuación judicial, vide PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 78; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 30.

padre de la *Nouvelle Rhétorique*, la objetividad de los juicios de valor debe diferenciarse claramente de la de los juicios de verdad. Si la de estos últimos descansa en su correspondencia con la realidad⁷², la de los primeros no tiene nada que ver con la verdad sino con su capacidad para generar adhesión o aceptación. En el ámbito de los valores lo que se pretende es mostrar (no demostrar) la racionalidad de los juicios de valor para conseguir la adhesión o el acuerdo sobre los mismos. De ahí el retorno que impulsa Perelman a la tradición clásica de la retórica como el arte de la persuasión por medio del discurso, cada vez que surge un problema de elección y decisión y hay que dar razones de la elección para obtener adhesión a la solución propuesta⁷³.

De los argumentos que se ofrecen en apoyo de las decisiones o elecciones que han de adoptarse cuando los juristas se encuentran ante los problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación propios de los casos difíciles⁷⁴ no puede decirse que sean verdaderos o falsos, sino que generan o no adhesión entre los integrantes de una cierta comunidad, que son más o menos aceptables intersubjetivamente en tanto que *razonables*⁷⁵. La función de la argumentación, del ofrecimiento de razones en favor de una elección, es lograr adhesión y esto es algo que, como señala también Perelman, se halla en función del tipo de auditorio que se pretende persuadir o convencer»⁷⁶. A juicio de MacCormick, el carácter persuasivo de la argumentación es especialmente obvio en la práctica jurídica, sobre todo en los sistemas donde los jurados son los responsables de la determinación de los hechos o de las conclusiones jurídicas. Este tipo de adhesión es alcanzado siguiendo una racionalidad técnica o estratégica y se basaría más en el conocimiento del auditorio al que uno se dirige que en la calidad y corrección de los argumentos utilizados⁷⁷.

Sin embargo, no es la adhesión basada en la persuasión inmediata lo que persiguen las teorías sobre el discurso moral general ni las de la argumentación jurídica en especial. Éstas buscan, por el contrario, establecer nociones y reglas que permitan la justificación y/o aceptabilidad intersubjetiva, en un determinado contexto, de las decisiones valorativas. En este sentido, Perelman defenderá la superioridad de los argumentos válidos frente a los eficaces, de los que tienen por objeto no persuadir sino convencer a un *auditorio universal*, noción ésta un tanto ambigua que Perelman parece decantarse por considerar como el compuesto por todas las personas razonables. Es por tanto este auditorio el que proporciona el *test* último de corrección: será correc-

⁷² PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pp. 136-37.

⁷³ *Ibidem*, p. 140.

⁷⁴ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 65-72.

⁷⁵ Vide AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 237.

⁷⁶ PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 140.

⁷⁷ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit, p. 11.

to cualquier argumento que convenza al auditorio de todas las personas razonables⁷⁸. No está sin embargo nada claro que el auditorio universal se aplique también al discurso jurídico. Mientras en *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica* Perelman sostiene que es propio del filósofo pero no del jurista⁷⁹, en sus últimos escritos parece haberse inclinado a aplicar también al discurso no filosófico⁸⁰.

Las teorías de Viehweg, Perelman y Toülmin coinciden en poner de manifiesto los límites de la lógica deductiva en la justificación de las decisiones de los operadores jurídicos y en la necesidad de superar el horizonte relativista dibujado por el positivismo lógico. No obstante, las propuestas que ofrecen para lograrlo resultan en mayor o menor medida insuficientes y poco desarrolladas. Al haber abierto un nuevo campo de investigación, su papel fundamental ha sido, más bien, el de precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica⁸¹. El aprovechamiento de las aportaciones del discurso práctico general para el razonamiento jurídico constituye, precisamente, la premisa común a todas las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica. Las teorías de Alexy y MacCormick, aunque desde premisas muy diferentes, coinciden en reivindicar la necesidad de incorporar a la racionalidad jurídica ciertas reglas y procedimientos característicos del discurso moral que permitan acceder a una fundamentación y justificación de las decisiones judiciales.

Tras insistir en que la jurisprudencia no puede prescindir de los juicios de valor y en que las valoraciones necesarias en muchas decisiones jurídicas son relevantes moralmente, Alexy señala los distintos referentes que se han seguido para lograr que las mismas no se basen en las convicciones subjetivas del decisor sino que sean objetivas: los consensos fácticos existentes, las valoraciones extraídas del material jurídico vigente y el recurso a principios suprapositivos. A juicio de Alexy, ninguno de estos procedimientos resulta satisfactorio para la fundamentación de las decisiones jurídicas: los consensos fácticos son raros en las sociedades modernas; en el conjunto del ordenamiento se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes válidas igualmente aplicables a cada caso concreto; la apelación a la evidencia es un procedimiento dudoso, etc. Se hace, por tanto, preciso buscar otros caminos, y es aquí donde se ofrece la posibilidad de aprovechar los resultados de las modernas discusiones éticas de la filosofía del lenguaje y de la teoría de la argumentación contemporánea: la ética analítica (Hare, Toülmin y Baier), la teoría de la argumentación de Perelman y, sobre todo, la ética discursiva de Habermas, de la que la teoría de Alexy viene a ser una sistematización y reinterpretación⁸².

⁷⁸ PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 142.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁰ ATIENZA, M., *Las razones del derecho*, cit., p. 98.

⁸¹ *Ibidem*, p. 132.

⁸² ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 30-36.

Para quienes, como Alexy o Aarnio, construyen teorías habermasianas de la argumentación jurídica, un enunciado normativo (por ejemplo, el contenido en una sentencia judicial) es correcto y, por tanto, está justificado si se adapta a un procedimiento regido por ciertas reglas cuya exposición sobrepasaría con mucho el marco de este trabajo. Alexy identifica cuatro postulados de la racionalidad práctico-procedimental: 1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual; 2) un grado sumo de información empírica; 3) un grado sumo de universalidad; 4) un grado sumo de desprejuiciamiento⁸³. Desde esta perspectiva, justificar una decisión es el mismo acto de seguir las reglas y formas de ese procedimiento. Eso no significa que la racionalidad jurídica cumpla todas las reglas del discurso racional ya que, como se ha señalado previamente, la primera es un *caso especial* de discurso práctico general. Para Alexy, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico es una pretensión limitada, ya que se efectúa en el marco de las exigencias de sujeción a la Ley, la dogmática jurídica y los precedentes⁸⁴.

Parece admitido, pues, que las teorías de la argumentación contribuyen en mayor o menor medida a eliminar los sentimientos personales y las intuiciones subjetivas de los decisores, racionalizando, dentro de ciertos límites, los juicios de valor que exige muchas veces la labor jurisdiccional. Queda no obstante por analizar hasta qué punto estamos o no ante un intento fallido de —como dirá Calvo García— «integrar la ineludible toma en consideración de los factores materiales de la decisión con una fórmula que asegure la objetividad y previsibilidad de la decisión jurídica, de conciliar consenso y racionalidad como fórmula idónea para garantizar la certeza del Derecho»⁸⁵.

Ha sido probablemente Aarnio quien ha vinculado de forma más explícita la justificación sobre la base de razones razonables y racionales de las decisiones interpretativas y la certeza jurídica. Para el profesor finlandés, la responsabilidad exigida a los Jueces de ofrecer razones que justifiquen sus decisiones es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión y asegurar, sobre una base racional, la existencia de certeza jurídica en la sociedad. Es a través de la justificación como el decisor crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él y hace comprensibles sus decisiones⁸⁶.

⁸³ En concreto, Alexy enuncia 22 reglas (fundamentales, de razón, sobre la carga de la argumentación, de fundamentación y de transición) y una tabla sobre la forma de los argumentos. Tales reglas se resumen en reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre las cargas de la argumentación, diversas variantes de la idea de universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos. ALEXY, R., «La idea de una teoría argumentación jurídica», en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 63.

⁸⁴ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 237.

⁸⁵ CALVO GARCÍA, J., *Los fundamentos del método jurídico*, cit., p. 218.

⁸⁶ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 29.

Empero, no conviene desorientarse. La certeza jurídica de la que nos habla Aarnio no se parece en exceso a la defendida en su día por los ilustrados y consagrada posteriormente por el iuspositivismo decimonónico. Mientras esta última se muestra como un principio que exige, fundamentalmente, que el Derecho adopte una cierta estructura formal y funcional que garantice la certeza y previsibilidad de la actuación pública, la concepción de la certeza jurídica que defiende este autor puede ser encuadrada dentro de las que podrían denominarse concepciones materiales de la seguridad jurídica. Lo que Aarnio designa como una certeza jurídica *largo sensu* no exige únicamente que las decisiones jurídicas no sean arbitrarias y por tanto previsibles (certeza jurídica *stricto sensu*) sino, además, que sean correctas. Para ello esas decisiones han de seguir un proceso de razonamiento que conduzca a resultados razonables en tanto que aceptables. Y, para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y sistema de valores de la comunidad jurídica. Por tanto, si la mayoría de sus miembros llega a la conclusión de que una interpretación es racional y razonable, aceptar la posición presentada satisface al máximo la expectativa de certeza jurídica de la sociedad⁸⁷.

No resulta fácil sostener una tesis como la de Aarnio. El aspecto más cuestionable de la misma no es tanto que la argumentación jurídica contribuya a proteger las expectativas de certeza jurídica de los ciudadanos como el concepto y la existencia misma de tal expectativa. Como ha puesto de manifiesto Comanducci, parece bastante reduccionista sostener que el único motivo por el que los ciudadanos acuden a los Tribunales es obtener una decisión justa o equitativa, en lugar de simplemente beneficiosa para sus intereses, aun al precio de no ser justa. La seguridad jurídica *amplio sensu* sólo adquiere sentido si se adopta como universal el punto de vista del *good man* y se ignora el del *bad man* o, lo que es lo mismo, si se ignora el papel que juegan los conflictos de intereses dentro de lo que pueden llamarse las «patologías jurídicas»⁸⁸.

Sin negar que la argumentación jurídica reduce considerablemente los elementos subjetivos e irracionales en la toma de decisiones, parece no obstante más plausible buscar sus funciones de seguridad jurídica en las peculiaridades derivadas de su carácter jurídico, antes que en sus similitudes y coincidencias con el discurso racional general. Ello nos conduce a fijar la atención en el requisito de la coherencia propuesto por MacCormick.

Según el profesor de la Universidad de Edimburgo, las decisiones adoptadas por los Jueces en los casos difíciles estarán correctamente justificadas cuando, además de basarse en una norma general (requisito de la universalidad), se encuentran en relación con el sistema jurí-

⁸⁷ *Ibidem*, p. 287.

⁸⁸ COMANDUCCI, P., «Aarnio ed il problema de la certezza del diritto» en COMANDUCCI, P., y GIASTINI, R., *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 114-116.

dico (lo que significa que han de cumplir los requisitos de la consistencia y la coherencia) y con el mundo (es decir, en relación con las consecuencias de la decisión). La exigencia de coherencia demanda de los operadores jurídicos que las decisiones que adopten sean subsumibles en valores y principios más generales, inteligibles y mutuamente compatibles⁸⁹. Se trata, por tanto, de una consecuencia lógica del carácter especial de la argumentación jurídica, que no significa otra cosa que en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada interpretación o juicio es sin más correcto, sino que ha de ser fundamentado racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico. En el razonamiento jurídico nadie empieza de cero y elige desarrollar una conclusión razonable a priori. Los decisores y argumentadores jurídicos no abordan los problemas de decisión y justificación en el vacío, sino en el contexto de una gran cantidad de materiales jurídicos que sirven para justificar y guiar las decisiones y para restringir el abanico en el cual las decisiones pueden ser legítimamente tomadas⁹⁰.

Al exigir no sólo la consistencia sino también la coherencia de las decisiones judiciales con el sistema jurídico, a la argumentación jurídica le vendría encomendado demostrar la existencia de un grado razonable de continuidad entre normas jurídicas emanadas en momentos diferentes. Gianformaggio lo califica de seguridad jurídica *lato sensu*⁹¹. La coherencia normativa promueve la certeza del Derecho ya que, como pone de manifiesto Atienza, la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios más básicos⁹².

No conviene, sin embargo, exagerar la contribución de las teorías de la argumentación a la causa de la seguridad jurídica. En un trabajo más reciente al que ya nos hemos referido, MacCormick sostiene la tesis según la cual «la idea del carácter argumentable del Derecho puede echar un jarro de agua fría a la idea de certeza o seguridad jurídica»⁹³.

La expresión «carácter argumentable del Derecho» es muy significativa del impacto que las teorías de la argumentación jurídica han tenido no sólo en plano metodológico y del razonamiento jurídico, sino también sobre un tema más clásico de la Filosofía jurídica como es el del concepto de Derecho. Como apunta La Torre, dichas teorías, al iluminar determinados aspectos de la decisión jurídica que son externos al Derecho, ponen en crisis el concepto formalista y pasivo del Derecho propio del positivismo jurídico centrado en la idea de

⁸⁹ MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, cit., p. 103.

⁹⁰ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit., p. 15.

⁹¹ GIANFIORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», cit., p. 161.

⁹² ATIENZA, M., *La razones del Derecho*, cit., p. 145.

⁹³ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit., p. 5.

norma o regla⁹⁴. Producto de esta nueva visión es la concepción del sistema jurídico en tres niveles reglas/principios/procedimiento defendido por Alexy⁹⁵. MacCormick parece ir aún más lejos y considera al Derecho una disciplina argumentativa, lo que significa que cualquier cuestión o problema sobre el que se piense, si es planteado como una cuestión o problema jurídico, exige una solución que parezca correcta o al menos defendible como cuestión de Derecho⁹⁶.

La tensión entre el carácter argumentable del derecho y la seguridad jurídica sólo puede ser comprendida en el contexto de las transformaciones experimentadas por el Estado de Derecho. Una de las consecuencias más destacables de su evolución hasta la forma actual de Estado Constitucional es la importancia otorgada a los «derechos de defensa» en cada fase del proceso penal o civil. A juicio de MacCormick, el reconocimiento de este derecho conlleva —entre otras cosas— la posibilidad de quienes son acusados o demandados ante los Tribunales de que dicha acusación o demanda se base en un procedimiento probatorio abierto, en el que la parte acusada pueda refutar paso por paso las distintas pruebas y ofrecer las contrapruebas que considere relevantes. El carácter argumentativo o dialéctico de los procedimientos jurídicos se convierte así en un instrumento de defensa para los ciudadanos ya que, en virtud del mismo, pueden cuestionar las alegaciones de hechos y de derecho en las que se basa la amenaza de intervención pública en sus vidas. La defensa de los ciudadanos frente al poder dependerá así, en ciertas ocasiones, de la capacidad de la argumentación jurídica por ellos desplegada para encontrar defectos en las premisas normativa y fáctica que les reste fuerza como base de la acusación pública.

Los derechos de defensa fomentan el carácter argumentable del Derecho y, como resultado de ello, la indeterminación jurídica. Por un lado, las dudas e imprecisiones del Derecho legal pueden ser utilizadas por la defensa. Por otro lado, se defenderán muchas veces nuevas interpretaciones razonablemente defendibles. Surgen de este modo conflictos interpretativos, sobre las inferencias probatorias, sobre la evaluación de las premisas, etc. Por tanto, aunque sea posible formular reglas con una fórmula verbalmente clara, cualquier caso discutible puede ser rebatido, cualquier premisa puede ser problematizada. Según esto, las conclusiones alcanzadas en las decisiones judiciales disfrutarán sólo de una certeza putativa o derrotable, de una certeza rebatible en cada punto. Por más cuidado que legisladores, *drafters* o Jueces pongan en la producción normativa —concluye MacCormick— «las afirmaciones que éstos establezcan como justificaciones para la acción estatal dirigida a justificar un Derecho público o privado, serán

⁹⁴ LA TORRE, M., *Theories of legal argumentation and Concepts of Law*, cit., p. 26.

⁹⁵ ALEXY, R., «Sistema jurídico y razón práctica», en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 173.

⁹⁶ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit., p. 6.

siempre derrotables y a veces derrotadas al ser rebatidas por la defensa. La certeza del Derecho es, por tanto certeza derrotable»⁹⁷. La indeterminación jurídica –añade MacCormick– «no es entonces sólo (aunque también lo sea) resultado del hecho de que los Estados comuniquen sus materiales jurídicos en lenguajes naturales («oficiales») y de que éstos se vean afectados por la ambigüedad, vaguedad y textura abierta. También resulta de, y es en alguna medida magnificada, por el debido reconocimiento de los derechos de defensa en cada fase del proceso»⁹⁸.

La conclusión de MacCormick es que la constatación de este hecho no dice nada en contra de los derechos de defensa y el carácter argumentable del Derecho. Más bien a lo que obliga es a reconsiderar el lugar que la certeza del Derecho ocupa realmente en el ideal más amplio del *rule of law*. MacCormick considera que éste no puede quedar reducido a sus aspectos más estáticos (la certeza y seguridad de las expectativas jurídicas) sino que también tiene un aspecto dinámico centrado en los derechos de defensa y, como consecuencia de ello, en la importancia de permitir el carácter argumentable del derecho⁹⁹. MacCormick defendería así un modelo razonable de *rule of law*, que, a diferencia de la concepción material del mismo apoyada por Dworkin¹⁰⁰, no sobrecarga ni desdibuja su significado pero que, al contrario de Raz o Summers, tampoco reduce el contenido de ese ideal a un conjunto de exigencias jurídico-formales de carácter únicamente estructural y funcional¹⁰¹. Además de estas últimas, también incorpora exigencias formales de carácter procedimental (los derechos de defensa) como garantía contra la arbitrariedad de los poderes públicos. Se trataría, por tanto, de una concepción del *rule of law* a la que cabría calificar de formal *amplio sensu*.

⁹⁷ Ibídem, pp. 18-21.

⁹⁸ Ibídem, pp. 17-18.

⁹⁹ Podría decirse en este caso, que el el Estado de Derecho , el *rule of law* aparece como una exigencia de sometimiento de la voluntad a una razón *amplio sensu*. Así lo entienden KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho. Na reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 17-20, y ATIENZA, M., «Estado de Derecho, interpretación y argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 480-483.

¹⁰⁰ DWORKIN, D., *A matter of principles*, Massachussets, Harvard University Press, 1985, p. 11.

¹⁰¹ SUMMERS, R., «A formal theory of the Rule of Law», *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, pp. 127-142.

La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación

Por HUGO AZNAR GÓMEZ
Universidad C. Herrera CEU, Valencia

SUMARIO: I. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA DOCTRINA LIBERAL.—II. EL NUEVO CONTEXTO MEDIÁTICO.—III. RIESGOS DE LA NUEVA SITUACIÓN.

El reconocimiento y la garantía de la libertad de expresión constituyen elementos imprescindibles de toda democracia que aspire a ser justa¹. Este vínculo fundamental entre democracia y libertad de expresión no es algo reciente, sino que más bien constituye uno de los tempranos frutos del triunfo liberal sobre la sociedad tradicional. Frente al control de la información y la censura propios del orden tradicional, una de las primeras consecuencias de la instauración de un régimen liberal allí donde se produjo fue el reconocimiento de la libertad de expresión como una de las libertades fundamentales de los individuos y la sociedad en general. Así ocurrió tras las revoluciones liberales de Inglaterra o Francia, o en EE.UU. Esta vinculación histórica ha marcado profundamente una de las concepciones de la libertad de expresión: la que suele conocerse precisamente como doctrina liberal.

¹ La realización de este trabajo se enmarca dentro del Proyecto «La teoría de la democracia ante los desafíos contemporáneos: competencia cívica y globalización», GV00-158-08, financiado mediante Ayuda para Proyectos de Investigación de la Direcció General d'Ensenyaments Universitaris i Investigació de la Generalitat Valenciana.

Sin embargo, con ser fundamental en el más pleno sentido de la palabra, lo cierto es que la doctrina liberal tiene cada día más dificultades para integrar y dar normativamente cuenta de las complejidades de la sociedad de la información y, especialmente, del protagonismo que en ella adquieren los medios de comunicación. A nuestro juicio, esta insuficiencia no vendría dada por algún error o inconsistencia internos, sino más bien por un cambio en las circunstancias del entorno. Cambio que tendría que ver, por un lado, con las limitaciones del modelo de democracia institucionalizado hoy, tema que no nos ocupará aquí. Y, por otro, con las transformaciones producidas en el propio ámbito de la comunicación social. Al hilo de estos cambios la doctrina liberal se habría quedado, por decirlo así, «pequeña». Aunque llamar la atención sobre esta insuficiencia tampoco es algo en absoluto reciente o novedoso, el comienzo del nuevo siglo –el de la anunciada sociedad de la información– lleva aparejado la necesidad –quizá también la urgencia– de revisar una vez más los supuestos de la doctrina liberal, de constatar nuevamente sus limitaciones y plantear su necesaria complementación². Lo que sigue son sólo unos apuntes de esta vasta y exigente tarea.

I. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA DOCTRINA LIBERAL

Conviene comenzar repasando brevemente los supuestos más relevantes de la doctrina liberal de la libertad de expresión y de la función atribuida por ella a los medios de comunicación. Aunque la validez de estos supuestos sea sistémica, no hay duda de que su formulación estuvo en gran medida marcada por el contexto histórico en el que se formó y al que a su vez contribuyó a dar forma.

La doctrina liberal nació en un contexto histórico preciso: el del enfrentamiento con la sociedad tradicional. Estaba en juego el paso de una sociedad cerrada a una abierta, caracterizada por su esencial movilidad a todos los niveles, y muy especialmente de las informaciones, ideas, creencias y opiniones de sus miembros, tal y como podía hacerlo posible el invento reciente de la imprenta.

La práctica de una sociedad cerrada o de un régimen absolutista (sea por razones religiosas, de clase, ideológicas, etc.) requería tanto la restricción de los flujos comunicativos de los individuos como el control de su contenido. Frente al carácter inmovilista de este modelo de sociedad, la libertad de acceso a la información (a los materiales

² Algo que se refleja en el reciente incremento de la bibliografía dedicada a este tópico y otros afines en el campo de la filosofía y la teoría políticas. *Vid.* las aportaciones recogidas en la bibliografía final.

impresos, a los libros, a los periódicos, etc.) y de pensamiento y opinión no fue sino un aspecto más –aunque probablemente el más relevante de todos ellos– de una conquista progresiva de las libertades individuales y colectivas modernas (la libertad religiosa, de conciencia, de movimiento, etc.).

Sin embargo, aunque este enfrentamiento tuvo varios frentes, fue en el marco de su institucionalización política donde estas libertades adquirieron un perfil más claro y perdurable. Así, la conquista de la libertad de expresión –o de imprenta, como se la conoció al principio– debe encuadrarse originalmente en el contexto de la lucha por la libertad de conciencia y religiosa individual –tal y como se siguió de la Reforma y del conflicto religioso que planteó–; pero pronto su papel quedó asociado al triunfo y al funcionamiento normalizado de un régimen político opuesto al poder absoluto del antiguo orden. Este tránsito hacia una relectura política del sentido de la libertad de imprenta y, consiguientemente, del papel de los medios de difusión marcó el perfil fundamental de la doctrina liberal.

Esto se percibe con claridad si comparamos dos textos del primer país que hizo de esta libertad un elemento central de su nuevo orden político, Gran Bretaña. Así, las razones que esgrime Milton en el primer gran manifiesto moderno en defensa de la libertad de pensamiento e imprenta –el *Areopagítica*, de 1644– traslucen, por mucho que se trate de un discurso dirigido al Parlamento de Inglaterra, el trasfondo de enfrentamiento religioso de la época. Milton considera esencial garantizar la libertad de imprenta al vincularla a la obligación personal de raíz religiosa de buscar la verdad: «Dadme la libertad de saber, de hablar y de argüir libremente según mi conciencia, por cima de todas las libertades» (Milton, 1976: 89). Y es este vínculo el que justifica precisamente que dicha búsqueda y los medios que la hacen posible no tengan nada que ver con el poder político: «Verdad y entendimiento no son mercancías monopolizables y que admitan tráfico por cédulas, estatutos y patrones oficiales» (Id., 65).

Un siglo después, en 1741, y gracias a los efectos históricos del nuevo orden liberal establecido tras la Revolución de 1688³, cuando Hume aborda en uno de sus ensayos la libertad de prensa en Inglaterra, lo hace casi exclusivamente desde su dimensión y sentido políticos. La libertad de prensa sirve ante todo para criticar al poder político: «Nada puede sorprender tanto a un extranjero como la gran libertad que en este país disfrutamos para comunicar al público cuanto nos plazca y censurar abiertamente las medidas tomadas por el rey o sus ministros» (Hume, 1985: 17). También la razón de disfrutar de esta libertad es política: «La razón de que las leyes nos den tal liber-

³ Liberal al menos para aquella época y mucho si lo comparamos con el resto de Europa por entonces. Sobre la abolición de la censura previa tras la Revolución, *vid.* Aznar, 1992.

tad parece ser nuestra forma mixta de gobierno, no del todo monárquica ni enteramente republicana» (Id.). Vista así, la razón de ser de esta libertad adquiere su más pleno sentido bajo una perspectiva política, en particular, como una garantía más del nuevo orden frente a las posibles reminiscencias y tentaciones del antiguo:

«Tememos ser víctimas del poder arbitrario si no tuviésemos buen cuidado de evitar sus progresos y no hubiese un sistema fácil para dar la alarma de un extremo a otro del reino (...). A este propósito, nada tan eficaz como la libertad de imprenta, que permite poner todo el saber, el ingenio y el talento de la nación al servicio de la libertad, y anima a todo el mundo a defenderlo.» (Id.: 19)

En el marco de la doctrina liberal, tal y como fue tomando forma a lo largo del siglo XVIII, la libertad de imprenta tendió a ser asociada más que nada a la existencia de un determinado régimen político opuesto al poder absolutista del orden tradicional. Consiguientemente, también el papel de los medios de comunicación fue interpretado desde la perspectiva de su contribución al sostenimiento de un régimen político liberal, que poco a poco se iba a convertir también en democrático.

Esta interpretación esencialmente política del papel de la libertad de expresión se percibe con claridad en un texto de James Mill escrito para la *Enciclopedia Británica* (lo que es un buen índice tanto de la «aceptabilidad» de su propuesta como de la difusión que pudo alcanzar) y aparecido originalmente en 1823. Ya no se trata de que la libertad de prensa sea una consecuencia sin más de un cierto modelo de gobierno —como parecía sugerir displicentemente Hume—, sino que ahora se perfila como un componente imprescindible para el funcionamiento correcto de un régimen democrático. La libertad de expresión se ha convertido en una parte, ¡y bien que esencial!, de un régimen representativo y cumple en él ciertas funciones políticas sin las cuales aquél difícilmente podría tener sentido: «es dudoso que exista beneficio alguno allí donde el pueblo puede elegir a sus gobernantes y no dispone de libertad de prensa» (Mill, 1997: 146). Según James Mill, las funciones que la libertad de expresión y de prensa cumple en beneficio del régimen representativo son básicamente tres.

En primer lugar, permite conocer a los candidatos y juzgarlos y elegirlos con propiedad, cosa que sería imposible sin la libertad de los ciudadanos para comunicarse:

«Cuanto mayor y mejor sea el conocimiento, mayor es la probabilidad, en ausencia de todo interés siniestro, de hacer una buena elección. ¿Y cómo, si no es a través de la comunicación mutua, libre y sin reservas, van las personas a alcanzar el mejor conocimiento posible sobre el carácter de los que se presentan a la elección?» (Id.: 147)

Elegidos los representantes, la prensa adquiere otra función esencial: vigilar si el gobierno y, en general, los representantes y funcio-

narios públicos son fieles a la tarea y la confianza depositada en ellos por el pueblo. Así, la libertad del voto debe complementarse con el principio de publicidad de las actividades públicas, que la prensa hace viable:

«Sin el conocimiento de lo que hacen sus representantes en el uso de los poderes que les han sido confiados, el pueblo no puede beneficiarse de su poder de elegirlos, y las ventajas del buen gobierno resultan inalcanzables. No costará muchas palabras convencer a los lectores de todo tipo de que el requisito del conocimiento no puede cumplirse sin un uso libre y sin restricciones de la prensa.» (Id.: 148)

Pero, continúa James Mill, de poco valdría este conocimiento si los ciudadanos no pudieran juzgar, discutir y opinar sobre los asuntos públicos. La sociedad tiene una voz –la suma de todas las opiniones libremente expresadas⁴, la voz de la opinión pública– que representantes y gobierno deben escuchar, dando lugar así al principio de crítica. Nuevamente la prensa contribuiría de modo esencial a hacer posible esta función mediante el intercambio de opiniones que harían posible sus páginas.

Tres principios básicos de un régimen democrático representativo (autonomía del voto, publicidad y vigilancia de la labor pública y crítica) se realizan a través de las correspondientes funciones de la prensa. De esta manera, la libertad de la prensa se convierte en parte imprescindible del ordenamiento democrático y sus funciones adquieren un carácter normativo asociado a dicha contribución política. De modo que aunque la libertad de imprenta hubiera tenido un origen más amplio, cuando se estabilizó el nuevo orden político se la consideró, sobre todo, desde el punto de vista de su aportación funcional al funcionamiento del mismo⁵.

Aunque el reconocimiento de esta aportación adquiere un perfil normativo al margen de toda consideración histórica, lo cierto es que su formulación se vio favorecida por al menos dos elementos del con-

⁴ «Lo que se precisa es que todas las personas, o tantas de ellas como sea posible, valoren correctamente las consecuencias de las acciones realizadas o propuestas por sus gobernantes, y también que sepan qué otras acciones podrían haberse propuesto» (Mill, 1997: 149).

⁵ «Ciertamente [aunque], también se las consideraba en función de necesidades meramente humanas, en tanto eran vehículo de expresión del individuo y cauce para su enriquecimiento espiritual (...). La libertad de expresión y la libertad de prensa son propugnadas, sobre todo, para resolver problemas políticos y sociales. La prensa libre tiene una importante tarea que cumplir en la democracia política: crear un espacio público de reflexión y discusión para hacer posible una formación racional de la opinión y de la voluntad capaces de mantener bajo control a los que ejercen el poder mediante la aprobación y la crítica. Está al servicio del ciudadano como plataforma política para controlar la gestión del Estado» (Saavedra, 1987: 58-59).

texto concreto en el que tomó forma: la fe en la razón propia del Iluminismo y el del perfil mayoritario de la prensa hasta entonces.

En efecto, la mayor parte de la concepción liberal clásica acerca de la libertad de expresión y el papel de los medios se gestó en el marco de la mentalidad iluminista del XVIII, cuyo signo más distintivo seguramente fue su plena confianza en los logros de la razón humana. Este optimismo, esta fe en la razón, influyó poderosamente a la hora de concebir y dar legitimidad a la opinión del pueblo. Siempre que se dieran ciertas condiciones básicas —una de las cuales era precisamente la libre disposición de informaciones y opiniones al alcance de todos—, el pueblo podría llegar por sí mismo al hallazgo de la verdad. Situado al margen de los intereses distorsionadores del ejercicio del poder (tanto del absoluto como, después, del democrático), el público ocupaba la privilegiada posición de un espectador desinteresado, capaz de llegar a través del libre intercambio de puntos de vista a un juicio justo, imparcial y certero. Algo que no dudaba en suscribir James Mill en el contexto de su discusión sobre la libertad de prensa:

«cuando se presentan diferentes conclusiones junto con sus pruebas, todas con el mismo cuidado y con la misma habilidad, existe la certeza moral de que, a pesar de que unos pocos se desencaminen, la mayoría juzgará correctamente.» (Id.: 152)⁶

La manifestación pública de este juicio colectivo —la opinión pública— no podía, pues, sino acertar siempre, invistiéndose así de la particular herencia legitimadora del lema que ya había sido usado en los primeros enfrentamientos religiosos contra el poder absoluto: *Vox populi, vox Dei*. Así lo expresaba un autor alemán, Niebuhr, bien entrado el siglo XIX: «La opinión pública (...), cuando en verdad se trata de un juicio universalmente manifestado y no contestado, puede valer por representación de la razón y la verdad universales, por voz de Dios» (cit. en Habermas, 1994: 306). Si la opinión pública, la opinión de la mayoría, coincidía necesariamente con la razón y era el resultado necesario de la libre discusión de las opiniones particulares, la conclusión obvia era que también debía ser libre el medio habitual de manifestación de dichas opiniones, que no era otro que la prensa.

⁶ La confianza de James Mill en este supuesto está fuera de toda duda: «Puesto que sobre esta proposición descansa todo el resto, resulta muy afortunado que su prueba sea tan clara y llamativa. De hecho, apenas hay otra ley de la naturaleza humana que sea más ampliamente reconocida, sin que haya motivo para negar su existencia» (Id.: 152). En refrendo de su opinión cita además a todos los grandes maestros de su tiempo: Johnson, Pascal, Burke, Locke, Montesquieu, Harrington, etc.; probando así lo extendido de esta confianza. El mismo Hume —escéptico como era— había manifestado también una confianza similar en el marco de su discusión de la libertad de prensa: «es mejor, por todos los conceptos, guiar a los hombres como a criaturas racionales que conducirlos como un rebaño (...) y es de esperar que los hombres, al estar cada día más habituados a la libre discusión de los asuntos públicos, sean cada vez más capaces de juzgarlos y estén menos dispuestos a dejarse seducir por falsos rumores y algaradas populares» (Hume, 1985: 20, n.).

La lógica incontestable por entonces de estos supuestos hace que los textos coincidan entre sí de manera sorprendente a pesar de la distancia. Basta comparar las palabras de James Mill

Llegamos así a las siguientes e importantes conclusiones: (...) que debe existir una libertad idéntica para manifestar todas las opiniones, ya sean éstas verdaderas o falsas, y que, una vez que se han manifestado por igual todas las opiniones, las verdaderas y las falsas, es de esperar que el asentimiento de la mayoría, cuando no se oponen a ello sus intereses, sea dado a las verdaderas (Id.: 153-154);

con las escritas por uno de los padres fundadores de EE.UU., Jefferson, unas décadas antes:

«Ningún experimento puede ser más interesante que el que estamos ensayando ahora y que confiamos acabará estableciendo el hecho de que el hombre puede gobernarse por la razón y la verdad. Nuestro primer objetivo debería ser, por tanto, mantenerle abiertas todas las vías hacia la verdad. La más eficaz encontrada hasta ahora es la libertad de prensa. Por ello es la primera silenciada por aquellos que temen la investigación de sus acciones. La firmeza con que el pueblo ha resistido los últimos abusos de la prensa, el discernimiento que ha manifestado entre la verdad y el error, muestran que se le puede confiar con seguridad que escuche todo lo verdadero y lo falso y que se forme un juicio correcto sobre ello.» (cit. en Saavedra, 1987: 61)

El ideal normativo clásico de la función de los medios de comunicación fue concebido así en un contexto netamente optimista acerca de las capacidades de la razón. Del mismo modo que la mano invisible del mercado transformaba en bienestar colectivo la búsqueda individual del interés propio, de la libre manifestación y difusión de las opiniones, tal y como lo hacía posible la existencia de una prensa libre, debían emerger con toda seguridad la verdad y el bien colectivos.

Si bien esta concepción contaba con el refrendo de la mentalidad intelectual común de la época, lo cierto es que también se vio notablemente favorecida —o al menos no se vio desmentida— por otro rasgo de su contexto histórico: la existencia de una prensa cuyo tamaño, modo de operar y tipo de público no parecía desmentir su papel vertebrador de una opinión pública crítica y racional.

Entre los rasgos —lo que no excluye las excepciones, pero las hace poco representativas— de la prensa de la época puede destacarse que el número de los periódicos era escaso (lo que evitaba o rebajaba las presiones competitivas); se difundían mayoritariamente entre las clases acomodadas y con cierto nivel de formación (cargos públicos y eclesiásticos, profesionales liberales, comerciantes, etc.); en bastantes casos se distribuían por suscripción (lo que de algún modo condicionaba su servicio); etc. Aunque económicamente rentables y hasta en algún caso fuente de fortunas personales, no se habían convertido

todavía ni mucho menos en un negocio orientado exclusivamente al logro del beneficio, como ocurriría más adelante⁷.

En un marco así, la actividad de la prensa pudo concebirse como comúnmente ajustada a las funciones que le otorgaban legitimidad. Sin embargo, casi al mismo tiempo que se fijaban los supuestos normativos fundamentales de la doctrina liberal, comenzaban a dibujarse en el horizonte las transformaciones que llevarían a un cambio radical de los medios de comunicación.

En efecto, la doctrina liberal, gestada a lo largo del siglo XVIII, había quedado fijada más o menos definitivamente en las primeras décadas del siglo XIX. Como ejemplo, el texto que venimos comentando de James Mill para la *Enciclopedia Británica* apareció en 1823. Justo una década después, en 1830, se producía una de las primeras transformaciones que iba a conducir a la prensa industrial de finales del XIX⁸. Con el crecimiento de las concentraciones urbanas, el aumento de desplazamientos de personas y bienes, la generalización progresiva de la educación básica y el derecho de voto, la aplicación a la propia prensa de las nuevas tecnologías —el vapor y la electricidad; el telégrafo, la fotografía, etc.—, el protagonismo espacial y económico creciente de la publicidad, etc., se fueron dando las condiciones para el dominio de unos medios industrializados y cada vez más masivos, con fines e intereses distintos a los que les había atribuido la concepción liberal clásica. Pero el impacto sociológico y cultural de estos nuevos medios llegaba con medio siglo de retraso respecto al momento en el que los supuestos de la doctrina liberal habían sido fijados.

Los dos factores históricos que acabamos de señalar —la confianza ilustrada en la razón, así como la tendencia a identificar con ella la opinión pública, y el desempeño de la prensa habitual hasta entonces— favorecieron que dentro del planteamiento liberal clásico no pareciera seguirse ningún peligro de la actividad de los medios o, al menos, ninguno que no pudiera sobrellevarse sin excesivos inconvenientes. Se dio forma así a una doctrina en la que el papel de los medios estaba asociado en gran medida a su función política y del cual no parecían seguirse otra cosa que ventajas.

El único peligro que podía percibirse en relación con la prensa era el de restringir su libertad, desenterrando viejas tentaciones de censu-

⁷ Sobre estos rasgos de la prensa y los editores de la época, las indicaciones contenidas en la autobiografía de Benjamin Franklin son enormemente ilustrativas (Franklin, 1982).

⁸ Con la aparición de la prensa popular, la *penny press*, en EE.UU. en 1830, seguida pronto también en Francia: *New York Sun* (1833), *New York Herald* (1835) o *La Presse* (1836), con tiradas de varias decenas de miles de ejemplares. La bajada de precios, acompañada del aumento de ventas, inició una dinámica de competencia a la baja que deterioró la calidad de los contenidos. Esta situación llegó a su máxima expresión con la «prensa amarilla» de finales del XIX y sirvió de puente a la aparición de los nuevos medios masivos de principios del XX.

ra. El control previo de la información pasó a estar deslegitimado a priori. Dentro de un marco de firme afirmación de las nuevas libertades individuales y colectivas, se debía otorgar a los medios la libertad de acción más amplia posible (McQuail, 1985: 110). Por bien de todos, esta afirmación de libertad pasó a constituir el núcleo normativo fundamental de la doctrina liberal y con ello también de cualquier ordenamiento legítimo posterior.

La cuestión que se plantea ahora, en las emergentes sociedades de la información, es bien diferente. Reconocido y garantizado el entorno de libertad, lo que se constata hoy es el crecimiento imparable del protagonismo social y cultural de los medios y la pregunta que se plantea entonces es si no se siguen de ello problemas y retos que obviamente no pudieron percibirse entonces. Si es así, habrá que plantearse complementar el discurso liberal de la libertad con una apelación igualmente relevante a la responsabilidad; y, no menos, cómo hacerla efectiva.

II. EL NUEVO CONTEXTO MEDIÁTICO

El contexto en que se formó la doctrina liberal clásica hace tiempo que dejó de ser el nuestro (Thompson, 1998: 305 y ss). Cuando la teoría adquiría sus perfiles definitivos, a principios del XIX, se daban los primeros pasos de una transformación de los medios que llegaría a ser total a comienzos del siglo XX. Desde entonces el protagonismo y la influencia de los medios no ha dejado de crecer y algunos de los supuestos del planteamiento liberal clásico han quedado desbordados respecto a la nueva situación. Conviene mencionar brevemente algunos de estos cambios.

La función nuclear de los medios en la teoría clásica, la de informar, sigue constituyendo el punto de partida a la hora de considerar su papel social. Ahora bien, esta función se ha ampliado infinitamente, mucho más allá del ámbito político al que aparecía estrechamente ligada en la teoría clásica. Aunque la información política sigue ocupando un lugar de relieve en el espacio informativo de los medios—incluso en ocasiones mostrando excesiva «dependencia» de este tipo de información—, lo cierto es que en sociedades altamente complejas como las nuestras la función de informar se multiplica necesariamente con la creciente diferenciación de los subsistemas sociales y la ampliación de los lazos de interdependencia a nivel mundial. Frente a un mundo en el que la información cara a cara era mayoritaria y la mediática quedaba reservada a la política y algunos otros acontecimientos sociales de interés, se ha hecho habitual la situación inversa, en la que la información que los individuos poseen y manejan les llega cada vez más a través de los medios. La demanda de información es infinitamente mayor y más compleja hoy que podía

serlo cuando aparecieron los primeros medios impresos, hace ya más de tres siglos.

Por si no fuera suficiente, la especialización creciente de los subsistemas sociales y la lejanía física o cognitiva de los acontecimientos hace que la función de informar resulte insuficiente si no se acompaña de otras dos complementarias: traducir y contextualizar la información para que pueda ser de utilidad. Esto significa que la labor de mediación de medios no puede limitarse a trasladar al público una información sin más, sino que, so pena de perder sentido, han de asumir —ellos o las fuentes— roles más activos. Lo que no deja de suponer, consiguientemente, una capacidad de influir y un protagonismo mucho mayores.

Pero ni aun ampliando todo lo posible la función tradicional de informar se cubriría más que una pequeña parte de los papeles que hoy desempeñan los medios. En efecto, aunque desde su origen habían realizado una cierta función de entretenimiento, fue en los años veinte de este siglo —con la generalización de las revistas ilustradas, el cine y la radio, y, más tarde, la televisión— cuando asumieron un nuevo protagonismo en el campo del ocio y la creación cultural en general. A su propia influencia directa habría que sumar además la de la publicidad a la que sirven cada vez más de vehículo habitual, con su capacidad para modificar desde los hábitos de consumo hasta la misma creación artística de cualquier sociedad.

La influencia de los medios en estos ámbitos —consumo, ocio, creación artística y cultural, etc.— es más que notable desde mediados de siglo. Pero, por si fuera poco, a ello hay que sumar además que, dado el aumento de la capacidad adquisitiva y el tiempo libre de los ciudadanos, estas «ocupaciones» adquieren cada día un mayor peso en nuestras vidas. La conclusión es evidente: el protagonismo de los medios en la configuración cultural de las sociedades industrializadas avanzadas —o menor, postindustriales— es infinitamente mayor de lo que se podía vislumbrar apenas hace un siglo y plantea, por consiguiente, retos que ni de lejos pudieron ocupar a quienes labraron los ejes de la doctrina liberal.

Dado este creciente protagonismo de los medios, se suma a lo anterior la consecuencia sobrevenida de que se convierten, lo quieran o no, en un elemento central del proceso de socialización de los individuos, sustituyendo en gran medida a otros agentes tradicionales, como la iglesia e incluso la escuela o la familia.

Esta influencia socializadora se hace especialmente relevante en los niños y adolescentes no sólo por lo que se refiere a ciertos hábitos puntuales de conducta, sino también al proporcionarles (con gran atractivo y capacidad persuasiva) estereotipos de referencia en un período de especial importancia para la creación de su identidad (Aznar, 1994). De este modo los medios adquieren un protagonismo cada vez mayor a la hora de conformar el imaginario y la mentalidad colectiva de nuestras sociedades. Lo cual tiene ya poco que ver

con el papel que les atribuía la doctrina liberal, que básicamente los contemplaba como dirigidos a individuos adultos, racionales y ya formados.

Por último, en la sociedad de la información emergente, los medios no se limitan a ser un agente social más entre otros posibles de información, producción cultural o socialización, sino que cada vez más se configuran también como el *entorno virtual* en el que han de aparecer los demás agentes. Por consiguiente, ya no se trata de que constituyan una voz poderosa en la esfera pública, sino de que ellos mismos se han convertido en los auténticos vertebradores del espacio público virtual, en el que los demás agentes, si quieren contar socialmente, tienen que aparecer representados.

Es cierto, por supuesto, que los medios no tienen en nuestras sociedades el monopolio de los espacios públicos configuradores de sentido, pero tampoco deja de ser cierto su creciente capacidad para influir y hasta en ocasiones suplantar cada día más la labor de otros agentes sociales⁹.

Si su papel fuera sólo el de una mediación neutral, no habría demasiado que plantearse. Sin embargo, como vertebradores de la esfera pública, influyen poderosamente en el resultado final de ésta. En las últimas décadas diversos estudios han puesto de manifiesto la capacidad de los medios (con independencia de cualquier intencionalidad expresa) de influir poderosamente a la hora de fijar la agenda del día de las instituciones supuestamente más poderosas y, en general, de la sociedad en su conjunto, a un nivel cada vez más global (McCombs y otros, 1997). Tampoco les falta precisamente capacidad para reducir al silencio las opiniones y puntos de vista discordantes con aquellos que ellos ponen de manifiesto, favoreciendo un consenso poco o nada discursivo (Noelle-Neuman, 1993; Ramonet, 1998). O para imponer sus modelos y criterios de actuación a otros agentes a la hora de «salir» en los medios —una especie de «peaje» de adaptación al medio (Bourdieu, 1997).

Con todo, debe resultar evidente que el protagonismo social y cultural de los medios va infinitamente más lejos del que tuvieron cuando los primeros periódicos comenzaron a circular o cuando, algo más tarde, se formaron los supuestos nucleares de la doctrina liberal. No habría demasiado problema en admitir este protagonismo creciente de los medios si el mismo no fuera acompañado de riesgos que también conviene tener cada día más presentes.

⁹ No debe extrañarnos entonces que últimamente se haya hablado en relación a la actividad de los medios de «niñeras mediáticas», «juicios paralelos», «parlamentos de papel», «mediocracia», etc., reflejando su creciente protagonismo en otras tantas esferas sociales, un problema que ha preocupado al propio Consejo de Europa (*Conseil*, 1993).

III. RIESGOS DE LA NUEVA SITUACIÓN

La toma de conciencia del creciente protagonismo de los medios fue dando pie, ya desde finales del XIX, al surgimiento de discursos que denunciaban los riesgos de la nueva situación. Sin embargo, a la hora de interpretar esta situación se tendió a primar un factor propio del momento: la incorporación al consumo de medios de grupos de población cada vez más numerosos, pertenecientes a estratos sociales más bajos y con menor formación. La antigua idea de público –una idea unitaria asociada tradicionalmente a los rasgos propios de la racionalidad y el juicio crítico e imparcial– fue dividida en dos. El grupo asociado a la idea de público tradicional se convertía ahora en una élite restringida y minoritaria, capaz de hacer frente a la influencia negativa de los medios. Por el contrario, en paralelo con la formación de los grandes medios y su nuevo poder de difusión, tomaba cuerpo la idea de masa: un «público» receptor muy numeroso y pasivo, perteneciente a los estratos sociales medio-bajo y bajo, carente de capacidad crítica y, por consiguiente, de independencia en su juicio, susceptible, en definitiva, de constituir una víctima fácil de los medios y su creciente capacidad de manipulación comercial y propagandística.

A lo largo de la primera mitad del siglo XX, una parte importante del discurso crítico hacia el papel de los medios ha girado implícitamente sobre la base de esta dicotomía. Sin embargo la situación actual es otra. La dicotomía masas/élites –y, consiguientemente, la de alta cultura/cultura popular en el sentido inicial que tuvo– parece haber perdido gran parte de su sentido y resulta inadecuada para abordar los riesgos ligados al creciente protagonismo de los medios; al menos por lo que se refiere a los países desarrollados. La razón de que haya dejado de ser operativa afecta a cada uno de sus polos. Por un lado, el nivel de formación y de consumo de bienes simbólicos atribuido en su día a las élites está hoy potencialmente a disposición de cualquiera. El nivel cultural medio del público masivo se ha elevado en relación al de principios de siglo. Pero probablemente sea más importante aún el cambio en el otro polo: a estas alturas nadie puede situarse fuera del margen de influencia de los medios. Nadie puede situarse, salvo para autoexcluirse, fuera del ámbito de influencia de los medios. Si hoy existe una dicotomía relevante, es más bien la existente entre quienes hacen y poseen los medios y quienes los reciben. Pero, incluso en este caso, vuelve a aparecer un público único (que no unificado) en relación a la actividad de los medios: todos nosotros. Un público por otro lado realista, bien distinto del modelo ideal que se manejó en la concepción liberal clásica.

En este nuevo contexto mediático no resulta relevante afirmar que hay determinados grupos más susceptibles que otros de ser víctimas de la manipulación de los medios. Dicho planteamiento resulta poco

operativo para enfrentar los retos de la situación actual. El debate en torno a la función y el papel social de los medios no debe plantearse ya en términos de la oposición *social* masas/élites. Se trata más bien de abordar la existencia de una serie de elementos de carácter sistémico que desvirtúan la propia actividad de los medios y, por consiguiente, sus efectos ¹⁰.

Estos elementos desvirtuadores se siguen a su vez de los factores que más contribuyen a dar su actual configuración a los medios. En espera de mejor ocasión, bastará ahora con mencionarlos: se trata de las desvirtuaciones producidas por las rutinas productivas internas; el componente tecnológico creciente en la recopilación, edición y difusión de contenidos; la configuración empresarial en un mercado altamente competitivo, y, finalmente, los desequilibrios mundiales de este mismo mercado.

Frente al discurso liberal clásico que únicamente atendía al peligro de la restricción de la libertad de expresión por parte del poder político, lo que venimos poniendo de relieve (el aumento de protagonismo social y cultural de los medios y la existencia en ellos de elementos desvirtuadores sistémicos) significaría que ese peligro debería verse como parte de un conjunto mayor de riesgos, a los que se debería prestar la necesaria atención.

1. En primer lugar estarían los peligros derivados de la capacidad de los medios para colonizar otros subsistemas sociales e imponerles sus propios criterios de funcionamiento. Para el conjunto de la sociedad se podría hablar también de un aumento de la sensación de confusión colectiva derivado del propio incremento de la actividad de los medios.

Supuestamente aparecidos para favorecer la emancipación individual y la autoconciencia y el razonamiento colectivos, en no pocas ocasiones los medios se convierten ahora en generadores de desconcierto, de *ruido*, y de presiones resolutivas innecesarias, es decir de prisa, con las consecuencias negativas que ello conlleva en entornos complejos.

2. En segundo lugar estarían los peligros derivados de la instrumentalización –sobre todo política y económica– de los medios por parte de quienes quieren ponerlos a su servicio, una tentación que se incrementa conforme lo hace su protagonismo e influencia.

De los dramáticos efectos de la instrumentalización política ya hemos tenido dramáticos y sobrados ejemplos a lo largo de este siglo.

¹⁰ Elementos desvirtuadores que, conviene subrayarlo, se dan en todos los subsistemas sociales en la medida en que se especializan y se dotan de autonomía y criterios de funcionamiento propios. Lo específico de los medios no es que conlleven desvirtuaciones de este tipo, sino que, como acabamos de ver, la influencia que tienen en la sociedad es mucho mayor que la mayoría de los otros agentes o esferas de actividad social.

Y aunque menos llamativa y más a medio y largo plazo, la instrumentalización económica también conduce a consecuencias negativas derivadas de la búsqueda del beneficio a costa de los fines y valores propios de la comunicación (Aznar, 1998a: 48 y ss.).

3. Finalmente, hay una tendencia de los medios, derivada de las presiones competitivas del mercado, a integrarse en grupos o convertirse ellos mismos en grandes corporaciones, adoptando contenidos y planteamientos comunicativos similares y reflejando los desequilibrios comerciales del mundo actual. Si las concentraciones monopolísticas constituyen un riesgo para cualquier mercado, con mayor motivo lo son en el ámbito de la comunicación, dado que la mercancía que los medios difunden tiene un componente simbólico esencial para la construcción del imaginario colectivo e individual de las personas. La formación de una aldea global aparece entonces no como una utopía de intercomunicación libre a nivel planetario, sino como un mundo en el que tienden a difundirse sólo unas pocas voces, unas pocas lenguas, unos pocos puntos de vista, unos pocos modelos de conducta y estilos de vida (Ramonet, 1998; Herman y McChesney, 1999: 247 y ss.).

A la hora de interpretar y enfrentar estos peligros conviene tener presente el origen sistémico de los mismos. Esto significa que carece de sentido suponer que existe alguna voluntad manipuladora intencional (por mucho que pueda darse su instrumentalización con más o menos frecuencia). Tampoco lo tiene dividir el público entre élites y masas, para añadir después que las primeras podrían escapar a los efectos perversos de los medios. El carácter sistémico de estos elementos pone más bien de relieve que su acción y sus efectos están implícitos en la forma en que se hayan configurados los medios y también en el contexto político y económico en el que actúan. Y para esta configuración no hay a la vista alternativa factible.

Durante la segunda mitad del siglo XX se ha intentado plantear un modelo alternativo a los medios de propiedad privada, sobre todo a nivel de la radio, la televisión y las agencias de noticias, confiando en escapar así a sus desvirtuaciones sistémicas. Sin embargo, esta alternativa de los medios públicos goza hoy de bastantes menos defensores que hace unas décadas y de ninguno que piense seriamente que podrían cambiar totalmente o si quiera significativamente el mapa mediático actual. Los medios públicos incurren en muchos de los defectos de los privados —y a costa del erario público—; y en no pocas ocasiones favorecen todavía más la instrumentalización política o el empobrecimiento de las voces con acceso a los medios (Keane, 1991; Verstraeten, 1996). Deben mantenerse y se debe exigir que cumplan su función, pero no constituyen una alternativa que pueda modificar realmente el ámbito de la comunicación social.

Parece claro que la actuación de los medios debe ser enfrentada desde presupuestos que complementen a los de la doctrina liberal, que hagan justicia a los muchos cambios ocurridos desde que ésta se for-

muló. El optimismo iluminista y la confianza en la razón, la fe en la mano invisible del mercado –económico o de las ideas– o en el progreso técnico, unido a la existencia de unos medios pequeños, con un alcance y un margen de influencia limitados, llevó a una concepción según la cual, aunque los medios pudieran cometer errores y producir efectos indeseados, dejándoles en libertad de acción el efecto final sería beneficioso. Lo que no parece aceptable hoy es esta creencia según la cual dejando las cosas abandonadas a su propia marcha todo son al final buenos resultados. En ese funcionamiento sin trabas de los medios descubrimos desvirtuaciones sistémicas y, en consecuencia, efectos negativos y riesgos que hay que enfrentar. Aunque no precisamente poniendo trabas legales.

¿Hay que renunciar al modelo de racionalidad crítica de una opinión colectiva capaz de abordar discursivamente sus propios problemas y retos? Más bien hay que abandonar el supuesto de que a ese objetivo se llega sin más de forma «natural». Éste debe continuar siendo un punto de referencia y un ideal a alcanzar, pero no como un discurso legitimador del *statu quo*, sino como un horizonte normativo al que tender mediante el esfuerzo permanente.

La confianza en los medios y en su capacidad de autocorrección automática debe revisarse definitivamente (con tanta mayor necesidad conforme crece su poder e influencia). No significa esto en absoluto que los medios o su papel en nuestras sociedades deban ser vistos como intrínsecamente maléficos, favoreciendo tentaciones pasadas de censura o control. Más bien debe interpretarse en el sentido de la necesidad de redefinir las funciones normativas de los medios (en justa correspondencia con su aumento de protagonismo e influencia) y de establecer nuevas vías para garantizar en lo posible el cumplimiento de dichas funciones.

Es importante concluir recalcando que todo esto no debería alterar el núcleo normativo de la tradición liberal. Ese núcleo, basado en la primacía de la libertad, es irrenunciable. Más bien se trata de complementar ese discurso. Y si la defensa y garantía de ese núcleo normativo es tarea esencial del Estado de derecho, tal y como hoy lo conocemos, entonces su complementación debería correr a cargo, sobre todo, de la capacidad autorreguladora de la propia sociedad civil, en este caso de los diferentes sujetos intervinientes en el proceso de la comunicación (Aznar, 1999b: 34 y ss.).

La configuración de esferas públicas locales e internacionales más ricas, plurales, enriquecedoras y participativas, que nos permitan estar en mejores condiciones de enfrentar los retos colectivos que tenemos planteados, requiere una concepción mucho más amplia y exigente acerca de la actividad correcta de los medios en nuestra sociedad. Actividad correcta que debe plantearse como una exigencia ética ineludible sin cuyo cumplimiento lo mejor de la propia herencia liberal podría correr peligro.

BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR, Hugo: «Libertad de imprenta y crítica de los monopolios: los argumentos de Locke en el debate parlamentario de 1694/1995», *Comunicación y Estudios Universitarios*, núm. 2, 1992, pp. 29-44.
- AZNAR, Hugo: «Formación moral y medios de comunicación: necesidad de un cambio de planteamientos», en AA.VV.: *Televisión: niños y jóvenes*. Ente Público RTVV, Valencia, 1994, pp. 239-254.
- AZNAR, Hugo: *Comunicación responsable*. Ariel, Barcelona, 1999a.
- AZNAR, Hugo: *Ética y periodismo*. Paidós, Barcelona, 1999b.
- BARBROOK, Richard: *Media Freedom. The Contradictions of Communications in the Age of Modernity*. London and Boulder (Co), Pluto Press, 1995.
- BOURDIEU, P.: *Sobre la televisión*. Anagrama, Barcelona, 1997.
- Conseil De L'europa: «L'éthique du journalisme». Conseil de L'Europe, Doc. núm. 6854, Strasbourg, 1993.
- CHOMSKY, Norman, y HERMAN, Edward S.: *Los guardianes de la libertad. Propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas*. Grijalbo, Barcelona, 1995.
- FRANKLIN, B.: *Autobiografía y otros escritos*. Editora Nacional, Madrid, 1982.
- Fundesco: *Comunicación Social 1996/Tendencias. Poder, democracia y medios de comunicación*. Fundesco, Madrid, 1996.
- HABERMAS, J.: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Gustavo Gili, 2.ª ed., Barcelona, 1994.
- HERMAN, E. S., y MCCHESENEY, R. W.: *Los medios globales. Los nuevos misioneros del capitalismo corporativo*. Cátedra, Madrid, 1999.
- HUME, D.: «De la libertad de prensa», en *Ensayos políticos*. Orbis (1.ª publ., 1741), Barcelona, 1985.
- KEANE, John: *The Media and Democracy*. Polity Press, Londres, 1991.
- LICHTENBERG, J. (ed.): *Democracy and the Mass Media*. Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- MACBRIDE, S., y otros: *Un sólo mundo, voces múltiples. Comunicación e información en nuestro tiempo*. FCE, 2.ª ed. abrev., México, 1987.
- MCCOMBS, M.; SHAW, D. L., y WEAVER, D. (eds.): *Communication and Democracy. Exploring the Intellectual Frontiers in Agenda-Setting Theory*. Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah (NJ) y Londres, 1997.
- MCQUAIL, D.: *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*, Paidós, Barcelona, 1985.
- MILTON, J.: *Areopagítica*. FCE (1.ª pub., 1644), México, 1976.
- MILL, James: «Sobre la libertad de prensa», en *Ensayos sobre Derecho y Política*. Comares (1.ª pub., 1823), Granada, 1971.
- NOELLE-NEUMANN, E.: *La espiral del silencio*. Paidós, Barcelona, 1993.
- RAMONET, Ignacio: *La tiranía de la comunicación*. Debate, Madrid, 1998.
- ROSALES, José M.: «Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, pp. 281-308, 1996.
- SAAVEDRA, M.: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*. Ariel, Barcelona, 1987.

- SANDEL, Michael J.: *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.) y Londres, 1996.
- SARTORI, G.: *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Taurus, Madrid, 1998.
- SUNSTEIN, C. R. (1993): *Democracy and the Problem of Free Speech*. The Free Press, New York.
- THOMPSON, John B. (1998): *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*. Paidós, Barcelona.
- VERSTRAETEN, H. (1996): «The Media and the Transformation of the Public Sphere. A Contribution for a Critical Political Economy of the Public Sphere», *European Journal of Communication*, vol. 11, núm. 3, pp. 347-370.
- WOLF, Mauro (1987): *La investigación de la comunicación de masas. Críticas y Perspectivas*. Paidós, Barcelona.

Respuestas correctas. La débil tesis de sentido común

Por PABLO RAÚL BONORINO

Universidad de León (España).
SADAF. Universidad del Mar de Plata (Argentina)

Cuando Dworkin publicó los primeros tres artículos en los que fijó el contenido básico de su propuesta teórica (1967, 1972 y 1975), uno de los puntos que generó más controversias entre los especialistas fue la afirmación de que los jueces debían hallar la respuesta correcta en los llamados casos difíciles. Dworkin respondió de inmediato a sus críticos, pero no ofreció argumentos en defensa de la existencia de respuestas correctas en los casos difíciles. Se limitó a negar las razones con las que, a su entender, se podría sostener la inexistencia de dichas respuestas. Esta estrategia negativa la desarrolló principalmente en «No Right Answer?» (1977b) y «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It» (1996)¹.

En otros trabajos, Dworkin sostuvo que, ante una disputa interpretativa, siempre existe la posibilidad de determinar cuál de las posiciones en pugna responde mejor a la cuestión que se discute, si se presta atención a los argumentos que producen los contendientes para defender sus interpretaciones. Esto presupone que existen interpretaciones mejores que otras, y que en algunas ocasiones una de ellas puede ser considerada la mejor interpretación, lo que significa, en otras palabras, que puede existir una respuesta correcta aun en los casos más problemáticos (1986: 76-77). Pero para Dworkin decir esto no impli-

¹ Otros artículos complementan o anticipan algunos de los argumentos contenidos en ellos (ver Dworkin 1977a, 1977c, 1977d, 1978, 1983, 1985, 1986, 1991).

ca hacer una afirmación por fuera de la práctica jurídica, ni tampoco sostener que todos los involucrados en una disputa de este tipo estarían de acuerdo en cuál es esa respuesta (Dworkin 1985b).

La «tesis de la respuesta correcta» (TRC), así entendida, resulta ser una proposición jurídica como cualquier otra. Según Dworkin, la única forma de dotarla de plausibilidad es mostrar cómo en ciertos casos difíciles se puede considerar que una de las posiciones se encuentra mejor fundada que la restante (Dworkin 1991). Es ello lo que Dworkin ha intentado hacer a lo largo de toda su producción cada vez que ha participado en disputas sobre cuestiones específicas de la práctica jurídica anglosajona. Para analizar la defensa positiva de la TRC se deberían, en consecuencia, estudiar con detenimiento las razones con las que ha apoyado la existencia de una de esas respuestas².

De esta manera, la TRC en realidad debería ser llamada la «tesis de la posibilidad de considerar que, en algunos casos difíciles, en particular, una respuesta está mejor fundada que otras». En efecto, dejando de lado la posibilidad de establecer a priori tanto la existencia como la inexistencia de respuestas correctas en los casos difíciles desde un nivel filosófico, lo único que cabe afirmar es esa «débil tesis de sentido común», como Dworkin se ha referido a ella recientemente (1991).

En este trabajo exploraré la forma en la que Dworkin expuso esta versión debilitada de la TRC. Luego consideraré en detalle la forma en la que ha defendido la existencia de una «respuesta correcta» en la cuestión constitucional del aborto suscitada en la práctica jurídica norteamericana (1993). Por último, tomaré un ejemplo de la práctica española sobre el mismo tema a los efectos de analizar el poder crítico de la propuesta de Dworkin. El objetivo es tratar de determinar cuáles son los criterios que permiten afirmar la existencia de una respuesta correcta, y si con ellos también se puede desestimar una respuesta por considerarla «incorrecta». La pregunta que habré de formular a continuación es: ¿es necesario aceptar la teoría de Dworkin para poder emplear esos criterios? Mi respuesta será negativa.

1. Existen algunas formas de entender el alcance de la TRC que el mismo Dworkin se ha encargado de denunciar como malas interpretaciones de su pensamiento.

«Mi tesis sobre las respuestas correctas en casos difíciles es... una afirmación jurídica muy débil y de sentido común. Es una afirmación realizada desde dentro de la práctica jurídica más que desde algún nivel presuntamente bien alejado, externo, filosófico. Me pre-

² La distinción que establezco entre «defensa negativa» y «defensa positiva» de la TRC es también objeto de controversia (cf. Dworkin 1991, Guest 1997 y Munzer 1977). He analizado en más detalle esta y otras de las cuestiones tratadas en este trabajo en un libro publicado recientemente (Bonorino 2002).

gunto si, en el sentido ordinario en el que se expresan los juristas, en algunas ocasiones se puede afirmar con fundamento, o si es correcto o apropiado decir, en relación con algún caso difícil, que el derecho, interpretado correctamente, está a favor del demandante (o del demandado). Yo contesto que sí, que algunos enunciados de ese tipo están fundados, o son correctos o apropiados, en relación con algunos casos difíciles... No afirmo que todos los juristas están de acuerdo respecto de cuál de las partes resulta favorecida por los mejores argumentos... Tampoco afirmo que esté disponible algún procedimiento algorítmico de decisión que determine cuál es la respuesta correcta [nota 5]... La forma más natural de apoyar esta afirmación jurídica es, en consecuencia, tratar de mostrar cuál es la respuesta correcta en algún caso difícil en concreto. Sólo puedo hacer eso, por supuesto, mediante argumentos jurídicos corrientes (Dworkin 1991: 365)³.»

En este párrafo encontramos expresados, con cierta imprecisión, la naturaleza y alcance que Dworkin pretende darle a la TRC. Como anticipé en la introducción, ella no puede ser entendida como una afirmación realizada desde un nivel superior o privilegiado respecto de la práctica jurídica. Dworkin no pretende realizar una afirmación metafísica. ¿Cuál es el alcance que debe darse entonces a la TRC?

Dworkin sostiene que en algunos casos difíciles es posible considerar fundada la afirmación «la interpretación x es la mejor interpretación (en el sentido de que la respaldan los mejores argumentos) y por ende la respuesta por ella expresada debe ser considerada la mejor respuesta para el caso en cuestión». La TRC así entendida resulta ser una proposición jurídica como cualquier otra, que debe ser evaluada como toda proposición interpretativa. Por eso se entiende que, para Dworkin, la única forma de mostrar la plausibilidad de la TRC sea mostrando cómo en ciertos casos difíciles se puede considerar mejor fundada una de las distintas interpretaciones en pugna. ¿Cómo se puede evaluar la fuerza de interpretaciones rivales?

Dworkin sostiene que la interpretación jurídica se realiza en tres fases, a las que denomina preinterpretativa, interpretativa y post-interpretativa. A pesar de las diferencias que permiten hacer esta distinción, todas estas etapas deben ser consideradas interpretativas en un sentido amplio (1986).

En la primera etapa se selecciona el material objeto de la interpretación, el que fija el marco en el que se plantea la cuestión que ha generado la actividad del intérprete. Esto no significa que dicho material, sean leyes o decisiones judiciales, no pueda ser objeto de una controversia interpretativa en otro contexto a los efectos de fijar su alcance o sentido. Pero no se pueden cuestionar todas las convicciones que componen un dominio al mismo tiempo. Siempre algunas deben servir de base para poder llevar a cabo la labor crítica sobre las

³ La traducción de los textos incorporados en este trabajo me pertenece.

restantes. En las disputas jurídicas, en esta primera fase se identifican aquellos aspectos de la práctica jurídica que se utilizarán como punto de referencia para discutir la solución al problema interpretativo que se considera importante resolver.

En la segunda etapa se evalúan las posibles interpretaciones de dicho material en dos aspectos, a los que Dworkin denomina la «dimensión del ajuste» y la «dimensión de la justificación». No es necesario que la interpretación propuesta se ajuste a todo el material considerado relevante, basta con que lo haga en su mayor parte. Además, siempre se pueden considerar algunas decisiones del pasado como erróneas si una nueva y mejor interpretación del resto del material así lo requiriera (1986: 230).

La denominada etapa postinterpretativa depende de la interpretación que se haya considerado la mejor en la fase anterior. Si se optó por una interpretación habitual, entonces lo más probable es que, proyectada en el futuro, dicha decisión no altere la forma en que se venían resolviendo ese tipo de cuestiones. Si, por el contrario, se seleccionó una interpretación que considera erróneos a una parte considerable del material de partida, y que muestra al resto en una perspectiva novedosa, entonces la decisión generará alteraciones importantes en la práctica, que pueden ir de la reforma de un área determinada hasta la revolución de todo el ordenamiento jurídico.

Según Dworkin, una teoría jurídica debe dar cuenta de los desacuerdos interpretativos, determinando cuando una proposición jurídica puede ser aceptada como la respuesta correcta para la cuestión que se discute. Esto implica que debe ofrecer criterios para decidir cuándo un argumento jurídico es preferible a otro, cuando ambos defienden posiciones encontradas en relación con un mismo problema. Existen interpretaciones mejores que otras y, cuando se enfrentan dos o más, una de ellas puede ser considerada la mejor interpretación. En otras palabras, existe una respuesta correcta aun en los casos jurídicos más controvertidos (1986: 76-77).

Dworkin sostiene que no importa el grado de abstracción que tenga la cuestión interpretativa que se esté considerando, toda interpretación consiste en mostrar al material interpretado como lo mejor que puede ser, por lo que cualquier interpretación debe ser puesta a prueba en las dos dimensiones antes mencionadas. La dimensión del ajuste, que le exige dar cuenta de las principales decisiones tomadas anteriormente en la práctica relacionadas con la cuestión que se esté tratando. Y la dimensión de la justificación, que implica que la interpretación propuesta debe proporcionar una serie de principios de moralidad política que se puedan considerar como una razón plausible para adoptar el tipo de decisiones objeto de la interpretación (1986: 45-76). En caso de que dos interpretaciones se ajusten y justifiquen adecuadamente el ámbito en el que ha surgido una determinada cuestión, entonces se debe apelar al conjunto de principios de moralidad política que justifiquen mejor al derecho como un todo

para llevar a cabo la elección. Dworkin considera que es la virtud de la integridad la más adecuada para cumplir esta función, por lo que gran parte de su teoría está dedicada a dar sentido a esta idea (1986).

«La gente interpreta textos, leyes, casos y pinturas. El hecho más evidente sobre esta práctica es una cierta convicción compartida. La mayor parte de los intérpretes presuponen que interpretar un texto es algo diferente de cambiarlo por un nuevo texto, que una interpretación puede ser mejor que otra aun cuando ésta sea una cuestión controvertida, que existen argumentos a favor y en contra de las interpretaciones, que algunos de estos argumentos son más fuertes, en el sentido que ofrecen más prueba, que otros... Juntas estas creencias de segundo orden componen lo que podríamos denominar un modelo de interpretación en términos de «corrección-incorrección», una figura que supone que las interpretaciones pueden estar fundadas o infundadas, ser mejores o peores, ser más o menos rigurosas. Ésta no es una imagen que los filósofos imponen a la interpretación desde afuera. Las creencias de segundo orden que he descrito son parte de las prácticas que constituyen la institución de la interpretación; están, de hecho, en el centro de esa práctica. Si la mayor parte de la gente que interpreta no las aceptara, la práctica podría ser muy diferente a como es, si continuara existiendo a pesar de ello» (Dworkin 1983a: 289).

Este párrafo sugiere que es en el terreno de los distintos argumentos que se ofrecen en defensa, o en contra, de la verdad de cierta proposición jurídica en donde encontraremos las claves de la defensa positiva de la TRC. Dedicaré el punto siguiente a analizar el argumento que Dworkin construyó en *Life's Dominion* [El Dominio de la Vida] (Dworkin 1993, en adelante *LD*), para fundar la respuesta correcta en la controvertida cuestión constitucional del aborto, en la práctica jurídica norteamericana. Lo confrontaré con un argumento tomado de la práctica jurídica española, que constituye un claro ejemplo de respuesta incorrecta a la cuestión. Mi objetivo será explorar el alcance de la TRC presupuesto en la obra de Dworkin, no me interesa tomar partido en este trabajo sobre la disputa interpretativa relacionada con el aborto.

2. El argumento general de Dworkin respecto del aborto en *LD* puede reconstruirse de la siguiente manera:

1. Interpretar el debate sobre la permisón o prohibición del aborto como una controversia sobre los intereses y derechos del feto constituye un error que lleva a considerar irresoluble el problema (*LD*: Cap. 1).

2. Si prestamos atención a las razones profundas que mueven a los contendientes en el debate, veremos que casi todos los involucrados en la discusión aceptan la idea de que la vida humana es sagrada (intrínsecamente valiosa o inviolable). Las distintas concepciones que defienden sobre esta noción son las que los lleva a discrepar respecto del aborto (*LD*: Cap. 2).

3. Esto significa reconocer que el desacuerdo frente al aborto es el producto de un desacuerdo de tipo espiritual, entre las distintas concepciones que cada uno de los contendientes posee respecto del sentido o valor de la vida humana (*LD*: Cap. 3).

4. La mujer tiene un derecho a la autonomía procreativa, según la mejor interpretación de la Constitución Norteamericana. En consecuencia resulta inconstitucional en ese país prohibir el aborto antes del sexto mes de gestación, aunque sí se pueden establecer aquellas medidas que garanticen que la mujer tome la decisión por sí misma con la seriedad que el asunto requiere (*LD*: Caps. 4-6).

5. Es característico de las democracias occidentales la creencia en la dignidad humana individual, que se manifiesta en el deber de proteger la libertad de los individuos para que puedan decidir por sí mismos las cuestiones espirituales. En consecuencia, el principio de autonomía procreativa de la mujer, con el alcance dado en la premisa anterior, debe entenderse como formando parte de la cultura política occidental (*LD*: Cap. 6)⁴.

Para simplificar la exposición, distinguiré de forma estipulativa tres partes en su argumentación, teniendo en cuenta para ello los distintos planos en los que podría entenderse que Dworkin se plantea el problema del aborto: filosófico, jurídico y político. En el primero defiende una forma particular de interpretar el debate moral en torno del aborto (enunciados 1-3). En el segundo, estrictamente jurídico, aboga por una respuesta determinada al problema constitucional en la práctica jurídica norteamericana (enunciado 4). Y, finalmente, en el plano político Dworkin argumenta de manera más general en defensa de la solución que cree aplicable a otras democracias occidentales (enunciado 5). De más está decir que todas ellas presentan entre sí diversas y complejas relaciones. Me detendré sólo en los distintos subargumentos con los que Dworkin defiende el tramo jurídico de su respuesta, por ser en éste en el que se encuentra especialmente involucrada la TRC.

En la argumentación en el plano jurídico se pueden detectar dos argumentos independientes (cuyo centro lo constituyen las premisas 5 y 10, respectivamente), que se valen de algunas premisas comunes, como puede apreciarse en la siguiente reconstrucción:

1. Toda interpretación constitucional debe pasar dos pruebas antes de ser aceptada: (1) debe ser consistente con los principios establecidos en el pasado en el seno de la práctica jurídica (prueba de ajuste), y (2) si dos interpretaciones pasan la primera prueba,

⁴ Dworkin sostiene, en la misma obra, que en la controversia respecto de la eutanasia subyacen las mismas cuestiones, por lo que puede ser resuelta por el mismo principio. La valoración que los sujetos hacemos del valor cósmico de la vida se encuentra en el centro de la vida de cualquiera y nadie puede tratarlas como suficientemente triviales como para aceptar las órdenes de otras personas acerca de lo que esos valores significan. El orden jurídico debe permitir tomar las decisiones relacionadas con el final de la vida a los directamente afectados por sus consecuencias (1993: Caps. 7-8).

entonces debe preferirse aquella cuyos principios reflejen de mejor manera los derechos y obligaciones de la gente (prueba de justificación).

2. La prueba de justificación está regida por la integridad, que forma parte de la idea misma de derecho, que exige a los jueces: (1) el deber de fundar sus decisiones en principios y no en razones de interés político, (2) que dichos principios deben ser consistentes con los principios subyacentes en los hechos del pasado considerados relevantes para la práctica jurídica (precedentes, leyes, normas constitucionales, etc.) y (3) que una vez aceptado un principio como fundamento para resolver un caso determinado, el juez debe aplicarlo toda vez que sea pertinente, aun en otras esferas distintas de la que dio origen al caso inicial.

3. La mejor interpretación de la Constitución Norteamericana, aplicando estas dos pruebas, es la que establece que el feto no puede ser considerado persona constitucional (esto es titular de derechos constitucionales).

4. Entender el debate constitucional respecto de la permisón o prohibición del aborto como una controversia sobre los intereses y derechos del feto constituye una simplificación errónea.

5. La mejor interpretación de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Norteamericana es la que reconoce que las mujeres son titulares de un derecho constitucional a controlar su propio papel en la procreación (derecho a la autonomía procreativa) que incluye el derecho a abortar durante los primeros seis meses de gestación.

6. No hay buenas razones para negar la existencia de un derecho constitucional de la mujer a la autonomía procreativa en la Constitución Norteamericana, pues los dos argumentos que se suelen esgrimir en ese sentido (la ilegitimidad constitucional de los «derechos no enumerados» y la apelación a las intenciones originales de los constituyentes) resultan altamente insatisfactorios.

7. Las creencias de las que dependen las decisiones finales en el caso del aborto pueden ser consideradas creencias religiosas en un sentido amplio, esto es, como el conjunto de creencias que tratan, en última instancia, de dar sentido a la vida individual conectándola con valores o sentidos que trascienden la dimensión subjetiva de la experiencia.

8. Los derechos constitucionales sólo pueden ser limitados apelando a la existencia de razones imperativas que justifiquen su limitación en circunstancias concretas.

9. El estado sólo puede limitar el ejercicio del derecho a la autonomía procreativa requiriendo que sus ciudadanos tengan en cuenta el valor intrínseco de la vida humana, esto es, estableciendo aquellas medidas destinadas a permitir que la mujer tome la decisión de abortar con toda la trascendencia que la misma tiene.

10. Independientemente, si el estado prohibiera el aborto durante los primeros seis meses del embarazo estaría imponiendo a los ciudadanos un tipo determinado de convicciones religiosas, lo que significaría una clara violación de las dos cláusulas de la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana.

11. Según la mejor interpretación de la Constitución de los EEUU, resulta inconstitucional prohibir el aborto antes del sexto mes de gestación, aunque sí pueden establecerse todas las medidas que garanticen que la mujer tome la decisión por sí misma con toda la seriedad que el asunto requiere (Conclusión).

Lo primero que hallamos al analizar esta argumentación es una determinada concepción de cómo se debe entender una constitución y, específicamente, de cómo se debe entender una declaración de derechos. Dworkin defiende una concepción de la constitución norteamericana a la que denomina «constitución de principios». En función de esta elección, se considera que toda interpretación constitucional debe pasar las mismas pruebas que cualquier otro tipo de interpretación: debe ajustarse a los hechos y debe justificarlos mejor. La interpretación jurídica posee dos peculiaridades. La primera es que el ajuste con los hechos viene dado por la coherencia con los principios establecidos en interpretaciones del pasado. La segunda es que el criterio para determinar cuando una interpretación justifica mejor que otra dichos hechos del pasado es el denominado principio de integridad. Valiéndose de estos elementos Dworkin defiende una determinada interpretación de la práctica constitucional norteamericana, a la que considera la mejor respuesta al problema del aborto que puede formularse en dicha práctica.

En LD se puede apreciar claramente como Dworkin rechazó muchas de las interpretaciones alternativas valiéndose únicamente de la dimensión del ajuste. También quedó en evidencia que, en muchas ocasiones, las cuestiones relativas a la justificación requieren salir del marco en el que se planteó originariamente el problema, apelando a aquellos principios que justifican mejor al derecho como un todo. En LD se parte del supuesto de que es el principio de integridad el que mejor cumple esta función.

Dworkin sostuvo que la «respuesta correcta» al problema jurídico del aborto en los Estados Unidos era la que él defendió a lo largo de su libro. ¿Cuál es el fundamento de esta pretensión? Dworkin pretendió haber argumentado de manera suficiente para dejar en claro que su interpretación superaba mejor la prueba en las dos dimensiones en la que debe ser evaluada toda interpretación, y que las interpretaciones alternativas fallaban en alguna de ellas. En ningún momento consideró que sus argumentos eran suficientes para demostrar la verdad de su interpretación, en el sentido de que todo jurista competente debería aceptarla. Tampoco que su conclusión permitiría conseguir un acuerdo generalizado en la doctrina de su país, de hecho culminaba expresando su preocupación ante la posibilidad cada vez más factible de que ocurriera un cambio en la doctrina constitucional norteamericana cuando se renovara la composición de la Suprema Corte. El fundamento último de su pretensión reside en su concepción general sobre la interpretación y la objetividad. Especialmente en la forma en

la que esta última se proyecta en el campo del derecho en su teoría del derecho como integridad.

En los casos más controvertidos, la prueba determinante a la hora de preferir una interpretación a otra es la que se desarrolla en la dimensión de la justificación. En la mayoría de ellos tampoco basta con determinar la mejor justificación circunscripta al área específica en el que surgió el caso, sino que se debe apelar a la mejor justificación del derecho como un todo. En el caso del aborto era la aceptación del principio de integridad como principio rector en la dimensión de la justificación lo que permitía finalmente a Dworkin mostrar a su propia respuesta como la mejor fundada, en comparación con el resto de las respuestas consideradas en esa obra. El principio de integridad constituye el núcleo de la que Dworkin considera la mejor concepción del derecho como un todo, tal como lo puso de manifiesto extensamente en *Law's Empire* [El imperio del derecho] (1986).

3. El profesor Alegre Martínez sostiene que el tratamiento que ha realizado de la dignidad de la persona en su libro *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español* le permite afirmar, manteniéndose en el ámbito de lo jurídico, que existe un derecho constitucional a nacer cuyo sujeto activo sería el feto (*nasciturus*) (1996:87).

Esto implica reconocer al feto el carácter de «persona constitucional» y con ello la posibilidad de considerarlo sujeto activo de todos los derechos de rango constitucional, especialmente del derecho a la vida. Con este apoyo el autor defiende (1) el carácter inconstitucional de cualquier norma que autorice la interrupción voluntaria del embarazo, y (2) que el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 53/85 se equivocó al sostener que el feto no puede ser considerado titular de derechos de rango constitucional (1996: 88).

Reconstruiré los argumentos esgrimidos por Alegre en defensa de su respuesta. Luego los someteré a las dos pruebas que Dworkin considera esenciales para medir el grado de corrección de una propuesta interpretativa en el campo del derecho.

1. La dignidad forma parte esencial de la persona y su reconocimiento es requisito imprescindible para la legitimidad de un orden jurídico (1996:14).

2. La Constitución Española de 1978 en el Título Primero. *De los derechos y deberes fundamentales* en su artículo 10.1 expresa que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

3. El concepto de dignidad de la persona que se encuentra expresado en el inicio del art. 10.1 debe entenderse como el fundamento de todo el ordenamiento jurídico derivado de la Constitución

y, especialmente, como la razón de ser, el fin y el límite de los derechos fundamentales contenidos en el Título Primero (1996:14, 81).

4. Si se interpreta el artículo 10.1 cuando alude al «libre desarrollo de la personalidad» teniendo en cuenta la dignidad de la persona, se debe entender que la Constitución Española de 1978 consagra un «derecho a nacer», cuyo titular es el *nasciturus*, el que existe desde el momento mismo en que se inicia la gestación (1996:87).

5. Las normas que despenalizan el aborto voluntario son incompatibles con el derecho fundamental a nacer (o a la vida) que posee el *nasciturus* (1996:87-88).

6. En consecuencia, las normas que despenalizan el aborto voluntario son incompatibles con la Constitución Española de 1978 (Conclusión).

A los efectos de poder evaluar la solidez de este argumento, necesitamos conocer las razones que se pueden esgrimir en defensa de cada una de estas premisas, pues todas ellas en forma conjunta son necesarias para demostrar la conclusión que pretende sostener el autor. Esta labor de presentación de los distintos subargumentos con los que el autor apoya su pretensión, la llevaré a cabo en las dos dimensiones en las que los mismos deben ser puestos a prueba, de acuerdo a la propuesta de Dworkin.

La premisa 2 aparentemente no requiere ningún argumento en su apoyo pues el texto del artículo 10.1 de la Constitución no está cuestionado y la formulación presentada es comúnmente aceptada por la comunidad jurídica española. Sin embargo, deberían darse razones para fundar el presupuesto sobre el que se asienta el contenido de esta premisa, esto es, que ése es el único texto constitucional relevante para dar respuesta al problema de constitucionalidad que nos ocupa. Esta cuestión, aunque posee una gran importancia para su argumento, no fue analizada abiertamente por Alegre.

Esto nos pone ante la primera crítica que podría formularse a su argumentación en la dimensión del ajuste. No existen buenas razones para aceptar que los únicos aspectos relevantes de la práctica jurídica española para analizar el problema del aborto sean las cláusulas del artículo 10.1. ¿Realmente no hay ninguna cláusula de la declaración de derechos de la que surja algún principio encontrado que deba ser sopesado antes de llegar a la conclusión que pretende defender Alegre? (cfr. Ruiz Miguel, 1990).

Pero esto no es todo. Pues la interpretación que el autor realiza a partir del material seleccionado en la fase pre-interpretativa resulta también altamente cuestionable. Alegre Martínez erige en fundamento de todo el ordenamiento jurídico español una disposición constitucional que no ha sido protegida por los constituyentes con una mayoría especial para el caso en que se la pretenda modificar. Los constituyentes españoles han protegido de esta manera otras cláusulas constitucionales, por lo que no son ajenos a una técnica tan común.

Lo que pasa es que el artículo 10.1, en la interpretación más plausible, no fue objeto de una protección de esa naturaleza. ¿Cómo se puede afirmar que los constituyentes españoles consideraron que el artículo 10.1 contenía el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y el límite a todos los derechos individuales y al mismo tiempo sostener que no lo consideraron digno de una protección especial, como la que tienen la monarquía o la declaración de derechos?

La respuesta es muy simple. No se puede afirmar con plausibilidad una interpretación semejante de la Constitución Española. Esto nos podría llevar a rechazar la respuesta de Alegre sólo a partir de la prueba de ajuste, porque tanto el criterio de relevancia que ha utilizado para seleccionar el material relevante para el problema, como el alcance que le dio al mismo en la etapa interpretativa, son muy poco plausibles.

Pero como mi objetivo no es mostrar la incorrección de la respuesta de Alegre, sino utilizarla para poner a prueba la propuesta de Dworkin, creo conveniente suponer que de alguna manera esta respuesta podría superar la prueba del ajuste (por implausible que pueda parecer). Esto nos permitirá continuar con el análisis en la dimensión restante.

En esta dimensión sólo nos detendremos a analizar las razones que brinda el autor para que aceptemos la premisa 1 (el fundamento valorativo de su interpretación).

En la premisa valorativa «La dignidad forma parte esencial de la persona y su reconocimiento es requisito imprescindible para la legitimidad de un orden jurídico» nos encontramos con dos afirmaciones que deben ser analizadas por separado: una, relativa al concepto de persona y de dignidad de la persona y, la otra, relacionada con la legitimación de un orden jurídico utilizando dicha noción.

Respecto de la primera afirmación, Alegre Martínez sostiene:

«... Podemos intentar ya una aproximación al concepto «jurídico» de dignidad humana, definiéndola como *la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad -independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelve su vida- que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes*» (Alegre Martínez, 1996: 29-30).

Respecto de la segunda afirmación, Alegre Martínez sostiene que la dignidad es previa al derecho y que su reconocimiento es una condición necesaria para la legitimidad de un orden jurídico (1996: 19). Esto es así, pues la persona posee una dimensión individual y otra social, y la dignidad como atributo de la persona se encuentra unida a las ideas de libertad e igualdad, valores jurídicos fundamentales que deben ser reconocidos por todo ordenamiento (1996: 19). Este reconocimiento implica que el derecho para ser considerado legítimo debe

garantizar el respeto a la dignidad en las relaciones interpersonales, y en las relaciones entre el poder y los individuos, mediante la positivación de una serie de derechos inherentes a la persona. La dignidad es el fundamento del deber genérico de respetar estos derechos, al mismo tiempo que opera como límite de los mismos (1996: 19).

No se encuentran en el cuerpo principal del texto analizado las razones para preferir la posición metafísica respecto del hombre que se presupone en la primera afirmación, ni tampoco para adoptar la concepción política e iusfilosófica sobre las que se asienta el segundo enunciado. Estas ideas se presentan de forma descriptiva, apoyadas con citas de autores que proponen o reflexionan en torno a concepciones más o menos similares respecto de esas cuestiones, pero sin discutir en ningún momento el fundamento de las mismas. Resulta paradójico que el autor reconozca la relevancia que tiene la ideología en la determinación y elección de estas posiciones, como se puede ver en la cita de la nota al pie de página número 11, y al mismo tiempo no considere relevante explicitar abiertamente y someter a discusión sus puntos de partida en ese sentido. Esta ausencia tan llamativa se puede explicar de distintas maneras: el autor puede creer que son ideas lo suficientemente aceptadas que harían innecesario el esfuerzo de fundamentación, o, por el contrario, puede pensar que son ideas que no serían fácilmente aceptadas por su auditorio por alguna razón en especial.

La primera explicación puede ser rápidamente descartada, pues afirmaciones como que la dignidad se inicia con la vida y termina con la vida, o que la dignidad es el fundamento del deber genérico de respetar los derechos básicos, y hasta la misma aceptación de que existen derechos inherentes a la personalidad con independencia de su reconocimiento jurídico, son objeto de grandes polémicas filosóficas y jurídicas por lo que no se pueden considerar como si fueran pacíficamente aceptadas por la mayoría de quienes se dedican a debatir sobre estos temas⁵. Por otra parte, la evidente vacuidad de la fórmula por la que, finalmente, se decanta Alegre pone de manifiesto que de lo que se trata es de utilizar un concepto con una gran carga emotiva positiva (dignidad) pero definido de manera tal que permita justificar cualquier cosa que se desee.

En la nota al pie de página número 8, que ocupa más de tres carillas y que es la más extensa de todo el libro, el autor alude a lo que debería ser un tratamiento integral de la dignidad de la persona, en el que no se deberían desconocer la dimensión filosófica y religiosa de la cuestión. De los 18 párrafos que componen la nota sólo dedica uno a transcribir un breve texto en el que se alude a la importancia de la noción de dignidad en la historia del pensamiento, y los restantes a desarrollar con sumo detalle la doctrina de la Iglesia Católica al res-

⁵ Consultar Bulygin (1987), Almond (1995), Dworkin (1975), Maliandi (1991), en los que se hallarán innumerables ejemplos de las controversias suscitadas actualmente en la comunidad académica en relación con estas cuestiones.

pecto. El tratamiento integral de la cuestión de la dignidad humana se reduce en última instancia a lo sostenido oficialmente por la Iglesia Católica Apostólica Romana en una serie de documentos que el autor transcribe con suma precisión. Resulta sorprendente el grado de identificación que existe entre las tesis que defiende Alegre en el texto y los dogmas religiosos expuestos en esta nota, no sólo en lo relativo a los presupuestos metafísicos de su argumentación, sino también respecto de las cada una de las cuestiones jurídicas puntuales. Alegre defiende a lo largo de su libro punto a punto lo dispuesto en el Catecismo de la Iglesia Católica de 1992 en relación con el alcance y límite de los derechos fundamentales.

Éste es el fundamento último que parece tener la respuesta que da al problema de constitucionalidad que nos ocupa, lo que, una vez puesto al descubierto, resulta francamente inaceptable. ¿Cómo puede una concepción religiosa ser el fundamento y límite de los derechos individuales en una sociedad pluralista, que acepta como pauta fundamental la tolerancia en materia religiosa?

La constitución es como la carta de navegación de la sociedad, el fundamento del sistema jurídico que debe regir la convivencia de todos sus integrantes, los que sólo comparten ciertas pretensiones básicas, expresadas mediante conceptos valorativos como «justicia», «libertad», «igualdad», pero que no poseen las mismas concepciones a su respecto. Para interpretarla se debe apelar a una teoría que dé sentido a ese compromiso de convivencia en el desacuerdo que es en última instancia el fundamento de toda constitución en un estado democrático. En ella se deben reconstruir los principios que garantizan la idea de justicia compartida y no hacer prevalecer una concepción sectaria en relación con temas que incumben a todos. Tal es la exigencia de la integridad, a la que aludimos al presentar la propuesta de Dworkin.

Decir que una concepción religiosa de la persona es inaceptable como fundamento de un orden jurídico que se pretende pluralista y no confesional, no significa decir que las ideas religiosas son inaceptables para otros fines. Sólo afirmo que cuando se trata de determinar el fundamento de las instituciones públicas que deben regir la convivencia social se debe poder discutir y consensuar los principios políticos a adoptar entre todos los sectores a los que afectarán dichas instituciones, y que los dogmas religiosos son cuestiones de fe, se acatan, no se discuten ni se pueden consensuar. Una constitución interpretada de esta manera no puede configurar las instituciones que permitan la existencia de una sociedad pluralista, principal aspiración de todas las democracias contemporáneas. Si un juez decidiera un caso particular utilizando como fundamento un texto bíblico en vez de las leyes vigentes estaríamos dispuestos a aceptar que ese juez debería ser retirado de la función pública, pues su obligación es aplicar las leyes obligatorias para todos y no aquellas que él considera obligatorias en su fuero interno.

Independientemente de estas consideraciones, podría cuestionarse la estrategia general seguida por Alegre por otras razones. La pregunta por la legitimidad de un orden jurídico parece exigir un esfuerzo teórico mayor que la mera postulación de un concepto de persona, pues la necesidad de legitimación se extiende más allá de las normas jurídicas relacionadas con problemas de bioética a otros aspectos importantes de dichos ordenamientos, como pueden ser las instituciones políticas y económicas, que deben ser incluidos en cualquier tratamiento que se haga de la cuestión y que no parecen *prima facie* justificables a partir de un concepto de persona, sino que exigirían el desarrollo de una teoría más general y compleja. No dudo que detrás de la noción que Alegre erige en fundamento del orden constitucional español podría rastrearse la existencia de una teoría inarticulada que sirva de fundamento a todos los aspectos esenciales de dicho orden, lo que creo también es que la discusión jurídica exige un esfuerzo para explicitar y articular en una teoría consistente todos los factores que se consideren relevantes a la hora de intentar fundar o cuestionar la legitimidad de un orden jurídico determinado. De lo contrario nos encontraremos con fundamentaciones atomizadas, construidas con la finalidad de apoyar una posición interpretativa sobre alguna cuestión aislada, pero despreocupadas totalmente de los compromisos teóricos que deben asumirse para intentar justificar otros aspectos del orden jurídico. En una palabra, si se renuncia a la articulación de los fundamentos morales o políticos en sistemas coherentes que pretendan fundar la legitimidad de la totalidad de los ordenamientos jurídicos, incluyendo, por ejemplo, la concepción de la justicia que se adopte, la forma de gobierno o el sistema económico que se implementen, se renuncia al principal control de racionalidad sobre estas cuestiones valorativas y se deja abierto el camino a la irracionalidad y al «todo vale» en cuestiones de fundamental importancia.

Por otra parte, la constitución española ha respondido a esa pregunta de manera contundente en su primer artículo, cuando erige en valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Se debe discutir el alcance a dar a estos valores, determinar cuáles son los mejores principios de justicia que permiten integrarlos en un sistema coherente, decidir cuál es el sistema que permite entender mejor la totalidad del ordenamiento constitucional y luego interpretar y criticar las normas del sistema jurídico a partir del mismo.

Nada de todo esto está presente en el fundamento de la respuesta que hemos estado analizando. La integridad, tal como la entiende Dworkin, lleva a considerar como una «respuesta incorrecta» la que ofrece Alegre Martínez. Esto no sólo por no adecuarse satisfactoriamente al material relevante de la práctica jurídica española, sino también porque no permite justificarlo de forma coherente. Ajuste y justificación se unen para mostrar la incorrección de una respuesta a un

problema interpretativo sobre una cuestión muy controvertida como es la del aborto.

* * *

He presentado brevemente la TRC como una «débil tesis de sentido común», siguiendo algunos escritos recientes de Dworkin sobre la cuestión. Dado que la función básica de esta tesis es permitir elegir la mejor respuesta, entre distintas respuestas rivales para un caso jurídico difícil, la he aplicado a un caso muy controvertido, como es el de la constitucionalidad de la penalización del aborto. En ese terreno he desarrollado lo que Dworkin considera «una respuesta correcta», y también he dado con una típica «respuesta incorrecta», según los mismos criterios. Sobre esta base, puedo realizar las siguientes reflexiones generales.

El modelo normativo de Dworkin parece efectivo, pero a menos que se acepte que el principio de integridad posee una dimensión metafísica (cosa que Dworkin niega constantemente), su aplicación resulta absolutamente contextual. Esto significa que, ante un conjunto de argumentos en apoyo de respuestas rivales, siempre podremos elegir aquella que supere de manera más satisfactoria las pruebas a las que alude Dworkin. Pero para hacerlo no podremos apelar a razones de tipo general, sino que deberemos buscar los argumentos en el contexto de la práctica jurídica en la que se haya suscitado la controversia.

En el caso de las dos argumentaciones analizadas en este trabajo, el desarrollo de Alegre Martínez resulta notoriamente inferior al de Dworkin. El profesor de Oxford se preocupó por fundar cada una de sus premisas con suma precisión, e intentó dotar a su respuesta del mejor ajuste y justificación. También analizó las respuestas rivales en sumo detalle para mostrar sus inconvenientes. Nada de esto encontramos en el otro trabajo estudiado. La ambigüedad fue explotada en vez de eliminada, los fundamentos profundos que apoyaban sus premisas valorativas debieron ser exhumados para su discusión, la que también a ese nivel profundo resultó bloqueada por el carácter de dogmas religiosos de dichos fundamentos.

Pero con independencia de todo esto, creo que lo que se debería preguntar es lo siguiente: ¿resulta necesario comprometerse con la concepción del derecho como integridad que defiende Dworkin para poder llevar a cabo una crítica como la que he desarrollado en este trabajo?

El análisis realizado parece avalar una respuesta negativa a este interrogante. Con el aparato de la lógica tradicional y algunos desarrollos de lógicas informales aplicables a argumentos formulados en lenguaje natural hubiera resultado más que suficiente para llegar a las mismas conclusiones, en el aspecto metodológico. Por otra parte, para determinar la verdad de las premisas utilizadas, resulta necesario ponerse en la situación de un jurista comprometido con la práctica en

la que se argumenta. El conocimiento del derecho constitucional norteamericano y español resulta la clave material de la evaluación crítica de ambas argumentaciones.

Conocimientos de lógica y de derecho positivo son las herramientas que la débil tesis de sentido común exige para poder distinguir las respuestas correctas de las incorrectas en una discusión jurídica. No parece necesario entonces elaborar una sofisticada teoría alternativa al positivismo jurídico, ni fundarla en una concepción hermenéutica de la filosofía. La TRC en la versión analizada es tan débil que no puede ser cuestionada por casi ningún filósofo del derecho, pero también resulta compatible con las más diversas concepciones del derecho que se puedan proponer. Por este camino Dworkin podría poner a salvo la TRC, pero perdería una buena posibilidad de erigir su propuesta en una alternativa interesante frente a la de sus adversarios tradicionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León, Universidad de León. 1996.
- ALMOND, Brenda: «Los derechos», en Peter Singer (ed.), *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 361-373. Traducción de Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil. 1995.
- BONORINO, Pablo Raúl: *Objetividad y verdad en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2002.
- BULYGIN, Eugenio: «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, pp. 79-84.
- DWORKIN, Ronald: «The model of rules», *University of Chicago Law Review*, 35, 1967, pp. 14-46.
- DWORKIN, Ronald: «Social Rules and Legal Theory», *Yale Law Journal*, 81, 1972, pp. 855-890.
- DWORKIN, Ronald: «Hard Cases», *Harvard Law Review*, 88, 1975, pp. 1057-1109.
- DWORKIN, Ronald: «Seven Critics», *University of Georgia Law Review*, 11, 1, 1977a, pp. 1201-1267.
- DWORKIN, Ronald: «No Right Answer?», en Hacker, P. M. S. & Raz, J. (eds), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977b, pp. 58-84. Reimpreso con el título «Is There Really No Right Answer in Hard Cases», *New York University Law Review*, 53, 1 (1978), pp. 1-32, y en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 119-145.
- DWORKIN, Ronald: «What Rights Do We Have?», *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2.ª ed., 1978), 1977c, pp. 266-278.
- DWORKIN, Ronald: «Can Rights be Controversial?», *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, (2.ª ed., 1978), 1977d, pp. 279-290.
- DWORKIN, Ronald: «A Reply to Critics», *Taking Rights Seriously*, 2d. ed., Londres, Duckworth, 1978, pp. 291-368.

- DWORKIN, Ronald: «My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More», en W. J. T. Mitchell (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1983, pp. 287-313.
- DWORKIN, Ronald: «On interpretation and objectivity», en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press (reprinted 1986), 1985, pp. 167-177.
- DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, xiii + 470.
- DWORKIN, Ronald: «Pragmatism, Right Answers and True Banality», *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Colorado, Westview Press. 1991.
- DWORKIN, Ronald: *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf. 1993.
- DWORKIN, Ronald: «Objectivity and truth: you better believe it», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, pp. 87-139.
- GUEST, Stephen: *Ronald Dworkin*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1997, 2.^a ed.
- MALIANDI, Ricardo: *Ética: conceptos y problemas*, Bs. As., 1991, Biblos.
- MUNZER, Stephen: «Right Answers, Preexisting Rights, and Fairness», *Georgia Law Review*, 11, 1977, pp. 1055-68.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso: *El aborto: Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1990.

Consenso de los filósofos y libertad personal

Por FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. ENSAYOS ILUSTRADOS.—2. HOY, UN MOMENTO SINCRÉTICO.
3. UNA SOLA RAZÓN, QUE SERÁ PRÁCTICA.—4. LO IMPOSIBLE SIGUE SIENDO
IMPOSIBLE, TAMBIÉN EN LA UNIVERSIDAD ACTUAL.—5. OBSERVACIONES PRO-
PIAS DE UN FILÓSOFO.—6. LOS JURISTAS TAMBIÉN OPINAMOS.—7. EL CON-
SENSO, A RASTRAS DE LOS PROBLEMAS DEL LENGUAJE.—8. ÉTICA DIALÓGICA
Y ÉTICA ÚNICA.

Toda Ética que se precie hoy ha de ser dialógica, esto es, ha de revestir la forma de un diálogo entablado entre dos o más «personas jurídicas»¹. Fue Samuel Pufendorf quien encaminó a la Ética (a la teoría sobre el derecho y la moral) por un camino nuevo hasta entonces, porque él mantuvo que la persona es aquel ser que no reconoce superior² y que goza de una *libertas ad analogiam spatii*³, esto es,

¹ Sobre la noción específicamente moderna de persona, *vid.* mi estudio «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica», en *Anuario de filosofía del derecho* IV (1987), p. 477-522.

² «Respiciunt illae vel Personae vel Res, et utraque vel proprias vel alienas. Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum). Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda, aut tanquam vis seipsum invitum ad quid adstringendi, sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore provinientis». Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759, L. I, cap. I, § 19.

³ «Sic v. g. libertas, pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae». *Op. cit.*, L. I, cap. I, § 11.

como de un coto de libertad alrededor suya, que tiende a ser lo mayor posible: Es «velut maxime sui diffusiva»⁴. De acuerdo con este realce de la voluntad personal, las leyes, para ser vinculantes o generar un deber⁵, habían de ser creadas por aquellas mismas personas que resultaran obligadas, esto es, habían de ser autónomas. Éste es el motivo por el que Pufendorf, tras exponer las nociones más generales de su filosofía jurídica, comienza el tratamiento propiamente jurídico hablando, en primer lugar que de los pactos. En un texto especialmente relevante del «De Officio» llega a reconocer que los pactos constituyen la única categoría jurídica⁶, de forma que todo el derecho y ciencia jurídica se reducen al conocimiento de lo pactado⁷.

Todo esto planteaba problemas, incluso en el siglo XVII, porque a nadie se le escapaba que, privada de otra garantía, la minoría quedaba en manos de la mayoría, que podía cometer injusticia con ella. No era pensable recurrir a las garantías propias de las teorías sobre el derecho natural anteriores a la Edad Moderna, que aludían a un orden de bondad dictado por Dios a los hombres, cognoscible bien por la *recta ratio*, bien examinando las inclinaciones naturales del hombre⁸. Pufendorf consumó el proceso de emancipación del hombre frente a Dios escribiendo que si consideramos a la Naturaleza como «contra-

⁴ «Potestas est, qua quis legitime, et cum effectu morali agere potest... Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui». *Op. cit.*, L. I, cap. I, § 19.

⁵ Pufendorf se mostraba preocupado por la confusión, ya existente en el siglo XVII, entre deber y forzamiento. Él dedicó mucha tinta a distinguir el deber, en sentido propio, de la simple coacción. *Vid. Op. cit.*, L. I, cap. VI, § 10.

⁶ «Ab officiis absolutis ad hypothetica sit velut transitus per pacta intermedia, quippe cum omnia officia, praeter iam enumerata, pactum expressum aut tacitum videantur praesupponere. Igitur hoc loco agendum erit de natura pactorum, et quid illa ineuntibus observandum sit. Fuisse autem necessarium pacta inter homines ininvicem, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidquam tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus ab se invicem utiliter percipere licebat. Nam neque quibus ea est ingenii bonitas, ut omnia quibus aliis prodesse possunt, ex sola humanitate velint praestare citra explorata spem paria recipiendi... "Acaba concluyendo que": necessum fuit homines ipsos inter se convenire super eiusmodi rebus invicem praestantis, quae ex sola humanitatis lege certe invicem polliceri ab aliis non poterant». Cfr. *De Officio hominis et civis, secundum legem naturalem libri duo*. Trajecti ad Rhenum. 1728, L. I, cap. IX, § 1. Esos «oficios absolutos» a los que dice haberse ya referido no son más que la exigencia de igualdad y el tratamiento más filosófico acerca de la utilidad del derecho natural, la naturaleza de la ley, etc.

⁷ *Vid.* mi estudio «Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del derecho natural», en *Persona y derecho*, 12 (1985), pp. 79-85.

⁸ Tomás de Aquino fundamentó las exigencias del derecho natural en «el orden de las inclinaciones naturales del hombre». En la *Suma teológica* I-II, q. 94, art. 2, resp. escribe: «Quia vero bonum habet rationem finis, malum autem rationem contrarii, inde est quod omnia illa ad quae homo habet naturalem inclinationem, ratio naturalis apprehendit ut bona, et per consequens ut opere prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda. Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae». Un estudio más contextualizado, en mi *Historia breve del derecho natural*. Colex. Madrid, 2000, pp. 35-94.

distinta» (¿?) de Dios, la Naturaleza no nos impone ninguna obligación ni crea derechos para nosotros⁹. Por este motivo, él no aludió a las facultades morales que naturalmente corresponderían a los hombres, pues facultad hace referencia a una norma previa que crea tal poder, y tal norma sería la Naturaleza. Siguiendo las sugerencias de Suárez¹⁰ y, sobre todo, de Grocio, habló de una *qualitas moralis*, una cualidad moral que corresponde a cada individuo, sin más explicación¹¹. Es decir, el pensador alemán postuló la «libertad natural» de todos los seres humanos, pero no encontró ningún camino intelectual que le llevara a un sistema de contrapesos y garantías que impidiera (académicamente) que la mayor parte desconociera la igual libertad de las minorías. Por esta razón, Emerico de Vattel escribía algo más tarde que: «Cada ciudadano, al formar la sociedad se ha comprometido a procurar el bien, la tranquilidad y la seguridad de los demás. Por ello, si la parte más numerosa comienza a oprimir y a destruir a la más débil, viola sus compromisos y, de forma consecuente, la otra parte queda libre de los suyos»¹². Pero una forma tal de pensar suponía incurrir en una falta completa de seguridad política, que ya había denunciado Hobbes. Era preciso encontrar una forma de convivencia que llevara en sí las garantías perpetuas de su propia justicia.

1. ENSAYOS ILUSTRADOS

Fue Rousseau quien intentó esta última empresa. Realistamente, él reconoció que la mayoría puede decidir mal, porque los votos –por el motivo que sea– estén vendidos. A esta voluntad mayoritaria o simplemente empírica que resulta de las votaciones, la llamó voluntad de todos, *volonté de tous*. No reconoció ningún valor ético especial al

⁹ «Sed si per naturam intelligamur universitas rerum creaturarum, Deo contra-distincta, tunc negamus, potentiam naturae esse ipsius Dei potentiam, et illam cum hac eaque late patere... Sed et propria naturaliter determinatae illae res sunt, agentibus liberis contradistinctae; eoque homines circa actiones, quarum directio penas ipsos est, non a natura, sed a lege ad certi quid determinata sunt; et inde non statim illis ius ad agendum competit, quod intra vires naturae ipsorum est». Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. II, cap. 2, § 2.

¹⁰ Francisco Suárez había escrito a comienzos de siglo, que: «Quod licet proprietates physicae manantes a natura, soleant esse immutabiles naturaliter; nihilominus de proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu iura». Cfr. *Tractatus de Legibus, ac Deo legislatore*. Reproducción del IEP, Madrid, 1967, L. III, cap. 3, § 6.

¹¹ Sobre este tema, *vid.* el estudio de J. J. MEGÍAS, «De la facultad moral a la cualidad moral», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, IX (1992), p. 325-349.

¹² «Chaque citoyen, en formant la société, s'est engagé... procurer le bien, la tranquillité et la sûreté, des autres. Si donc la plus nombreuse partie entreprend d'opprimer et de perdre la plus foible, elle viole ses engagements, et par conséquent, l'autre partie est déliée des siens». Cfr. *Questions de droit naturel et observations sur le Traité du Droit de la Nature de M. le Baron de Wolf*. Berne, 1742, p. 348.

resultado de tales votaciones¹³. Su problema, tal como él lo planteó, estribaba en encontrar una forma de asociación que, por el simple hecho de ser como era, produjera una voluntad siempre justa. Esto es, propuso un régimen político que decidiera mediante votaciones sobre las cuestiones fundamentales, aunque reconocía que el resultado de las votaciones no lleva en sí mismo los criterios de su propia corrección.

¿Había llegado a un punto muerto? Juan Jacobo Rousseau poseyó grandes dotes literarias, y por esta vía escapó a las acusaciones más obvias. Su salida fue idear una voluntad general distinta a la simplemente mayoritaria, a la que llamó *volonté générale*, que siempre es justa y recta¹⁴, que en cierto modo ya preexiste a las votaciones, de forma que, mediante estas últimas, no se la crea sino que únicamente se la desvela. Rousseau se apoyó concienzudamente en el prestigio que la expresión «volonté générale» poseía en los círculos que él frecuentaba en París, y por este simple hecho ya tenía mucho ganado ante el gran público. Pero el problema realmente decisivo desde su planteamiento político, que era el de discernir la justicia de la voluntad mayoritaria, quedó sin respuesta¹⁵. Cualquier lector puede observar su recurso literario: A partir del libro II, capítulo VI, de su «Du contrat social», el ginebrino dejó de aludir ya a la simple «volonté de tous», y siempre que habla de la voluntad social la convierte en *volonté générale*. Así produjo la impresión de que cualquier manifestación de las votaciones creaba una verdadera voluntad normativa según los presupuestos que él mismo había diseñado.

El problema de la contraposición entre idealidad y realidad siguió persistiendo en el siglo XVIII. Kant, preocupado por las consecuencias políticas y humanas del utilitarismo inglés y de las soluciones de las del tipo de las de Rousseau, que llevaban hacia un poder totalitario, proclamó la heteronomía del orden moral y jurídico. El ordenamiento moral sería como ese firmamento de estrellas, que él observaba sobre su cabeza, ya perfectamente constituido. Lo mismo sucedía con las leyes políticas ya existentes, a las que había que obedecer en cualquier caso¹⁶. Pero el universo moral presentaba una dimensión propia suya: Las normas morales habían de ser cumplidas por sí mismas (aus Achtung), no por las ventajas que proporcionara su cumplimiento. La

¹³ Explica esta faceta de la «volonté de tous» en el *Du contrat social ou principes du droit politique*. Gallimard. Paris, 1964, L. II, cap. III, p. 380.

¹⁴ *Op. cit.*, L. II, cap. III, p. 371, de esta edición.

¹⁵ Harold Laski observaba que esta solución de Rousseau era sólo una evasión del problema: «but when he was confronted with the problem of an institutional expression for that insight, his solution was, in fact, an evasion of it». *A Grammar of Politics*. Routledge. London-New York, 4.^a ed., 1941, p. 15.

¹⁶ Trató este tema ampliamente en la *Rechtslehre* que apareció en 1796, como segunda parte de la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, especialmente a partir del § que tituló «Observaciones generales sobre los efectos jurídicos que resultan de la naturaleza de la asociación civil». En la edición castellana de Arnaldo Córdova (UNAM, 1978), pp. 149 y ss.

moral era, pues, radicalmente autónoma, porque cada sujeto, para obrar con relevancia moral, necesitaba asumir personalmente, o admitir interiormente, las normas morales que había de cumplir: Nunca en la historia de las ideas éticas se había exigido tanto. Se opuso así al eudemonismo usual de la mayor parte de los iusnaturalistas del siglo XVIII (que se disolvía en consecuencialismos fáciles), y recabó la indefinible noción del deber como el eje imprescindible de la moral. Pero al establecer categóricamente la exigencia del deber expulsó al derecho del campo de la Ética, porque la moral era ante todo el terreno del deber, y esta categoría del deber no era –según él– propia de lo jurídico. El motivo para el seguimiento de la moral (*Befolgungsmodus*) sería la conciencia del deber, y el del derecho, la *Zwang*, la coercibilidad¹⁷. El derecho, al ser obedecido por miedo a la sanción que se derivaría de su incumplimiento y no por conciencia del deber, seguiría en la dimensión del *Sinnenwelt* o mundo de lo natural, el de las simples pasiones humanas no mediadas necesariamente por la Ética. Gerhard Dulckeit reparó hace años en esta expulsión del derecho del campo moral y en la consiguiente irrelevancia ética o moral de las manifestaciones de la vida jurídica¹⁸.

2. HOY, UN MOMENTO SINCRÉTICO

Nuestra filosofía práctica más reciente no cree en un orden nouménico, como el kantiano, que nos enseñe la verdad práctica de una vez por todas. Ha asumido la exigencia de historicidad de los contenidos éticos y aspira a un diálogo progresivo en la historia que elimine las posibilidades de prepotencia. Porque la exigencia más típica de este diálogo sería la simetría de las partes dialogantes. Nuestros filósofos siguen un camino que simultáneamente es moderno, como el de Pufendorf, pero también ilustrado, como el de Kant. A diferencia de Pufendorf, que no pudo establecer garantías de justicia en la conclusiones de los acuerdos, y a diferencia de Kant, que entendió que la verdad práctica ya está dada en el mundo trascendental y nouménico del que participamos todos, nuestra filosofía más actual quiere la variabilidad histórica que hizo posible Pufendorf, pero con las garantías objetivas que añadió Kant.

¹⁷ Sobre la falta de valor ético del derecho en la Ilustración, *vid.* mi estudio «Deber y Fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico», en *Obligatoriedad y derecho. XII Jornadas de filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-182.

¹⁸ *Vid.* *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Reproducción de Scientia (Aalen) de la edición de Leipzig de 1932. Este problema, y otros que plantea la doctrina kantiana sobre el derecho positivo ya habían sido denunciados lúcidamente antes, entre otros, por Friedrich FISCHER en *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, pp. 12-13.

Normalmente, esta nueva filosofía parte desde un interés que sea generalizable, lo que no deja de constituir un punto de partida interesante, y discutible¹⁹. Porque estos filósofos entienden que cualquier interés puede ser generalizado de hecho jurídicamente, y esto abre la puerta a la prepotencia –lo que es rigurosamente cierto–. Para referirse a este hecho Habermas –en quien ejemplifico esta tendencia universitaria– suele usar una fraseología impresionante, en éste como en los otros puntos que él trata, y habla de una constelación de intereses fácticos, de un plexo de poder, etc., que nos transmite la historia. Este problema le interesó especialmente cuando polemizó con Gadamer, a finales de los años ‘60 y comienzos de los ‘70, y quiso mostrar que las relaciones de poder transmitidas por la tradición no llevan en sí la garantía de su humanidad. Luego el círculo hermeneúutico que propone Gadamer no puede funcionar a modo de esquema heurístico que filtre necesariamente nuestra percepción (actual) del valor. Si acaso, hay que precaverse contra la tradición. Algo parecido vivencia Rawls, y de ahí su empeño en sentar las bases de una sociedad bien ordenada, partiendo *ex novo* en sus consideraciones.

Son necesarios, pues, unos factores que simultáneamente purifiquen la cultura transmitida y creen otra, en cambio continuo, pero excluyendo la prepotencia. Obviamente, nos proponen una ética procedimental. Como la exigencia de asumir la historicidad les hace imposible mantener la permanencia de las normas concretas, el elemento absoluto pasa desde los contenidos concretos al procedimiento general y unitario. Notemos que la exigencia de objetividad (por llamarla así) sigue igualmente presente, con la única diferencia que ahora se ha desplazado al procedimiento que ha de seguir el diálogo. Por esta razón hablan de las reglas de un diálogo racional. Parece que el espíritu filosófico de la Edad Contemporánea es más proclive a creer en las objetividades de un procedimiento que no en el de unas normas o principios concretos²⁰. Porque la fe filosófica de que habla-

¹⁹ La doctrina sobre los intereses conductores del conocimiento humano está presente en muchas obras de Habermas. Por citar las simplemente las más representativas, *vid.*, por ejemplo, *Erkenntnis und Interesse*. Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1973, y *Theorie und Praxis*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1971. Más temáticamente, en polémica con LUHMANN, en *Vorbereitende zur eine Theorie der kommunikativen Kompetenz*, en HABERMAS-LUHMANN, «Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leitet die Systemforschung?». Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1971, pp. 101-141.

²⁰ Es un hecho notable comprobar cómo se ha desplazado el acento de la credulidad. Desde la Edad Moderna no admitimos la objetividad de los principios morales generales (como el que prohíbe abusar de las mujeres), pero admitimos sin reservas críticas la posibilidad de una «teoría» procedimental que sí tiene valor objetivamente vinculante. Naturalmente, los estudiosos discrepan entre ellos, porque cada cual propone una teoría distinta (de hecho, cada Feria del Libro nos trae una nueva teoría sobre la razón práctica), pero lo que no falla es la fe en la posibilidad de un cauce procedimental de valor objetivo.

Parece un intento discutible para la ciencia jurídica porque ya W. E. Hearn advertía (razonando como jurista) que la ciencia usual del derecho estaba realizada muy

ba Kant ha creado todo un estilo (ajeno al propio Kant) que entiende que puesto que no existen substancias ni cosas en sí mismas, y si existen no podemos conocerlas²¹, hay que abandonarse a esa corriente o flujo que sería la razón pura, movida siempre por los intereses de la razón²², en la que no existen ideas sino sólo su uso²³, que hace que la razón misma no exista en sí misma, sino únicamente en tanto que instrumento de unos «intereses superiores»²⁴. La idea tradicional de la razón como un potencia ya existente (*Vermögen*) se desvaneció en la filosofía ilustrada alemana, y este desvanecimiento llega hasta hoy bajo la forma de una alegre desenvoltura, prácticamente metafísica, que hace posible que cada pensador proponga el esquema utópico que se le ocurra. Porque, según Kant, la razón no existe desde el punto de vista teórico, como tampoco existen así las ideas: Su existencia es cuestión práctica²⁵.

Sería difícil aseverar hasta qué punto la verdad moral es, según Kant, independiente del proceso por el que llegamos a ella. Su intención personal era clara; pero la dinámica propia del estilo filosófico que él puso en marcha era otra. Si seguimos algo unilateralmente, algunos de los nervios claros de su obra, el aparentemente severo pensador prusiano vino a proponernos que sólo existe una sola razón, la racionalidad práctica, puesto que el uso de la razón sólo puede ser práctico, y la filosofía ética que arrancó de la Modernidad se ancló en

unilateralmente, según el método de los economistas, que aislaban un solo rasgo de la conducta humana a fin de poseer un *corpus* de nociones que pudieran manejar con facilidad. Vid. *The theory of legal duties and rights: an introduction to Analytical Jurisprudence*. Melbourne-London, 1883, p. 2. Lord Kames, en uno de los mejores estudios ético-jurídicos del siglo XVIII, apostillaba que «So various is human nature, and so complicating its actions powers, that it is not readily to be taken in at one view». Cfr. *Essays on the principles of morality and natural Religion*. London, 1758. Reprod. de G. Olms (Hildesheim), 1976, p. 10.

²¹ La razón de este hecho la expone claramente MASSINI: «El primero de los caracteres de la actual conceptualización de la justicia consiste en la negación radical de todo bien común a los miembros de la sociedad, desde el cual deban basarse las exigencias de la justicia; y no sólo no existe, desde esta perspectiva, ningún bien común objetivo, sino que los bienes que persiguen de hecho los hombres son meramente empíricos, particulares e inconmensurables, razón por la cual, si se estableciera como obligatoria la prosecución de un bien cualquiera, se estaría imponiendo a un sujeto un bien que no es el suyo, sino el escogido o elegido por otro sujeto diferente... Esto significa que las exigencias de la justicia no habrán de fundamentarse en ciertos bienes humanos básicos, o en una idea de la perfección humana en sociedad, o en un bien común que se participe por todos, sino más bien en principios que aseguren la posibilidad de que cada uno pueda lograr los objetivos que libremente se ha propuesto; es evidente que estos principios habrán de encontrarse en un nivel deónticamente superior al de cualquier bien subjetivo». Cfr. «De las estructuras justas a la virtud de la justicia», en «*Philosophica*» (Valparaíso, Chile), 16 (1993), p. 178.

²² Así lo explica KANT en *Crítica de la razón pura*. Trad. de P. Ribas. Alfaguara. Madrid, 1988, A 357 y A 359.

²³ Vid. *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 666.

²⁴ *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 643

²⁵ Vid. *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 797-798, entre otros lugares.

esta tesis. Y, a falta de una vertiente teórica que posibilite, concretando, el esfuerzo universitario, se despliega mucho más ampliamente que una imaginación faústica, y todo parece posible si es debidamente argumentado. Consecuencias de haber prescindido de esa *theoria* que nos indica intuitivamente que está mal mentir o robar.

Añadiría, aunque esto suponga embarullar el orden de la exposición, que parece que hay una confusión en el uso del término interés. Kant usó la palabra interés para referirse a los motores o muelles de la razón pura, trascendental, que cumplían la función de provocar el movimiento perpetuo en el Olimpo de la Racionalidad. Obviamente, esos intereses nouménicos nada tenían que ver con los intereses materialistas o eudemonistas propios de la filosofía ilustrada, contra los que el de Königsberg reaccionó. Sin embargo, Jhering volvió a situar los intereses reconocibles empíricamente en el primer plano de la consideración jurídica, y a partir de entonces la universidad alemana confundió unos y otros intereses, creando un *mixtum compositum* algo extraño, que se expresó en unos «intereses» del tipo de los de Thomasius o Jhering pero participando del carácter trascendental o nouménico kantiano. Y, en sede de jurista, que no de filósofo, me parece que han creado un híbrido extraño que hubiera horrorizado a Kant y a Jhering. Porque si Kant rechazó los intereses personales en nombre de la pura objetividad del deber, Jhering entendió que los contenidos de todo sistema normativo son simplemente culturales e históricos²⁶.

3. UNA SOLA RAZÓN, QUE SERÁ PRÁCTICA

En la reacción antiempirista que acaeció en el siglo XX, el péndulo que guiaba los nervios de la filosofía se ha desplazado de un lado a otro, y si los diversos empirismos negaron la posibilidad de cualquier filosofía práctica, la reacción contraria niega la escisión de la filosofía en teórica y práctica y quiere que sólo haya una sola consideración filosófica unitaria, aunque preferentemente práctica²⁷. Actualmente estamos ante otra variante de la filosofía constructivista, que crea su objeto de estudio (en este caso, el hombre) al mismo tiempo que lo conoce.

La filosofía dialéctica alemana ha visto, y ha insistido especialmente, en la distinción entre filosofía teórica y práctica como una grieta abierta en el mundo humano desde el siglo XVIII. La falta de humanidad que se dejó sentir en la Segunda Guerra Mundial y en el

²⁶ Vid. «Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik», en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* (Schmoller's Jahrbücher) 6. Jahrgang, 1882, Erstes Heft.

²⁷ Sobre este problema a lo largo del siglo XX, vid. el estudio de Daniel INNERARITY, *Praxis e intersubjetividad. La teoría crítica de Jürgen Habermas*. EUNSA. Pamplona, 1985, pp. 17-104.

desarrollo del capitalismo sería una consecuencia –mantienen los frankfurtianos– de esta división de la filosofía. Porque ellos entienden que cuando la *theoria* sólo muestra «lo que es», sin ninguna pretensión normativa, la *praxis* humana queda desprovista de puntos de referencia objetivos para su actuación. Y como el ser humano no puede quedar a merced de los distintos puntos de vista de los parlantes en un diálogo inconmensurable, es necesario proceder a señalar un cauce necesario del diálogo que elimine las posibilidades de un desvío inhumano. De este modo, la filosofía práctica contemporánea (pensemos en autores tan distintos como Apel, Habermas o Rawls) quiere erigirse en la locomotora del cambio filosófico, como ya hiciera en la Modernidad –aunque aquella vez equivocadamente, según ellos–.

4. LO IMPOSIBLE SIGUE SIENDO IMPOSIBLE, TAMBIÉN EN LA UNIVERSIDAD ACTUAL

Tenemos históricamente dos polos entre los que ha girado, entrapada, la espina dorsal de la Ética moderna: la exigencia a priori de que los hombres se den a sí mismos sus propios ordenamientos normativos, y la demanda de una racionalidad pura que garantice la justicia de las decisiones que tomamos históricamente los hombres autónomos. Todos desconfían de los pactos efectivamente concluidos en la historia, porque especialmente tras la crítica de Habermas a Gadamer, nuestra universidad se ha vuelto consciente de que todo pacto, en principio, no es más que un ejercicio de fuerza, en el que gana el más fuerte. Por este motivo, a la exigencia del diálogo hemos unido un adjetivo que, aunque reviste diversas formas, pueden quedar resumidas en una: el consenso ideal. Curiosamente, el empirista siglo XX se ha atrevido a usar un rótulo que hubiera sido impensable en el fenomenismo sensista del siglo XVIII.

Quisiera centrarme en un tema. Unas veces podemos plantearnos si es posible una cosa, y otras si esa cosa es lícita. En la técnica resulta patente que muchas cosas no son posibles, pero en el campo de las Humanidades parece dominar un modo de pensar difuminado que entiende que todo es posible y que las únicas limitaciones a esta posibilidad en general son aquellas que provienen de la coherencia con la propia forma de entender las cosas. No quiero referirme ahora a problemas humanos, sino a las posibilidades de lo real, no siempre masa dúctil para los universitarios, como la plastilina en manos de los escolares. Veamos: la lengua alemana posee dos verbos para indicar estas distintas opciones. Uno es el verbo *können*, que mienta el poder hacer algo física o realmente. Otro es el verbo *dürfen*, que significa si es lícito o no hacer una cosa. Así, si alguien pregunta si puede pescar en un río, no usará el *können* (puede pescar todo el que tenga los avíos suficientes), sino el *dürfen*: «Darf ich angeln?», que vendría a ser:

«¿Puedo pescar?». Quiero desechar esta segunda posibilidad, para quedarnos sólo con la primera, la que expresa el poder ser. Porque puede que suceda que los hombres no somos tan autoplásticos que podamos consumir todo tipo de cambios con nosotros mismos, y que los intentos de autopoiesis tengan un límite necesario. Y como no siempre podemos todo, ni aun con la voluntad mejor imaginable, procede hacer algunas digresiones para situarnos al compás de lo real. Una observación necesaria: este sector de la filosofía práctica actual se presenta, desde sus bases epistemológicas, como deliberadamente modesto. Porque reconoce que estamos viviendo ya un período individualista, egoísta, y toda teoría ética –si quiere servir de algo– habría de arrancar desde cómo son los individuos de hoy: no tiene ya sentido remontarse a nociones de tiempos pretéritos, tales como las del bien común o algunas de las exigencias objetivas de la moral. Echan de menos los tiempos pasados, en los que los hombres poseían mayor capacidad para la sensibilidad y la sensualidad, pero quieren formalizar la derrota de las ilusiones del género humano: hoy, una teoría ética sólo puede consistir en cómo hacer posible académicamente la igualdad entre individuos egoístas interesados en promocionar sus propios intereses.

5. OBSERVACIONES PROPIAS DE UN FILÓSOFO

Si fuera un filósofo diría que no veo claro el estatuto epistemológico en el que se quieren mover estas teorías éticas del tipo de las aludidas. Kant, gran metafísico, postuló la existencia de un universo inteligible que, guiado por algunas leyes fundamentales de la termodinámica y por el *horror vacui*²⁸, encontraba en sí mismo los resortes para ponerse en movimiento y rellenar las lagunas que dejaba abiertas el mundo humano empírico. No es el momento de discutir con Immanuel Kant: sólo de señalar que él postuló un universo inteligible, diseñado a la medida de sus pretensiones, en el que eran posibles sus consideraciones abstractas. El problema está en que la filosofía del siglo XX, influida por el empirismo, sólo cree (un postulado inamovible) en el lenguaje. Queda excluida cualquier esfera inteligible, así como todo dato real que nos proporcione la evidencia de los sentidos. Eliminadas estas dos posibilidades en filosofía, es el momento de preguntarnos por la «sede» de esos intereses emancipadores que deberían guiar el diálogo permanente que sería la vida de los hombres²⁹.

Ruego se me permita una digresión que parece romper el orden expositivo, y que consistiría en lo siguiente: Siempre se puede decir

²⁸ Vid. mi estudio *Las canas de Kant*, ya citado.

²⁹ Una respuesta juiciosa a este problema en M. BEUCHOT, en *derechos humanos y naturaleza humana*. UNAM. México, 2000, pp. 11-75.

que de nada sirven las objeciones que más que captar la lógica de la vida humana, se dejan guiar por reparos excesivamente racionalistas; y que indicar que la filosofía del habla racional incurre en contradicciones lógicas supone una actitud desdeñable para un espíritu abierto. Porque estos autores no pretenden tanto establecer exigencias basadas en el eterno orden del ser como proponer una demostración de carácter circular e hipotético, tal como ellos mismos indican, pero que es la única posible en clave genealógica contemporánea³⁰. Desde luego, en esta nueva filosofía existe un talante humanista que justifica sus pretensiones últimas. Para aceptarla bastaría la anchura de espíritu de quien entiende, como advierte Kant, que en estos asuntos fundamentales «lo que se encuentra en juego no es la cosa, sino el tono»³¹. Efectivamente, cualquier persona con sensibilidad es hoy partidaria del talante que hizo posibles los mitos griegos. Porque por poco oficio que tengamos en estos quehaceres académicos, pronto captamos que las realidades humanas fundamentales se dejan explicar mejor según el estilo mítico que no con razonamientos que pretendan ser exactos: la sequedad de cualquier argumentación se muestra pronto insuficiente e inadecuada ante la vivacidad y la complejidad de la vida del hombre. Y, argumentando estrictamente conseguimos muy poco. Más vale la anchura de espíritu, aunque en ella haya que renunciar a la exigencia de la certeza que nos proporcionaría el rigor. Porque a fin de cuentas, poco perdemos: el rigor no nos lleva siempre a la exactitud. Y podríamos establecer un paralelismo con el arte, porque explica Marina que «La teoría del ingenio proporciona la respuesta: si el arte consigue fundarse sobre la libertad, la realidad se convierte en pretexto para la aparición de la forma desvinculada»³². El mito sería, así, un tipo de forma desvinculada que se justifica por su eficacia.

Pero el talante humanista puede ser alcanzado por distintos caminos, y es preferible transitar por el que menos nos hipoteque. La hipoteca más cercana a la que quiero referirme ahora sería ésta: dado que ya no existe en la nueva filosofía la posibilidad de recurrir al *homo noumenon* kantiano, quedan vedados los intereses emancipatorios que se situarían en el universo trascendental *à la Kant*. Ante este problema, Habermas o Rawls han decidido recurrir al ingenio, y el alemán ha lanzado una nueva versión de la forma desvinculada a que aludía Marina. En su rechazo simultáneo de lo trascendental y de lo empírico, Habermas ha seguido rigurosamente una *via media* y declaró, sin

³⁰ Vid., por ejemplo, Carlos-Ignacio MASSINI, «Derechos humanos “débiles” y derechos humanos “absolutos”», en *O Direito*, 123 (1991), pp. 26-27.

³¹ «Lo que en este caso se halla en disputa no es la cosa, sino el tono. En efecto, aunque hayáis tenido que abandonar el lenguaje del saber, os quedan recursos suficientes para hablar, ante la razón más rigurosa, el lenguaje legítimo de una creencia firme». Cfr. *Crítica de la razón pura*, cit., A 744.

³² J. A. MARINA, *Elogio y refutación del ingenio*. Círculo de Lectores. Barcelona, 1992, p. 148.

más complejos, que tales intereses no pueden ser ni nouménicos ni empíricos, sino que son «cuasi-trascendentales»³³, que sería lo mismo que decir que son cuasi-empíricos o prácticamente colorados. Y esto plantea algunos problemas, porque nadie puede ver muy claro cómo una filosofía que se sitúa exclusivamente en el lenguaje, ha de admitir necesariamente unos factores que trascienden al lenguaje mismo, aunque Habermas establezca, para poder seguir hablando él, que esos factores no son trascendentales, sino «casi». Entra la tentación de pensar como Hegel, quien escribía que «Semejante palabrería desprovista de la idea de la filosofía, debido a su prolijidad y a su propia petulancia adquiere una suerte de autoridad, en parte porque parece increíble que pueda haber tantas cáscaras sin nuez, en parte porque la vanidad posee una especie de inteligibilidad universal»³⁴.

No sé si suscribir la dureza de estas líneas. Pero sí es cierto que esta falta de coherencia parece poco seria. Porque no es cuestión de ser coherente hasta el final, planteando por ello unos problemas difíciles desde un punto de vista estrictamente racionalista –los más básicos de la epistemología de Hume– y en el momento de resolver esos problemas, romper la coherencia racionalista para estar en condiciones de seguir adelante con el propio discurso.

Kant, preocupado por la Ética, pero consciente de que no podía proponer ninguna respuesta válida para ella sin explicar antes el estatuto epistemológico de la geometría y de las matemáticas, dividió la *Crítica de la razón pura* en tres partes. En la primera incluyó la Estética y la Analítica trascendentales, que no son más que el estudio de las sensaciones, esto es, de la evidencia que nos proporcionan los sentidos. Estas evidencias suministran un conocimiento válido intersubjetivamente gracias a las categorías a priori del Entendimiento (Verstand) humano. Esto es, las categorías de ángulo, línea recta o líneas paralelas no las proporciona la naturaleza, ni tampoco una deducción sintetizadora que proceda desde los datos sensoriales observados, sino que constituyen categorías puras a priori, que el género humano aporta en su matrimonio con el mundo. Lo mismo sucede con las categorías de simultaneidad o causalidad. Esto implica que cuando hablamos de una alberca que tiene forma rectangular, estamos usando «los dos grandes artesanos de la razón», a saber, la filosofía (que nos hace dis-

³³ Ciertamente, la filosofía moderna fue pronto consciente de la mediación que los sentidos imponen entre los hombres y la realidad. Sin necesidad de recurrir a Descartes, *vid.*, por ejemplo, a Joseph GLANVILL, *Essays on several important Subjects in Philosophy and Religion*. London, 1675, Essay I, p. 5. Pero la observación del siempre tranquilo sir James Harrington parece más puesta en razón: «That which I would infer from all this, that the generality of speculative men, for the part guiding their understanding by those notions which they find in books, fall not seldom by this means into considerable errors». Cfr. *The Oceana and other Works*. London, 1771, p. 5.

³⁴ *Vid. Sobre la esencia de la filosofía en general, con especial referencia a su relación con el estado de la filosofía*. Trad. de Dalmacio Negro. C.E.C. Madrid, 1980, p. 11.

tinguir una alberca) y las matemáticas, que nos aportan la forma de la alberca y su propio concepto, porque mientras que la filosofía funciona mediante síntesis de conceptos (la síntesis trascendental que combina los datos sensoriales con la categoría de rectángulo), la matemática o geometría opera mediante la construcción de los conceptos, porque las nociones de rectángulo, etc., son construidas por el Entendimiento humano. El hombre, desde el punto de vista de las matemáticas o la geometría (Kant no quiere distinguir entre conocimiento geométrico y conocimiento matemático en la tercera parte de su *Crítica*, que trata del Método Trascendental), se encierra en un universo simbólico que es suyo, y que no comparte con nadie. Lo que sean los «fenómenos» por sí mismos (los datos que nos proporcionan los sentidos al margen de las categorías que permiten agruparlos en el Entendimiento) es algo que no podemos saber, porque los seres humanos ya conocemos una vez que se ha producido la síntesis trascendental de los fenómenos con las categorías puras a priori.

Dicho sea de paso, no deja de llamar la atención que Kant hable con tanto desparpajo de las categorías puras a priori del Entendimiento y no se atreva a hacer lo mismo con los fenómenos puros a priori de la sensibilidad, porque en ese matrimonio que es la síntesis trascendental que opera cada sujeto hay un marido y una mujer, y Kant concede su atención a una sola de las partes, y de la otra solamente se atreve a decir que es incognoscible por sí sola³⁵. Quizá el hecho de que su *Crítica de la razón pura* sea ante todo una reacción contra Hume explique la unilateralidad de su explicación, centrada ante todo en la explicación de la relativa objetividad de las formas puras que usamos cotidianamente. Pero la explicación de Kant vale para las matemáticas y la geometría, y está concebida para estos saberes, por lo que es lícito que nos preguntemos si también en el caso del derecho y de la justicia hemos de recurrir a ese universo categorial a priori. Kant se plantea él mismo, de forma expresa, este problema, y responde que «El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la

³⁵ Siempre cabe preguntarse por qué los fenómenos se agrupan en torno a una categoría y no en torno a otra. Esto es, si vemos una alberca de forma rectangular, por qué decimos que la alberca es rectangular y no, por ejemplo, las mesas que hay en torno a ella. En los momentos decisivos de la Estética y de la Analítica trascendental, Kant, de forma inconsecuente, hace pivotar la respuesta a esta pregunta sobre la fuerza de los fenómenos para agruparse por ellos mismos.

representación de un *cuerpo* en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta. Esta receptividad de nuestra facultad cognoscitiva se llama sensibilidad y es completamente distinta del conocimiento del objeto en sí mismo»³⁶. A la vista de esta declaración, observe el lector lo que podemos pensar de esos tratados de filosofía del derecho, derechos humanos, etc., que comienzan indicando que «tras la crítica kantiana a la noción de la cosa en sí...».

6. LOS JURISTAS TAMBIÉN OPINAMOS

Los que trabajamos en el derecho no nos complicamos la vida con teorías epistemológicas antiguas o modernas. No nos preocupamos gran cosa por establecer si todo lo que existe ha de ser así necesariamente, como afirmaron Gabriel Vázquez, Molina, Suárez, Grocio, Leibniz o Wolff³⁷, o si es en su mayor parte producto contingente de la voluntad divina, como mantuvieron a su modo Duns Escoto o Guillermo de Occam, o si el nominalismo ha de ser completo, como quiso Hobbes y, tras él, los filósofos fenomenistas de la Ilustración. Tampoco ponemos nuestra esperanza en jergas intersubjetivamente comunicables que son tales porque tienen en cuenta una sola faceta de la realidad. Sucede que nosotros entendemos que, simplemente, las cosas están ahí, y cometeríamos un serio error si aplicáramos a la usucapión de una servidumbre principios propios del derecho de sucesiones.

Esto es, los juristas siempre han intuido que no basta con hablar, sino que hay que hablar *sobre* algo, de forma que los modos de ser de eso sobre lo que hablamos condicionan y simultáneamente posibilitan su discurso. Que el lenguaje jurídico ha de ser *Sachhaltiges*, como suele expresarse Arthur Kaufmann³⁸, y no únicamente con exigencias formales-universales de procedimiento. Y en todo esto juega una función decisiva la inducción. Porque los del derecho entienden que si es un error aplicar los principios fundamentales del derecho penal al matrimonio, este hecho se debe no a que los dialogantes hayan convenido expresa o tácitamente en eso siguiendo unas reglas determinadas, sino a que las cosas ante el derecho presentan exigencias propias, a pesar de los cambios jurídicos en la historia³⁹. Porque por mucho que cambie históricamente el contexto de precomprensión del derecho,

³⁶ *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 43-44.

³⁷ Sobre estos autores desde este punto de vista, *vid.* mi estudio *Historia breve del derecho natural*, cit., pp. 122-144 y 188-199.

³⁸ *Vid.* por ejemplo, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 5.ª edición. C. F. Müller (UTB). Heidelberg, 1989, p. 137.

³⁹ Pedro Serna explica que «predicar la historicidad de un concepto cualquiera significa concebirlo como una realidad sometida a cambios históricos, pero la des-

siempre habrá cosas que no podrá hacer o decir el jurista —o que habrá de hacer necesariamente—.

Los filósofos que siguen la filosofía analítica más extrema explican que existen universales implícitos en el lenguaje cotidiano, y que ellos justifican la necesidad de nuestro modo de hablar. Pero ésa es la misma actitud que la del físico joven que explica que el alcohol se evapora más rápidamente que el agua porque el alcohol posee menor cohesión molecular. Con esas explicaciones no hemos avanzado nada sobre las explicaciones escolásticas que aludían a una *vis cogitativa* que era la responsable de que el hombre pensara. En cambio, si prescindimos de las fuerzas y universales operantes misteriosamente en el lenguaje, observamos que no basta decir: «Hablemos sobre algo y pongámonos de acuerdo racionalmente.» Habrá que decir: «Hablamos sobre algo...», porque la cosa sobre la que hablamos presenta exigencias propias que van más allá de la exigencia de simetría personal de los parlantes. Si nos ciñéramos a esa igualdad personal que excluye la prepotencia, tan correcto sería castigar a los que maltratan a los niños como a los que juegan al ajedrez, cosa que no es posible «en principio». Buena parte del problema epistemológico se sitúa en esta expresión, «en principio»: ¿Por qué unas conductas son posibles, o han de ser posibles en principio, y en principio otras no deben ser toleradas?

El jurista observa que si las cosas nos limitan, no tanto ejercen esa función como nos posibilitan para hablar. Este hecho lo intuyó Leibniz, quien dejó escrito que «generalmente se dice que *rationes non esse numerandas, sed ponderandas*. Pero nadie ha señalado la balanza apropiada para ello, aunque nadie se ha acercado más al tema ni ha proporcionado más elementos que los juristas. Por eso he reflexionado no poco sobre el asunto y espero alguna vez llenar el hueco con algo concreto»⁴⁰. Leibniz no cumplió su promesa, pero sí ha desarrollado en parte este programa Stephen Toulmin, quien también ha visto que la lógica más fiable es la de los juristas. El problema es agudo porque la Modernidad, una vez que hubo negado el relativo acceso del hombre a la realidad, solamente nos ha legado una receta universal: la igualdad de las personas humanas, y así han argumentado los filósofos progresistas desde el siglo XVII hasta hoy. No es que la Modernidad fuera poco imaginativa, o poco inteligente: sucede más bien que una vez que negamos los factores *reales* en la dirección del conocimiento práctico, no nos queda otra cosa que las consideraciones *personales*. Aunque siempre cabe recurrir a instancias un tanto esotéricas, como la «volonté générale» de Rousseau o los intereses

cripción misma de esos cambios se realiza, en todo caso, por referencia a un sustrato que permanece, y que es justamente quien sufre esos cambios. Si no se admite esa permanencia hablaremos, no ya de historia, sino de evolución». *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Eunsa. Pamplona, 1990, p. 285.

⁴⁰ Carta a G. Wagner, en *Escritos filosóficos*. Trad. de T. E. Zwanck. Charcas. Buenos Aires, 1982, p. 362.

cuasi-trascendentales de Habermas. Lo realmente chocante es llegar al esoterismo de la mano del racionalismo.

Puesto a opinar como jurista, podría decir que existe además otra vertiente de este tema que es de tal magnitud que sólo puede ser levemente aludida. Sería la siguiente: algunos intuimos que los puntos de referencia de la vida práctica del hombre –también los del derecho y la ciencia jurídica– no pueden ser proporcionados por una instancia que no sea el mismo ser humano. Esta exigencia, así formulada, nos conduce como a dos temas conexos. Uno, que la vida humana no consiste en un «ser hecha» al modo como el técnico elabora sus productos, artefactos. Porque si la filosofía pre-moderna insistió tanto en la distinción entre lo factible y lo agible fue porque aquellos escolares captaron que el hombre no es hecho, sino que la realización concreta de nuestra humanidad no consiste en el calco de un proyecto, ya existente, sobre nuestras acciones: éste es el campo de lo factible. Parece más bien que el ser humano va rectificando (un necesario presente progresivo) sus acciones de acuerdo con lo que él es. Porque –y éste sería el segundo tema– las personas no toleramos (y esto es así aunque habitualmente no seamos conscientes de ello) que nuestra vida pretenda ser dirigida desde patrones ajenos a esta misma vida. Iría incluso contra la dignidad del ser humano pretender que la praxis del hombre fuera controlada u orientada desde puntos de referencia ajenos a él mismo: una heteronomía francamente excesiva. Es posible que Protágoras, al establecer la tesis del «homo mensura» tuviera a la vista esta exigencia, que Platón no supo entender. Desde luego, cuando hemos querido controlar y dirigir la vida humana desde esquemas utópicos (parece que el término utopía lo usamos para designar los esquemas normativos que no provienen de la cotidianidad), el resultado obtenido no ha sido tanto una pérdida de tiempo, hecha posible por una opresión odiosa, como un deshacer a las personas que, privadas en cierta medida de su hacer-se, acaban en una situación anómica y requieren finalmente un líder que las salve.

Pero queda un pico suelto que debería inquietar más a los tratadistas de Ética, a saber: el derecho se compone de cientos de instituciones jurídicas básicas, si sumamos las del derecho de obligaciones, las del derecho de familia y sucesiones, las propias del derecho mercantil, del derecho laboral, etc. Cada una de estas instituciones suele tener una *causa* propia, que constituye tanto su razón de existir como el criterio último que regula su funcionamiento y sus aplicaciones. Esto es, el derecho se nos presenta como un conjunto abigarrado, multicolor, un mosaico impresionante que hoy un solo jurista no puede dominar. Los filósofos, en su intento de entender todas las cosas igualmente (quizá consecuencia del talante metafísico propio de siglos pasados que ha dejado como un aire de familia), son reacios a comprender que en el plano práctico las cosas suelen ser como se presentan: múltiples, diversas, irreductibles unas a otras, que no existe algo así como un plano nouménico superior en el que pudiéramos unificar la compleji-

dad de la cotidianidad, normalmente contradictoria. Una tesis muy de Wittgenstein, que aunque no fue jurista, sí captó la irreductibilidad de los *Tatsachen*⁴¹.

Sin duda alguna, todos estos institutos poseen notas comunes, aunque sólo sea la de poder ser exigidas sus consecuencias por la fuerza. Pero, igualmente sin duda alguna, domina ante todo la heterogeneidad. Los juristas han de trabajar para que esta multiplicidad no lleve a contradicciones en el ordenamiento jurídico, y esto es a lo máximo a que pueden tender: que su derecho sea un conjunto armónico, y lo más completo posible. Pero en modo alguno pueden exigir que su ordenamiento constituya un todo sistemático. Porque el sistema implica un principio único desde cuyo desarrollo todo el conjunto sea más o menos calculable y previsible, y en todo derecho existen muchas instituciones demasiado distintas. Y ello es así porque la justicia consiste en volver bello lo que es feo, curar al enfermo o enseñar al que no sabe. Cualidades todas ellas irreductibles unas a otras. Inversamente, la forma de injusticia más normal no suele consistir en incumplir las leyes directamente, sino en tratar lo profesional según criterios extraprofesionales, o la calidad literaria de acuerdo con criterios políticos. Es posible que ésta sea una de las grandes razones por las que es propio del talante jurídico exigir concisión, y no hablar en general, sin título concreto. Y el jurista se pregunta perplejo si es posible pretender dirigir todo ese conjunto heterogéneo desde un principio único o desde una sola teoría que se componga de varios pasos argumentativos uniformes. Porque si la regla de oro ha sido siempre «illa aequitas, quae in paribus casibus, paria iura desiderat», las series de casos que podemos formar mediante inducción y deducción simultáneamente son muy numerosas y distintas. Esto es, el estilo propiamente jurídico intuye que el estudio del derecho y de la ciencia jurídica (dos estudios en realidad inseparables) ha de comenzar «desde el final» del razonamiento, de modo que seleccionemos los principios aplicables en función de las conclusiones que es racional obtener⁴².

⁴¹ Ya en el punto 1.1 de su *Tractatus Logicus-Philosophicus* nos indicaba que «Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge». Pero esta afirmación no implica que conciba al «mundo» como un conjunto de percepciones discontinuas sólo unificadas en la mente de los sujetos. En el punto 2.0122 expresa, por el contrario, que «Das Ding ist selbständig, insofern es in allen möglichen Sachlagen vorkommen kann, aber diese Form der Selbständigkeit ist eine Form des Zusammenhangs mit der Sachverhalt, eine Form der Unselbständigkeit». Edición de Alianza, Madrid, 1987.

⁴² Así se expresaba Tomás de Aquino, uno de los mejores teóricos del Jus Commune romanista: «Respondeo dicendum quod prudentia est circa contingentia operabilia. In his autem non potest homo dirigi per ea quae sunt simpliciter et ex necessitate vera, sed ex his quae in pluribus accidunt: oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 1.

7. EL CONSENSO, A RASTRAS DE LOS PROBLEMAS DEL LENGUAJE

Nuestro consenso ideal contemporáneo flaquea desde algunos puntos de vista, y posiblemente estos ajetreos ya mencionados fueran suficientes para ponerlo bajo sospecha. Pero en estos problemas académicos pasa lo mismo que con las cerezas: que uno quiere sacar dos, y vienen siempre varias más detrás. Además, iría contra el empaque propio de la retórica de Habermas, o de las complicaciones de Rawls, quedarse en este punto, como si un don nadie pudiera descalificar en unos pocos folios las propuestas de tan sabios profesores. Parece más procedente —es una cuestión de decencia— proseguir el tema.

En esta tarea podríamos añadir que algunos filósofos también establecen que ese consenso ideal, para ser tal, ha de ser «público». Y como da igual empezar por la derecha que por la izquierda, que en los temas humanos hay poco concierto, podemos acometer ese adjetivo, público, que algunos ponen como condición *sine qua non* del consenso.

a) Si consenso público quiere decir que ha de ser tomado por unanimidad, nunca podremos exigir a nadie que participe de nuestra opinión: una posibilidad descartada. Para superar esta dificultad, podríamos entender que este adjetivo exige que la opción a seguir sea la de la gran mayoría, de modo que siguiéramos la fórmula utilitarista: «La mayor utilidad del mayor número.» Como la mayoría jamás se equivoca, ya que persigue indefectiblemente sus propios intereses, Kant hubo de reaccionar contra los excesos de este utilitarismo, que siempre genera peligro de opresión, y recurrió a una Ética que normalmente es francamente heterónoma: otro camino abandonado. A veces *público* quiere decir algo así como que la solución adoptada sea tan racional que haya de ser seguida por todo ser humano, al que suponemos igualmente racional. Es decir, que nos impondrán en nombre del consenso la solución verdaderamente racional, como en los tiempos de Luis XIV. Es posible que alguien tenga interés en volver al Despotismo ilustrado. Además, ¿quién encarnará esa razón ilustrada que nos dictará la verdad? Parece que estamos encubriendo con palabras nuevas un problema viejo.

Cabría una última posibilidad, la de entender que mediante un acuerdo institucional en el que participarían los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, los colegios profesionales, y la Universidad en general, crearíamos una ética común que se distinguiría netamente de las morales privadas. Siguiendo este modo de ver las cosas podríamos decir que morales puede haber muchas, pero ética solamente una. Pero a cualquiera se le ocurren un par de reparos de bulto encastrados en la vida de todos los días, no en la lógica formal. Uno, que nadie conoce ningún Estado occidental contemporáneo donde exista tal unanimidad moral: cualquier Parlamento tiene sus asientos repartidos entre varios partidos que vivencian algunos valores básicos de modos muy diferentes. Y otro, que pensando así sólo conseguiríamos realzar

lo que los ingleses de los siglos XVIII y XIX llamaban la moral positiva, que sería la moral socialmente más extendida, y que no lleva en sí, por el hecho de su extensión sociológica, las garantías de su bondad ⁴³.

Ciertamente, siempre podríamos decir, como hizo Frederic Harrison, que el orden jurídico depende y ha de depender de la moral positiva ⁴⁴, según un criterio de eficacia que conformaría esencialmente la noción del derecho mismo. Pero entonces la categoría del deber jurídico, con la que aludimos a aquellas razones o motivos por los que una disposición jurídica origina un deber y no un mero forzamiento, quedaría disuelta en pura coacción o fuerza, como reconocía también Harrison muy honestamente ⁴⁵. Y precisamente el alma de estas éticas dialógicas está en desterrar ese derecho prepotente que genera el simple poder existente, que encuentra su justificación en una ética o moral, muy extendida o poco extendida. De hecho, cualquiera observa que los sectores más progresistas de la universidad y de la política aplauden esta moral cuando coincide con la suya, pero hablan de irracionalidad, prejuicios, etc., cuando no sucede eso.

b) El consenso no puede ser público ni privado: siempre ha de ser interindividual. Y no podemos decir nada más. Sería cuestión de rehabilitar los antiguos tratados de «Tópica dialéctica», como el de Fray Alonso de la Vera Cruz ⁴⁶, porque aquellos estudios de tópicos dialécticos del siglo XVI, enfrentados entonces beligerantemente a los de simple lógica, intentaban dar criterios al lector para que éste supiera qué predicados correspondían realmente a cada tipo de cosas. Porque la realidad, llamada también «las cosas», es una anguila perpetuamente escurriéndose entre las manos: lo que podamos decir de una cosa es cierto desde un punto de vista, y es inadecuado desde otro ⁴⁷.

⁴³ Vid., por ejemplo, la opinión de John Austin: «For the name “morality” (or “morals”), when standing unqualified or alone, denotes indifferently either of the following objects: namely, positive morality “as it is”, or without regard to its merits; and positive morality “as it would be”, if it conformed to the law of God, and were, therefore, deserving of approbation.» Cfr. *Lectures on Jurisprudence...*, cit., vol. I, p. 88. En la página 79 había escrito: «The positive moral rules which are laws improperly so called, may be styled law or rules set or imposed by opinion: for they are merely opinions or sentiments held or felt by men in regard to human conduct.»

⁴⁴ «Socially and political viewed, the force of law depend of its coinciding with the moral judgement of the society, on its expressing public opinion, as Bentham says on its goodness, on its conforming to the general expectation.» Cfr. *On Jurisprudence and conflicts of law*. Oxford, 1919. Reproducción de Scientia, Aalen, 1980, p. 30.

⁴⁵ «Political socially speaking, law rest on something more than force. Juristically speaking, it rest on force, and force alone.» Cfr. *Op. cit.*, p. 31. Es más incisivo en la, p. 37: «The proposition is most useful in drawing attention to this: (1) That law is always a matter of necessity—it is never “ought”, but always “must”; in that sense it is always and everywhere “imperative”.»

⁴⁶ Hay edición reciente de Mauricio Beuchot. UNAM. México, 1989.

⁴⁷ Así interpretaba Hegel la Tópica aristotélica: «La cuarta obra es la llamada *Tópicos* (τοπικα), que trata de los lugares (τοποι); en ella, por tanto, se desarrollan los puntos de vista desde los cuales puede ser examinada una cosa.» *Lecciones sobre la historia de la filosofía*. Trad. de W. Roces. F.C.E., México, 1985, vol. II, p. 324.

Porque «la razón es medida por las cosas», según el dicho antiguo. La filosofía contemporánea, opuesta según sus principios a admitir la misma existencia de esas «cosas», ha querido emancipar el lenguaje del resto de la realidad, y cuando esto ha sucedido, hemos quedado como el náufrago que no hace pie, que podrá mantenerse algún tiempo, pero no indefinidamente. De hecho, si Neurath, Carnap o Ayer han fracasado en el siglo XX (hoy nadie habla ya del positivismo lógico como una opción a tener en cuenta seriamente, al menos en el derecho), eso no sucede porque su filosofía haya sido superada por otra filosofía más convincente: cayeron por las contradicciones ya creadas desde las propias condiciones de origen de su explicación de la realidad. Y cuando sucede una cosa tal, se produce el vacío científico, porque la realidad no ha sido mejor observada ni explicada, sino que ha sucedido más bien que la realidad se ha impuesto a la teoría, mostrando aquélla la inanidad de ésta. Y quedamos como estábamos antes de que comenzara la pirueta filosófica, pero con mucho tiempo perdido. Temo que esto es lo que está sucediendo con figuras tales como el consenso ideal o público, que sólo han sido posibles sobre el suelo de un lenguaje desvinculado de la faceta real de la realidad. Cuando nos cansemos de construir «castles on the air»⁴⁸, las cosas volverán con toda la fuerza de sus demandas, pero encontrarán vacías las cátedras y los libros que debieran explicarlas. A estas filosofías basadas en el ingenio, que no en las cosas, se les podría aplicar las palabras de Hegel: «La justificación parece contener ya la invitación a aplicar también a la filosofía las palabras de Cristo: *Deja a los muertos que entierren a sus muertos y sígueme*, de manera que el todo de la historia de la filosofía sea no sólo un reino de cadáveres y difuntos, sino también de matadores y enterradores espirituales. En vez de decir: *¡Sígueme!*, debía haber dicho: *¡Síguete a ti mismo, mantente a ti mismo en tu propia convicción, permanece en tu opinión, porque ninguno ha ido más allá que tú!*»⁴⁹.

c) El consenso ideal o contrafáctico –casi no hace falta decirlo– es un imposible en sí mismo, lo que los escolásticos llamaban una «*contradictio in terminis*». El consenso supone dos o más personas que pactan, y no puede hablarse de pacto antes de que realmente, esto es empíricamente (porque la empiria tiene una importancia especial en el consenso), las partes hayan consentido. Hablar de un consenso que no es real es como referirse a un arco iris sin colores. Todo discurso que prescindiera de la vertiente estrictamente existencial del pacto será necesariamente un discurso monológico –justamente lo opuesto a dialógico–. Usamos la expresión consenso ideal por el prestigio que

⁴⁸ Lord Kames explicaba que «There is nothing more common in philosophy, as well as in action, than built castles in the air. Impatient of the flow and cold method of induction, we fly to systems, which every writers takes the liberty of framing, according to his own taste and fancy.» Cfr. *Op. cit.*, p. 92.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 33.

tiene la palabra consenso, y arrastrados por ella, no dudamos en aplicarle adjetivos que la desnaturalizan.

Un consenso ideal no puede ser sino el viejo sueño de algunos de los libros de derecho natural del siglo XVIII: Los de la línea *blanda* que siguieron los discípulos de Christian Wolff y de los iusnaturalistas que se pusieron al servicio del Despotismo ilustrado: fue el caso —cada cual a su modo— de Daries, Burlamachi, Nettelbaldt, Filangeri, Heineccius, etc., normalmente opuestos a los seguidores de Pufendorf y Locke, como eran Gundling, el mismo Thomasius (irenista donde los haya), Koehler, etc. Aquellos tratadistas del derecho natural ilustrado emulsionaron el derecho privado romano con algunas ideas acerca de la soberanía del príncipe y pusieron a la venta un extraño producto cultural que ha dejado a bastantes historiadores la impresión de que el *ius naturale* sirvió más a la causa del despotismo monárquico que a la de democracia.

8. ÉTICA DIALÓGICA Y ÉTICA ÚNICA

El diálogo puede ser hecho realidad de diversas formas, y lo verdaderamente decisivo es que todos sean oídos porque todos pueden hablar y su opinión es tenida en cuenta realmente. Esto es, lo esencial es el pluralismo que aportan los dialogantes, y el respeto de este pluralismo es *conditio sine qua non* de la dignidad humana. Pero si el diálogo es «público», ¿podremos actuar de la misma forma que en los restantes diálogos?

Reparemos en que la vida social, prácticamente en todos los ámbitos, es un diálogo continuado, a veces limpio y a veces sucio, porque es ejercicio de prepotencia. Parece que la figura del consenso ideal debe entrar en juego como exigencia procedimental que asegure la simetría de las partes en la conclusión del acuerdo, de forma que se pueda decir: «Han consentido, pero lo han hecho a la fuerza, y por tanto el acuerdo alcanzado no es válido», lo que vendría a ser como el criterio de la falsabilidad usado en temas humanos. Pero, ¿qué sucede si los posibles interlocutores son excluidos a priori porque las reglas del procedimiento dialógico no se adecuan a las demandas de algunos de ellos? ¿La exigencia de igual libertad, o igualdad a secas, resume todo lo exigible en justicia, o constituye solamente un hegeliano principio del entendimiento, siempre cierto, y siempre falso por su excesiva unilateralidad? Lo que nos conduce al tema de si existe una racionalidad pura a priori al margen de los seres históricos.

El problema comienza cuando apreciamos que el diálogo realmente existente no es apreciado, porque Rawls, por ejemplo, rechaza el pluralismo realmente existente en las sociedades actuales (o «pluralismo instituido»), en nombre del «pluralismo como tal». Como rechaza

también todas las doctrinas religiosas, filosóficas y morales (debe molestarle que en su patria convivan judíos, protestantes y católicos), hay que concluir que asume una actitud que implica una enmienda a la totalidad de lo dado. Estamos ante una estructura ética exclusiva por universal. Su intuición inicial permanece a lo largo de toda su obra, a saber, que «Las doctrinas filosóficas y religiosas expresan puntos de vista acerca del mundo y de nuestra convivencia a nivel individual, es decir, con el prójimo, y en lo colectivo, como un todo»⁵⁰. Le es imprescindible caracterizar a priori toda concepción filosófica, jurídica, religiosa o moral como totalitaria⁵¹, pues solamente mediante la negación del totalitarismo que él postula implícito en las creencias de cualquier hombre será posible la teoría de la justicia de una sociedad bien ordenada. Ninguna de estas doctrinas puede ser verdadera⁵². Todos los que tienen algún tipo de creencia religiosa, ética, filosófica, están equivocados, al menos prácticamente.

La sociedad actual –admite Rawls– es pluralista, y como tal debe ser cuestionada, porque no es el pluralismo existente el que nos llevará a la justicia, sino el «pluralismo razonable». ¿Cómo pasar del «pluralismo instituido» al «pluralismo razonable»? Su argumentación es clara: «Decir que la justicia como imparcialidad tiene un amplio alcance, equivale a que las partes supongan que el pluralismo como tal es el establecido. Decir que el contenido de la justicia como imparcialidad no recibe influencia de la existencia de la sinrazón, esto es de la existencia de doctrinas comprensivas irrazonables, es aceptar que las partes suponen que el pluralismo razonable es el que prevalece»⁵³. Notemos que él está disertando del pluralismo actualmente existente de hecho en una sociedad democrática, compuesto por doctrinas comprensivas razonables; pero pasa sin transición de las doctrinas comprensivas razonables a las doctrinas comprensivas irrazonables, caracterizando en su funcionalidad a aquellas por éstas. Hay, pues, que tratar de entender al «hecho del pluralismo razonable»⁵⁴, que aún no existe.

⁵⁰ *Liberalismo político*. Trad. de S. R. Madero. FCE, México DF, 1996. Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», pp. 74-75.

⁵¹ A veces dedica bellas palabras a las creencias de los ciudadanos, pero en las inflexiones determinantes de su razonamiento, las descalifica. Por ejemplo (es un texto entre muchos), hablando de las «doctrinas razonables», indica que «Por supuesto, quienes insisten en sus creencias también insisten en que sus creencias son las verdaderas: imponen sus creencias porque –al menos así lo dicen– sus creencias son verdaderas, y no porque sean sus creencias». *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 77.

⁵² «... se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser verdadera).» *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 76.

⁵³ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 80.

⁵⁴ Cfr. *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 81.

En la empresa de entender el pluralismo verdaderamente razonable hay tres niveles. Los dos primeros ya existen en cualquier sociedad democrática, según el tenor de lo que expone. El decisivo es el tercero: «El tercero y último nivel del reconocimiento público tiene que ver con la justificación *plena* de la concepción pública de la justicia, presentada en sus propios términos»⁵⁵. Este reconocimiento público no tiene nada que ver con la vieja idea de la tolerancia o del respeto, porque Rawls aspira a llegar a un acuerdo que sea verdaderamente «público», esto es, que haya de ser compartido necesariamente por cualquier ser racional que tenga las suficientes agallas como para llevar hasta sus últimas consecuencias su condición de ciudadano igual y libre. El problema es la cobardía, porque «Esta condición... da cabida a la posibilidad de que algunos no deseen llevar tan lejos la reflexión filosófica sobre la vida política»⁵⁶. Le suscita dificultades el adjetivo con el que caracteriza a este tercer nivel de la reflexión política, el de «pleno», y matiza que «Esta condición puede tener un carácter menos forzoso para las doctrinas comprensivas en general; pero se deja abierta la pregunta de si se aplica a estas doctrinas y hasta qué punto»⁵⁷. Si los ciudadanos deciden llevar adelante este acuerdo público así entendido, harán una gran cosa, pues esto constituye «la descripción ideal de lo que sería una sociedad democrática si honráramos plenamente a nuestra concepción política»⁵⁸.

Como lo razonable siempre antecede a lo racional, «la justicia puramente procedimental significa que, en su deliberación racional, las partes no se consideran obligadas a aplicar o a suscribir ningún principio de derecho y de justicia previamente formulado o que sirva de antecedente. En otras palabras, no reconocen como representantes racionales, una opinión ajena a su propio punto de vista “¿podrían tener ya alguno?” que los restrinjan con principios de justicia previos e independientes. Esto modela la idea de que, cuando los ciudadanos están situados justamente unos respecto a otros, les toca a ellos especificar los términos justos de la cooperación social a la luz de lo que ellos consideran su propia ventaja, o el bien que persiguen. Estos términos no los fija ninguna autoridad externa a los ciudadanos, digamos, por ejemplo, la ley de Dios; ni tampoco se reconocen como justos respecto de un anterior e independiente orden de valores derivados de la intuición racional»⁵⁹.

⁵⁵ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 82. La intensidad es mía.

⁵⁶ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 82.

⁵⁷ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 83.

⁵⁸ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 85.

⁵⁹ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

Desde esta vaciedad humana (solamente guiada por los términos de lo razonable), los ciudadanos han de dejarse guiar por principios de «orden o índole superior»⁶⁰. ¿Por qué son superiores estos principios, si no sirve ningún principio filosófico, jurídico o moral? «Decir que estos intereses son de “orden o índole superior” significa que, como está especificada la idea fundamental de la persona, estos intereses se consideran básicos y, como tales, normalmente reguladores y efectivos»⁶¹. Pero esta declaración es incongruente, porque si él ha cerrado el paso a cualquier consideración de la persona humana en términos filosóficos, jurídicos o morales existentes, mucho más a una consideración «fundamental»; en el contexto de su teoría de la justicia aparece claramente que la persona es una simple función de las exigencias de la posición original; además, en otros lugares de su obra ha llevado su nominalismo hasta el extremo, y ha negado la noción usual de persona, como ser portador de unos valores, etc., porque ha rechazado cualquier *metafísica* de o sobre la persona⁶². Ante las dificultades inevitables, recurre otra vez al discurso enérgico: «Alguien que no haya desarrollado y no pueda ejercitar al menos en el grado necesario sus poderes o capacidades morales, no puede ser un miembro normal y plenamente

⁶⁰ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

⁶¹ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

⁶² Refiriéndose a su figura de la posición original, escribe: «Como recurso de representación, el hecho de su mencionada abstracción puede suscitar malas interpretaciones. En especial ésta: la descripción de las partes puede parecer que presupone una concepción metafísica particular de la persona; por ejemplo, que la naturaleza esencial de las personas es independiente de sus atributos contingentes, y previa a ellos, incluyendo sus metas finales y sus vinculaciones y, ciertamente, su concepción del bien y su carácter, en conjunto. Estoy convencido de que esta errónea interpretación constituye una ilusión cuya causa radica en no advertir que la posición original es un recurso de representación. El velo de la ignorancia, por citar una característica prominente de esa posición, ni tiene implicaciones metafísicas específicas sobre la índole del yo; no implica que el yo sea ontológicamente anterior a los hechos acerca de las personas que las partes no deben conocer ni tomar en cuenta.» *Op. cit.*, Conferencia I, «Ideas Fundamentales», p. 49. Más adelante completa su tesis: «También podríamos decir que nuestra concepción ordinaria de las personas como las unidades básicas de deliberación y responsabilidad presupone, o implica en alguna forma, ciertas tesis metafísicas acerca de la naturaleza de las personas como agentes morales o políticos. Según el precepto de anulación, no es mi deseo negar estas objeciones. Lo que podríamos decir es lo siguiente: si consideramos la presentación de la justicia como imparcialidad y notamos cómo se establece, y atendemos a las ideas y concepciones que utiliza, vemos que no aparece en ninguna de sus premisas ninguna doctrina metafísica particular acerca de la naturaleza de las personas, distintiva y opuesta a otras doctrinas metafísicas, ni es necesaria su intervención en la exposición de sus argumentos. Si intervienen presupuestos metafísicos, quizá sean tan generales que no se distingan de los puntos de vista metafísicos —cartesianos, leibnizianos o kantianos; realistas, idealistas o materialistas— de los que se ha ocupado tradicionalmente la filosofía. En este caso, tales elementos metafísicos no serían importantes en cuanto a la estructura y el contenido de una concepción política de la justicia, en ningún sentido.» *Op. cit.*, Ideas Fundamentales, p. 51, nota.

cooperador de la sociedad en toda su vida»⁶³. Concluye esta exposición afirmando que sólo así somos plenamente autónomos.

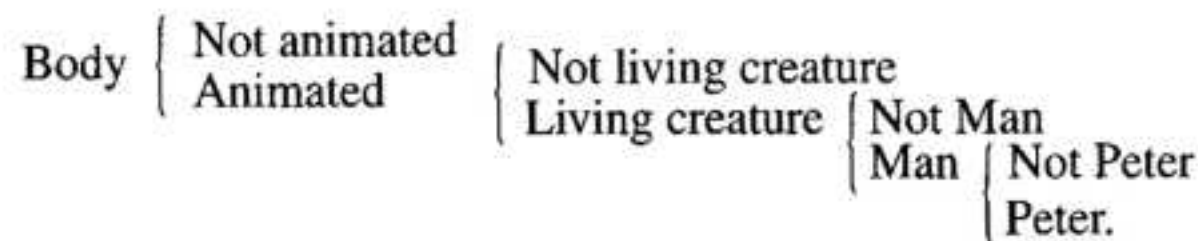
El problema inmediato que plantea una actitud así, que dice prescindir de las metafísicas sobre la persona humana, va a parar a los fundamentos del conocimiento. Porque parece que el ser humano no puede conocer nada si no tiene «clear and appropriate ideas» sobre el tema que quiere conocer. Whewell nota, tras los pasos de Kant, que, por ejemplo, para conocer algo sobre las relaciones necesarias de los círculos en la esfera, debemos poseer ya la idea del espacio sólido. «This is that *Clearness of Ideas* which we stipulate for in any one's mind, as the first essential condition of his making any new step in the discovery of truth»⁶⁴. Y estas ideas, a más de claras, han de ser las apropiadas para cada ciencia. Ciertamente, el hombre no es una sección cónica, y el estudio de lo humano no corresponde ni a la mecánica ni a la geometría, como tampoco a ninguna ciencia exacta. Pero querer proporcionar las normas del comportamiento del ser humano (o el método para su obtención) sin unas ideas previas y «apropiadas» sobre el ser humano⁶⁵, solamente conduce a lo que Welzel llamaba el truco del prestidigitador, que saca de su sombrero pañuelos y palomas, pero porque él los ha introducido ahí previamente⁶⁶. El sombrero que usa Rawls es su noción de la posición original.

⁶³ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

⁶⁴ *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*. London, 1847, vol. II, p. 18.

⁶⁵ Un autor tan poco sospechoso de simpatías tradicionales como Petrus Ramus indicaba que, al comenzar a tratar un tema, era necesario ante todo conocer sus «causae, effecta, subiecta, adiuncta, dissentanea». *Dialecticae Institutiones*. París, 1543, p. 9.

⁶⁶ Tampoco Hobbes supo desenredarse de esta trampa del pretendido nominalismo. Él, al exponer «The form of the predicament of body», estableció el siguiente cuadro:



Vid. sus «Elements of Philosophy», en *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, London, 1839, vol. I, p. 25. Pero en modo alguno explica por qué la palabra «Peter» ha de pasar necesariamente por la más general de «man». A este propósito, él explica en *op. cit.*, p. 32 que «abstract names denote only the causes of concrete names, and not the things themselves». La razón de esto reside en que el nombre «primary is that wherein the subject is explicated by a predicate of many names, as man is a body, animated, rational... and it is called primary, because it is first in ratiocination; for nothing can be proved, without understanding first the name of the thing in question». *Op. cit.*, p. 37. Hasta aquí parece seguir a Platón o Aristóteles, pero inmediatamente añade: «Now primary propositions are nothing but definitions, or parts of definitions, and these are the principles of demonstration, being truths constituted arbitrarily by the inventors of speech, and therefore not to be demonstrated.» Esto es falso: Son arbitrarias las palabras con las que designamos las cosas, pero no pueden ser arbitrarias todas las definiciones.

Realmente, esta «posición original» es la definición genética más grande y ancha de entre las que corren por las Universidades. Su autor preña de diversos contenidos concretos esta categoría, y según las necesidades argumentativas va extrayendo lo que le parece conveniente en cada momento, y de ahí su coherencia⁶⁷. Su carácter tautológico, que determina el razonamiento posterior, lleva a suscribir la afirmación de Wittgenstein: «Der Satz zeigt was er sagt, die Tautologie und die Kontradiktion, daß sie nichts sagen»⁶⁸. Su teoría de la justicia podría seguir otros derroteros manteniendo intacta esta noción primera, y el argumento seguiría siendo coherente⁶⁹. Rawls proporciona simultáneamente las proposiciones y las reglas hermenéuticas de su teoría⁷⁰. De hecho, la única coherencia perceptible que mantiene Rawls es la que le hace estar en contacto con un sector concreto de la moral positiva vigente en nuestro tiempo. Al fin y al cabo, toda obra literaria, también las de teoría de la justicia, son autobiográficas.

Además, el deseo de elementalidad que impregna la «posición original», que parece dotarla de un empirismo irrefutable, abre un camino ancho a reparos metodológicos. Notemos que la idea de la elementalidad no es una noción que pueda ser dada anticipadamente, con un significado preciso. Esta idea es un *posterius* que presupone un estado avanzado de la cultura, porque la manera cómo se concibe la naturaleza de la elementalidad depende de la forma cómo se conciba la función de lo abstracto en la formación del conocimiento. De hecho, la figura del *status naturae* en la ciencia jurídica únicamente apareció, con una función metódica propia, entre los siglos XVI y XVII, cuando llevábamos casi dos mil años de ciencia jurídica técnicamente desarrollada. La elementalidad es un capricho en épocas de salones refinados o en tiempo de computadoras, y por ello impensable en situaciones propiamente elementales. Estos intentos quedan afectados por lo que expone Paul Gonsseth: «on ne peut plus songer à rétablir les évidences rationnelles, sensibles ou morales dans leur légitimité originelle»⁷¹.

⁶⁷ Ya Whewell mostraba que este método deductivo es tautológico: «Necessary truths are proved, like arithmetical sums, by adding together the portions of which they consist... Demonstration is irresistible in its effect on the belief, but does not produce surprize, because all steps to the conclusion are exhibited, before we arrive at the conclusion... Deductive truths are the results of relations among our own Thoughts.» *Op. cit.*, vol. I, p. 23.

⁶⁸ *Op. cit.*, 4.461. Es lógico que concluya que «Tautologie und Kontradiktion sind sinnlos».

⁶⁹ Se cae, así, en el reproche de Gonsseth: «On fausse la situation de départ en admettant que les recherches formalisatrices se fassent dans un cadre méthodologique fixé d'avance et dont on sait déjà parfaitement ce qu'il est et ce qu'il vaut.» *La géométrie et le problème de l'espace*. Dunod Éditeur, Paris. Éditions du Griffon, Neuchatel. 1955, p. 601.

⁷⁰ Wittgenstein describe este hecho en los siguientes términos: «Wenn uns ein Satz gegeben ist, so sind *mit ihm* auch schon die Resultate aller Wahrheitsoperationen, die ihn zur Basis haben, gegeben.» *Op. cit.*, 5.442.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 603.

Todo camino hacia posiciones elementales se hace a través de situaciones evolucionadas, y la significación de estas situaciones queda marcada por las etapas que las preceden y a través de las cuales se ha llegado a ellas.

El método rawlsiano quiere ser axiomático, pero un problema recurrente a lo largo de los siglos XIX y XX ha sido la determinación del estatuto epistemológico de la estructura axiomática. Podrían existir tres variantes: a) presentarse como un método descriptivo: los axiomas son entonces verdades abstractas que responden adecuadamente a las realidades del mundo sensible; b) Podríamos considerarlo como una función analítica, esto es, como un medio de análisis de lo que son esencialmente las cosas, de modo que la edificación axiomática descomponga previamente los conceptos humanos relevantes en el derecho en sus elementos más simples. Los axiomas expresarían las relaciones que deben entablarse necesariamente entre estos elementos; c) En su variante lógica, el método axiomático puede ser visto como un medio para construir un modelo puramente lógico de lo que es ordinariamente el objeto del derecho, es decir, de una sociedad bien ordenada.

Tomado en el tercer sentido, podríamos llegar a una teoría de la justicia esquematizante. Desde Platón a hoy, todo conocimiento consiste en esquematizar de una forma u otra, y no podemos cuestionar esta forma de conocimiento porque el conocimiento por esquemas es un hecho del que todos somos deudores. Pero todo desarrollo axiomático supone al menos tres elementos: el propiamente discursivo, el intuitivo y el de la experiencia, y no podemos –excede a las fuerzas humanas– eliminar rigurosamente toda aportación exterior al esquema axiomático y toda significación anterior a los materiales que estamos usando. Los esquemas quedan determinados por lo intuitivo y lo experimental a través de nociones fundamentales, como la de persona humana o igualdad. Se hace urgente la relación expresa con un determinado horizonte de realidad que sirva de criterio interpretativo, que funciona entonces como el horizonte propiamente axiomático. Los intentos por depurar lo teórico o racional han fracasado, lo mismo en ciencia social que en matemáticas o en geometría. De hecho, desde una perspectiva muy clásica, los resultados de los intentos para depurar racionalmente la geometría han conducido a una pluralidad de «geometrías puras», entre las que la axiomatización estructurante no puede establecer ninguna diferencia de verdad. La experiencia de depuración se ha transformado en una experiencia de apertura.

La teoría de la justicia de Rawls es más que una propuesta política. Aspira a lograr, a través de un diálogo rigurosamente público, una ética política por encima de todas las diferencias. Esta ética política se erige paulatinamente en la meta moral última del hombre, una vez que ha sentido que todas las creencias usuales son falsas. El pluralismo de hecho existente es malo, porque todo el que tiene ideas aspira a universalizarlas, y por tanto a imponerlas a través del poder político.

Descartada la tolerancia y el respeto mutuo (que quizá se han mostrado insuficientes a lo largo de la historia), su ética procedimental reclama un consenso público, en el que necesariamente ha de estar de acuerdo cualquier ser racional, llevado a cabo por personas que saben poco y no creen ni sienten nada. Parece que Rawls universaliza exclusivamente su estructura formal de una forma mucho más radical que Bentham, e incluso que Kant. No deja de ser singular que, en un momento en el que algunas facetas del *American way of life* se vuelven cada vez más decepcionantes, Rawls nos anime a prolongarlas hasta sus últimas consecuencias.

Patentes y biotecnología: ¿un dilema insuperable?

Por ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN

Departamento de Filosofía Jurídica. UNED

y MARÍA JORQUI AZOFRA

Tutora de Centro Asociado de la UNED

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LOS SISTEMAS DE PATENTES.-3. LAS PATENTES DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA: 3.1 *La situación a la que nos enfrentamos.* 3.2 *Valoración ética.*-4. LAS PATENTES SOBRE EL GENOMA HUMANO: 4.1 *La existencia de patentes sobre organismos vivos.* 4.2. *Valoración ética.*-5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos últimos años, la biotecnología ha sido una de las disciplinas científicas que ha generado mayor interés. Tanto la espectacularidad de algunos de sus resultados, como la clonación de la oveja Dolly¹, como las enormes posibilidades que parecen ofrecer sus futuros desarrollos han contribuido a que haya aumentado enormemente la cantidad de recursos destinados a esta área de conocimiento². Este hecho, a buen seguro, no extrañará a nadie que conozca las espléndidas oportunidades que la biotecnología ofrece tanto a la

¹ Una descripción pormenorizada de la clonación de la oveja Dolly puede hallarse en: WILLMUT, I.; CAMPBELL, K. y TUDGE, C., *La Segunda Creación*, Ediciones B, Barcelona: 2000.

² Véanse las declaraciones de Michael KRANDA, director de Oxford Glycoscience el 14 de noviembre de 2000, publicadas en *Diario Médico* el 15 de noviembre de 2000.

ciencia como a la economía. Así, de un lado, un avance en nuestros conocimientos acerca del genoma humano podría significar la definitiva erradicación de muchas de las seis mil enfermedades que, según se calcula, tienen un cierto componente genético³. De otra parte, las aplicaciones de la biología pueden ser, en un futuro, fuente de suculentos negocios para todos aquellos que consigan hacerse con la explotación de sus más sugestivos descubrimientos⁴.

La consecuencia de todo lo anterior, es que, como no podría ser menos, se han alzado algunas voces que creen ver ya en los primeros intentos de regular el campo de actuación de la biotecnología la sinuosa mano de los más diversos intereses económicos, sociales y políticos, abogando por una nueva orientación en la redacción de esta clase de normas que permita la adecuación de la biotecnología a los valores básicos del ser humano⁵. Esto, a fin de cuentas, no debería extrañarnos, porque lo que la biotecnología ofrece es, precisamente, el dominio sobre el llamado «libro de la vida», no ya sólo de las especies

³ Algunos científicos, no obstante, niegan taxativamente esta posibilidad. Así, por ejemplo, Ruth HUBBARD, profesora de Biología en la universidad de Harvard, considera que «el hecho de que cuanto somos y cuanto hacemos implique a los genes no significa que saber todo sobre su localización, composición y funcionamiento nos vaya a permitir comprender todo acerca de la salud humana y a predecir, prevenir o controlar todas las enfermedades y comportamientos no deseados (Cfr. HUBBARD, R., y WALD, E. *El mito del gen*, Alianza Editorial. Madrid, 1999, pp. 278-279).

⁴ Y es que, como dice Sensio CARRATALA, «es difícil señalar los límites del poder de la ingeniería genética en medicina. Es la gran esperanza contra el aumento de la resistencia a los antibióticos de las bacterias patógenas. Se prevé la fabricación de balas mágicas y vacunas contra el cáncer. La manipulación de gametos y embriones (tema enormemente polémico en el caso humano) podría permitir la eliminación de las enfermedades de origen genético. Diseñar animales con genes humanos que puedan servir para sustituir órganos humanos. Disponer de bancos de tejidos celulares apropiados para sustituir tejidos dañados en pacientes humanos. El diseño de seres humanos a la carta y el control sobre el envejecimiento entran dentro de lo posible.» (Cfr. CARRATALA, S., «La manipulación evolutiva: una visión desde la biología», *Cuadernos de Bioética*, núm. 38, 1999, p. 269).

⁵ Cfr. RIFKIN, J., *El siglo de la biotecnología*, Crítica, Barcelona, 1999, pp. 14 y 15; APARISI, A., *El proyecto genoma humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 17-27; MARTÍN, E., «Patentes de materia viva» en AAVV, *Entre el nacer y el morir*, Comares, Granada, 1998, p. 169; BERGEL, S. D., «Patentamiento de material genético humano: implicaciones éticas», *Resumen de ponencias del Congreso Mundial de Bioética, celebrado en Gijón del 20 al 24 de junio de 2000*, p. 13; MUÑOZ, E., «Biotecnología: algunas cuestiones éticas y sociales relacionadas con su desarrollo», *Resumen de ponencias del Congreso Mundial de Bioética, celebrado en Gijón del 20 al 24 de junio de 2000*, p. 45; HO, M., *Ingeniería genética, ¿sueño o pesadilla?*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 32; «Las multinacionales se adueñan de los genes», *El País*, 13 de diciembre de 1998; PUIGPELAT, F., «¿Hay que poner límites a la investigación genética?», en CASADO, M., y GONZÁLEZ-DUARTE, R. (eds.), *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Ediciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1999, pp. 176-179; JUNQUERA, R., «El nuevo paradigma ético y su colisión con el avance científico», *Cuadernos de Bioética*, núm. 38, volumen X, 1999, pp. 229-236; MARCOS, A., «La toma de decisiones al final de la vida: el testamento vital y las indicaciones previas», *Moralía*, núm. 92, vol. XXIV, 2001-4, pp. 492 y ss.

vegetales o animales sino, incluso, el de la especie humana, lo cual supone, a la par, un enorme potencial de manipulación y una fuente de sustanciosos beneficios.

El objetivo del presente trabajo consiste en la realización de un análisis ético-jurídico en torno al controvertido tema de la biotecnología y sus aplicaciones prácticas. Con tal fin, comenzaremos por realizar una breve exposición acerca de los sistemas de patentes, que son los que definen los límites de la propiedad industrial en el campo que vamos a tratar. A continuación, proseguiremos con un análisis general del funcionamiento del sector asociado a la industria farmacéutica, incluyendo las últimas novedades introducidas por la firma de nuevos acuerdos internacionales⁶. Por último, acabaremos con el estudio del controvertido tema de la patentabilidad o no del Genoma Humano, que ha levantado una amplia polémica a raíz de las primeras peticiones efectuadas en ese sentido.

2. LOS SISTEMAS DE PATENTES

Como acabamos de mencionar en nuestra introducción, la forma que nuestras sociedades han encontrado para proteger los inventos científicos de su libre utilización por el público ha sido el sistema de patentes⁷. Esta idea, a su vez, no tiene nada de original, sino que ya desde hace siglos se ha venido utilizando algún tipo de protección al inventor que le permitiera ver asegurada alguna forma de lucro gracias a su trabajo⁸. En nuestros días, podríamos conceptuar como patente el «documento en que oficialmente se otorga un privilegio de invención y propiedad industrial de lo que el documento acredita»⁹. Por propiedad industrial, a su vez, deberíamos entender el «conjunto de derechos exclusivos que protegen tanto la actividad innovadora manifestada en nuevos productos, nuevos procedimientos o nuevos diseños, como en el caso de la actividad mercantil, mediante la identificación en exclusiva de productos y servicios ofrecidos en el mercado»¹⁰. De esta definición, convenientemente complementada por lo dispuesto por la doctrina jurídica, y los con-

⁶ La extrema actualidad de algunas de las normas a las que se supedita toda la materia objeto de estudio en el presente trabajo nos ha obligado, de hecho, a tener que recurrir a citas tomadas de la prensa gráfica, ya que no existe otro medio, en el momento de redactar estas letras, que nos permita acceder a la información pertinente.

⁷ Cfr. MARÍN, E., «Patente de estructuras humanas» en AAVV, *Bioética 2000*, SIBI, Gijón, 2000, p. 329-332.

⁸ Aunque el moderno sistema de patentes no se inventó sino en el siglo XIX, en plena revolución industrial (Cfr.: MARTÍN, E., «Patentes...», cit, p. 164).

⁹ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

¹⁰ Cfr. MARTÍN, E., «Patentes...», cit, p. 164.

venios internacionales¹¹, podemos deducir que para que exista una patente deben darse varios requisitos¹²:

- En primer lugar, ha de existir una invención, es decir, la creación de algo que anteriormente no se hallara presente en la naturaleza¹³. Esta idea, que parece obvia, no es, sin embargo, fácil de aplicar en algunos casos. Como tendremos ocasión de ver más adelante, algunas veces no es fácil averiguar si se ha producido una aportación humana para crear algo nuevo o si, sencillamente, se ha descubierto algo que ya existía en la naturaleza¹⁴. La invención debe ser, por otra parte, no evidente, esto es, no ha de tratarse de algo que ya es *vox populi*, sino que ha de incluir una cierta carga de ingenio original.

- En segundo lugar, la doctrina jurídica ha establecido que ha de tratarse de una invención capaz de proporcionar algún tipo de aprovechamiento industrial¹⁵.

- En tercer lugar, y también de acuerdo con la ciencia del Derecho, los inventos en cuestión no deben atentar contra la moral o el orden público establecido¹⁶, conceptos, por otra parte, lo suficientemente vagos como para que cada uno los interprete como considere más oportuno.

- Cabe resaltar, por último, que se trata de una protección temporal, de un derecho de explotación limitado a un número determinado de años¹⁷, transcurridos los cuales éste decae, perdiendo posteriormente el autor todo derecho exclusivo sobre su invención aunque conservando, eso sí, la propiedad intelectual del invento.

A lo largo de siglos, estas nociones han estructurado el derecho a la propiedad industrial a lo largo y ancho de todo el mundo, si bien con algunas diferencias entre unos países y otros¹⁸. Con el paso del tiempo, sin embargo, las legislaciones han tendido a unificarse, proceso que cristalizó, finalmente, en los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, más conocidos por sus siglas en inglés, TRIPS¹⁹, suscritos en la

¹¹ Véase, en este sentido, el artículo 52.1 del Convenio de Múnich.

¹² Para una mayor profundización en lo que se refiere al concepto de patente, consúltese: BERCOVITZ, A., *La nueva Ley de Patentes*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 34 y 35; GRACE, E. S., *La biotecnología...*, cit., pp. 231-267. En lo que se refiere al concepto y su relación con la Bioética, sería conveniente acudir a: GAFO, J., *Problemas éticos de la manipulación genética*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1992, p. 116.

¹³ Cfr. MARTÍN, E., «Patentes...», cit., p. 164; ROMEO, C. M., «La terapia génica "in vivo" no es patentable», *Diario Médico*, 7 de mayo de 1999.

¹⁴ Véase Convenio sobre Patentes europeas, artículos 54, 56 y 57.

¹⁵ Cfr. MARTÍN, E., «Patentes...», cit., p. 165.

¹⁶ Véase Convenio sobre Patentes europeas, artículo 53.a.

¹⁷ El plazo, no obstante, no coincide en todos los países. Véase: URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 17.ª ed., 1990, pp. 113 y ss.

¹⁸ Esencialmente en lo que se refiere a los plazos de duración del derecho a la explotación exclusiva, o a la extensión de este derecho, por ejemplo.

¹⁹ Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement).

Ronda Uruguay del ahora extinto GATT²⁰, y que se circunscriben al ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC)²¹. A través de los mencionados acuerdos, se impusieron a escala mundial los conceptos del derecho de la propiedad intelectual propios de Estados Unidos, confiriéndose al inventor un amplio derecho de explotación de su propiedad a lo largo de un plazo de veinte años, derecho protegido por toda la fuerza de la OMC. De esta forma, cualquier país que desee ingresar en la referida organización ha de sellar previamente los acuerdos TRIPS, respetando atentamente el derecho de propiedad que confieren las patentes. Esta realidad, ya de por sí preocupante, ha alcanzado sus máximas cotas de abusividad en el campo de la industria farmacéutica, como tendremos ocasión de ver en el siguiente apartado.

3. LAS PATENTES DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA

Uno de los puntos que ha suscitado mayor polémica en los últimos años ha sido la utilización abusiva de patentes por parte de la industria farmacéutica. Así, por ejemplo, se ha acusado a menudo a las multinacionales que dominan el sector de prácticas inhumanas por impedir que los países subdesarrollados puedan tener acceso a ciertas medicinas debido a sus bajos niveles de rentas²². Así, y según el juicio de sus detractores, miles de personas han muerto en los últimos años como consecuencia de enfermedades cuyo remedio descansa protegido tras las patentes de la industria farmacéutica.

El objetivo del presente apartado será analizar cuidadosamente la eticidad de la conducta de este tipo de empresas, intentando clarificar la mejor forma de conciliar la existencia de los mecanismos que posibilitan su legítimo afán de lucro con la necesidad de combatir eficazmente las altas tasas de mortalidad entre los más desfavorecidos. Con tal fin, comenzaremos por estudiar brevemente cuál es la situación a la que nos enfrentamos, para luego profundizar en el análisis ético de la misma.

3.1 La situación a la que nos enfrentamos

Tal y como hemos mencionado antes, la ronda Uruguay del GATT, la misma que dio origen a la famosa Organización Mundial del Comercio (OMC), creó unos acuerdos encaminados a proteger la pro-

²⁰ Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio.

²¹ Posteriormente tendremos ocasión de analizar más profundamente estos acuerdos, por lo que ahora no insistiremos en ellos.

²² Véase, por ejemplo, el editorial de *The Guardian* de 12 de febrero de 2001, o la denuncia efectuada en el *Washington Post* por grupos de derechos humanos el 6 de marzo del mismo año.

propiedad industrial a lo largo de todo el planeta, en unos términos claramente desfavorables para los países menos desarrollados²³, los TRIPS. En virtud de dichos acuerdos, y a partir del momento de su entrada en vigor²⁴, los países firmantes decidieron proteger la propiedad industrial mediante el reconocimiento de las patentes otorgadas por cualquiera de los estados signatarios. Éstos se comprometían, por tanto, a perseguir judicialmente, durante un periodo de veinte años, cualquier actuación que vulnerara dichos derechos, salvo que ello atentara contra la protección de la salud pública o que existiese en ese momento una situación de emergencia nacional. Ello implicaba la persecución no sólo de la venta de productos obtenidos ilícitamente, sino también la de su distribución y comercialización por todo el mundo.

Desde entonces hasta nuestros días, los TRIPS han constituido la mejor defensa de la industria farmacéutica de cara a impedir la existencia de copias de bajo coste de sus productos (los llamados fármacos genéricos²⁵), produciéndose así la situación extrema de que algunos países habían de perseguir a los fabricantes de los productos genéricos sin los cuales no podían proteger a sus propios ciudadanos de la muerte. Esta evidente paradoja llevó a que algunos de los países subdesarrollados decidieran incumplir los acuerdos que ellos mismos habían firmado²⁶, permitiendo o incluso fomentando la producción de medicamentos baratos, aun cuando ello les supuso tener que enfrentarse a posibles sanciones de la OMC. Así, ya en 1996 Brasil comen-

²³ Todavía se discute cuál fue el motivo por el que este grupo de naciones aceptó estampar su firma en los referidos acuerdos. Algunos autores consideran que pensaron que los mencionados tratados les permitirían promover la inversión extranjera directa y acelerar la transferencia de tecnología desde los países desarrollados hacia ellos. Si fue así, sus expectativas se han visto seriamente truncadas, porque la experiencia ha demostrado que, lejos de servir a dichos objetivos, estos acuerdos han sido un obstáculo para ellos (Véase, en lo que a esto respecta, las declaraciones de Carlos CORREA, antiguo viceministro argentino de Ciencia y Tecnología realizadas a *Tercer Mundo Económico*, núm. 97).

²⁴ Este momento, sin embargo, no era uniforme. Los TRIPS entraron en vigor en los países desarrollados en 1996. Los países en vías de desarrollo, como Argentina, Brasil, India, Israel o Egipto, tuvieron de plazo hasta el 1 de enero del 2000. Los países subdesarrollados, como Nepal, Laos, Haití, y la mayor parte de los países africanos, tienen hasta el 2006 para empezar a cumplir con lo estipulado en ellos. No obstante, con la firma de la Declaración de Doha, a la que nos referiremos más adelante, parece que se ha concedido una moratoria general para todos estos países hasta el 2016.

²⁵ Para mayor información acerca de los fármacos genéricos, consúltese: G. M., TOMÁS, «Fármacos genéricos, un desafío bioético», *Cuadernos de bioética*, núm. 44, 2001, pp. 112-118.

²⁶ Como tendremos ocasión de relatar más adelante, la posible ruptura de los TRIPS debida a la conducta de los países subdesarrollados que decidieron unilateralmente fabricar medicamentos genéricos es más que discutible. Quede, no obstante, constancia, de que, en esos primeros momentos y hasta hace apenas unas semanas, la mayoría de los países occidentales han mantenido la postura de que tales comportamientos constituían una violación de los TRIPS, postura radicalmente opuesta a la de los presuntos infractores.

zó a producir en laboratorios estatales los fármacos de los cócteles antirretrovirales, que se utilizan para combatir el SIDA, suministrándolos gratuitamente a la población, sin pagar por ello los derechos de propiedad intelectual que corresponden a sus inventores. Las consecuencias de esta política no se hicieron esperar: de acuerdo con uno de los creadores del programa brasileño, los resultados del mismo fueron concluyentes, reduciéndose el precio de los fármacos en los últimos años en un 70 por 100, y posibilitándose así un descenso de la mortalidad por SIDA a cifras inferiores al 50 por 100, de antes de su aprobación²⁷. Siguiendo este mismo razonamiento, el gobierno de Sudáfrica adoptó en 1997 una ley que le permitió importar medicamentos genéricos sin pagar por ello los correspondientes derechos a las multinacionales de la industria farmacéutica²⁸. De la misma forma, otros países, como India o Tailandia²⁹, elaboraron normas que permitieron la producción de genéricos que consiguen reducir espectacularmente los precios de las medicinas³⁰. En junio de este mismo año, un grupo de 33 países declaró, por su parte, que el mantenimiento estricto de los TRIPS hacía que los tratamientos alcanzaran precios inabordables para ellos, primer paso hacia un futuro incumplimiento³¹. Por otra parte, algunas organizaciones internacionales de gran importancia, como Médicos Sin Fronteras, desafiaron también a la poderosa OMC contratando los servicios de empresas productoras de medicinas genéricas protegidas por patentes³².

La actuación de todos estos países menos desarrollados y de diversas ONGs ha ido desatando reacciones divergentes dentro de las naciones pertenecientes al Primer Mundo. De esta forma, la Unión Europea se mostró dispuesta a facilitar el acceso a los medicamentos a los países que no disponen de recursos suficientes para comprarlos, ya antes de la reunión de la OMC en Doha³³. Por otra parte, y en esa misma época, también se hizo notorio que la actitud de todos aquellos que exigían un cambio en el sistema internacional de protección de la

²⁷ Cfr. MERGIER, A. M., «En Sudáfrica, los genéricos derrotan a los grandes laboratorios», *Proceso*, núm. 1280, 13 mayo de 2001.

²⁸ El 31 de octubre de 1997, el parlamento sudafricano aprobó una enmienda a la ley nacional sobre medicamentos que permitía la importación a gran escala de medicamentos genéricos para tratar distintas enfermedades (Cfr. MERGIER, A. M., «En Sudáfrica...», cit.).

²⁹ Véase *The New York Times*, 10 de marzo de 2001.

³⁰ De esta forma, si el precio promedio de las medicinas contra el SIDA producidas por las multinacionales se sitúa entre los diez y quince mil dólares anuales, el mismo precio de un producto genérico elaborado en estos países no rebasa los quinientos dólares. Teniendo en cuenta de que el salario medio anual de la mayoría de los países subdesarrollados no alcanza los mil dólares, se entenderá la importancia de esa diferencia.

³¹ Teletipos enviados por las agencias de noticias el 19 de septiembre de 2001.

³² De esta forma, la ONG citada firmó un acuerdo con la compañía farmacéutica india CIPLA para abastecerse de genéricos en África por un precio razonable (350 dólares por paciente al año).

³³ Teletipos enviados por las agencias de noticias el 19 de septiembre de 2001.

propiedad se hallaba fuertemente respaldada dentro del ámbito de la OMC y la OMS³⁴.

La postura de Estados Unidos ha sido, sin embargo, hasta la citada cumbre, diametralmente opuesta³⁵. El país norteamericano ha realizado a menudo grandes esfuerzos por bloquear cualquier cambio en la normativa internacional que permita el acceso a medicamentos esenciales a los habitantes de las naciones más desfavorecidas. A lo largo de estos últimos años, el fruto de esta política ha sido, dentro del ámbito interno de la OMC, la invocación continua del Entendimiento de la Solución de Diferencias (ESD), mecanismo que prevé la aplicación de sanciones para exigir el cumplimiento de lo dispuesto en los TRIPS³⁶. De la misma forma, y desde una postura más unilateral, la Oficina de Representantes de Comercio de los Estados Unidos (USTR), ha amenazado reiteradamente con imponer sanciones comerciales a aquellos Estados que incumplan los requisitos que conlleva el respeto más estricto a la propiedad intelectual y el régimen de patentes americanos³⁷.

Cabe, por último, reseñar, que, en ocasiones, han sido las propias multinacionales quienes, ofreciendo un frente unido, han demandado a los gobiernos por el incumplimiento de los TRIPS, como en el caso de Sudáfrica, donde 42 laboratorios internacionales demandaron al Gobierno de Pretoria ante la Alta Corte de ese mismo país, por no respetar el régimen de patentes establecido en los acuerdos citados. La presión de la opinión pública, no obstante, les hizo, finalmente, retirar su demanda, asumiendo todos los costes del proceso. Esto, a su vez, motivó que algunas de las principales empresas del sector, como Bristol-Myers cambiaran de actitud, anunciando que ya no intentarían poner freno a otras compañías que fabricaban genéricos de sus productos y luego los distribuían en Africa³⁸. Otras, como la empresa americana Merck, rebajaron sustanciosamente el precio de sus medicinas anti-retrovirales en el mundo en vías de desarrollo³⁹, iniciando así una dinámica que han continuado otras empresas del sector⁴⁰.

El final, aparentemente feliz de todo este proceso, ha tenido lugar hace apenas unos meses, en la reunión de los países miembros de la

³⁴ Cfr. GÓMEZ, J., «Expertos de la OMS revisarán los precios de los fármacos», *Diario Médico*, 20 de marzo de 2001.

³⁵ Tal y como denunció recientemente la ONG española INTERMÓN (Cfr.: Eurosciencepa Press, 5 de septiembre de 2001).

³⁶ Así, por ejemplo, el Gobierno estadounidense llevó a Brasil ante el tribunal de la OMC por el caso antes comentado de los fármacos antirretrovirales.

³⁷ De acuerdo con la sección «Especial 301» que contiene la ley estadounidense de Comercio de 1988.

³⁸ Véase *The New York Times*, 15 de marzo de 2001.

³⁹ Véase *Financial Times*, 7 de marzo de 2001.

⁴⁰ Y hace unos meses, Costa de Marfil llegó a un acuerdo con algunas de las más importantes industrias farmacéuticas para reducir el coste de los tratamientos contra el SIDA (Cfr. *Diario Médico*, 16 de marzo de 2001).

OMC en Doha (Qatar), en que, gracias a la presión de los países subdesarrollados y a la accesibilidad de algunos de los países más desarrollados, especialmente la Unión Europea, se ha conseguido llegar a un acuerdo en torno a este tema. Fruto de él ha sido la Declaración acerca de los TRIPS y la Salud Pública, rubricado el 14 de noviembre de 2001, y que figura como anexo del presente artículo. En él se consignan algunas declaraciones de principios de carácter esencial, como el reconocimiento por parte de los países firmantes de la gravedad de los problemas de salud pública que afectan a algunos de los miembros de la OMC⁴¹, la necesidad de llegar a consensos que permitan la coexistencia de una protección de la propiedad intelectual con el derecho a la vida y la salud⁴², y la posibilidad de alcanzar esos acuerdos dentro del marco de los TRIPS⁴³.

Junto a estas declaraciones de principios, el texto ha procedido a analizar la situación de algunos de los países menos desarrollados de una forma tan sumamente realista que ha permitido la adopción de una interpretación de los TRIPS lo suficientemente flexible como para que, sin salir del marco de estos acuerdos, pueda permitirse a países como Brasil o India que continúen con las prácticas que, hasta ahora, y siguiendo una interpretación rígida de los mismos, la mayor parte de los países desarrollados consideraba atentatoria contra sus derechos, y que otros países puedan imitarles sin ser por ello sancionados. De esta forma, la nueva declaración permite a los países firmantes determinar los campos en los que ha de aplicarse la excepción de emergencia nacional o situación de urgencia extrema, admitiendo explícitamente que la lucha contra patologías como el SIDA, la tuberculosis, la malaria y otras enfermedades endémicas pueden incluirse en ellas⁴⁴. Cabe, por otra parte, resaltar que el propio documento reafirma el compromiso de los países desarrollados miembros de la OMC de proporcionar a sus empresas e instituciones los incentivos necesarios para que transfieran sus tecnologías a las naciones menos desarrolladas⁴⁵, lo cual puede, en un futuro reducir la dependencia de éstas con respecto al Primer Mundo en lo que al tema de cuidado de la salud se refiere.

3.2 Valoración ética

Antes de entrar a valorar éticamente la actuación de las industrias farmacéuticas y la propia existencia de un sistema de patentes farmacológicas como el que ahora mismo existe, nos gustaría apuntar que resultaría

⁴¹ Párrafo 1 de la Declaración acerca de los TRIPS y la Salud Pública.

⁴² *Ibidem*, párrafos 2 y 3.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 4.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 5.

⁴⁵ Párrafo 7 de la Declaración acerca de los TRIPS y la Salud Pública.

más que tentador unirnos al coro de voces que tacha de inhumanos a los responsables de este tipo de empresas gracias a sofismas de fácil exposición⁴⁶. Creemos, sin embargo, que sería una temeridad culpar únicamente al sector farmacéutico de todos los males que provoca una falta de asistencia médica adecuada en muchos países del Tercer Mundo⁴⁷.

En lo que a esto se refiere, no estaría de más recordar que la mayor parte de los descubrimientos en materia de fármacos se realiza en el marco de las grandes empresas que, actuando de acuerdo con su legítimo afán de lucro, consiguen unos resultados que ninguno de los laboratorios pertenecientes a entidades públicas podrían alcanzar en espacios de tiempo tan cortos. En consecuencia, podría decirse, sin lugar a dudas, que, gracias a su labor, existen hoy en día muchos fármacos que, de otro modo, tal vez aún no existirían, debido a los altísimos costes de su desarrollo. A esta primera idea debemos añadir que, tratándose de empresas privadas que actúan movidas por intereses económicos, los grandes laboratorios no tienen por qué asumir los riesgos financieros de sus investigaciones sin esperar una compensación adecuada y un beneficio razonable y, precisamente por esto, es necesario que exista un sistema de patentes que proteja sus invenciones, que son su mayor activo⁴⁸. Lo contrario sería tanto como hacer de ellos un servicio público de salud alternativo y financiado exclusivamente con los fondos de sus accionistas, lo cual es, sin duda, impensable.

Una vez aclarado todo esto, y entrando ya a analizar la eticidad del actual sistema de patentes, creemos que la pregunta que se ha de res-

⁴⁶ Así, por ejemplo, es muy fácil citar el dato de que los precios de los medicamentos de marca son muchísimo más altos que los de los genéricos que copian su fórmula, para luego concluir que esta diferencia se debe al desmedido afán de lucro de los grandes laboratorios. Este argumento olvida, sin embargo, que los laboratorios que inventan los fármacos han de hacer frente a altísimos costes de investigación que, aquellos otros que se limitan a fabricar sus copias, pueden evitar. Esta distinción hace que los costes que han de repercutir al medicamento en cuestión sean mucho más altos en el caso de los grandes consorcios que en el de los laboratorios que no desarrollan programas de investigación.

⁴⁷ Lo cual, por supuesto, no significa que, al menos algunas de ellas, no tengan una importante parte de responsabilidad en lo que está sucediendo. Así, por ejemplo, los acuerdos entre algunas de las más importantes empresas farmacéuticas para la fijación de los precios de parte de sus productos han supuesto la elevación artificial del importe de los mismos, ocasionando elevadísimas pérdidas a los consumidores (Véase, en lo que a esto se refiere, el caso protagonizado por empresas como Roche, Aventis, Basf, Takeda, etc., recientemente sancionado con una fortísima sanción por parte de la Comisión Europea. Cfr.: *El País*, 22 de noviembre de 2001).

⁴⁸ Véanse, en este sentido, las declaraciones de Alfonso CUETO, subdirector de la oficina para la Transferencia de Resultados de Investigación de la Universidad de Alicante a *Diario Médico*, el 30 de noviembre de 2000. En este mismo sentido, conviene recordar aquí que el Consejo de los TRIPS emitió un comunicado de prensa el 22 de junio de 2001, consecuencia de una reunión mantenida dos días antes, en el que afirmaba que «los miembros son conscientes de que las patentes son necesarias para las políticas de salud pública porque ofrecen incentivos para la investigación y el desarrollo de nuevos fármacos y reconocen que las normas del Acuerdo sobre los TRIPS son importantes en este sentido» (Cfr.: Agencias de Prensa).

ponder en primer lugar es la siguiente: ¿favorece el sistema internacional de protección de la propiedad industrial la construcción de un mundo más acorde con los criterios de, al menos, una ética de mínimos⁴⁹? Para responder a esta pregunta, no nos queda más remedio que comenzar diciendo que, ya hoy en día, muchos laboratorios están priorizando la elaboración de fármacos que reducen los efectos del envejecimiento o que mejoran nuestra calidad de vida, sobre la creación de remedios a enfermedades mortales que aquejan prácticamente sólo a países tercermundistas⁵⁰. Esto, que no es achacable directamente al sistema de patentes, sino que más bien se trata de una disfunción del mercado, debe ser, no obstante, convenientemente resuelto por los organismos creados para favorecer el desarrollo de los países menos favorecidos, como el Banco Mundial, de acuerdo con los postulados de justicia y beneficencia que articulan la Bioética. En lo que a esto concierne, no estaría de más recordar que, aun cuando la nueva declaración firmada en el marco de la OMC permite a los países subdesarrollados evitar los problemas asociados al sistema de patentes, no podrá nunca ser la panacea contra todos los males que les afecta. En último término, de lo que este acuerdo es incapaz de proveerles es de una línea de investigación médica que favorezca sus intereses nacionales y no los de los países desarrollados⁵¹. Consideramos, por tanto, que sería misión de un organismo internacional de ayuda al desarrollo como el Banco Mundial, y no de la propia industria farmacéutica, subvencionar el desarrollo de fármacos económicamente no viables que, sin embargo, podrían resultar decisivos para erradicar enfermedades que aquejan a millones de seres humanos⁵².

En segundo lugar, nos permitiremos señalar que uno de los mayores problemas generados por los acuerdos TRIPS es que en el momento de su firma no establecieron ningún tipo de diferenciación entre las distintas naciones en lo que a la propiedad intelectual se refiere. Todos

⁴⁹ El concepto de ética que vamos a aplicar en el presente trabajo va directamente unido a la idea de «mínimos éticos» que muy adecuadamente, desde nuestro punto de vista, plantea Miguel RUBIO cuando dice, en palabras que hacemos nuestras, que «la propuesta de máximos éticos» ha de permanecer como ideal irrenunciable. Pero una meta moral realista, que pretenda alcanzar al mayor número de sujetos, sólo puede aspirar al cumplimiento de «mínimos» (Cfr.: RUBIO, M., «¿Qué es moralmente factible?», *Moralia*, vol. XXIV, 2001-4, p. 421).

⁵⁰ Y es que, como dice GRACE, «A pesar de que el mundo siga escaso de vacunas adecuadas, alimentos suficientes y control de la contaminación, el centro de la atención de las empresas del ramo es el beneficio económico, no la filantropía. Las grandes sumas de dinero necesarias para la investigación hacen que el desarrollo de los productos de máxima rentabilidad potencial tenga prioridad» (Cfr.: GRACE, E. S., *La biotecnología al desnudo*, Anagrama, Barcelona, 1998, p. 273).

⁵¹ Por eso mismo, si bien se puede obligar a las grandes empresas farmacéuticas a ceder sus patentes, no se les puede obligar a seguir determinadas líneas de investigación en detrimento de otras más rentables.

⁵² Cumpliéndose así con lo dispuesto en los artículos 17 a 19 de la Declaración universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, publicada en 1997.

sabemos, sin embargo, que la capacidad de comprar fármacos de países como Kenya o Somalia es infinitamente inferior a la de otros como Francia, por ejemplo. Siguiendo estrictamente los TRIPS, esto sólo significaría que los franceses deberían tener acceso a los fármacos, porque pueden pagarlos, y los kenyatas no, porque no pueden. Esto que, desde una lógica puramente económica parece cabal y se aplica sin problemas en otros sectores, no debería ser, sin embargo, puesto en práctica en un mercado como el de los fármacos, en el que lo que está en juego es la vida de miles de personas, que es mucho más importante que la obtención de un beneficio económico⁵³. Cualquier consideración en sentido contrario chocaría, a nuestro juicio, con los principios de justicia y beneficencia.

Ello no obstante, tal y como ha recordado recientemente la Declaración de Doha, los propios TRIPS incluyen en su artículo 31 la salvedad de que en caso de emergencia nacional podría permitirse la fabricación, importación o distribución de productos genéricos sin que por ello se considerase vulnerada la propiedad intelectual. Dado que, a la vista de la Declaración citada parece ser que de ahora en adelante se aplicará una interpretación extensa de esta cláusula, en lo que a este campo se refiere, para satisfacer de una forma adecuada unas mínimas demandas por parte de los países menos favorecidos, sin deteriorar por ello gravemente los intereses de los grandes laboratorios, los acuerdos TRIPS pueden acabar siendo, en la práctica, un marco adecuado para sostener un sistema de salud a nivel mundial⁵⁴.

Esta fórmula, que parece perfecta desde un punto de vista ético, puede parecer, no obstante, un tanto ingenua. A fin de cuentas, el grave problema de nuestro mundo es que, allí donde la ética y los intereses económicos no coinciden, suelen ser estos últimos los que predominan⁵⁵. En este caso, sin embargo, creemos firmemente que no

⁵³ Así, por ejemplo, sería a nuestro juicio una conducta moralmente inaceptable que, en consonancia con la tradicional interpretación que los países desarrollados hacían de los TRIPS, una vez declarada una epidemia de tuberculosis, el laboratorio que tuviera la patente del fármaco más efectivo para luchar contra la patología se negara a comercializarlo para que así aumentara el número de afectados y sus expectativas de ganancias futuras.

⁵⁴ En lo que toca a este punto, véase las declaraciones efectuadas por muchas de las delegaciones asistentes al Consejo de los TRIPS celebrado en junio de 2001, en las que manifestaban que el acuerdo sobre los TRIPS puede ofrecer «la flexibilidad suficiente para atender a las necesidades de salud pública siempre y cuando se interprete y se aplicase de forma adecuada». Éste fue también el sentido de la propuesta efectuada en el marco del Parlamento Europeo por parte del grupo político Los Verdes-Alianza Libre Europea el 15 de marzo de 2001 (Cfr.: *Diario Médico*, 16 de marzo de 2001).

⁵⁵ Véase, a este respecto, GARCÍA, C. M., *Perspectiva...*, cit., p. 175. Por eso mismo, siempre habrá escépticos que, a pesar de la firma de la Declaración de Doha, consideren que la industria farmacéutica y los países desarrollados encontrarán alguna forma de impedir que este tipo de acuerdos lleguen a aplicarse.

tiene por qué ser necesariamente así, y ello se debe a varios motivos esenciales:

- En primer lugar, la cifra de ventas de fármacos en los países subdesarrollados es verdaderamente poco significativa, comparada con los guarismos que se manejan en el Primer Mundo. Por eso mismo, creemos firmemente que la oposición de los grandes laboratorios a la venta de genéricos en el Tercer Mundo se debe más a motivos ideológicos que a motivos económicos.
- En segundo lugar, las multinacionales que controlan el sector saben ya que existe un alto grado de sensibilización en la opinión pública mundial acerca de las consecuencias que puede provocar un exceso de celo en la aplicación de los acuerdos TRIPS en el campo de la medicina. Por eso mismo, es más que probable que en un futuro no se atrevan a demandar de nuevo a países subdesarrollados que tomen decisiones derivadas de situaciones desesperadas.
- En tercer lugar, los grandes laboratorios son plenamente conscientes de que una política de ayuda a los más desfavorecidos contribuiría a afianzar su imagen y a perpetuar un sistema de patentes que, en otros casos, podría verse seriamente amenazado.

Esta realidad económica, unida a la posibilidad que la Declaración de Doha otorga a los países menos desarrollados de hacer uso de la cláusula de emergencia nacional para no pagar los derechos asociados a la propiedad intelectual hará que, en un futuro, éstos pierdan buena parte de su valor, al menos en lo que a su aplicación en estos países se refiere. De acuerdo con lo que acabamos de apuntar, creemos que una acción por parte de alguno de los organismos internacionales destinados a fomentar el desarrollo, como el Banco Mundial, podría obtener una cesión de los derechos de la propiedad intelectual para la explotación de ciertos medicamentos a muy bajo coste, lo cual les permitiría donarlos después a todos estos países, ya fuera como propiedad intelectual o como fármacos ya elaborados⁵⁶, en consonancia con el principio de beneficencia que ha de guiar toda acción sanitaria. Gracias a ello, muchos países subdesarrollados podrían hacer uso de este tipo de fármacos sin apelar por ello constantemente a las excepciones previstas en los TRIPS al régimen general de protección a la propiedad intelectual, eliminándose así el riesgo de una denuncia por empleo abusivo de este tipo de cláusulas, y el de una vuelta a la interpretación más rígida de los TRIPS a través de futuras rondas negociadoras.

Para concluir diremos, por tanto, que la solución al problema que actualmente nos plantean los elevados costes de los fármacos protegidos por las patentes debe ser resuelto por una doble vía: de un lado,

⁵⁶ Esta idea coincide en algunos aspectos con la que defiende MSF. Véase las declaraciones de Carmen PÉREZ, representante de dicha organización a *Diario Médico* el 1 de diciembre de 1999.

manteniendo a toda costa una interpretación flexible de los acuerdos TRIPS que permita suspender temporalmente los mecanismos de protección de la propiedad industrial cuando valores de mayor entidad así lo aconsejen; en segundo lugar, avanzando significativamente en una acción pública concertada a nivel internacional que pueda suplir adecuadamente las deficiencias que crea el sistema de libre mercado⁵⁷. Sólo así conseguiremos un mundo en el que el funcionamiento de la industria farmacológica no se atenga principalmente, si no en exclusiva, a criterios estrictamente economicistas.

Esta aseveración puede, no obstante, verse en serio peligro de acuerdo con los nuevos descubrimientos en torno al genoma humano. De hecho, los avances de la investigación en torno a esta materia han generado tales expectativas de beneficio que, aun cuando consiguiéramos que la industria farmacéutica comenzara a guiarse por los patrones indicados en los puntos anteriores de este mismo trabajo, la explotación de la información contenida en nuestros genes podría crear nuevas formas de injusticia. Por eso mismo, los siguientes apartados se dedicarán al estudio del espinoso asunto de las patentes sobre el genoma humano.

4. LAS PATENTES SOBRE EL GENOMA HUMANO

Tal y como acabamos de indicar, el segundo de los temas que vamos a tratar en el presente trabajo es especialmente polémico, por cuanto se refiere a una materia que nos atañe a todos: la patentabilidad o no del material genético humano y de los resultados obtenidos como consecuencia de su estudio. Como podremos imaginar, es en este campo en el que se concentra el mayor interés, ya sea por la inmensa capacidad de engendrar ingresos que contiene o por el elevado grado de prestigio y poder que confiere a los científicos el dominio del «libro de la vida» del hombre. De esta forma, y como tendremos ocasión de comprobar en breve, no existe siquiera un consenso acerca de si el objeto de patente se trata de una parte del cuerpo humano o no, lo cual suscita evidentes paradojas. Por eso mismo, consideramos esencial partir de un análisis histórico del tema antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión.

4.1 La existencia de patentes sobre organismos vivos

Como ya hemos tenido ocasión de explicitar a la hora de definir las características de las patentes, uno de los requisitos esenciales para que un objeto sea patentable es que éste no se encuentre en la naturaleza⁵⁸. La diferencia entre ambos conceptos es, por tanto, tras-

⁵⁷ Cfr. BERGEL, S. D., «Patentamiento de material...», cit., p. 13.

⁵⁸ Así, por ejemplo, los elementos químicos no son patentables porque se encuentran en la naturaleza, aun cuando a veces sea complicado localizarlos. Por eso mismo, cuando un científico revela un elemento nuevo, pero inscrito en el mundo que

cidental, por cuanto si bien los inventos son patentables, los descubrimientos no lo son⁵⁹.

Atendiendo a esta diferenciación, la oficina de patentes de los Estados Unidos de América (USPTO) se había negado, hasta hace bien poco, a admitir la inscripción de patentes sobre seres vivos⁶⁰. Sin embargo, en 1980, esta política, basada en una larga tradición, cambió drásticamente. Por primera vez en la historia, se permitió registrar como invención humana un ser vivo⁶¹. Poco después⁶², la oficina de patentes europea imitó a su equivalente americana, autorizando las patentes de animales⁶³.

A partir de ese instante, todo cambió bruscamente. Antes de esa fecha, ya se había empezado a solicitar patentes de especies vegetales modificadas genéticamente, pero nadie había pensado hasta entonces que patentar animales pudiera resultar posible. Una vez abierta la caja de Pandora, no pasó mucho tiempo hasta que se solicitaron las primeras patentes sobre material genético humano⁶⁴. Estas solicitudes abrieron un amplio debate, tanto judicial⁶⁵ como ético, todavía no resuelto⁶⁶.

nos rodea, ya sea un objeto celeste, un tipo de fósil o cualquier especie animal o vegetal, hablamos de descubrimiento y no de invento.

⁵⁹ Cfr. MARTÍN, E., «Patentes...», cit., p. 166 y 167.

⁶⁰ Véase, en lo que a esto respecta: HOLZMAN, G., «Patenting certain form of life: a moral justification», *The Hastings Center Report*, 1997, núm. 9, pp. 9-11.

⁶¹ La bacteria *Pseudomonas*, capaz de convertir el petróleo crudo en alimento para ganado (Cfr.: MARTÍN, E., «Patentes...», cit., pp. 166 y 167; SANTOS, A., *Instrumentación Genética*, Palabra, Madrid, 1987, p. 158; RIFKIN, J., *El siglo...*, cit., pp. 54-58; MARÍN, E., «Patentes...», cit., p. 332). Posteriormente, el día 12 de abril del año 1989, y siguiendo con esa política, la oficina de patentes americana inscribió como tal un ratón, al que previamente se le había modificado su código genético, llamado a la sazón «oncorratón». En ese caso, la oficina citada consideró que el ratón en cuestión era un invento del ser humano, que no se encontraba en la naturaleza, y que nunca se habría encontrado allí de no ser por la intervención del hombre, por lo que lo consideró invención, emitiendo la correspondiente patente.

⁶² En octubre de 1991.

⁶³ Cfr. GOMEA, J., «Patentabilidad de los animales: el ratón transgénico», *CEPI*, núm. 9, febrero 1992, p. 18.

⁶⁴ Fue concretamente en 1991 cuando el investigador americano Craig Venter, que trabajaba para el National Institute of Health (NIH), solicitó a la oficina de patentes que le concediera la propiedad intelectual sobre 337 secuencias parciales de genes humanos (llamadas EST por sus siglas en inglés: expressed sequence tags), obtenidas mediante transcripción inversa (Cfr. ALLAIS, C., *Genética y Ética*, Luis Vives, Zaragoza, 1997, p. 27; BERGEL, S. D., «Patentamiento de genes y secuencia de genes», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 8, 1998, pp. 31-58; KILEY, T. D., «Patents on random complementary DNA fragments», *Science*, núm. 257, 1992, pp. 915-919).

⁶⁵ Algunos de los casos más famosos en lo que a esta materia se refiere son los siguientes: Amgen vs. Chugai Pharmaceuticals (1991), Genentech vs. Wellcome Foundation (1992), Universidad de California vs. Eli Lilly (1997), Genentech vs. Novo Nordisk (1997), todos ellos en Estados Unidos, y el caso *In re Deuel* (1995) en Europa. Un buen resumen de otros casos puede hallarse en: OSSET, M., *Ingeniería genética y derechos humanos. Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Icaria, Barcelona, 2000, pp. 57-67.

⁶⁶ A pesar de que el NIH retiró su solicitud en 1994, la polémica no culminó ahí. En 1997, la USPTO admitió la patentabilidad de las EST bajo ciertas condi-

Por otro lado, y desde el punto de vista de los organismos internacionales, hubo una inmediata reacción a estos primeros intentos de patentar el genoma humano. De entre todos los documentos elaborados en este sentido es necesario citar, por su extraordinaria importancia, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos publicada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997. En ella se establecían claramente algunos principios básicos en torno al tema de la patentabilidad o no del genoma humano: se negaba la posibilidad de patentar el genoma humano en sí mismo⁶⁷; se hacía un llamamiento al respeto a la dignidad del ser humano que implicaba la imposibilidad de reducirlo a sus características genéticas⁶⁸; se afirmaba también que ninguna investigación sobre el genoma humano podría prevalecer sobre los derechos humanos⁶⁹; y, por último, se declaraba que el genoma humano, como tal, era patrimonio de toda la humanidad⁷⁰.

En Europa, por su parte, la postura de inicial rechazo hacia toda patente sobre organismos vivos ha ido cambiando paulatinamente a través de la influencia americana⁷¹. Actualmente, la Directiva Europea 98/46 sobre la Protección Jurídica de las Innovaciones Biotecnológicas, elaborada a partir del informe del Grupo de Consejeros para la ética en las Biotecnologías (en adelante, GCEB), cuyas recomendaciones se adoptaron prácticamente en su totalidad⁷², prohíbe las patentes de genes humanos en su estado natural⁷³, pero permite paten-

ciones, de forma que el 6 de octubre de 1998 se concedió la primera patente sobre una EST. Finalmente, el 21 de diciembre de 1999, la USPTO publicó las líneas que a partir de entonces gobernarían la concesión de patentes. En ellas se establecía que para que las EST fueran patentables, debía tratarse de una invención con una utilidad específica y sustancial que excluyera utilidades etéreas o poco importantes. (Cfr. GERSHON, D., «US and British researchers agree not to seek gene fragment patents», *Nature*, núm. 367, 1994, p. 583; KOWALSKI, T. J., «Analyzing the USPTO'S revised utility guidelines», *Nature Biotechnology*, núm. 18, pp. 349-350).

⁶⁷ Artículo 4.

⁶⁸ Artículo 2

⁶⁹ Artículo 10.

⁷⁰ Artículo 1.

⁷¹ En el año 1973, la Convención Europea de Patentes prohibió patentar animales y plantas, así como los procesos para producir estos últimos. Sin embargo, esta política ha ido cambiando paulatinamente. En lo que a ello respecta, es más que destacable el hecho de que en 1995, y a consecuencia del caso *In re Deuel*, la oficina de patentes europea otorgara la concesión de una patente sobre secuencias de ADN que codifican una proteína llamada relaxina, de origen puramente humano. (Cfr.: LOBATO, M., «Comentario de la decisión de 18 de enero de 1995 de la oficina europea de patentes», *Revista de Derecho y genoma humano*, 1995, núm. 3, pp. 177-189; GRACE, E. S., *La biotecnología...*, cit., p. 241; AAVV, «Patent Threat to Research», *Nature*, núm. 384, 1997, p. 672).

⁷² Cfr. QUINTANA, O., «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas: consideraciones éticas», en CASADO, M., y GONZÁLEZ-DUARTE, R. (eds.), *Los retos de la genética...*, cit., p. 147.

⁷³ En lo que a ello respecta, no debemos olvidar que la Recomendación 1240 del Consejo de Europa considera que «el cuerpo humano y sus elementos, tal y como se encuentran en el cuerpo humano, no deben ser fuente de beneficios eco-

tar una secuencia total o parcial de un gen aislado, supuesta su utilidad industrial⁷⁴. La directiva fue recurrida ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por los Países Bajos, a los que más tarde se unieron Noruega e Italia, debido a seis diferentes motivos, entre ellos su presunto carácter atentatorio contra la dignidad humana y la ruptura del postulado de la seguridad jurídica. El recurso fue, sin embargo, desestimado en sentencia de 9 de octubre de 2001⁷⁵.

4.2 Valoración ética

Como podemos apreciar, la discusión legal en torno a la propiedad intelectual de los genes ha culminado en una solución un tanto salomónica: está prohibida la concesión de patentes sobre el material genético humano, pero se permite el ejercicio de la propiedad intelectual sobre aquellos inventos elaborados a partir de estudios efectuados sobre ese mismo material. Desde el punto de vista de la ética, no obstante, no existe un consenso unánime acerca de cuál ha de ser la forma más correcta de actuar en esta materia. En un principio, la mayoría de los expertos en Bioética se opusieron sistemáticamente a la creación de patentes sobre genes humanos⁷⁶, pero conforme ha ido pasando el tiempo, algunas posturas han ido matizándose paulatinamente. Por eso mismo, hemos entresacado de la numerosa literatura en torno al tema que ahora nos ocupa las siguientes posturas:

- En primer lugar, hay un grupo de autores que considera que cualquier intento de patentar genes humanos atenta directamente contra la dignidad del ser humano⁷⁷. De acuerdo con esta idea, no cabe reputar sino como ilícita cualquier actuación que haga del ser humano o de cual-

nómicos». De la misma forma, el Convenio de Oviedo de Bioética de 1999, en su artículo 21, proclama que «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deben ser objeto de lucro».

⁷⁴ Cfr. artículos 5.1, 5.2 y 5.3. Un análisis más extenso de la normativa europea pasada y presente puede hallarse en: OSSET, M., *Ingeniería genética...*, cit., pp. 63-67.

⁷⁵ Dicha sentencia puede hallarse en la «Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de la UE», o en www.diario-medico.com

⁷⁶ Véase, por ejemplo, las conclusiones de la Reunión sobre Derecho y Genoma Humano celebrada en Bilbao en mayo de 1993 (Cfr.: ROMEO, C. M., «Reunión internacional sobre el Derecho ante el genoma humano», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, pp. 215-220).

⁷⁷ Cfr. GARCÍA, C. M., «Problemas éticos y jurídicos de las patentes de seres vivos», *Cuadernos de Bioética*, núm. 32, 1997, pp. 1490-1496; CUER, P., «Pueden patentarse secuencias utilizables extraídas del genoma humano»; KNOPPERS, B. M., y CHADWICK, R., «The human Genome project: under an international ethical microscope», *Science*, núm. 265, 1994, pp. 2035 y 2036; GRISOLÍA, S., *El País*, 31 de mayo de 1993; MARÍN, E., «Genes y Biotecnología», *Resumen de ponencias del Congreso Mundial de Bioética, celebrado en Gijón del 20 al 24 de junio de 2000*, p. 16; MARÍN, E., «Patente...», cit., p. 330.

quiera de las partes de su cuerpo un instrumento de explotación económica⁷⁸. Esta es, asimismo, la postura defendida por la mayor parte de los Estados e instituciones, como, por ejemplo, la Iglesia Católica⁷⁹. Algunas voces de reconocido prestigio se han mostrado, no obstante, en completo desacuerdo con esta idea, negando cualquier atentado contra la dignidad humana en la patentabilidad de los genes humanos⁸⁰.

- En segundo lugar, hay algunos autores que consideran que la creación de patentes sobre el genoma humano podría atentar contra el principio básico en ética de la solidaridad entre los hombres⁸¹. En lo que a ello respecta, no estaría de más considerar que la propiedad privada de este tipo de información podría acentuar las diferencias entre ricos y pobres⁸², por cuanto los primeros tendrían acceso a una información que a los segundos les resultaría vedada⁸³. Por otra parte, cabría la posibilidad de que las grandes empresas obtuvieran fuertes beneficios sacrificando para ello los estándares sobre seguridad comúnmente aceptados e incluso los derechos humanos más básicos, circunstancia que, a su vez, probablemente perjudicaría más a los sectores marginales de la población que a los más ricos⁸⁴.

- En tercer lugar, existe también una corriente de pensadores que consideran que la creación de patentes en torno a esta materia retrasa-

⁷⁸ Véanse artículos 2, 4 y 10 de la Declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

⁷⁹ Así, por ejemplo, el Papa Juan Pablo II manifestó al respecto que «ya que el cuerpo humano no es un objeto del que pueda disponerse a voluntad, los resultados de la investigación deben ponerse a disposición de toda la comunidad científica y no pueden ser propiedad de un pequeño grupo». (Cfr.: FRIEND, W., «Una introducción a los genes y a las patentes», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, p. 263).

⁸⁰ En lo que a esto respecta, algunos de nuestros más reputados biólogos, como el profesor LACADENA se han manifestado de una forma clara, denunciando la excesiva sacralización del material genético humano que puede estar teniendo lugar en nuestros días. (Cfr. LACADENA, J. R., «El Proyecto Genoma Humano: ciencia y ética», *Revista de la Real Academia de Farmacia*, 1996, pp. 5-41). Este mismo autor, en un artículo publicado en marzo de 1999 decía, textualmente, que: «algunos consideran que el intentar patentar la secuencia de genes humanos es una afrenta a la dignidad humana. Sin embargo, cabría preguntarse: ¿realmente atenta contra la dignidad humana? ¿no se estará sacralizando el ADN humano?» (Cfr. LACADENA, J. R., «Genética y Bioética», *CNICE*, en la siguiente dirección de Internet: www.cnice.medic.es/tematicas/genetica/1999_03_1/patentes2.html)

⁸¹ Cfr.: APARISI, A., y LÓPEZ, J., «Biotecnología y patentes: ¿reto científico o nuevo negocio?», *Cuadernos de Bioética*, núm. 38, 1999, p. 283).

⁸² Lo cual, como no puede ser de otra forma, atentaría contra el principio básico de justicia que enuncia el artículo 12 de la Declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

⁸³ Y de ello, a su vez, podría derivarse que los científicos entrasen en una carrera de competitividad contraria a la cooperación científica internacional, lo cual atentaría gravemente contra artículo 15 de la Declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

⁸⁴ Véase MANDER, J., y GOLDSMITH, E., *The case against the Global Economy and for a Turn Toward the Local*, San Francisco: Sierra Club Books, 1996, pp. 25-67.

ría el avance de la ciencia⁸⁵, violando el principio de no maleficencia, por cuanto los científicos no tendrían más remedio que satisfacer las exigencias económicas de los propietarios de las patentes para tener acceso a la información que necesitasen⁸⁶, por lo que exigen que los datos sean de libre consulta pública⁸⁷. Otros autores, sin embargo, opinan que sólo mediante la existencia de un sistema de patentes que garantice la propiedad intelectual sobre el Genoma Humano y las invenciones a las que puede dar lugar puede garantizarse adecuadamente el desarrollo de las investigaciones en torno a este tema⁸⁸.

- En cuarto lugar, y desde un punto de vista jurídico, hay quien considera que no se puede hablar de propiedad intelectual en lo que se refiere al Genoma Humano porque no se puede hablar de «inventar» genes humanos sino de «descubrirlos»⁸⁹. Y dado que para que exista una patente es necesario un invento y no un descubrimiento, los genes humanos no serían patentables⁹⁰. Otros científicos, como el eminente James Watson⁹¹ o George Poste⁹² parecen opinar, por el contrario, que, una vez conocida la función específica de un gen, su patentabilidad es posible.

- En quinto lugar, algunos expertos consideran que las posibilidades de que los resultados del proyecto Genoma Humano sean útiles de cara a presentar una solución eficaz a todas las enfermedades a las que se supone un contenido genético son en realidad ínfimas⁹³. Esto hace que, a su vez, contemplen las inversiones en

⁸⁵ Véase, en lo que a esto respecta, las declaraciones efectuadas por WATSON a *El Siglo*, el 18 de mayo de 1992; véase, también, ROMEO, C. M., «La terapia génica “in vivo” no es patentable», *Diario Médico*, 7 de mayo de 1999; LACADENA, J. R., «Genética y Bioética», *CNICE*, en Internet: www.onice.med.es/tematica/genetica/1999_03_01/patentes2.html; «Los científicos piden normas más estrictas en la patente de genes», *Diario Médico*, 20 de julio de 2000.

⁸⁶ Cfr. GRACE, E. S., *La biotecnología...*, cit., p. 246.

⁸⁷ Esta es, por ejemplo, la opinión sostenida por el Comité consultivo de ética francés y el Comité Asesor del Programa Genoma Humano de la Comunidad Europea (Cfr. «El Comité de Ética francés se pronuncia contra la posibilidad de patentar el Genoma», *Diario Médico*, 15 de junio de 2000).

⁸⁸ Cfr. HUBBARD, R., y WALD, E., *El Mito...*, cit., p. 217; GRACE, E. S., *La biotecnología...*, cit., p. 245; MARÍN, E., «Patente...», cit., p. 335.

⁸⁹ Cfr. HUBBARD, R., y WALD, E., *El Mito...*, cit., p. 218.

⁹⁰ Cfr. BERGEL, S. D., «Patentamiento de genes y secuencias de genes», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 8, 1998, pp. 31-59; ROMEO, C. M., «La terapia génica “in vivo” no es patentable», *Diario Médico*, 7 de mayo de 1999; HO, M., *Ingeniería genética, ¿sueño o pesadilla?*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 21-65.

⁹¹ Cfr. HUBBARD, R., y WALD, E., *El Mito...*, cit., p. 216.

⁹² El señor POSTE, director de I+D de una importante industria publicó en 1995 un artículo en *Nature* en el que consideraba que las técnicas utilizadas en las investigaciones asociadas a los genes entraban en el campo de la invención, por lo que podían ser patentadas, incluso en aquellos casos en los que se desconocía la utilidad del gen en cuestión (Cfr. POSTE, G., «The case for genomic patenting», *Nature*, núm. 378, 1995, pp. 534-536; véase también, en este mismo sentido, CAREY, N. H., «Why genes can be patented?», *Nature*, núm. 379, 1996, p. 484).

⁹³ Cfr. HUBBARD, R., y WALD, E., *El Mito...*, cit., p. 121.

este sentido como un despilfarro de recursos con los que muchas personas podrían encontrar una respuesta a sus patologías⁹⁴, lo cual quebraría el criterio de justicia en la asignación de recursos sanitarios.

- Cabe, por último señalar, que existe una corriente de pensamiento que considera que es demasiado peligroso dejar que el material genético humano pertenezca a empresas privadas, porque, estando éstas menos sujetas al control de las instituciones que las empresas públicas, correríamos el riesgo de que se extralimitaran en sus investigaciones⁹⁵. Podrían producirse así excesos como la clonación de seres humanos, la creación de nuevas mutaciones, experimentos de quimerismo, etc.⁹⁶

Sobre la base de estos argumentos iniciales, nos permitiremos realizar las siguientes observaciones:

- En primer lugar, parece claro que existe un consenso mayoritario acerca de la conveniencia de prohibir cualquier tipo de patente sobre el genoma humano en sí mismo⁹⁷, aun cuando no estemos de acuerdo con que se trate de un bien cuasi-sagrado cuyo uso lesione la dignidad humana. En este sentido, puede decirse que la propia importancia de la información en cuestión hace que sea conveniente que repose en las manos de la propiedad pública y, a ser posible, la de un ente internacional, antes que en la de cualquier empresa privada, si queremos tener una garantía firme de que en el futuro se vaya a respetar el principio bioético de no maleficencia⁹⁸. Apuntado esto, hemos de añadir, además, que también es cierto que permitir las patentes de «inventos» cuya utilización fuera necesaria para acceder al genoma humano en sí mismo sería equivalente a permitir las patentes sobre este último. No

⁹⁴ Cfr. HUBBARD, R., y WALD, E., *El Mito...*, cit., pp. 24, 25, 33, 82 y 83; GRACE, E. S., *La biotecnología...*, cit., pp. 124 y 125.

⁹⁵ En este sentido se han decantado tanto la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos y la Directiva Europea 98/46 sobre la Protección Jurídica de las Innovaciones Biotecnológicas, así como la mayor parte de la doctrina (Cfr. RIFKIN, J., *El siglo...*, cit., pp. 19-21; HUBBARD, R., y WALD, E., *El Mito...*, cit., p. 16; QUINTANA, O., «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas...», cit., p. 147).

⁹⁶ En este sentido parecen interpretarse algunos de los artículos de la Declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, como el 13, el 14, el 15, el 16 o el 11. Véase, también en este sentido, las conclusiones del GCEB en torno a este tema (Cfr. QUINTANA, O., «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas...», cit., p. 147).

⁹⁷ Véase MARTÍN, E., «Patentes...», cit., pp. 189, 190 y 191.

⁹⁸ De lo contrario, pondríamos en serio peligro el dogma de la libertad de la investigación científica consagrado ya en el artículo 15 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 19 de noviembre de 1966. Véase, en lo que a ello concierne, las conclusiones de Jean DAUSSET en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Bilbao, 1994, pp. 358-359; PUIGPELAT, F., «¿Hay que poner límites a la investigación...?», cit., p. 174.

nos queda, por tanto, sino concluir que este segundo tipo de actuaciones también deben ser consideradas como moralmente ilícitas.

- En segundo lugar, consideramos también cierto que lo que es predicable en el caso de los genes humanos ya no tiene por qué serlo en el caso de los productos derivados de ellos⁹⁹. En lo que a ello respecta, entendemos que no hay ningún motivo ético válido por el que limitar especialmente el derecho a la propiedad intelectual de quien, partiendo de los datos que nos pueda aportar el estudio de los genes, sea capaz de diseñar productos que antes no se encontraran en la naturaleza, ya sean éstas moléculas, proteínas, tejidos humanos o algún tipo de procedimiento (por ejemplo, un test diagnóstico) o cualquier otra, siempre, claro está, que con ello no se atente contra los principios universales de respeto a la dignidad del ser humano, justicia, beneficencia y no maleficencia que hemos defendido en anteriores apartados de este mismo trabajo¹⁰⁰, y que se conozca fehacientemente la utilidad precisa de la materia a patentar¹⁰¹. Lo contrario sería tan absurdo como negar la posibilidad de patentar un brazo articulado sólo porque su modelo es el brazo humano¹⁰².

- En tercer lugar, consideramos que el argumento de que las patentes sobre genética humana pueden retrasar el desarrollo de la ciencia es completamente incierto. Más bien al contrario, es solamente en los casos en los que las empresas sienten que se hallan protegidas frente al pirateo de datos cuando se animan a publicar sus conocimientos¹⁰³. Por ello mismo, consideramos que cualquier conducta tendente a suprimir el sistema de patentes en esta área del conocimiento podría considerarse como una quiebra del principio de beneficencia, ya que, a largo plazo, podría privar a los investigadores de herramientas esenciales con las que combatir las diversas patologías que acosan al ser humano.

- En cuarto lugar, y como consecuencia directa de lo que acabamos de apuntar, consideramos que no hay ningún motivo por el que se

⁹⁹ Siempre, claro, con la excepción enunciada en el punto anterior de que el producto derivado impida el acceso libre al conocimiento del Genoma Humano. Véase, a este respecto: MARÍN, E., «Patente...», cit., p. 337.

¹⁰⁰ Véase el apartado 3 de este mismo trabajo. De esta forma, por ejemplo, sería imposible patentar procedimientos de clonación humana, o de quimerismo que atentarán contra la dignidad humana o contra el principio de maleficencia (Cfr. QUINTANA, O., «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas...», cit., p. 148).

¹⁰¹ Salvedad que, a nuestro juicio con buen criterio, impidió que Venter pudiera patentar sus secuencias aleatorias de «ADN complementario» (Véanse los fundamentos de Derecho 69-81 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de octubre de 2001; HUBBARD, R., y WOOD, E., *El mito del gen*, Alianza editorial, Madrid, 1999, pp. 215-218; conclusiones de Aaron KLUG en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Bilbao, 1994, p. 355; LACADENA, J. R., «Genética y Bioética», *CNICE*, en Internet: www.cnice.medc.es/temáticas/genetica/1999_03_1/patentes2.html

¹⁰² Véanse MARTÍN, E., «Patentes...», cit, pp. 179 y 180.

¹⁰³ Véase, en lo que a ello concierne, las conclusiones de Aaron KLUG en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Fundación BBV, Bilbao, 1994, p. 355; LACADENA, J. R., «Patentes de genes humanos», en Internet: www.cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/patentes1.html

deba obligar a algunas empresas a que permitan a otras el libre acceso a sus invenciones, aun cuando éstas se deriven de datos extraído del genoma humano ¹⁰⁴. En lo que respecta a los investigadores, corresponderá a los Estados financiar convenientemente el acceso a dicho invento para obtener descubrimientos, éstos sí, de carácter público, siempre de acuerdo con lo apuntado por el principio de justicia en la asignación de recursos sanitarios ¹⁰⁵.

- En quinto lugar, consideramos que resulta imperativo un análisis pormenorizado de cada caso, para averiguar si lo que se intenta patentar es realmente un invento o un descubrimiento, por cuanto esta distinción se nos sigue antojando esencial de cara al otorgamiento de patentes ¹⁰⁶. Con tal fin, deberían crearse organismos especializados al efecto, con cargo a las tasas de las oficinas de patentes, y más concretamente, a las solicitudes de las empresas demandantes de patentes biotecnológicas ¹⁰⁷.

- Por último, nos permitiremos desechar de raíz cualquier tipo de pensamiento catastrofista que relacione la existencia de patentes con la posibilidad de utilizar el Genoma Humano como fuente de algún futuro holocausto. De ser así, seguramente se produciría con o sin patentes, lo cual resta bastante peso al argumento.

5. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente apuntado, extraeremos las siguientes conclusiones generales:

- No hay ningún motivo válido por el que considerar que el sistema de patentes sea contrario a la ética. Más bien, es el único método con

¹⁰⁴ Lo cual, creemos, se encuentra perfectamente en consonancia con lo dispuesto en artículo 4 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, *a contrario sensu*.

¹⁰⁵ Forma en la que se satisfaría, a su vez, lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

¹⁰⁶ En este sentido, varias asociaciones de científicos americanos solicitaron en el año 2000 al Congreso de los Estados Unidos que se endurecieran las normas referentes a las patentes de los genes, debiendo demostrarse la utilidad del descubrimiento antes de que la patente se otorgue (Cfr. «Los científicos piden normas más estrictas en la patente de genes», *Diario Médico*, 20 de julio de 2000). En Europa, por su parte, existe ya desde hace años un Comité de Ética de las biotecnológicas que se encarga de evaluar si los bienes objeto de patente reúnen o no los requisitos necesarios para tal fin. Esta es, por otra parte, la opinión defendida por el informe elaborado por el GECB (Cfr. QUINTANA, O., «La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas...», cit., p. 148).

¹⁰⁷ Véase lo que opinan al respecto James WATSON (Cfr. LESLIE, R., «Genome Patent Fight Erupts», *Science*, núm. 254, 1991, p. 184), o David BOTSTEIN (Cfr. HEALEY, B., «Special Report on Gene Patenting», *The New England Journal of Medicine*, núm. 327, pp. 664-668). Véase también PUIGPELAT, F., «¿Hay que poner límites a la investigación...?», cit., p. 173.

el que contamos actualmente para proteger de una forma satisfactoria la propiedad industrial. Y, a su vez, sólo una adecuada protección de la propiedad industrial puede garantizarnos un nivel de inversiones en investigación médica como el que tiene lugar hoy en día o mayor.

- Esto, por otra parte, no significa que el sistema de patentes deba abarcar todos los productos de la investigación científica. En el caso concreto del genoma humano, hay motivos poderosos, tanto desde un punto de vista ético como desde el más puramente jurídico, que desaconsejan la aplicación del sistema de patentes a este campo. Por ese motivo, consideramos que, aunque este tipo de consideraciones puedan retrasar las investigaciones, no cabe admitir la posibilidad de patentar los genes humanos ni ningún tipo de invento que, partiendo de los mismos, haga imposible acceder a su conocimiento sin previo pago de una licencia.

- Nos permitiremos recordar que, aun cuando la protección de la propiedad industrial es la mejor forma de asegurar la inversión de grandes sumas de dinero en la investigación biotecnológica, esto no implica que no existan grandes campos en los que se hace necesaria una intervención más activa de capitales públicos, ya sea a través de los Estados o de las instituciones internacionales, encaminada a corregir las disfunciones que crea el funcionamiento del libre mercado. De esta forma se conseguiría conciliar de un modo eficiente la existencia de un mercado de libre competencia en el sector farmacéutico con la posibilidad de hacer frente a aquellas patologías que nunca serían objeto de estudio sin una intervención de los poderes públicos.

- Para finalizar, señalaremos que el grado de protección que puede proporcionar el sistema de patentes no debe nunca ser considerado como absoluto, sino que, como todo tipo de propiedad, debe ser limitado en consideración a otros valores. De esta forma, el respeto a la vida humana no puede nunca verse limitado por consideraciones de tipo económico, ni tampoco puede tolerarse que grandes proporciones de la población mundial carezcan de tratamientos efectivos contra sus dolencias sobre la base de este tipo de argumentos.

ANEXO

*Declaración acerca de los TRIPS y la salud pública en el marco de la OMC*¹⁰⁸

Doha, 14 de noviembre de 2001.

1. Reconocemos la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países subdesarrollados y en desarrollo, sobre

¹⁰⁸ Traducción del autor. El original en inglés puede encontrarse en la página web de la OMC.

todo aquellos relacionados con el SIDA, tuberculosis, malaria y otras epidemias.

2. Enfatizamos que una de las más importantes necesidades de tipo tanto nacional como internacional para enfrentarse a estos problemas es llegar a un acuerdo en el marco de la OMC en lo que se refiere a los aspectos relacionados con el comercio de Derechos de Propiedad Intelectual (Acuerdos TRIPS).

3. Reconocemos que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevas medicinas. También reconocemos nuestra preocupación sobre los efectos de esta protección en los precios de los fármacos.

4. Estamos de acuerdo que los Acuerdos TRIPS no impiden y no deberían impedir a los miembros de la OMC tomar medidas para proteger la salud pública.

Sobre esta base, y aun reiterando nuestro compromiso con los TRIPS, afirmamos que los Acuerdos pueden y deben interpretarse e instaurarse de manera que favorezcan el derecho de miembros de la OMC a proteger la salud pública y, en particular, a promover el acceso de todos a las medicinas.

En lo que a ello se refiere, reafirmamos el derecho de los miembros de la OMC de usar plenamente las previsiones incluidas en los TRIPS, que tienen suficiente flexibilidad en este sentido.

5. Así pues, y a la luz del párrafo anterior, a pesar de que mantenemos nuestro compromiso con los TRIPS, también reconocemos que estas flexibilidades incluyen:

De acuerdo con las reglas que habitualmente guían la interpretación del Derecho Público Internacional, cada previsión de los TRIPS se leerá bajo la luz del objeto y propósito de los Acuerdos, en particular, de acuerdo con sus objetivos y principios.

Cada miembro tiene derecho a conceder licencias y libertad para determinar los campos en los que se conceden tales licencias.

Cada miembro tiene el derecho a determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de urgencia extrema, entendiéndose que las crisis de salud públicas, incluyendo aquellas relacionadas con SIDA, tuberculosis, malaria y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de urgencia extrema.

El efecto de las previsiones en los TRIPS que es pertinente para satisfacer los derechos de propiedad intelectual es dejar que cada miembro sea libre de establecer su propio régimen de protección, aunque siempre dentro del marco del MFN y de las previsiones de carácter nacional incluidas en los artículos 3 y 4.

6. Reconocemos que los miembros de la OMC con insuficiente o ninguna capacidad industrial en el sector farmacéutico podría enfrentarse a serias dificultades a la hora de hacer efectiva la utilización de

las licencias protectoras incluidas en los TRIPS. Solicitamos al Consejo de los TRIPS que encuentre una solución expeditiva a este problema e informe al Consejo General antes del fin del 2002.

7. Reafirmamos el compromiso de los países desarrollados miembros de la OMC de proporcionar incentivos a sus empresas e instituciones de promover y animar el traslado de tecnología a los países miembros menos desarrollados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66.2.

También estamos de acuerdo en que no se obligará a los países menos desarrollados miembros a llevar a cabo o aplicar lo dispuesto en las Secciones 5 y 7 de la Parte II de Acuerdo de los TRIPS o a reforzar los derechos protegidos bajo estas Secciones hasta el 1 de enero de 2016, siempre en lo que a productos farmacéuticos se refiere, y sin perjuicio del derecho de los miembros menos desarrollados de buscar ulteriores prórrogas de los periodos de transición, tal y como prevé el artículo 66.1 de los TRIPS.

Así pues, encargamos al Consejo de los TRIPS que tome las acciones necesarias para dar efecto de acuerdo con el artículo 66.1 de los TRIPS.

Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller

Por RAFAEL ESCUDERO ALDAY

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LAS RAZONES DEL OLVIDO. 1.1 La huida del iusnaturalismo. 1.2 La necesidad de nuevos conceptos. 1.3 La dificultad de mediar en la polémica sobre el Derecho nazi. 1.4. Otros silencios teóricos.–2. LA RECUPERACIÓN DE LAS TESIS DE FULLER. 2.1 La enseñanza de la Filosofía del Derecho. 2.2 La constante redefinición de los conceptos. 2.3 La relación con la teoría de Ronald Dworkin.–3. CONCLUSIÓN.

En una reciente entrevista concedida a Manuel Atienza, Robert S. Summers se pronunciaba en los siguientes términos:

«En 1984 publiqué una introducción general a la vida y obra de Lon L. Fuller. El libro apareció en la Stanford University Press con el título de *Lon L. Fuller*. Presté una amplia atención a la teoría iusnaturalista de Fuller, especialmente a su Derecho natural procedimental. Pienso ahora, y he pensado durante mucho tiempo, que Fuller fue una gran figura en la materia y ha sido indebidamente olvidado»¹.

¹ ATIENZA, M., «Entrevista a Robert S. Summers», *DOXA*, 23, 2000, pp. 770-771. El libro al que se refiere Summers en la entrevista es *Lon L. Fuller*, Edward Arnold, Londres, 1984. En él se contiene, además de un detallado análisis de la teoría de Fuller, un listado completo de sus libros, artículos, traducciones y reseñas.

Hay mucho de lamento en esta confesión de Summers, de queja ante lo que este autor considera un importante olvido de la cultura jurídica contemporánea. No en vano el propio Summers «debe» mucho a la figura de Fuller. En sus inicios, su formación estuvo estrechamente vinculada a él, posteriormente invirtió gran parte de sus primeros esfuerzos teóricos en rehabilitar científicamente su teoría y obra, y finalmente su propia concepción formal del Derecho es deudora de ese iusnaturalismo procedimental al que se refiere en los términos anteriormente citados. El estudio de esa obra inicial de Summers, *Lon L. Fuller*, revela con cierta nitidez la corrección de las dos primeras afirmaciones que acaban de presentarse; mientras que la tercera y última —la relativa a su «deuda» con Fuller— se constata tras el análisis de sus posteriores trabajos, cuyo hilo conductor es una continua y constante llamada de atención sobre el carácter formal del Derecho².

Sentimentalismos aparte, es cierto que la figura de Fuller no ha recibido en el pasado toda la atención que quizá hubiera merecido. Aunque en este sentido conviene tener en cuenta dos circunstancias no advertidas por Summers y que, de ser ciertas, matizarían enormemente sus palabras. En primer término, el olvido no ha sido tan grande en el ámbito de la cultura anglosajona cuanto lo fue en su recepción en países como, por ejemplo, España³. En este país sí es donde se manifiesta, en toda su magnitud, la denuncia de Summers. Sin embargo, y en segundo término, en los últimos tiempos parece irse subsanando ese olvido, reconociéndosele cada vez más un lugar propio en el panorama iusfilosófico actual. Hecho que se manifiesta, sobre todo, en lugares precisamente como España, donde hasta entonces la teoría de Fuller, sin ser desconocida, había sido un tanto dejada de lado. Ahora, más de quince años después de la publicación de la citada monografía de Summers, algo parece moverse en la iusfilosofía española con respecto a Fuller. Exponer algunas de las

² La concepción formal del Derecho que desarrolla SUMMERS puede seguirse en los trabajos recopilados en su libro *Essays in Legal Theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2000. Una buena presentación de lo expuesto en los mismos se encuentra en su artículo «Forma, imperio de la ley, imperio del buen Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 1998, pp. 183-198.

³ Los homenajes, estudios y monográficos sobre la obra de FULLER han venido repitiéndose en la doctrina inglesa y norteamericana desde la década de los cincuenta hasta la actualidad. Así, además del ya citado libro de SUMMERS, cabe destacar la publicación de su polémica con Ernest NAGEL sobre la dicotomía hecho-valor en la *Natural Law Forum* (3-1, 1958, pp. 68-134; 4-1, 1959, pp. 26-43); un número de la *Villanova Law Review* (10-4, 1965, pp. 623-678) dedicado al debate sobre la moral interna del Derecho; otro de la *Harvard Law Review* (92-2, 1978, pp. 349-449) publicado en homenaje a su figura tras su muerte, acaecida en abril de 1978; otro de *Law and Philosophy* (13-3, 1994, pp. 253-418), con la intención de revisar distintos aspectos de su teoría; y, recientemente, el libro colectivo *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, editado por Willem J. Witteveen y Wibren van der Burg, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999.

razones que están, por un lado, detrás de ese inicial olvido y, por otro, de esta posterior recuperación es el propósito de las líneas que componen estas páginas.

1. LAS RAZONES DEL OLVIDO

En el entorno de la filosofía del Derecho española, un buen indicador del nivel de aceptación e influencia de las obras de un autor ha sido y es el de la traducción de las mismas. Las obras más importantes de los autores de referencia de la segunda mitad del siglo XX están prácticamente todas ellas traducidas al castellano, y por editoriales bien españolas bien de notable implantación en este país. Sin embargo, esto no es así en el caso de Fuller. En unos años en los que aumentó considerablemente el número de traducciones relativas sobre todo a autoras y autores ingleses y norteamericanos, las de Fuller brillan por su ausencia. En lo que a sus monografías de filosofía jurídica se refiere, hasta la fecha sólo se han llevado a cabo dos traducciones latinoamericanas, y no con la calidad que hubieran merecido, lo que resulta a todas luces sorprendente, dada la brillante tradición que sobre esta materia existe en América Latina⁴.

Siempre puede alegarse el carácter meramente episódico de esta cuestión de las traducciones, pues lo importante es el conocimiento directo de las tesis de un autor. Incluso no faltan voces que rechazan la utilización de las traducciones y reclaman el manejo de las ediciones originales⁵. En este sentido –se diría–, lo relevante no es si se han traducido o no las obras de Fuller, sino si sus propuestas teóricas han tenido acogida y desarrollo en la doctrina. Sólo así, y no de otra forma, podrá saberse cuál es el verdadero alcance de las tesis tanto de

⁴ Se encuentran traducidos al castellano la primera edición de *The Morality of Law* (*La moral del derecho*, trad. F. Navarro, Trillas, México, 1964) y *Anatomy of the Law* (*Anatomía del Derecho*, trad. L. Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969). Además de éstas, FULLER publicó otras monografías de filosofía del Derecho: *The Law in Quest of Itself* (Beacon Press, Boston, 1940); *The Problems of Jurisprudence* (Foundation Press, Nueva York, 1949); *Legal Fictions* (Stanford University Press, Stanford, 1967); una segunda edición de *The Morality of Law* (Yale University Press, New Haven, 1969), donde se contiene un importante capítulo final titulado «A Reply to Critics», en el que se intenta por su parte dar respuesta a críticas de autores como Herbert HART y Ronald DWORKIN; y, finalmente, *The Principles of Social Order* (Duke University Press, Durham, 1981), una póstuma recopilación de trabajos suyos, algunos no publicados hasta ese momento, dirigida por Kenneth WINSTON.

⁵ Voces que, sin duda, encuentran su referente más importante en Umberto ECO, quien se muestra tajante en esta preferencia por el original. Véase su famoso libro *Cómo se hace una tesis*, 10.^a ed., trad. L. Baranda y A. Clavería, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 76-77.

éste como de cualquier otro autor. Pues bien, desde esta perspectiva lo máximo que puede decirse es que, en filosofía del Derecho y hasta tiempos relativamente recientes, únicamente se encuentran referencias genéricas a sus ideas y aportaciones, sin que en el pasado se hayan llevado a cabo ni estudios concretos sobre alguno de los muchos aspectos de su teoría ni tampoco análisis de la influencia que ésta ha tenido en posteriores autores. Habrá que esperar a tiempos más recientes para encontrar este tipo de trabajos en nuestra doctrina⁶.

1.1 La huida del iusnaturalismo

Sin ser la única, la propuesta iusfilosófica de Fuller más conocida y analizada es la de la llamada moral interna del Derecho⁷. Es cita obligada cuando se aborda la clásica cuestión de las relaciones entre el Derecho y la moral, pero en muchas ocasiones no es más que una cita genérica, simplemente enunciada y no desarrollada en sus diferentes aspectos. Desarrollo que, por el contrario, sí se llevó a cabo en la doctrina inglesa y americana, donde se produjo un importante debate sobre dicha propuesta. Los términos del debate se centraron, rápidamente, en el seno de la también clásica polémica entre iusnatu-

⁶ No así en otros países de nuestro entorno, como por ejemplo Italia, que ha ejercido y ejerce gran influencia sobre nuestra filosofía del Derecho. Véase el libro de Alessandro dal BROLLO, *La moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Bulzoni Editore, Roma, 1986. También en Alemania se produjo una temprana recepción de su obra. Puede verse, por ejemplo, LEWAN, K., «Die Retchsphilosophie Lon Fullers», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 52-3, 1966, pp. 377-411. O incluso, por ir un poco más lejos, en Polonia. Véase TOKARCZYK, R., *Prawa Wierne Naturze. Krytyka Doktryny Lona Luvois Fullera*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1980.

⁷ Aunque ya había lanzado alguna idea al respecto en su artículo «Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart» (*Harvard Law Review*, 71-4, 1958, pp. 630-672), el exhaustivo análisis que FULLER realiza de los ocho elementos que componen la moral interna del Derecho se encuentra en *The Morality of Law*, 1.ª ed., Yale University Press, New Haven, 1964. La bibliografía que ya desde un primer momento generó su propuesta en la doctrina norteamericana es inabarcable. Merecen destacarse, pero tan sólo a título de ejemplo, los siguientes títulos: DWORKIN, R., «Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim», *University of Pennsylvania Law Review*, 113-5, 1965, pp. 668-690; SUMMERS, R., «Professor Fuller on Morality and Law», *Journal of Legal Education*, 18-1, 1965, pp. 1-27; ANASTAPLO, G., «Natural Law and the American Lawyer: An Appreciation of Professor Fuller», *Wisconsin Law Review*, 2, 1965, pp. 322-343; COHEN, M., «Law, Morality and Purpose», *Villanova Law Review*, 10-4, 1965, pp. 640-654; STURM, D., «Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory», *Stanford Law Review*, 18, 1966, pp. 612-639; LYONS, D., «The Internal Morality of Law», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 71, 1970-71, pp. 105-119; GRAHAM, K., «Does Law Have an Internal Morality?», *Political Science*, 24, 1972, pp. 24-37; MULLOCK, P., «The Inner Morality of Law», *Ethics*, 84-4, 1974, pp. 327-331; MOFFAT, R., «Lon Fuller: Natural Lawyer After All!», *The American Journal of Jurisprudence*, 26, 1981, pp. 190-201.

ralistas y positivistas jurídicos. A ello contribuyó que fuera el propio Hart quien se situara frente a Fuller y empezara a plantear ciertas dudas sobre la propuesta de este autor. Pero, no todo lo que supone la moral interna del Derecho era rechazable desde una perspectiva típicamente positivista. En efecto, si bien Hart se mostraba reacio a aceptar el carácter moral de estos elementos, no lo era tanto a la hora de asumir su necesidad para alcanzar una cierta eficacia en el Derecho, así como su viabilidad para producir un mínimo de justicia en todo Derecho que se adecuara a ellos⁸.

Esta propuesta de Fuller encontraba, además, serias dificultades de comprensión, lo cual quizá también pudo contribuir a su escasa recepción por nuestra doctrina. Dificultades que, en términos generales, pueden reducirse a dos cuestiones. La primera de ellas tiene que ver con la relación entre esta moral interna del Derecho y la llamada, también por el propio Fuller, moral externa al mismo. En efecto, este autor no circunscribía el ámbito de la moral a los consabidos ocho elementos inherentes al Derecho, sino que entendía que, al margen de aquélla, existe todo un universo de cuestiones morales, pero que son cuestiones materiales. Para sus contenidos Fuller prefirió reservar el nombre de moral externa del Derecho. Es externa porque son los fines que debería perseguir el Derecho, pero no son elementos intrínsecos a su propia estructura, de manera que si un determinado Derecho los ignora, no por ello deja de ser tal⁹. El problema es que, a la luz de sus escritos, no parece quedar claro el tenor de la relación entre estos dos ámbitos de la moral. Si bien en algún momento parece tratarse de una simple relación de afinidad –pero meramente contingente, en todo caso–, en algún otro se configura como si de una conexión causal

⁸ No sólo en *The Concept of Law* (Clarendon Press, Oxford, 1961), sino ya en su trabajo previo –y, en algunas cuestiones, preparatorio de aquél– «Positivism and the Separation of Law and Morals» (*Harvard Law Review*, 71-4, 1958, pp. 593-629), había expresado HART la necesidad de un cierto respeto a los elementos de la moral interna del Derecho para la existencia de un sistema jurídico. La entrada de HART en este tema provocó no sólo la respuesta de FULLER –citada en la nota anterior–, sino también el inicio de un debate entre ambos autores que continuó prolongándose en el tiempo. Así, el siguiente paso de FULLER fue la publicación de su *The Morality of Law*, que mereció una reseña de HART titulada «Lon L. Fuller: *The Morality of Law*» (*Harvard Law Review*, 78, 1965, pp. 1281-1296), a la que había precedido la publicación de la famosísima obra *The Concept of Law*. Pero, la cuestión no terminó aquí, puesto que en la segunda edición de *The Morality of Law*, de 1969, FULLER incluyó un capítulo final, «A Reply to Critics», donde todavía dedicaba algunas páginas a las críticas de su principal opositor. Es más, uno de los propósitos de HART en su póstumo «Postscript» (recogido en la segunda edición de *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994) era –según declara expresamente– el de responder también a FULLER. Sin embargo, y como aclaran los editores, esa parte todavía no se encontraba apta para su publicación.

⁹ Uno de los primeros trabajos de nuestra doctrina en el que se plantea y recoge esta diferencia entre las morales interna y externa del Derecho es el de Francisco LAPORTA, «Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo», en CAMPS, V. (ed.), *Historia de la Ética*, III, Crítica, Barcelona, 1989, pp. 238-241.

—necesaria, por tanto— se tratara. No es difícil apreciar cómo las consecuencias derivadas de la adopción de una u otra posibilidad son, ciertamente, muy diferentes.

La segunda dificultad que rodea la cuestión de la moral interna del Derecho tiene que ver con la distinción, también planteada por Fuller, entre moral de aspiración y moral de deber. Y, en concreto, con la adscripción de los elementos de la moral interna del Derecho, con la excepción del requisito de publicidad de las normas, al terreno de las aspiraciones morales. Si son aspiraciones, entonces no pueden exigirse ni moral ni jurídicamente, con lo que se invalidaría la pretensión del propio Fuller de que su cumplimiento fuera imprescindible para poder hablar de Derecho. El legislador que los vulnerara estaría infringiendo, simplemente, una aspiración moral, pero no un deber. No es muy coherente esta conclusión con la propuesta fuerte de Fuller sobre la ineludible presencia, en todo Derecho, de los elementos de la moral interna. Parecería, por tanto, que su correcta ubicación estaría en el ámbito de los deberes, y no en el de las aspiraciones. Pero, esta ubicación no es admitida expresamente por este autor, salvo en el ya referido caso del principio de publicidad. Por otro lado, es de agradecerle su intento de aclarar, desde un punto de vista teórico, todo lo que rodea a la moral. Sin embargo, en vez de distinguir tajantemente entre moral de aspiración y moral de deber, debido a los problemas conceptuales que ello genera, quizá hubiera sido más sencillo presentar la distinción en términos de deberes e ideales morales o, como se plantea por un importante sector de nuestra doctrina, entre una ética de mínimos y una ética de máximos¹⁰.

La entrada de Hart en la polémica tuvo el efecto positivo de multiplicar el debate —y la bibliografía generada por el mismo— hasta extremos insospechados¹¹. Pero, produjo —o, por lo menos, así se pretendía hacer ver en nuestro ámbito— también una absoluta polarización de las propuestas a defender. Así, el fragor del debate entre positivistas y

¹⁰ En cuanto a la distinción entre deberes e ideales morales, puede verse SUMMERS, R., «Professor Fuller on Morality and Law», *Journal of Legal Education*, 18-1, 1965, p. 4. Para la diferencia entre la ética de mínimos y de máximos, véase FERNÁNDEZ, E., *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 18.

¹¹ Si ya la bibliografía sobre la moral interna del Derecho empezaba a ser extensa, la aparición de HART en el centro del escenario la multiplicó sobremanera. Véanse, por ejemplo, los siguientes trabajos dedicados expresamente a la polémica entre ambos autores: BRECKENRIDGE, G., «Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy between Professor Hart and Professor Fuller», *Vanderbilt Law Review*, 18-3, 1965, pp. 945-964; NICHOLSON, P., «The Internal Morality of Law: Fuller and his Critics», *Ethics*, 84-4, 1974, pp. 307-326; LOVIN, K., «H.L.A. Hart and the Morality of Law», *The American Journal of Jurisprudence*, 21, 1976, pp. 131-143; BOUKEMA, H., «The Hart-Fuller Debate», *Rechtstheorie*, 14-1, 1983, pp. 29-59; DAIS, E., «Jus Naturalism, Legal Positivism and Perspectival Confusion: the Fuller-Hart Debate Revisited», *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, X, UNAM, México, 1984, pp. 69-80.

iusnaturalistas parecía exigir una posición única y de conjunto sobre la moral interna del Derecho. Es algo así como decir que quienes optaran por una concepción iusnaturalista del Derecho habrían de defender la moral interna del Derecho en toda su extensión y hasta sus últimas consecuencias, mientras que quienes, por el contrario, se decantaran por una posición positivista tendrían que rechazarla en su totalidad¹². Esta forma de abordar la cuestión hizo que, salvo notables excepciones, se pasaran por alto dos cuestiones que resultan de suma importancia para ubicar, en sus justos términos, la figura de la moral interna del Derecho. Cuestiones que –no conviene olvidar– ya fueron advertidas por el propio Hart y que, de resultar ciertas, matizarían enormemente la forma como se percibió la polémica entre ambos autores por nuestra doctrina.

Es la primera de ellas la relativa al reconocimiento, que Hart hace explícito en distintos momentos y lugares de su teoría, de la necesidad de la presencia de la moral interna del Derecho para garantizar la eficacia de éste¹³. La propuesta de Hart consiste en entender que sin un mínimo respeto a sus elementos no se alcanzará la eficacia que requiere todo Derecho para existir. Lo que sucede –y quizá ésta fuera una de las razones que «despistara» a nuestra doctrina– es que Hart nunca aceptó la denominación de Fuller, dado que rechazaba la supuesta naturaleza moral de esos elementos, de manera que optó siempre por referirse a ellos como principios de legalidad. Principios como la publicidad, la generalidad o la irretroactividad de las normas jurídicas eran, para dicho autor y sus seguidores, de imprescindible presencia en todo sistema jurídico que pretendiera tener un mínimo de eficacia en la regulación de las conductas humanas. Pues bien, no es muy frecuente encontrar esta afirmación de Hart en aquellos autores que en nuestra doctrina se han ocupado del tema. Aunque, como

¹² Ello se manifiesta en algunos trabajos que, si bien fueron pioneros a la hora de trasladar este debate a nuestra doctrina, abordan el tema de esta forma un tanto reduccionista. Se trata de los artículos de VARGA, C., «Reflexiones acerca del Derecho y su moralidad interna», en AAVV, *H.L.A. Hart y el concepto de Derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, 28, 1986, pp. 473-488; y SILTALA, R., «Derecho, moral y leyes inmorales», *DOXA*, 8, 1990, pp. 149-170. Similar es la interpretación que se sigue haciendo, unos años después, por Ramón AREITIO. Véase, de este autor, *Derecho Natural. Lecciones elementales*, Universidad de Deusto, Bilbo, 1996, pp. 191-196.

¹³ Véanse *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 59-60; y también, en general, la ya citada reseña titulada «Lon L. Fuller: *The Morality of Law*». Este reconocimiento de HART fue rápidamente advertido y asumido por sus acompañantes en la polémica. Así, por ejemplo, COHEN, M., «Law, Morality and Purpose», *op. cit.*, p. 649; SUMMERS, R., *Lon L. Fuller*, *op. cit.*, p. 28. Curiosamente, en este punto HART también coincide con Ronald DWORKIN. Véase, de este último, «Philosophy, Morality, and Law...», *op. cit.*, p. 669. Tampoco deja de resultar sorprendente que el propio FULLER calificara a estos cuatro autores como positivistas jurídicos analíticos, y que a ellos dedicara su «A Reply to Critics» con el que termina la segunda edición de *The Morality of Law*.

casi siempre, también hay excepciones que, por ello, merecen ser destacadas¹⁴.

El segundo de los matices que Hart advirtió con respecto a la moral interna del Derecho afecta a la espinosa cuestión –sobre todo para cualquier positivista– de las relaciones entre Derecho y moral. Ciertamente es que este autor rechazó el pretendido carácter moral de estos principios de legalidad, pero no lo es menos que también llamó la atención sobre la circunstancia de que su presencia en todo sistema jurídico dota a éste de una cierta valoración moral positiva¹⁵. Valoración moral que no ha de entenderse en términos absolutos, dado que el mero respeto a dichos principios no garantiza de antemano la moralidad del Derecho, pero sí produce un mínimo de justicia. Salvo contadas excepciones, también esta propuesta ha pasado inadvertida por aquellos autores que han abordado el tema de la separación Derecho y moral en Hart¹⁶. Quizá la razón del silencio haya que buscarla en la fascinación que en ellos produjo otra propuesta de Hart, similar en el espíritu, aunque diferente en los términos, cual fue la del llamado contenido mínimo del Derecho natural. Esta última sí ha sido objeto de un detallado tratamiento por nuestra doctrina, lo que contrasta con la poca atención que ha merecido la cuestión de la justicia de un Derecho ajustado a los citados principios de legalidad.

En términos generales, quizá merezca destacarse una importante razón que sirva para explicar el olvido de la teoría de Fuller en todo lo referente a las cuestiones que afectan a las relaciones entre Derecho y moral. En nuestra doctrina, este tema ha sido siempre el centro de la polémica entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos. Y, en los tiempos posteriores a la caída de la dictadura franquista, nuestra filosofía

¹⁴ Uno de los autores que, en nuestro ámbito doctrinal, se anticiparon a la hora de advertir la importancia de estos principios de legalidad en la teoría de HART es Juan Ramón de PÁRAMO. Véase, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 284 y 348. Posteriormente, el reconocimiento de la necesidad de tales principios para la existencia del Derecho es asumido por otros autores, como Albert CALSAMIGLIA, en su trabajo de 1989 «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación» (recogido en su libro *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1993, pp. 29-74); o Gregorio PECES-BARBA, en su *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pp. 252.

¹⁵ Véase, una vez más, *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 156-157 y 202. Aunque por diferentes razones, también siguen a HART en su negativa a considerar los elementos de la moral interna como principios morales esos cuatro autores a los que FULLER se refería en su «A Reply to Critics» bajo el rótulo de positivistas jurídicos analíticos.

¹⁶ En nuestra doctrina, uno de los primeros autores que trazaron la conexión entre los principios de legalidad y ciertas exigencias de justicia fue Eusebio FERNÁNDEZ. Véase su *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 74. Más tarde, José Antonio RAMOS PASCUA advirtió sobre los problemas que esta conexión podía provocar en la teoría de HART, en concreto en su pretensión de separación conceptual entre Derecho y moral. Véase, de este último autor, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 163.

del Derecho se ha caracterizado por un importante rechazo al iusnaturalismo, debido fundamentalmente a su vinculación con la filosofía política que sustentó este régimen dictatorial¹⁷. En este contexto, no es de extrañar que todo lo que sonara a iusnaturalista fuera inmediatamente puesto en cuarentena. Así, la teoría de Fuller —que el propio Summers, siguiendo las tesis de Hart, no dudó en calificar de «Derecho natural procedimental»— no llegaba, pues, en el mejor momento. De ahí que su análisis y estudio fuera obviado o, en el mejor de los casos, simplemente apuntado de una forma genérica.

Tampoco los propios iusnaturalistas utilizaron el recurso que la teoría de Fuller les ofrecía para escapar de tales críticas. Éstas se centraron en la vertiente más clásica del iusnaturalismo, que era, por un lado, la que parecía más endeble desde el punto de vista teórico y, por otro, la que en mayor medida estaba suministrando un soporte ideológico al régimen franquista. Pues bien, muchos autores iusnaturalistas no dudaron en abandonar este iusnaturalismo, al que suele aplicársele el calificativo de ontológico, para pasar a abanderar una concepción deontológica del mismo. Una concepción del Derecho natural como ética jurídica, como conjunto de principios o valores que un sistema jurídico debe respetar si pretende ser justo, y merecedor de obediencia, pero cuya falta o infracción no supone la pérdida de su carácter jurídico. Este iusnaturalismo deontológico goza, actualmente, de gran predicamento entre los autores que, por una u otra razón, rechazan adherirse al positivismo jurídico¹⁸. Han apostado fuerte por esta posibilidad, y lo han hecho hasta el punto de no considerar necesario rescatar aquella otra que, según reconocía el propio Passerin D'Entrèves, les ofrecía el llamado iusnaturalismo tecnológico (o procedimental, si se opta por la denominación de Summers) de Fuller¹⁹.

1.2 La necesidad de nuevos conceptos

La figura de la moral interna del Derecho es también cita obligada en el tratamiento de las cuestiones relacionadas con el concepto de

¹⁷ Es especialmente ilustrativo sobre esta cuestión el trabajo común de Ricardo GARCÍA MANRIQUE y Benjamín RIVAYA, «Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV, 1998, pp. 305-334.

¹⁸ Véase una defensa de este iusnaturalismo en FERNÁNDEZ, E., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 38 y ss. O, también, PÉREZ LUÑO, A., *Lecturas de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia Jurídica*, Minerva, Sevilla, 1998, pp. 202-204.

¹⁹ Sobre el iusnaturalismo tecnológico, véase PASSERIN, A., *Derecho Natural*, trad. M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, p. 251. El propio FULLER también se refirió en alguna ocasión a su propia teoría como una especie de Derecho natural «tecnológico». Véase «Means and Ends», en FULLER, L., *The Principles of Social Order*, op. cit., p. 48.

seguridad jurídica. En efecto, parecería normal relacionar sus elementos con los que tradicionalmente se vienen considerando como necesarios para que el Derecho produzca ese saber a qué atenerse en que aquélla consiste. Sin embargo, esta relación no es un asunto que haya resultado pacífico en la doctrina española de los últimos tiempos, debido fundamentalmente a que ésta prefiere manejar un concepto de seguridad jurídica que desborda los márgenes de la moral interna del Derecho. Un concepto que exige, además de la satisfacción de sus conocidos ocho elementos, la garantía de una cierta legitimidad; y esto sólo lo ofrece la inclusión en el Derecho de dimensiones de libertad e igualdad material. Únicamente en estos casos –se dice por estos autores– puede hablarse de seguridad jurídica²⁰. La moral interna del Derecho, por el contrario, no llega a tales extremos. Sus elementos permiten la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las acciones, pero no garantizan el respeto de esas dimensiones de libertad e igualdad material que parecen exigirse a la hora de hablar de seguridad jurídica.

Similar es lo que acontece con respecto a la relación entre la moral interna del Derecho y el llamado *rule of law*. En la doctrina anglosajona es clara la conexión entre ambas realidades, tal y como puso de manifiesto hace ya tiempo el propio John Rawls, al citar expresamente a Fuller a la hora de ofrecer un concepto de *rule of law*²¹. Pero, la traslación de este concepto al ámbito continental, y sobre todo al español, no está exenta de problemas. Máxime cuando el concepto que podría asemejarse en mayor medida al de *rule of law*, el concepto de Estado de Derecho, se viene configurando por nuestra doctrina con un contenido mayor que el de su referente anglosajón²². Y, en lo que ahora interesa, con unos contenidos que desbordan, claramente, los de

²⁰ La inclusión de contenidos materiales de justicia en el concepto de seguridad jurídica ha sido, hasta tiempos relativamente recientes, una constante de la doctrina iusfilosófica española. Véase, por ejemplo, LATORRE, A., *Introducción al Derecho* [1968], 9.ª ed., Ariel, Barcelona, 1992, p. 41; ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 118; PECES-BARBA, G., «La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho» [1990], en el libro del mismo autor, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 278; PÉREZ-LUÑO, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 58. Todos ellos son deudores de la propuesta de Elías DÍAZ que se analizará a continuación.

²¹ Esta explícita referencia puede encontrarse en RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, p. 235. La influencia que FULLER ejerció sobre el concepto de Derecho que maneja RAWLS ha sido puesta sobre la mesa, entre otros, por K. WINSTON, en «Towards a Liberal Conception of Legislation», *Nomos*, 25, New York University Press, Nueva York, 1983, p. 314.

²² Sobre la diferencia entre las tradiciones del *rule of law* y del Estado de Derecho, pueden verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos*, Alianza, Madrid, 1994, pp. 145-151; y CLAVERO, B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997; especialmente, p. 219. Una presentación de las diferentes construcciones que se han realizado sobre este último concepto se encuentra en ASÍS, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

los elementos de la moral interna, ya que el Estado de Derecho se relaciona, básicamente, con ciertas exigencias de democracia y derechos humanos, que son ámbitos a los que aquélla no alcanza.

Desde estas coordenadas, todo lo que la moral interna del Derecho podría proporcionar permanece en un segundo plano. Esta vez, su papel en los conceptos de seguridad jurídica y Estado de Derecho queda relegado por la búsqueda —mucho más importante, sin duda— de aquellas dimensiones de libertad e igualdad que posibilitan que las personas se sientan «seguras» en sus relaciones jurídicas y que permiten que pueda hablarse, con toda propiedad, de Estado de Derecho. Como puede verse, una vez más, la razón de su olvido ha de buscarse en la necesidad que sintió la filosofía del Derecho española de liberarse, una vez que pudo, de los conceptos contruidos por la doctrina y la dogmática al servicio del régimen dictatorial franquista. El de seguridad jurídica era uno de ellos, pero no el único, pues en muchas ocasiones se encontraba unido al de Estado de Derecho. Romper con tales conceptos resultaba imprescindible para esa incipiente filosofía del Derecho, aunque ello supusiera, como sucedió en el caso ahora analizado, dejar en el camino algunas aportaciones que, en circunstancias normales, hubieran sido más que interesantes.

Durante los últimos años de la dictadura pareció fraguarse un intento, de marcado carácter publicitario, de presentar el Derecho del país como un Derecho equivalente, en sus rasgos generales, al de sus vecinos europeos. Un Estado en el que sus operadores jurídicos actuaban conforme a normas jurídicas previamente establecidas, y en el que existían mecanismos de control de esas actuaciones. España era —según rezaba la propaganda franquista—, un Estado en el que no sólo se cumplía con la llamada seguridad jurídica, sino que además se ajustaba a los cánones del Estado de Derecho, pues a la hora de actuar, sus órganos lo hacían sobre la base de normas jurídicas preestablecidas. En esos mismos años, la labor de autores como Elías Díaz resultó decisiva a la hora de desenmascarar tales estrategias. Alegaba este autor que ni la seguridad jurídica se caracterizaba sólo por la actuación sobre la base de normas generales previamente establecidas, ni todo Estado era un Estado de Derecho. Sólo puede predicarse seguridad jurídica de un Derecho en el que exista democracia y se respeten los derechos humanos; lo contrario no es más que la seguridad de la inseguridad. Del mismo modo, sólo es un Estado de Derecho aquel que cumple el imperio de la ley —una ley emanada de la voluntad popular—, la separación de poderes, la legalidad y control de la Administración y el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos²³. En tales circunstancias, presididas por una fuer-

²³ En este contexto, las aportaciones más importantes de Elías DÍAZ son su monografía del año 1966 *Estado de derecho y sociedad democrática* (8.ª ed., Taurus, Madrid, 1981), y su trabajo de 1969 «La seguridad jurídica en el Estado de Derecho»

te y justa reivindicación de carácter político, es claro que poco tenía que ofrecer la moral interna del Derecho, y de ahí que escasa fuera su influencia teórica y práctica.

1.3 La dificultad de mediar en la polémica sobre el Derecho nazi

Donde la propuesta de Fuller sí podía aportar alguna luz era en el debate sobre el carácter jurídico del Derecho vigente durante la Alemania nazi. De sobra conocidos son tanto los términos de la polémica como sus principales protagonistas: Hart, en el campo positivista; y Gustav Radbruch, desde la perspectiva iusnaturalista. Así, mientras que el primero sostenía que la iniquidad del Derecho nazi no permitía retirar el calificativo de jurídicas a sus normas, el segundo, por el contrario, argüía que su injusticia había sobrepasado el límite de lo que podía considerarse como jurídico. La rotundidad de los argumentos esgrimidos por ambos autores hizo difícil que se abriera camino cualquier otra propuesta diferente de resolución del problema. Máxime cuando, como parecía darse a entender, de la respuesta que se ofreciera a la pregunta sobre la juridicidad del Derecho nazi dependía otra cuestión, relacionada íntimamente con ella pero de índole mucho más práctica, cual era la de la legalidad de las sanciones impuestas posteriormente a los que, bajo el amparo de esas supuestas normas, realizaron actos moralmente aberrantes.

No obstante lo anterior, Fuller intentó ocupar un lugar propio y diferenciado en la polémica. Un lugar, sin embargo, en el que a veces coincidía con Radbruch y otras veces con Hart, aunque la coincidencia fuera sólo en cuanto a los resultados, y no en lo que a las razones de los mismos se refiere²⁴. Así, abogaba por negar el carácter jurídico de muchas de las normas emanadas en esa época en Alemania, con lo que su respuesta se asemejaba en esto a la de Radbruch. Pero, su negativa estaba motivada no por razón del contenido inicuo de tales normas, sino porque en su creación y aplicación no se habían respetado los requisitos de la moral interna del Derecho²⁵. En esto ya sí se diferenciaba de Radbruch, quien no parecía prestar demasiada atención a este aspecto. O quizá sí, ya que en opinión de este último autor

(*Cuadernos para el Diálogo*, núm. extraordinario XVII, pp. 7-10). Estos trabajos han marcado la forma de entender los citados conceptos en la doctrina española.

²⁴ Una comparación de las posiciones de estos autores aparece en PAULSON, S., «Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the "Positivist" Theses», *Law and Philosophy*, 13-3, 1994, pp. 313-359. Sobre esta polémica, es ya referencia obligada el trabajo de PAPPE, H. O., «On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era», *The Modern Law Review*, 23-3, 1960, pp. 260-274.

²⁵ Véase «Positivism and Fidelity to Law...», *op. cit.*, p. 652. Esta propuesta de FULLER es asumida por Juan Antonio GARCÍA AMADO en uno de los pocos trabajos que la doctrina española ha dedicado al tema: «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, p. 359.

era precisamente el más absoluto desconocimiento de la seguridad jurídica –y no tanto de dimensiones materiales de justicia– lo que motivaba la negación del carácter jurídico de las normas en las que eso se producía. Y ello porque, entonces, el nivel de injusticia que se alcanzaba era verdaderamente insoportable²⁶.

Ciertamente diferente es, hasta el momento, la propuesta de Fuller con respecto a la defendida por Hart, quien en ningún momento optó por minusvalorar el carácter jurídico del Derecho nazi. Su extrema iniquidad no autoriza a rechazar la validez, desde un punto de vista estrictamente jurídico, de las acciones realizadas al amparo de las mismas. Pero, es precisamente esa iniquidad la que sí justifica, desde un punto de vista moral, la sanción jurídica de tales conductas, aun cuando con ello se vulnera el principio –tan querido en las democracias occidentales– de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Pues bien, esta solución de Hart coincide con la propuesta de Fuller, aunque una vez más sean diferentes los caminos por los que se llega a la misma meta. En el caso de Hart, es el de la sinceridad y la opción por un mal menor –la vulneración del principio de irretroactividad decae ante la necesidad de castigar a tales sujetos–. En el de Fuller, la razón es que el daño que se causa a la moral interna del Derecho mediante una ley retroactiva es menor que el que se causaría con otras posibles soluciones²⁷. Tampoco deja de llamar la atención que el propio Radbruch se adhiriera finalmente a esta misma solución²⁸.

Con todo, y a pesar de excepciones como las señaladas, la participación de Fuller en todo lo que rodeó a esta polémica no es recogida en la doctrina con toda la atención que, quizá, hubiera merecido. Además, en 1997, apareció publicado un libro de N. E. H. Hull, titulado *Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, en el que se insinúa que el nazismo pudo ejercer una notable atracción sobre Fuller²⁹. La autora describe los manejos de Fuller por conseguir de Roscoe Pound, quien, a su vez, había sido condeco-

²⁶ La propuesta de RADBRUCH se encuentra claramente definida en *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* [1946], trad. M. I. Azareto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-41. Años después, Robert ALEXY ha trasladado el análisis de esta propuesta, conocida como «fórmula de insoportabilidad», a un problema mucho más actual. Véase, de este autor, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», *DOXA*, 23, 2000, pp. 197-230.

²⁷ La cuestión del Derecho nazi forma parte, ya desde el principio, de la polémica que enfrenta a estos dos autores. Así, sus posiciones están claras desde los primeros «asaltos» de la misma. Véanse, respectivamente, HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *op. cit.*, pp. 619-620; y FULLER, L., «Positivism and Fidelity to Law...», *op. cit.*, pp. 648-657.

²⁸ Véase RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, *op. cit.*, p. 43.

²⁹ Este libro está publicado en Chicago, The University of Chicago Press, 1997. Esta cuestión se plantea en las páginas 244 y 245. En ellas, su autora maneja fuentes de primera mano, como lo son por ejemplo los papeles del propio Fuller, depositados en la biblioteca de la *Harvard Law School*.

rado por los nazis en 1934, una carta de presentación para algunos juristas alemanes de la época a quienes deseaba visitar y conocer personalmente. Entre ellos, Fuller parecía mostrar –siempre según Hull– cierta predilección por las figuras de Hans Frank, Ministro de Justicia del Tercer Reich, y Carl Schmitt, personaje de sobra conocido para los filósofos del Derecho. Incluso, esta misma autora parece advertir un cierto antisemitismo en algunas de las expresiones del Fuller de aquella época, sobre todo cuando recomendaba para el acceso a universidades americanas –según ella, sin ningún entusiasmo– a personas que huían de la persecución nazi.

Años después es muy difícil demostrar la veracidad o no de semejantes afirmaciones, máxime cuando en sus palabras parece haber más de apreciaciones subjetivas que de datos objetivos. Frente a ellas, quizá pueda alegarse el silencio que, sobre esta cuestión, preside todos los escritos biográficos sobre Fuller³⁰. Efectivamente, en 1938, pasó seis meses en Europa, principalmente en Francia. Pero, en cuanto a su supuesta fascinación por los juristas alemanes, parece –según Summers– que su mayor interés estaba en conocer a Hans Kelsen. Por otro lado, su posición teórica sobre el Derecho nazi parece quedar clara a la vista de sus escritos. Y la práctica también, a la luz de su comportamiento. En este sentido, es bien conocida la influencia que ejerció para que el propio Kelsen y Edgar Bodenheimer, quienes huían de la persecución nazi, fueran contratados por universidades norteamericanas. Además, sus alegatos en favor de la intervención de su país en la Segunda Guerra Mundial se remontan a los inicios de la misma.

En las biografías de Fuller, sí se encuentran referencias a sus tendencias políticamente conservadoras, que le llevaron a criticar la política intervencionista del *New Deal*, relacionada con el presidente Roosevelt. Aun así, y a pesar de su paulatino desencantamiento de la política llevada a cabo por el Partido Demócrata en el gobierno, mantuvo su vieja militancia en el mismo. A pesar de ello, en 1960 se involucró seriamente en la campaña presidencial del candidato republicano, Richard Nixon, quien había sido alumno suyo en Duke, universidad en la que Fuller impartió docencia antes de llegar a Harvard. La victoria de Nixon no llegaría en esa campaña, sino ocho años más tarde, en 1968, fecha en la que éste le propuso a Fuller ocupar algún puesto en su gobierno. Su rechazo pareció deberse al análisis de la experiencia –negativa, en su opinión– de sus colegas de Harvard que años antes se unieron a la administración Kennedy. Como puede apreciarse, hay sobradas referencias a la vida y al pensamiento político de Fuller, pero ninguna relacionada con esa supuesta fascinación por el nazismo.

³⁰ Sobre la vida de FULLER, es una referencia obligada la citada monografía de SUMMERS, *Lon L. Fuller*; especialmente, sus pp. 1-15. Pueden consultarse, asimismo, los trabajos incluidos en el número también citado de la *Harvard Law Review*, que se publicó como homenaje tras su muerte.

1.4 Otros silencios teóricos

Además de los reseñados hasta ahora, otros son los aspectos de la filosofía del Derecho de Fuller que han permanecido largo tiempo olvidados por la generalidad de nuestra doctrina. Quizá las nuevas tendencias en la actual filosofía del Derecho hagan posible su recuperación. Así, la crítica al realismo jurídico norteamericano —esa «pesadilla» a la que se refería Hart— puede encontrar un buen referente en los trabajos de Fuller al respecto³¹. Por otro lado, sus propuestas de carácter jurídico sobre el liberalismo político, donde destaca sobremanera la ya advertida definición de *rule of law*, cobran vigencia a la vista de lo que la realidad parece imponernos³². Además, merece mejor suerte su distinción entre el Derecho creado y el Derecho implícito, del mismo modo que su análisis sobre los elementos implícitos que existen en el Derecho³³. Y, por citar algún otro aspecto, también merecería una mayor atención su propuesta de «eunomía», o estudio de las formas que estructuran los diferentes mecanismos de regulación de conductas que existen en toda sociedad³⁴.

³¹ Esta crítica fue una constante en su obra. Merecen destacarse, específicamente, los siguientes trabajos: «American Legal Realism», *University of Pennsylvania Law Review*, 82-5, 1934, pp. 429-462; su monografía de 1940, *The Law in Quest of Itself*, ya citada en estas páginas; «American Legal Philosophy at Mid-Century», *Journal of Legal Education*, 6-4, 1954, pp. 457-485; «La Philosophie du droit aux États-Unis», *Les Études Philosophiques*, 19-4, 1964, pp. 559-568; y «Oliver Wendell Holmes, Jr.: *The Path of the Law*», en *An American Primer*, edición de D. Boorstin, University of Chicago Press, Chicago, 1966, pp. 591-607. Llama la atención que, en ese contexto, se tradujera al castellano un viejo trabajo de Alessandro GIULIANI donde se advertía esta crítica. Se trata de «Los presupuestos de la Filosofía del Derecho norteamericana», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1956, p. 257.

³² Destacan, sobre esta materia, «Freedom – A Suggested Analysis», *Harvard Law Review*, 68-8, 1955, pp. 1305-1325; «Adjudication and the Rule of Law», *Proceedings of the American Society for International Law*, 54, 1960, pp. 1-8; y «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, 92-2, 1978, pp. 353-409. Sobre el liberalismo de FULLER, véase el trabajo de Federico ARCOS, «Una defensa de la moral interna del derecho», *Derechos y Libertades*, 9, 2000, pp. 52-63. En este artículo —prueba del interés que FULLER empieza a suscitar en nuestra doctrina—, su autor pretende construir una forma de entender los elementos de la moral interna del Derecho como principios morales en sí mismos, lo cual permitiría, a su vez, defender una conexión entre el Derecho y la moral que —en palabras de ARCOS— no sería tan fuerte como la soñada por FULLER, pero tampoco tan débil como la pretendida por HART (*idem*, p. 37).

³³ Esta distinción aparece en su *Anatomy of the Law*, *op. cit.*, pp. 43-69. La importancia del llamado Derecho implícito en la realidad jurídica se pone de manifiesto en la monografía de Carlos ERNST, *Los derechos implícitos*, Marcos Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 1994.

³⁴ A ello dedicó FULLER gran parte de los trabajos que se recogieron, bajo la edición de WINSTON, en *The Principles of Social Order*, obra póstuma de aquel autor ya comentada en estas líneas. Es justo reconocer que PASSERIN D'ENTRÈVES ya había advertido sobre las virtualidades de esta propuesta en su *Derecho natural*, *op. cit.*, p. 211.

Adviértase, finalmente, que sus aportaciones no se limitan sólo al campo de la filosofía del Derecho. Su influencia se extiende, asimismo, al Derecho civil, pues no en vano esta materia ocupó los primeros años de su carrera académica. En este sentido, cabe recordar, por último, que Fuller era un experto –no sólo teórico, sino también práctico– en cuestiones de arbitraje y en materias relacionadas con la contratación³⁵.

2. LA RECUPERACIÓN DE LAS TESIS DE FULLER

Varias son las razones que pueden haber contribuido a que, sobre todo en nuestro ámbito teórico, la situación con respecto a las tesis de Fuller no sea ahora la misma que hace quince años. En principio, pueden destacarse tres de ellas. Una responde a motivos estrictamente pedagógicos; otra, a la necesidad de ir perfilando constantemente ciertos conceptos jurídicos; y la tercera tiene que ver con el enésimo resurgir del iusnaturalismo en nuestro ámbito iusfilosófico.

2.1 La enseñanza de la Filosofía del Derecho

Es difícil, hoy en día, entender la docencia de la filosofía del Derecho despojada de un importante componente práctico. Y ello no sólo porque así se exija en la inmensa mayoría de las facultades de Derecho, sino también porque la dificultad de la materia en cuestión requiere de la utilización de soportes que la hagan más accesible o atractiva a los ojos de sus destinatarios. Prueba de ello es la proliferación que viene produciéndose, sobre todo en los últimos años, de libros en los que se recopilan casos, textos y materiales que sirven de apoyo a la docencia teórica de la asignatura. Además, en los propios libros destinados preferentemente a la docencia –los famosos «manuales»– se contienen espacios destinados a cubrir este objetivo. Sea a través de preguntas al final de cada capítulo, sea a través de pequeños casos prácticos que se intercalan en la explicación, o bien mediante mecanismos similares, la explicación de la materia se acompaña de este tipo de cuestiones de carácter práctico.

Quizá, el más utilizado de este tipo de ejemplos ha sido –y todavía es hoy, cabe añadir– el famoso caso de los tres jueces, propuesto por

³⁵ Escrito en 1947, su *Basic Contract Law* (5.ª ed., St. Paul, West Publishing Company, 1990) es todavía hoy un libro de referencia entre los profesores y estudiantes de Harvard. En este ámbito, llama poderosamente la atención la vieja traducción al castellano de un trabajo escrito junto con W. R. PERDUE Jr., «The Reliance Interest in Contract Damages» (*Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. J. Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957).

Carlos Nino³⁶. En él, y bajo la apariencia de una sesión judicial en la que hay que juzgar a personas que cometieron actos moralmente aberrantes pero amparados por las normas jurídicas vigentes en el momento de su comisión, se plantean las respuestas iusnaturalista y positivista a la vieja cuestión del Derecho nazi. Pues bien, Fuller también propuso –en las últimas páginas de la primera edición de *The Morality of Law*– un caso muy similar al formulado por Nino. Esta vez se trataba de juzgar a unos supuestos delatores que, movidos por el rencor, denunciaban todas aquellas actividades que resultaban contrarias a las normas impuestas por el régimen de aquella época. El Derecho vigente establecía, para esas actividades, una condena de pena de muerte, que se imponía, sin la menor dilación, a los denunciados. Nótese la similitud que se esconde entre los casos de Nino y de Fuller; aunque se trate de hechos diferentes, la problemática que subyace a los mismos es similar.

Durante mucho tiempo, este caso del delator rencoroso ha pasado inadvertido entre quienes suelen utilizar este tipo de materiales en su docencia. No obstante, y al igual que ha sucedido con otros aspectos de la teoría de Fuller, últimamente parece empezar a utilizarse en mayor medida, incluso hasta el punto de que ha servido como base para la creación de otros supuestos prácticos similares³⁷. La utilización de los ejemplos de Fuller, algo en lo que este autor solía prodigarse en sus escritos, se extiende también a otros casos. Así, también en los últimos tiempos empiezan a encontrarse referencias al famoso Rex, aquel desdichado legislador con el que Fuller ilustraba la importancia de la moral interna del Derecho³⁸; o incluso comienza a guiarse a algunos estudiantes –aunque sean imaginarios– por la senda de Fuller³⁹.

Pero, si hay que destacar un caso práctico de Fuller, éste es el de los exploradores de cavernas⁴⁰. Su complejidad en la construcción de

³⁶ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho* [1973], 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 18-27.

³⁷ Se trata del caso que, bajo la denominación de «Si usted fuera presidente», propone Manuel ATIENZA sobre la posible condena a quienes cometieron actos de asesinato o desaparición de personas, pero que fueron amnistiados mediante una ley válida en aquel momento. Véase *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 96-99. El propio ATIENZA reconoce en estas páginas la inspiración de FULLER; páginas que, salvo leves modificaciones, reproducen un artículo publicado en la revista *Campus*, Universidad de Alicante, 3-4, 1984.

³⁸ Sobre las desventuras de Rex, puede verse ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 21-27.

³⁹ Es el caso de Alep, estudiante de Derecho, cuyo recorrido hasta la facultad es seguido por PÉREZ LUÑO. Véase su *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 19-26.

⁴⁰ Este trabajo de FULLER, publicado en 1949 por la *Harvard Law Review*, está traducido al castellano. Y, en contraste con lo que acontece con sus dos monografías traducidas, esta vez sí se trata de una buena traducción. La referencia es *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. G. Carrió y L. Nillus, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

los hechos y de las opiniones enfrentadas, la amplitud de los problemas que presenta y las diferentes interpretaciones que acepta, hacen de él un clásico en la materia. Son muchas las cuestiones que se manejan al tiempo en esta desdichada historia de los espeleólogos que no hace al caso desvelar ahora, reservando así el misterio para quienes quieran leerlo. Son, en consecuencia, muchos los elementos que pueden entrar en juego a la hora de analizarlo y ofrecer propuestas de solución, las cuales tampoco se pretende exponer en estas páginas. No obstante, y a pesar de su brillantez, contrasta la atención que la doctrina norteamericana le ha prestado al mismo, con las escasas –por no decir nulas– referencias al mismo en nuestro ámbito ⁴¹.

2.2 La constante redefinición de los conceptos

Una de las funciones de la filosofía del Derecho es la elaboración de conceptos que contribuyan a explicar el funcionamiento de esa realidad llamada Derecho. Su cumplimiento requiere una continua puesta en cuestión de los conceptos previamente elaborados, no sólo por la dogmática sino también por la propia filosofía jurídica. Entonces, no es de extrañar que tales conceptos varíen frecuentemente, ni tampoco que sus definiciones se vean sustituidas por otras en períodos de tiempo relativamente cortos. Así ha sucedido, en nuestro ámbito doctrinal, con algunos conceptos que se creía firmemente consolidados. Cabe referirse, ahora, a los de Estado de Derecho y seguridad jurídica; conceptos ya citados en estas páginas y en cuyo debate, cuestionamiento y posible modificación quizá hayan tenido algo que ver las propuestas de Fuller.

Debido básicamente a las circunstancias ideológicas y políticas expresadas anteriormente, el concepto de Estado de Derecho aparecía vinculado a dimensiones de justicia material; básicamente, a las exigencias de democracia y respeto a los derechos humanos. Cambiadas las circunstancias, era previsible que se iniciara un debate sobre la definición que hasta ese momento había recibido aquel concepto, abordándose específicamente la cuestión de su conexión con aquellos elementos de carácter más bien material. Pareció iniciarse, así pues, una tendencia a ir circunscribiendo el Estado de Derecho con uno solo de los elementos propuestos por Elías Díaz, el del imperio de la

⁴¹ Es de destacar la bibliografía que existe sobre el caso, y la constante llamada a nuevos debates sobre el mismo que se produce por ciertos autores. Véase, por ejemplo, D'AMATO, A., «The Speluncean Explorers – Further Proceedings», *Stanford Law Review*, 32-3, 1980, pp. 467-485; los trabajos contenidos en el número de la *George Washington Law Review* (61-6, 1993) dedicado al caso; SUBER, P., *The Case of Speluncean Explorers. Nine New Opinions*, Routledge, Londres, 1998; ALLAN, A., «Lon Fuller's "The Case of the Speluncean Explorers"», en *Rediscovering Fuller...*, *op. cit.*, pp. 411-424; y el número de la *Harvard Law Review* (112-8, 1999) en el que, con motivo del quincuagésimo aniversario de la publicación del caso por FULLER, se recogen nuevas aportaciones al respecto.

ley⁴². Y para ello nada mejor que apoyarse en la tradición del *rule of law*; una tradición en la que –cabría añadir– se incardinan perfectamente los elementos de la moral interna del Derecho de Fuller.

En efecto, el principio del imperio de la ley no se realiza en la mera y simple existencia de leyes, sino que exige de éstas cumplir una serie de condiciones. Los requisitos de generalidad en sus destinatarios, prospectividad y estabilidad temporal, publicidad y claridad en su contenido, y aplicación congruente de las mismas marcan, indefectiblemente, el contenido de ese principio⁴³. Por su parte, estos requisitos son los que componen la moral interna del Derecho, junto con los de no contradicción normativa y no exigencia de conductas imposibles de realizar, que perfectamente pueden ser añadidos al listado anterior. Pues bien, nótese la influencia que puede ejercer Fuller sobre aquellas opciones teóricas –no exentas de crítica, sobre todo por los seguidores de Elías Díaz– que pretenden, sobre la base del concepto de *rule of law*, identificar el Estado de Derecho con el imperio de la ley, de manera que la característica definitoria de aquél fuera el cumplimiento de este último principio⁴⁴.

Algo similar acontece con el concepto de seguridad jurídica. Empiezan a oírse voces, en nuestra doctrina, que abogan por un concepto alejado de las dimensiones de justicia material con las que se le venía relacionando de un tiempo a esta parte. Voces que prefieren utilizar un concepto de seguridad jurídica más volcado hacia requisitos de carácter formal, relacionados directamente con ese saber a qué atenerse, es decir, con la capacidad de prever las consecuencias jurídicas de las conductas. Y ello –añaden–, con independencia del origen, democrático o no, de las normas, así como de su contenido, justo o injusto⁴⁵. Otros autores, también en este mismo sentido, reservan el concepto de seguridad jurídica en sentido estricto para referirse a un sistema jurídi-

⁴² Esta tendencia se manifiesta, claramente, en el artículo de LAPORTA, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *DOXA*, 15-16, 1994, pp. 133-145. Este artículo ha originado, además, una importante polémica doctrinal sobre esta cuestión.

⁴³ Estos elementos son los que, en opinión de LAPORTA en el artículo que acaba de citarse, realizan el imperio de la ley. Por su parte, esta lista parece ser receptora de aquella otra, muy similar, que propuso Joseph RAZ para el cumplimiento del *rule of law*. Véase, de este último, «The Rule of Law and Its Virtue» [1977], en RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, pp. 214-219. A pesar de esta coincidencia en la lista de elementos, estos dos autores sostienen posiciones bien diferentes en lo que se refiere al valor moral del imperio de la ley o del *rule of law*.

⁴⁴ En este sentido, Rafael de Asís identifica esta propuesta de FULLER con el modelo restringido de Estado de Derecho que, en su opinión, representa la teoría de Hans KELSEN. Véase, de aquel autor, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁵ Véanse, como ejemplos de esta concepción de la seguridad jurídica, FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *El sentimiento de seguridad en el Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, pp. 104-105; y ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: Una Teoría Formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 34.

co que haga realidad esas pretensiones materiales indicadas anteriormente, mientras que prefieren acuñar la expresión de certeza del Derecho para referirse a esta última propuesta⁴⁶. Sea una u otra la opción, parece innecesario insistir en que los elementos de la moral interna del Derecho están muy presentes en ambas. Así, tampoco es de extrañar que la teoría de Fuller pueda llegar a ejercer sobre ellas un notable atractivo.

2.3 La relación con la teoría de Ronald Dworkin

Actualmente, se asiste en nuestro ámbito doctrinal al enésimo resurgir de posiciones teóricas, próximas al iusnaturalismo, sumamente críticas con el positivismo jurídico y su forma de entender y explicar el Derecho. Muchas de estas críticas encuentran su referente teórico en la obra de Ronald Dworkin, cuya concepción del Derecho choca claramente con la defendida por los positivistas. De sobra conocida es su polémica con el propio Hart, así como sus tesis principales al respecto. Lo que quizá no resulte tan conocido sea la impronta que la teoría de Fuller dejara en la propia concepción del Derecho manejada por Dworkin⁴⁷. Algunos de sus puntos derivan, directa o indirectamente, de aquélla⁴⁸. Entonces, dada la buena acogida que ha tenido la teoría del Derecho de Dworkin por parte de un importante sector de nuestra doctrina, su conexión con la de Fuller puede hacer que, ahora, este autor también reciba una mayor atención.

La crítica a la regla de reconocimiento es el primero de los aspectos donde se constata la citada relación. Ambos autores manifiestan su rechazo a la utilización de esta figura, típica del positivismo heredero de Hart. En los dos casos, la causa ha de buscarse en la imposibilidad de considerarla como un instrumento apto para la explicación de la realidad jurídica. En opinión de Fuller, resulta incapaz de dar cuenta de la imprescindible presencia de los elementos de la moral

⁴⁶ La distinción entre seguridad jurídica y certeza del Derecho se encuentra en ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., pp. 181-183. Este concepto de certeza del Derecho se encuentra muy consolidado en la doctrina italiana. Véase, por ejemplo, COMANDUCCI, P., «Aarnio ed il problema della certezza del diritto», *Analisi e diritto*, 1994, p. 112.

⁴⁷ DWORKIN fue uno de los autores que, también desde un principio, entró en polémica con FULLER sobre la moral interna del Derecho. Véanse, en ese sentido, el ya citado «Philosophy, Morality and Law...» y «The Elusive Morality of Law», *Villanova Law Review*, 10-4, 1965, pp. 631-639.

⁴⁸ La conexión entre ambas concepciones del Derecho fue advertida, hace ya tiempo, por la doctrina anglosajona. Véase, como muestra de lo dicho, DONNELLY, S., *The Language and Uses of Rights. A Biopsy of American Jurisprudence in the Twentieth Century*, University Press of America, Maryland, 1994, p. 65. Entre nosotros, últimamente la han puesto de manifiesto Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES («La demarcación entre teoría y práctica jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, p. 403) y Manuel ATIENZA (*El sentido del Derecho*, op. cit., p. 306).

interna del Derecho. La regla de reconocimiento es una regla que confiere poderes normativos a ciertos sujetos u órganos, de manera que no cabe incluir en ella una limitación a tales poderes, el respeto a los elementos de la moral interna, ni tampoco una revocación de dichos poderes, ocasionada por la vulneración de tales principios. De acuerdo con esta interpretación, para salvar esta contradicción Hart debería difuminar su tajante distinción entre normas que imponen obligaciones y normas que confieren poderes. Al no hacerlo, hace incurrir a la regla de reconocimiento en una suerte de contradicción lógica⁴⁹.

Por su parte, Dworkin considera incapaz a la regla de reconocimiento para explicar todos los elementos presentes en el Derecho. La regla de reconocimiento, según este autor, se ve desbordada por la realidad jurídica, puesto que ésta es más rica que lo que los márgenes que aquélla pueden recoger. Y ello porque dicha regla, al suministrar única y exclusivamente criterios de validez relativos al origen o *pedigree* de las normas, no puede dar cuenta de los llamados principios, cuya validez se deriva directamente de su propio contenido. De aquí se desprenden, una por una, las razones para rechazar las principales tesis positivistas. En primer término, el carácter moral de estos principios, que inevitablemente forman parte de la realidad jurídica, convierte en falso el dogma positivista de la separación entre el Derecho y la moral. También es incorrecta, en segundo lugar, la tesis de las fuentes sociales del Derecho, puesto que el origen de los principios está más allá de los hechos y prácticas sociales. Y, finalmente, también son los principios los que hacen fracasar la afirmación positivista de la discrecionalidad judicial, ya que aquéllos, al cubrir la totalidad del ámbito jurídico, cierran en consecuencia la posibilidad de entender éste como parcialmente indeterminado o incompleto⁵⁰.

El fracaso de la regla de reconocimiento y la importancia de los principios condiciona, así, la forma de entender el Derecho. Impide, en todo caso, configurar como nítidamente separadas las realidades jurídica y moral, del mismo modo que demuestra la incorrección de la pretensión positivista de trazar una línea de demarcación entre ambos planos. Esto recuerda mucho la tesis de Fuller acerca del carácter gra-

⁴⁹ Véase FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 138. Conviene advertir que HART rechazó siempre esta particular interpretación que se hacía de su teoría, al abogar por la inexistencia de restricciones lógicas al contenido de la regla de reconocimiento. Véase, para ello, «Lon L. Fuller: *The Morality of Law*», *op. cit.*, p. 361. No ha de pasarse por alto que esta afirmación de HART —refrendada posteriormente en su famoso «Postscript»— ha dado pie a todo un importante debate en el interior del propio positivismo jurídico sobre la inclusión o incorporación de la moral como criterio material de validez normativa.

⁵⁰ Véase esta argumentación de DWORKIN en *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 83-94. Por su parte, las respuestas de HART a tales críticas aparecen, de forma póstuma, en el ya citado «Postscript».

dual del Derecho. En efecto, en opinión de este autor la existencia del Derecho es una cuestión de grados, relacionada con un mayor o menor cumplimiento de su propósito, que no es otro que el de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Los elementos de la moral interna resultan imprescindibles para alcanzar tal objetivo. Entonces, al ser éstos –por lo menos para Fuller– principios morales, la existencia de más o menos Derecho en una sociedad dependerá del mayor o menor grado de cumplimiento de tales principios morales. De ahí que, en definitiva, Derecho y moral no puedan ser entendidos como dos ámbitos de actuación separados, puesto que su conexión es inherente a la propia realidad jurídica.

Asimismo, otro de los puntos en los que se aprecia la influencia de Fuller en Dworkin es en la concepción que maneja este último del Derecho como integridad⁵¹. Esta concepción, en la cual ocupa un papel predominante la labor interpretativa del aplicador de las normas, encuentra un importante apoyo en la crítica que Fuller realizó sobre aquella distinción que Hart había planteado entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra de las normas jurídicas. La base de la crítica radicaba en la imposibilidad de sostener esta diferencia, ya que –argüía Fuller– la aplicación de toda norma jurídica requiere siempre de una cierta actividad interpretativa. No hay, en su opinión, núcleos de certeza, pues hasta en la norma aparentemente más clara puede esconderse una duda a la hora de aplicarla al caso concreto.

Para mostrar la falsedad de la distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra, Fuller propone imaginarse una norma que prohíbe la entrada de vehículos en los parques⁵². Quizá resulte claro, a los ojos del guardia de la entrada, que un coche o una motocicleta sí son vehículos. Quizá una bicicleta o unos patines susciten, por su parte, ciertas dudas. Pero, su perplejidad podría ser enorme en el caso de que unos patriotas locales, bajo el pretexto de homenajear a los veteranos de una antigua guerra, pretendieran acceder al parque con un viejo tanque para colocarlo en el centro del mismo. En este caso, por muy claro que pudiera parecer el enunciado de la norma, la interpretación literal resulta insuficiente, puesto que también su núcleo de certeza ha de determinarse a la luz del contexto y los propósitos. Para decidir sobre la entrada o no de semejante artefacto en el parque, resulta imprescindible acudir a ese elemento implícito en el Derecho que resulta ser el fin o propósito para el que la norma en cuestión ha sido creada. Habrá que ver, en definitiva, cuáles son las prácticas y actitudes de la comunidad en cuestión con respecto a los parques. Sólo así podrá resolverse la duda planteada.

⁵¹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, pp. 226-228.

⁵² Véase el ejemplo, y algún otro similar, en «Positivism and Fidelity to Law...», *op. cit.*, pp. 663-664.

En definitiva, el cumplimiento del Derecho puede llegar a ser imposible –en opinión, claro está, de Fuller– si no se asume todo lo que supone la interpretación teleológica de las normas. Aun cuando en algunos casos resulte más sencillo y en otros más complicado, es ésta una labor imprescindible para el operador jurídico. Quizá el juez Hércules tenga que acudir al propósito o fin de la norma a la hora de encontrar la solución ante cualquier caso difícil que se le presente. Así decidirá siempre, cumpliendo con lo que se requiere de él, conforme a Derecho y de forma correcta.

3. CONCLUSIÓN

La aparición de un nuevo panorama en la filosofía del Derecho española abre la puerta a la entrada de las tesis de Fuller. Por un lado, el positivismo jurídico parece estar ya definitivamente comprometido con la idea del sistema jurídico como forma de explicar y estructurar el fenómeno jurídico. Ahí puede recurrir a Fuller, en cuanto que su teoría de la moral interna del Derecho –despojada, obviamente, de sus orígenes iusnaturalistas– le proporciona una estructura en la que puede desenvolver todo su repertorio de conceptos. Dos de ellos, los de Estado de Derecho y seguridad jurídica, se han analizado brevemente en estas páginas. Pero puede, quizá, que no sean los únicos en verse afectados.

Por otro lado, y con independencia de que se esté de acuerdo o no con las tesis de Fuller, de que se asuma o rechace su posición teórica, lo cierto es que gran parte del combate que hoy se libra contra el positivismo jurídico es deudor de muchas de sus propuestas. Y la honestidad intelectual requiere de los iusnaturalistas o no positivistas poner este dato sobre la mesa. Una vez se haya hecho esto, cobrarán pleno sentido las palabras de Atienza sobre la influencia de la teoría de Fuller en el recientemente concluido siglo XX:

«la concepción iusnaturalista que, a la larga, resultó más influyente –y que era más original– se encuentra en la obra de un jurista norteamericano: Lon L. Fuller⁵³.»

⁵³ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 296.

Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha

«Si fuera posible suprimir enteramente toda la metafísica alemana, toda la teología cristiana y todo el sistema romano e inglés de jurisprudencia técnica, y dirigir todas las mentes que dedican sus facultades a estas tres empresas hacia una especulación o una práctica útiles, habría quedado talento suficiente para cambiar la faz del mundo.»

Diario de John Stuart Mill,
7 de febrero de 1854

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA CONCEPCIÓN LEGAL DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA.—3. LAS CONCEPCIONES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO. LA INDETERMINACIÓN DE «FILOSOFÍA DEL DERECHO» Y «TEORÍA DEL DERECHO». 3.1 *Indeterminación semántica*. 3.2 *Valoraciones*. 3.3 *Niveles del discurso*.—4. «TEORÍA DEL DERECHO» Y «FILOSOFÍA DEL DERECHO»: ¿EN QUÉ SENTIDO? 4.1 *Sentidos de «teoría del Derecho»*. 4.1.1 *Teoría del Derecho sensu largo (TD1)*. 4.1.2. *Teoría del Derecho sensu stricto (TD2)*. 4.2 *Sentidos de «filosofía del Derecho»*. 4.2.1 *Filosofía del Derecho sensu largissimo (FD1)*. 4.2.2 *Filosofía del Derecho sensu largo (FD2)*. 4.2.3 *Filosofía del Derecho sensu stricto (FD3)*.—5. LA «CRISIS DE IDENTIDAD» DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.—6. LA ORIENTACIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. 6.1 *Acepciones débiles de la orientación analítica de la filosofía del Derecho*. 6.2. *La orientación analítica de la filosofía jurídica en sentido fuerte*. 6.3 *La orientación analítica de la filosofía del Derecho y de la didáctica de la filosofía del Derecho*.—7. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente la filosofía del Derecho ha reclutado a sus cultivadores en los tres gremios a los que Mill parece considerar algo así como las *manos muertas* del pensamiento occidental: filósofos metafísicos, teólogos cristianos y juristas dogmáticos. Por si esto fuera poco, algunos filósofos del Derecho han reunido en su persona méritos (o deméritos) suficientes para ser adscritos a los tres grupos al mismo tiempo. Si Mill tiene razón y la extracción gremial de los iusfilósofos aquí propuesta es cierta, entonces parecería aconsejable reorientar las considerables capacidades de buena parte de los filósofos del Derecho hacia otras actividades intelectuales que fueran realmente útiles. Este corolario –por otra parte, muy persuasivo– parece no obstante algo exagerado; así que en este trabajo presupondré pese a todo que la tarea del filósofo del Derecho no representa sólo un esparcimiento intelectual elegante, sino que además es útil en algún sentido y sobre todo que su tarea puede llegar a ser útil en mayor medida.

El discurso filosófico-jurídico despliega su virtualidad principalmente ante dos auditorios. El primero de ellos, interno, es el de los propios filósofos del Derecho. El segundo, externo, es el de los juristas. El discurso filosófico-jurídico será útil en la medida en que satisfaga los intereses y sirva a los propósitos de cada uno de estos auditorios. Trivialmente, los filósofos del Derecho hallan utilidad en su propio discurso, y sus objetivos son fundamentalmente epistémicos y críticos. A fin de que la filosofía jurídica pueda ser (más) útil para los juristas, es ante todo necesario que conquiste con mejores artes a los juristas y a quienes se preparan para serlo, los estudiantes de Derecho. Por ahora los primeros constituyen un auditorio verdaderamente exiguo, los segundos un auditorio cautivo. La utilidad de la filosofía del Derecho depende entre otras cosas de que los juristas reales y potenciales crean en tal utilidad y ello seguramente exige de la filosofía del Derecho un esfuerzo para aclarar sus propósitos y sus aplicaciones en relación con la reflexión jurídica general.

Por tanto, dada la importancia del auditorio de los juristas, uno de los deberes ineludibles de nuestra disciplina habría de ser decantar su discurso en dos planos, de manera que mantuviera un discurso *ad intra*, respetuoso con la tradición iusfilosófica propia, y que desarrollara además un discurso *ad extra*, dirigido a los juristas en general. Por usar una expresión de Gustavo Bueno¹, sería deseable, en definitiva, desarrollar un *discurso esotérico* y un *discurso exotérico*. La importancia de esta cuestión reclama de los filósofos del Derecho un esfuerzo por acomodarse a las necesidades de los juristas. Es neces-

¹ G. BUENO, *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa, Oviedo, 1995 (2.^a ed.), p. 10.

rio evitar, pues, que la filosofía del Derecho ocupe un «puesto ornamental en el plan de estudios»². Diseñar una estrategia para el cumplimiento de este propósito es una tarea compleja que no puede abordarse aquí en profundidad. A cambio, desearía considerar como punto de partida la propia articulación de la filosofía jurídica y la teoría del Derecho en los planes de estudio de la licenciatura en Derecho en nuestro país. Conseguir una inserción más armónica de la reflexión filosófico-jurídica en los estudios de Derecho seguramente sería un primer paso importante.

2. LA CONCEPCIÓN LEGAL DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. LA FILOSOFÍA JURÍDICA EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA

La vocación eminentemente universitaria de nuestra disciplina está fuera de toda duda. Entre otras cosas, la viabilidad de una comunidad dedicada profesionalmente a la filosofía jurídica seguramente no sería posible desprovista de su cobertura universitaria. En España los planes de estudio de la licenciatura en Derecho han acogido reiteradamente las asignaturas de nuestra área de conocimiento al principio y al final de la andadura académica del estudiante. Esta ubicación *centrífuga* en los planes de estudio presenta algunas ventajas, pero la experiencia docente parece indicar que también presenta algunos inconvenientes. Sin duda estaba pensando en sus ventajas Gregorio Peces-Barba cuando hace casi dos décadas opinaba: «una asignatura introductoria general en primer curso y una asignatura crítica en quinto curso me parecen didácticamente necesarias»³. Sin embargo, también es cierto que el núcleo de la filosofía jurídica, la teoría del Derecho, se ofrece a estudiantes no familiarizados aún con muchas nociones fundamentales del Derecho y que los destinatarios de la asignatura de filosofía del Derecho son licenciados en ciernes que contemplan las cuestiones conceptuales y normativas de la iusfilosofía con cierto escepticismo ante la inminencia del ejercicio profesional.

Brevemente, desearía referirme a la concepción que de nuestras materias ofrece el Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, en cuyo anexo se recogen las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en

² Vide L. PRIETO, «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 591-617, aquí p. 595.

³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «La enseñanza de la Filosofía del Derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. 5, 1982, pp. 99-110, aquí p. 102.

Derecho. La teoría del Derecho comprende de acuerdo con las directrices del citado texto legal:

«El Derecho como forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho.»

Compárese este fragmento con el elenco de materias adscritas a la filosofía del Derecho por el mismo texto legal:

«El fenómeno jurídico. Ontología y axiología jurídicas. Problemas filosóficos básicos del Derecho.»

Estos descriptores presentan ventajas e inconvenientes. La ventaja principal tiene que ver con su flexibilidad para acoger perspectivas y concepciones muy diversas sobre nuestra disciplina en general y de estas dos materias en particular. El inconveniente más importante radica en su imprecisión y en su asimetría (a igualdad en número y proporción de créditos teóricos y prácticos –cuatro en total para cada una de las asignaturas– corresponde un grado bien diverso de extensión y concreción).

Si nos ceñimos al descriptor de teoría del Derecho, la presencia de ventajas e inconvenientes ha generado reacciones encontradas. Es más: a veces allí donde unos encuentran una virtud encomiable, otros declaran un defecto insubsanable. Por ejemplo, mientras la configuración de la asignatura de teoría del Derecho ha sido aplaudida por el profesor Pérez Luño, porque «se trata [...] de un rótulo que, junto a la problemática general de la ciencia jurídica, entraña una aproximación tridimensional al Derecho»⁴, el profesor Hernández Marín, por su parte, ha basado una incisiva crítica precisamente en este extremo: la acumulación de cuestiones normativas, empíricas y axiológicas que se contienen en este «revoltijo (conjunto o compuesto de muchas cosas, sin orden ni método) de temas de teoría general del Derecho, de teoría de la ciencia jurídica, de introducción al Derecho (el tema del Derecho como forma de organización social), de la teoría fundamental del Derecho [...] e incluso de axiología jurídica (el tema del Derecho justo)»⁵.

Me parece interesante contrastar estas dos opiniones en torno a la concepción legal de la teoría del Derecho en nuestro país, porque tras sus divergencias valorativas en realidad se esconden concepciones muy diversas sobre los contenidos, la configuración y el cometido de la filosofía jurídica en general.

⁴ A. E. PÉREZ LUÑO *et al.*, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 45.

⁵ Vide R. HERNÁNDEZ MARÍN, «Concepto de Filosofía del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 175-190, aquí pp. 185-186.

3. LAS CONCEPCIONES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO. LA INDETERMINACIÓN DE «FILOSOFÍA DEL DERECHO» Y «TEORÍA DEL DERECHO»

Son por lo menos tres los problemas que surgen cuando se intentan articular los conceptos de filosofía del Derecho y teoría del Derecho: problemas de indeterminación semántica, presencia de valoraciones y confusión de niveles de discurso.

3.1 Indeterminación semántica

En primer lugar, existe un considerable problema de imprecisión lingüística que se sustancia en ambigüedad en los términos y vaguedad en los conceptos, así que esta falta de precisión:

a) Afecta al sintagma «teoría del Derecho» y a su significado.
 b) Afecta al sintagma «filosofía del Derecho» y a su significado.
 c) Afecta a las relaciones semánticas entre ambos conceptos; es decir, a los problemas que genera por separado la imprecisión lingüística de «teoría del Derecho» y «filosofía del Derecho» se añade el problema de la interrelación conceptual de teoría del Derecho y filosofía del Derecho, dado que a veces el significado de uno de los sintagmas condiciona el significado del otro. Y ello porque es frecuente que de alguna manera en el *definiens* de una de las nociones aparezca el *definiendum* de la otra. Naturalmente, esta circunstancia nos obliga de manera perentoria a definir ambas de manera clara.

d) Finalmente afecta al significado de «Derecho», pues los conceptos no positivistas de Derecho vinculan el Derecho a una teoría de la justicia aparentemente más propia de la filosofía jurídica, mientras que un concepto positivista resulta en principio más propicio para una concepción más restrictiva, por así decir, más *pura* de la teoría del Derecho. El establecimiento de los límites del Derecho determina el establecimiento de los límites de la teoría del Derecho. Esto provoca una confusión de niveles de discurso, como se subrayará después (*infra* § 3.3).

3.2 Valoraciones

En segundo lugar, este tipo de definiciones suelen estar sujetas a valoraciones. Estas valoraciones son a veces de carácter metodológico (como las que enfrentan a la tradición analítica y la hermenéutica), en otras ocasiones pueden ser políticas (por ejemplo, las que contraponen la filosofía del Derecho como instrumento de conocimiento frente a su consideración como instrumento de transformación o críti-

ca), religiosas (positivismo jurídico no cognoscitivistista frente a iusnaturalismo católico), estratégicas (por ejemplo, las consideraciones implícitas en el fomento de la presencia de las asignaturas del área de conocimiento en las diversas licenciaturas y diplomaturas con el fin de consolidar un cierto poder), etc. La presencia de todo este tipo de valoraciones es inevitable y algunas de ellas son indispensables para el propio progreso de nuestro conocimiento. Lo importante es velar porque se hallen explícitas y no queden ocultas bajo justificaciones aparentemente neutras. Dicho en otros términos, es importante que la discusión sobre cuestiones descriptivas y valorativas se encaucen en su apropiado nivel de discurso y se impone, al menos como un ideal, cierto *declaracionismo*⁶ que deje al descubierto en la medida de lo posible los presupuestos valorativos latentes.

3.3 Niveles de discurso

Un tercer problema a considerar radica en la pluralidad y confusión de niveles de discursos que comprende el quehacer iusfilosófico en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, nos hallamos ante la confusión de discursos teóricos y metateóricos. En segundo lugar, éstos soportan una confusión de lenguaje descriptivo y lenguaje normativo.

Nos hallamos ante una confusión de discursos teóricos y metateóricos en el sentido de que a veces el estudio de la delimitación de estas materias forma parte de dichas materias; es decir, se considera una cuestión iusfilosófica la cuestión *metaiusfilosófica* de trazar los límites de la iusfilosofía y seguramente se considera en alguna medida una cuestión *iusteórica* la cuestión *metaiusteórica* de trazar los límites de la *iusteoría*. Se trata de un aspecto concreto del problema más amplio del estatus epistemológico del conocimiento del Derecho, que como es bien sabido ha ocupado mucho más a los juristas que a otros estudiosos en sus propias materias⁷. Esta confusión de planos conduce a una circularidad perturbadora: para determinar la configuración de la filosofía del Derecho, es necesario identificar su objeto de estudio, el Derecho, pero la identificación de este objeto de estudio presupone precisamente una previa configuración de la filosofía del Derecho. Es decir, para saber qué es la filosofía del Derecho, debemos saber qué es el Derecho y el problema de la definición de Derecho seguramente sea el problema central de la filosofía del Derecho⁸.

⁶ Desde luego, se trata de una aspiración no exenta de problemas. Vide, sobre los problemas de este «declaracionismo»: M. BELTRÁN VILLALBA, *Ciencia y sociología*, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, Madrid, 1988, pp. 46 ss.

⁷ Un aspecto en el que insiste especialmente A. CALSAMIGLIA, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.

⁸ Sin embargo, a juicio de Riccardo Guastini, el problema de la determinación del concepto de Derecho no forma parte del conjunto de preocupaciones de la teoría

Por otra parte, con frecuencia no se distinguen con nitidez los planos descriptivo y normativo. No se aprecia claramente si las propuestas de delimitación de estas materias describen la configuración de las materias desarrolladas por la práctica general de los filósofos del Derecho o bien prescriben cómo debería ser tal configuración. Ni que decir tiene que este trabajo seguramente tampoco logre escapar de las confusiones que se acaban de denunciar.

4. «TEORÍA DEL DERECHO» Y «FILOSOFÍA DEL DERECHO»: ¿EN QUÉ SENTIDO?

En lo que sigue propongo distinguir dos sentidos de «teoría del Derecho»:

- TD1. Teoría del Derecho *sensu largo*.
- TD2. Teoría del Derecho *sensu stricto*.

y tres de «filosofía del Derecho»:

- FD1. Filosofía del Derecho *sensu largissimo*.
- FD2. Filosofía del Derecho *sensu largo*.
- FD3. Filosofía del Derecho *sensu stricto*.

4.1 Sentidos de «teoría del Derecho»

4.1.1 *Teoría del Derecho sensu largo (TD1)*

Bajo esta acepción, la teoría del Derecho tiende a identificarse con la filosofía del Derecho (*sensu largo*, FD2), de modo que sus dominios coincidirían.

Probablemente el profesor Pérez Luño mantenga esta acepción cuando –desde luego sin perder de vista la ambigüedad del sintagma «teoría del Derecho»– encuentra en ésta «el marco general de referencia para los distintos enfoques científicos y filosóficos de la investigación jurídica básica»⁹. El espíritu integrador de la teoría del Derecho que va más allá del estudio del sistema jurídico para adentrarse en cuestiones sociológicas, antropológicas, lingüísticas, económicas, lógicas, etc., contrastaría así con la dogmática jurídica, presidida fundamentalmente por la adopción de un punto de vista interno, el punto

ni de la filosofía del Derecho, o al menos de la filosofía jurídica de los juristas que el propio autor genovés propugna [R. GUASTINI, voz «Teoría generale del diritto», en *Digesto*, vol. XIX civile, UTET, Turín, 1999 (4.ª ed.), pp. 315-321, aquí p. 317]. En todo caso, parece difícil prescindir, al menos como un presupuesto fundamental de la investigación, de algún concepto de Derecho para elaborar una teoría del Derecho en el sentido que Guastini refiere.

⁹ A. É., PÉREZ LUÑO *et al.*, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, cit., pp. 13 y 45.

de vista exegético del jurista nacional. En este caso, el método de estudio condiciona los límites del objeto de la propia disciplina y a la inversa. Si sostenemos una concepción no positivista del Derecho, entonces resulta inevitable el recurso a los instrumentos de la filosofía moral y política. Para *hacer* teoría del Derecho, tenemos al mismo tiempo que *hacer* filosofía moral, filosofía política o teoría de la ciencia jurídica; en suma: filosofía del Derecho (*sensu largo*). Dicho aun de otro modo, no es posible una teoría del Derecho (TD1) que no sea una filosofía del Derecho en sentido amplio (FD2).

Quizá por ello, dentro de esta acepción, a veces la teoría del Derecho se identifica con *una* filosofía del Derecho, la filosofía del Derecho de un cierto período histórico que ha integrado todas esas perspectivas de una forma concreta. Por ejemplo, Gregorio Robles ha afirmado en este sentido que «la Teoría del Derecho es la filosofía jurídica del pospositivismo»¹⁰. Bajo este punto de vista, la teoría del Derecho TD1 se opone a *otras* filosofías del Derecho (*sensu largo*, FD2). Esta acepción circunscribe la identificación de teoría del Derecho y filosofía del Derecho a un cierto período histórico, de modo que la teoría del Derecho TD1 representaría una superación de la tradicional dialéctica positivismo-iusnaturalismo.

4.1.2 *Teoría del Derecho sensu stricto (TD2)*

Si la teoría del Derecho *sensu largo* (TD1) se presenta como coextensiva en relación con la filosofía del Derecho *sensu largo* (FD2), la teoría del Derecho *sensu stricto* (TD2) sería en cambio una parte de la filosofía del Derecho *sensu largo* (FD2): la que se ocupa prioritariamente del estudio del concepto de Derecho y, sobre todo, del estudio del sistema jurídico. Bajo este punto de vista, a la teoría del Derecho le corresponderían funciones fundamentalmente descriptivas y conceptuales en relación con el sistema jurídico frente a las consideraciones normativas, axiológicas y metodológicas, que cabría hallar en otras áreas de la filosofía jurídica. La teoría del Derecho, en suma, se hallaría comprendida dentro de la filosofía del Derecho junto a otras tareas: la teoría de la justicia o la teoría de la ciencia jurídica. Se trataría de la concepción de la teoría del Derecho implícita en los planteamientos positivistas de estudiosos de los sistemas jurídicos, entre los cuales destacaría singularmente Bobbio. Como es bien sabido, debemos al autor italiano la célebre tripartición de la filosofía del Derecho en teoría del Derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia, una vertebración que presupone precisamente una concepción *stricto sensu* de la teoría del Derecho.

¹⁰ ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 11.

Bajo este punto de vista, la teoría del Derecho se opone también a la dogmática jurídica, que estudia desde un punto de vista interno (y no externo) un determinado subsistema jurídico nacional (y no el sistema jurídico en abstracto), esto es, Derecho civil español, Derecho mercantil español, Derecho administrativo español, etc.

4.2 Sentidos de «filosofía del Derecho»

Como he señalado anteriormente, los problemas que plantea la precisión del significado de «teoría del Derecho» se agravan si tenemos en cuenta que el término conexo «filosofía del Derecho» es también ambiguo. Debemos a Hegel buena parte del impulso de esta locución, pero seguramente también muchos recelos por parte de los juristas¹¹. Cuando hablamos de «filosofía del Derecho» en este tipo de discurso, podemos estar hablando al menos de:

4.2.1 *Filosofía del Derecho sensu largissimo (FDI)*

La filosofía del Derecho en sentido amplísimo es producto de la traslación sin ajustes de los conceptos y los problemas de la filosofía en general al ámbito del Derecho¹². Esta estrategia resulta poco fructífera cuando se desarrolla sin tener en cuenta los específicos presupuestos de la tradición jurídica y cuando se fuerzan los propósitos de doctrinas filosóficas que históricamente no se han ocupado del fenómeno jurídico. En estos casos, la filosofía del Derecho deviene un estudio sobre los hipotéticos discursos en materia jurídica de pensadores que nunca se ocuparon del Derecho, ni albergaron la intención de hacerlo, entre otras cosas, porque algunos autores de la Antigüedad clásica ni siquiera han conocido un sistema jurídico como el que conforma nuestras intuiciones a la hora de establecer nuestras definiciones, nuestras reglas de uso del concepto de Derecho.

En este sentido, la filosofía del Derecho *sensu largissimo* se distingue de la filosofía en general tan sólo por la extensión de su objeto, que se reduce a los fenómenos relacionados con el Derecho. Se trata

¹¹ Vide M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Turín, 1990, p. 17. Sobre los orígenes del uso de la expresión «filosofía del Derecho», vide F. GONZÁLEZ VICÉN, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», en *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207-257, esp. § VII.

¹² Este enfoque parece presente en Eusebio Fernández cuando escribe que la filosofía del Derecho es una disciplina filosófica que tiene por objeto el estudio del fenómeno jurídico en su totalidad, si bien matiza que tiene «contenidos propios, identidad y autonomía» y propugna un diálogo entre juristas y filósofos («Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 26 ss. Del mismo autor, vide también «La Filosofía del Derecho», en *Estudios de Ética Jurídica*, Debate, Madrid, 1990).

más bien de una filosofía *sobre* el Derecho que corre el riesgo de ignorar todo un cuerpo doctrinal desarrollado históricamente y que ha sabido con frecuencia beneficiarse de los progresos de la filosofía en general, pero también gozar de una autonomía que no debe verse enturbiada por el puro nominalismo. En suma, los defensores de esta concepción de la filosofía jurídica seguramente olvidan (cabe suponer que muy a su pesar) la naturaleza «histórica» del concepto de filosofía del Derecho¹³.

Muy a menudo el «filósofo-jurista» extremo (en bobbiana oposición al «jurista filósofo»¹⁴) sostiene una filosofía del Derecho *sensu largissimo*, a la que se refiere Riccardo Guastini en los siguientes términos, que merece la pena traducir aquí:

«La filosofía del Derecho de los filósofos es una *Weltsanschauung*, una concepción del mundo o, si se quiere, una filosofía (sin adjetivos, ni complementos de especificación) “aplicada” mecánicamente al Derecho. Normalmente es practicada por estudiosos que no conocen el Derecho o tienen de éste un conocimiento bastante vago y superficial [...] En otras palabras, los filósofos (sin más) están interesados esencialmente en determinar desde el exterior los dominios del Derecho sin dedicarse a ellos. Ni siquiera están mínimamente interesados por los conceptos “internos” de la experiencia jurídica, esto es, por los conceptos empleados por los juristas en la interpretación y en la sistematización de las normas jurídicas [...] La filosofía del Derecho de los juristas transita más bien entre los problemas conceptuales que se esconden en el interior de la experiencia jurídica. Sus problemas no son diferentes de los problemas de la ciencia jurídica; muy al contrario, se trata por lo general de los mismos problemas, si bien tratados quizá en un nivel de abstracción distinto»¹⁵.

Una de las desventajas principales de FD1 consiste en que aleja a la filosofía del Derecho de los juristas sin que ello suponga una contribución particularmente interesante para la filosofía en general. Para los juristas, la filosofía del Derecho se transforma en una disciplina ajena y arcana. Para los filósofos, seguramente se trate de un conocimiento quizá superficial o muy sectorial. Hace más de medio siglo Bobbio¹⁶ expresaba este desencuentro en los siguientes térmi-

¹³ Cfr. F. GONZÁLEZ VICÉN, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», cit.

¹⁴ Vid. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965.

¹⁵ R. GUASTINI, «Tre domande a Francesco Viola», en M. JORI (comp.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 219-240, aquí p. 235.

¹⁶ N. BOBBIO, «Funzione civile di un insegnamento universitario», en *Il Ponte*, X, núms. 8-9, 1949, pp. 1124-1131, ahora como «L'insegnamento di Gioele Solari», en *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, Manduria-Bari-Perugia, Lacaita Editore, 1964, pp. 145-155, aquí p. 148, citado por A. RUIZ MIGUEL, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 131.

nos: «(1) la filosofía del derecho es una materia que a menudo los filósofos no conocen por falta de amor y que los juristas no aman por falta de conocimiento». Excluir FD1 seguramente sea un paso importante para comenzar a resolver ambos problemas.

Al principio de este trabajo me referí ya al problema de la «falta de conocimiento» de los juristas. En relación con la «falta de amor» de los filósofos; el profesor Delgado Pinto¹⁷ ofrecía hace unos veinticinco años, un diagnóstico poco alentador acerca del grado de implicación mostrado por la filosofía hacia las cuestiones jurídicas: «se constata un desinterés generalizado por el mundo del Derecho y sus problemas entre quienes se ocupan de filosofía general, hecho que considero grave y cargado de significación». Sin embargo, hoy en día parecen existir indicios de que las cosas han cambiado sensiblemente. En este sentido, creo que la filosofía del Derecho de un filósofo de la talla de Jürgen Habermas, condensada en su *Faktizität und Geltung des Rechts*, constituye una saludable prueba de que la filosofía del Derecho está resultando atractiva para el filósofo, que acaso contempla con cierto desencanto cómo esta disciplina se ha ido emancipando irremisiblemente del ámbito de la filosofía general. El propio Habermas reconocía al principio de la citada obra que «hace tiempo que en Alemania la filosofía del Derecho ya no era cosa de filósofos». Salvo que no le importe incurrir en una contradicción *à la* Epiménides (como todo el mundo sabe, Habermas no sólo es un filósofo, sino que lo es de forma paradigmática), la constatación de Habermas supone que las cosas están cambiando. En todo caso, añade después que no es de extrañar que la filosofía jurídica «en los casos en que todavía busca el contacto con la realidad social, haya emigrado a las facultades de Derecho»¹⁸. En efecto, en la actualidad los juristas han ocupado el lugar de nada menos que tratadistas de filosofía del Derecho como Kant o Hegel, por poner dos ejemplos sobresalientes, que el propio Habermas recuerda. En cualquier caso, creo que salvo en el caso extremo de los defensores de lo que muy expresivamente Maggiore denominó «monroísmo jurídico»¹⁹, los juristas filósofos del Derecho suelen ser receptivos con aportaciones *filosóficas* como la de Habermas²⁰.

¹⁷ J. DELGADO PINTO, «Los problemas de la filosofía del Derecho en la actualidad», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, pp. 25-43, aquí p. 39.

¹⁸ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1997, p. 57.

¹⁹ Citado por A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, Madrid, 1983 (4.ª ed.), p. 43.

²⁰ Sirva de ejemplo de ello el comentario crítico a esta obra por J. A. GARCÍA AMADO, «La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», en *Doxa*, núm. 13 (1993), pp. 115-126.

4.2.2 *Filosofía del Derecho sensu largo (FD2)*

La filosofía del Derecho en sentido amplio se sitúa en un lugar intermedio entre la filosofía general y la dogmática. Se trataría del sentido que cobra el término «filosofía del Derecho» bajo la concepción bobbiana que tradicionalmente ha aglutinado teoría del Derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia. La filosofía del Derecho bajo esta concepción respondería, pues, a tres preguntas: ¿qué es el Derecho?, ¿cómo conocer el Derecho? y ¿cómo debe ser el Derecho? Por intentar una delimitación, cabría decir que bajo esta acepción, ciertamente amplia, la filosofía del Derecho se ocupa en general del conocimiento jurídico no dogmático, sin llegar a ser un conocimiento tan externo a la tradición jurídica como el que afronta la filosofía del Derecho *sensu largissimo*. Bajo esta perspectiva, la filosofía del Derecho ocupa, pues, una zona intermedia entre la dogmática jurídica que asume una serie de presupuestos de los juristas sin más, y la filosofía en general, que no los asume necesariamente, situándose así al margen de toda una tradición de pensamiento propia y que en este sentido presenta una perspectiva excesivamente ajena. En palabras de Atienza, el filósofo del Derecho estudiaría así el Derecho *desde el medio*, a diferencia del filósofo, que lo estudiaría *desde arriba* y del jurista que lo haría *desde abajo*²¹. Pero ¿cómo establecer los confines superior e inferior de la filosofía jurídica?

a) La frontera superior debe separar FD2 de FD1. Esto resulta relativamente sencillo cuando se opone a FD1 el núcleo duro de FD2, esto es, TD2. Sin embargo, hay autores de FD1 que han desarrollado, por ejemplo, una teoría de filosofía moral desde la filosofía general de FD1. Por ejemplo, ¿qué sucede con la *Ética a Nicómaco*, de Aristóteles? ¿Acaso Aristóteles desarrolló una filosofía del Derecho (FD2) *avant la lettre*? La respuesta quizá sea que realizó una contribución a la ética, pero no se ocupó propiamente de filosofía del Derecho en el sentido de FD2.

b) La filosofía *sensu largo* se contrapone por su frontera inferior particularmente a la ciencia jurídica, desarrollada por los juristas desde la antigua Roma, frente a la cual la filosofía jurídica asume un papel crítico en relación con los métodos en un plano conceptual y un papel asimismo crítico en relación con los contenidos del Derecho en un plano normativo. Como es sabido, la dogmática jurídica y la filosofía jurídica se diferencian tanto por el objeto, como por la actitud de sus cultivadores.

Por lo que se refiere al objeto de estudio, la dogmática es una disciplina acusadamente nacional²², en el sentido de que se ocupa del

²¹ M. ATIENZA, «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 1, 1984, pp. 29-34, aquí pp. 31-32.

²² M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 186.

estudio de un concreto ordenamiento jurídico o, más precisamente, de un determinado subsistema del ordenamiento jurídico. Por el contrario, la filosofía del Derecho toma como referente fundamental un concepto no fiduciario de las concretas determinaciones de un ordenamiento jurídico particular, un concepto articulado además desde múltiples perspectivas ajenas a la exégesis vigente entre los juristas²³.

Pero, además, la dogmática jurídica y la filosofía del Derecho se distinguen por la actitud que adoptan. Como ha afirmado Kaufmann, la argumentación dogmática ha de ser «inmanente al sistema», mientras que la filosofía del Derecho debe adoptar una posición «trascendente al sistema»²⁴. La diferencia fundamental entre ambas áreas de la reflexión jurídica reside, pues, en el tipo de actitud de sus cultivadores. Como es sabido, la dogmática jurídica (más precisamente las dogmáticas jurídicas desarrolladas respectivamente por civilistas, penalistas, administrativistas, mercantilistas...) adopta un subsistema jurídico como el punto de partida de toda su reflexión. En principio, si esta circunstancia no excluye la crítica o revisión de dicho punto de partida, desde luego la dificulta a menudo y sensiblemente. Veámoslo con algo más de detenimiento. Precisar en qué consiste la señalada actitud de la dogmática no es sencillo. Cabría distinguir qué es lo que hacen los dogmáticos, qué es lo que dicen hacer los dogmáticos y seguramente fuera posible intentar desentrañar qué piensan los dogmáticos. Nada de ello nos ofrece una respuesta segura, aunque todos esos aspectos seguramente contribuyen a determinar cuál es realmente la actitud de los dogmáticos. Por ello, me parece más útil ubicar la cuestión en el nivel pragmático del lenguaje y analizar la actitud de la dogmática en relación con el acto de habla que desarrollan, con el juego de lenguaje que practican. En este sentido, el acto de habla fundamental de la dogmática es describir el Derecho. Este acto de habla presenta como una pretensión de validez del discurso una pretensión de objetividad. Cuando los juristas afirman «el contenido de la disposición D1 del sistema jurídico S_{j1} es la norma N1» no pueden afirmar meramente «según mi interpretación, el contenido de la disposición D1 del sistema jurídico S_{j1} es la norma N1», ni tampoco pueden afirmar: «el contenido de la disposición D1 del sistema jurídico S_{j1} debería ser la norma N1» (salvo que quieran destruir su propio argumento y quedar fuera del juego de lenguaje de la dogmática, que tiene, por cierto, una vocación «operativa»). Esto excluye por razones puramente conceptuales la adopción de un punto de vista externo o crítico por

²³ Lo cual no debe presuponer que exista un único concepto de Derecho o un único conjunto de propiedades adscribibles a todo Derecho. Como bien señala Guastini, este esencialismo expresaría una forma de iusnaturalismo (R. GUASTINI, voz «Teoria generale del Diritto», p. 319).

²⁴ A. KAUFMANN, «Filosofía del Derecho, teoría del Derecho, dogmática jurídica», trad. de Gregorio Robles, en A. Kaufmann y W. Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., cap. I, p. 28.

parte de la dogmática. En el plano pragmático, todo acto de habla que se inscriba en el juego de lenguaje que denominamos «dogmática jurídica» implica por razones conceptuales que expresa lo que dice el Derecho y no otra cosa (como, por ejemplo, lo que a mi buen entender debería decir). Esto excluye que el dogmático pueda mostrar sus argumentos como una mera propuesta de interpretación y también excluye que su discurso pueda expresar una crítica sustantiva, un punto de vista externo. Es claro que los juristas a veces renuncian a la pretensión de objetividad y reconocen que «interpretan» o «critican», pero entonces ya no hacen dogmática jurídica, precisamente porque desde el momento en que no argumentan con la pretensión de describir, juegan a otra cosa. Por eso, una dogmática que se declare crítica, se enfrenta a problemas muy serios. Si se declara crítica, se autoexcluye del discurso dogmático. Si desarrolla un discurso dogmático, entonces éste no puede ser de carácter crítico. En suma, no es posible sostener al mismo tiempo el punto de vista interno del participante en la dogmática jurídica y el punto de vista externo del que la critica, salvo incurriendo en una contradicción performativa. La teoría del Derecho y la filosofía del Derecho son juegos muy distintos del que ocupa a la dogmática y presuponen una actitud muy distinta.

En todo caso, la ventaja de esta concepción de la filosofía jurídica (FD2) reside así pues en su capacidad para albergar un amplio espectro de disciplinas y teorías, así como en su respeto por toda una tradición de pensamiento propia (asume por tanto el carácter histórico de la filosofía jurídica) y por su autonomía con respecto al resto de reflexiones en torno al Derecho desarrolladas, ya sea por la filosofía general, ya por la dogmática jurídica²⁵.

4.2.3 *Filosofía del Derecho sensu stricto (FD3)*

El profesor Rafael Hernández Marín nos ofrece una concepción más restringida de la filosofía jurídica. Para ello, distingue una «filosofía del Derecho en sentido estricto» que se ocupa del Derecho como fenómeno aislado, y una «filosofía sociojurídica», como un aspecto de la filosofía social, que considera el Derecho como uno más entre otros fenómenos sociales. La filosofía del Derecho (*stricto sensu*) se ocuparía de la teoría general del Derecho (en el sentido de teoría de la norma y del sistema jurídico)²⁶. Por su parte, Riccardo Guastini²⁷ parece ver en la filosofía

²⁵ En la actual coyuntura resulta difícil, a juicio de Gascón, que la filosofía del Derecho reclame para sí un objeto en exclusiva, pues tanto sus fronteras con la dogmática jurídica, como con la filosofía práctica se debilitan (M. GASCÓN, «Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, pp. 191-222, aquí p. 221).

²⁶ Vide R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Concepto de filosofía del Derecho*, cit., pp. 175 ss.

²⁷ R. GUASTINI, VOZ «Teoria generale del Diritto», cit., p. 316.

del Derecho de los juristas una concepción estricta cuando la describe afirmando que la «filosofía del Derecho no es sino la teoría del Derecho».

Sin embargo, el problema de la adopción de este planteamiento a efectos polémicos consiste en que deja fuera de su ámbito el estudio de teorías que involucran en la iusfilosofía cuestiones empíricas y axiológicas, unos planteamientos que, aun cuando pueden no compartirse, sí deben ser tomados en consideración, incluso a los efectos de explicar los propios fundamentos (en términos reactivos) de una filosofía del Derecho *sensu stricto*.

Esta opción metodológica pone de relieve particularmente la fuerte interdependencia que se suele establecer entre cuestiones teóricas y metateóricas. Una concepción iusfilosófica estricta como la de Hernández Marín conduce a una concepción metaiusfilosófica estricta a la hora de definir los límites de la filosofía del Derecho. Sin embargo, esto no habría de ser necesariamente así. Seguramente sea posible defender una concepción metaiusfilosófica amplia para definir los límites del concepto de filosofía del Derecho y al mismo tiempo desarrollar una filosofía del Derecho estricta.

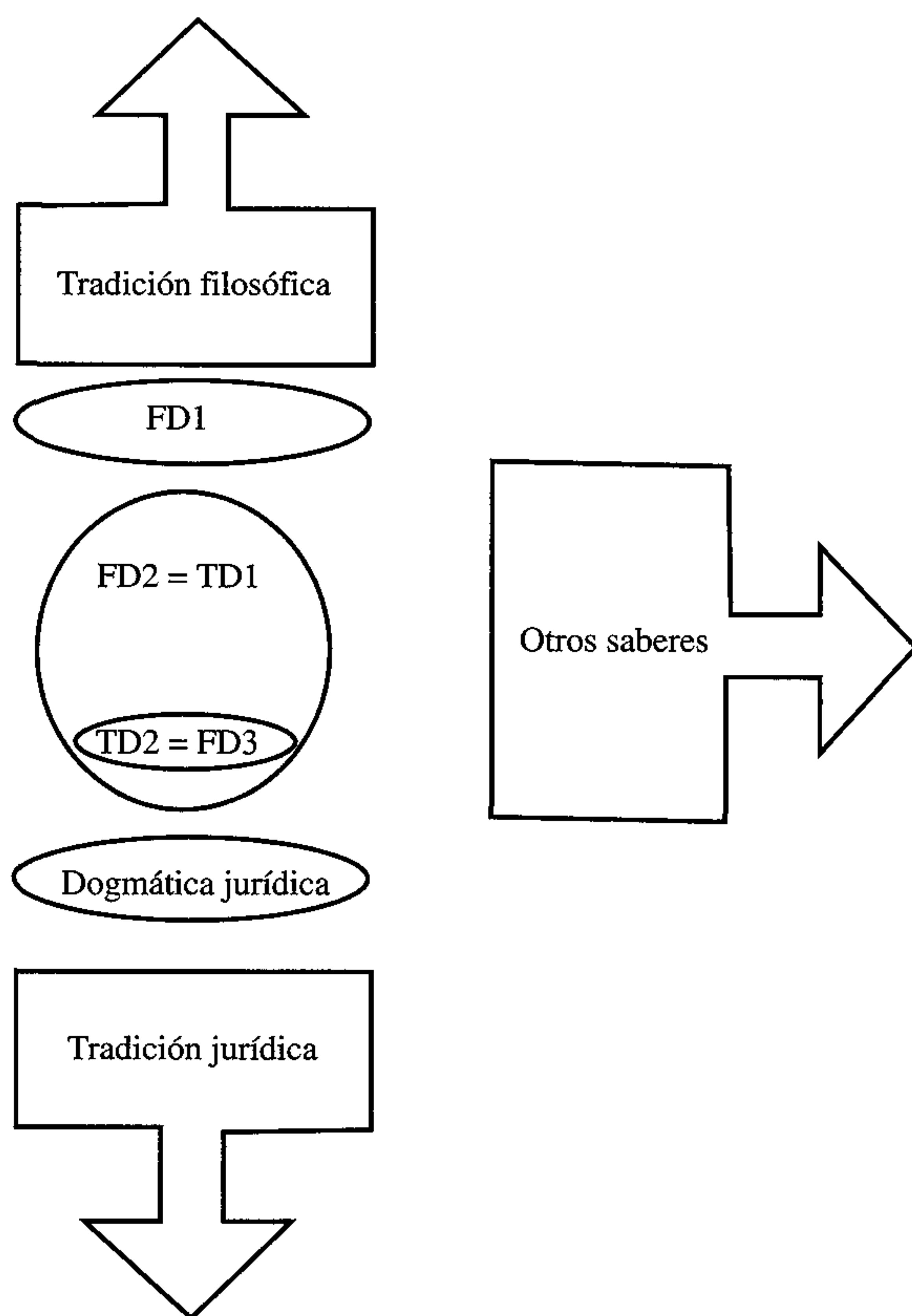


Diagrama 1

5. LA «CRISIS DE IDENTIDAD» DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Establecer a partir de estas precisiones las relaciones entre las acepciones de «teoría del Derecho» y de «filosofía del Derecho» no resulta sencillo. Si intentamos una representación gráfica bidimensional de sus relaciones (como propongo en el diagrama 1) vemos que se echa en falta la incorporación de una tercera dimensión que permita expresar los diversos niveles de discurso implicados; comprobamos además que pueden presentarse fronteras difusas y solapamientos inevitables y, sobre todo, se observa una tensión entre tres polos que buscan un equilibrio dinámico: el que tiende a situar la filosofía en un plano filosófico general, el que pretende aproximarla a la dogmática jurídica y un tercero generado por otros saberes conexos²⁸, que interfieren o modulan la tensión principal entre filósofos-juristas y juristas-filósofos, una tensión que no resulta fácil de resolver. La necesidad de transacción entre ambos resulta palmaria con sólo fijarnos en las dos concepciones extremas de la filosofía del Derecho: *sensu largissimo* (FD1) y *sensu stricto* (FD3). Como hemos visto, FD1 resulta una acepción excesivamente expansionista, pues ignora el carácter histórico de la propia noción de filosofía del Derecho y la tradición jurídica que la sustenta. FD3 resulta una acepción excesivamente reduccionista, pues impide la presencia de alternativas metodológicas como las que introducen consideraciones empíricas y normativas. Ante estas posturas extremas, y una vez conscientes de las limitaciones de cada una de ellas, parece que la filosofía jurídica de orientación analítica y positivista se inclina por la tradición jurídica, mientras que la filosofía jurídica de orientación hermenéutica se inclina por la tradición filosófica. Sin embargo, si se piensa bien, todos estos conflictos representan en realidad la gran riqueza de nuestro conocimiento. Por poner algunos ejemplos relevantes, la incorporación del estudio de la lógica a la teoría de los sistemas normativos por parte de Alchourrón y Bulygin o la incorporación de la teoría de Habermas al Derecho por parte de Alexy, demuestran que la permeabilidad de la filosofía jurídica ha hecho posible progresos muy considerables para nuestro conocimiento.

En segundo lugar, y con independencia del vector que prime, la distribución interna puede establecer límites nítidos o bien difusos. Nuevamente, la orientación analítica y positivista parece más proclive al establecimiento de límites rígidos, mientras que la orientación hermenéutica se inclina por límites difusos. El divisionismo ha sido una de las notas que han distinguido a la orientación analítica frente a la

²⁸ Se trataría de saberes (ciencias, técnicas, tecnologías, conocimientos en general) de relevancia en el plano jurídico como la lógica, la psicología, la sociología, la antropología, la lingüística, la informática, la historia, etc.

hermenéutica²⁹. En este sentido, es posible sostener que la tradición analítica predominante responde a la articulación de FD2 (filosofía del Derecho *sensu largo*) con TD2 (teoría del Derecho *sensu stricto*), de modo que TD2 quedaría comprendida en el marco general de FD2, pero claramente delimitada. Lo que podríamos denominar «la tesis de los límites entre teoría del Derecho y filosofía del Derecho» es una consecuencia metateórica de la tesis de los límites del Derecho de la teoría del Derecho positivista. La tradición hermenéutica abogaría más bien por la difuminación de tales límites. En este sentido, abogaría por lo que se podría llamar «la tesis de la unidad del discurso iusfilosófico», tesis metateórica consecuencia de la tesis de la unidad del discurso práctico general.

Las imprecisiones legales de las nociones de teoría y filosofía del Derecho, a las que se añade como un indicio más el diverso *éxito manualista* de cada una de las materias, expresan un fenómeno más amplio: la permanente «crisis de identidad»³⁰ a la que parece abocada la filosofía jurídica en su búsqueda de un concepto que contribuya a la autoconciencia de nuestra área de conocimiento y de nuestro quehacer. Claro que, llegados a este punto, quizá el problema se halle en la propia heterogeneidad de los estudiosos de la filosofía jurídica y de lo que éstos consideran debería ser su quehacer.

Además, parece ser que la crisis de identidad de la filosofía jurídica se ha acusado en los últimos tiempos a causa de la fuerte implantación en ciertas orientaciones dominantes de la filosofía jurídica de una tendencia a la síntesis entre posiciones metodológicas analíticas y hermenéuticas («la analítica sin la hermenéutica es una analítica vacía, y la hermenéutica sin la analítica es una hermenéutica ciega» ha escrito Arthur Kaufmann³¹ parafraseando a Kant), así como el resurgimiento del iusnaturalismo bajo una argumentación renovada³². Esta transacción se ha visto favorecida por diversas circunstancias. Singularmente, por el hecho de que la tradición hermenéutica se ha

²⁹ A juicio de Anna Pintore, el núcleo del método analítico reside en el divisionismo (entre enunciados descriptivos y prescriptivos) y el empirismo o, en su caso, el neoempirismo (implícito en la distinción de juicios analíticos y sintéticos) [A. PINTORE, «Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico», apéndice a M. Jori (comp.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del Diritto a confronto*, cit., pp. 243-264, aquí pp. 247 ss.].

³⁰ Vide J. A. GARCÍA AMADO, «La filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la “teoría del Derecho como sucedáneo”, en *Persona y Derecho*, núm. 31, 1994, ahora en *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 45-89, por donde cito, aquí p. 45.

³¹ A. KAUFMANN, «Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del Derecho», trad. de Gregorio Robles, en A. Kaufmann y W. Hassemmer (comps.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., cap. II, p. 125.

³² Seguramente la teoría de la argumentación jurídica expresa esta situación con claridad máxima. Puede considerarse como su manifiesto: A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, «The Foundation of Legal Reasoning» (I, II, III), en *Rechtstheorie*, núm. 12, 1981, pp. 133-158, 257-279, 423-448.

beneficiado de las inseguridades cundidas en la filosofía analítica como consecuencia de la crisis experimentada por esta corriente a partir de algunos desarrollos del giro lingüístico y del segundo Wittgenstein. Esto ha permitido a algunos autores afirmar que la filosofía analítica es «agua pasada»³³. Sin embargo, dictaminar la defunción de la tradición analítica sin más no parece del todo justo, si se atiende a ciertos matices.

Por otra parte, el jusnaturalismo se halla efectivamente en uno de sus eternos retornos más dulces (aunque sería más propio hablar de eviterno retorno). Dos autores en particular han contribuido a este renacimiento: Ronald Dworkin, desde la cultura jurídica angloamericana, y Robert Alexy, desde la continental. Como es sabido, el profesor Dworkin ha venido desarrollando una teoría profundamente beligerante frente al positivismo hartiano y el profesor Alexy se ha rebelado contra toda una tradición kelseniana revitalizando el legado del Radbruch de la posguerra. A pesar de todo, tampoco parece posible afirmar que el positivismo jurídico se haya extinguido.

Ambas circunstancias han cuestionado además la asignación precisa de tareas descriptivas y explicativas a la teoría del Derecho y de propósitos adicionales normativos y empíricos a la filosofía jurídica. En tiempos, la –llamémosla así– «neutralidad ideológica» de la asignatura de teoría del Derecho fue a su vez una reivindicación ideológica y la sustitución de la asignatura de Derecho natural por la de teoría del Derecho contribuyó a este anhelo no neutral de neutralidad³⁴. En suma, el avance en la «neutralidad ideológica» que se presenta como un instrumento útil de delimitación de la teoría del Derecho frente a la filosofía del Derecho parece que vuelve a ser puesta en tela de juicio precisamente con el auge de tendencias neojusnaturalistas y con la crítica a los métodos de la filosofía analítica más estricta. Como indica Pérez Luño³⁵, «esa dimensión científica (de la teoría del Derecho) la hace distinguirse de la *Filosofía del Derecho*, en cuanto teoría de la justicia y de los criterios axiológicos de legitimación del Derecho adscritos tradicionalmente a la doctrina del Derecho natural». Es decir,

³³ J. J. ACERO FERNÁNDEZ, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Cincel, Madrid, 1985, p. 17.

³⁴ Así, hace ya unos años que el profesor Peces-Barba («La enseñanza de la Filosofía del Derecho», cit., p. 102) propuso sustituir la asignatura de Derecho natural por otra que sugería denominar «fundamentos filosóficos del Derecho» o «introducción al Derecho». Este tipo de propuestas, que tomaban cuerpo frente a una tradición iusnaturalista católica impuesta desde el propio poder durante décadas, acabó materializándose en la actual teoría del Derecho y, en realidad, como tantas veces se ha subrayado, el cambio de nombre afortunadamente en muchos casos no hizo sino acabar con una discrepancia entre los contenidos (de teoría del Derecho) de los programas efectivamente seguidos y la denominación arcaizante de «Derecho natural». Se trata de una afortunada prueba más de que los esencialismos nominales tienen un alcance muy limitado.

³⁵ A. E. PÉREZ LUÑO *et al.*, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, cit., p. 45.

parece existir un aspecto metodológico y un aspecto ideológico en la contraposición de la teoría del Derecho a la filosofía del Derecho. Asumiendo que se trata de una asociación excesivamente vaga e intuitiva, cabría afirmar que, metodológicamente, los estrechos confines de la teoría del Derecho parecen satisfacer los propósitos rigoristas de la tradición analítica, en tanto que la indeterminación y el holismo de la filosofía del Derecho (singularmente *sensu largissimo*) parece más satisfactoria para la tradición hermenéutica. Por otra parte, la teoría del Derecho parece más adecuada al positivismo jurídico, mientras que la tradición del Derecho natural es más proclive al empleo de la fórmula «filosofía del Derecho».

6. LA ORIENTACIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Pero, ¿cuáles son las expectativas de la filosofía del Derecho de orientación analítica ante este nuevo escenario? Para responder a esta cuestión sería necesario conocer en qué consiste exactamente la orientación analítica de la filosofía jurídica, y esto no está del todo claro. Paradójicamente, la tradición analítica no ha obrado de forma particularmente analítica a la hora de perfilar su ideario. A juicio de Vittorio Villa³⁶, la noción de filosofía del Derecho analítica representa un ejemplo de concepto esencialmente controvertido, que puede responder a dos sentidos fundamentales: un sentido débil y un sentido fuerte. Me serviré libremente de esta articulación.

6.1 Acepciones débiles de la orientación analítica de la filosofía del Derecho

En un sentido débil, la orientación analítica de la filosofía del Derecho se identificaría meramente con un simple «estilo filosófico», caracterizado por su rigor, su concisión e incluso su austeridad literaria. Sin embargo, incluso aquí es posible distinguir diversos grados de debilidad.

En un sentido debilísimo y amplísimo, la analítica representa según von Wright³⁷, toda una *tradición*³⁸ milenaria cuyos anteceden-

³⁶ V. VILLA, «Sulla nozione di “filosofia analitica”», en M. Jori (comp.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, cit., pp. 163-181, aquí p. 166.

³⁷ G. H. von WRIGHT, *Explicación y comprensión*, 1971, trad. de Luis Vega, Alianza, Madrid, 1987, cap. I.

³⁸ Conviene distinguir entre «tradición analítica» y más propiamente «filosofía analítica». Por ejemplo, vide M. U. RIVAS MONROY, «La filosofía analítica y la tradi-

tes se remontarían prácticamente hasta Platón y se habría prolongado hasta el neopositivismo y la filosofía lingüística, pasando por Galileo y el monismo metodológico del positivismo decimonónico. Bajo este punto de vista amplísimo, la tradición analítica es algo más que un episodio concreto de la historia de la filosofía. Se trataría más bien de uno de los dos lados que ha presentado el conocimiento en Occidente.

Eugenio Bulygin³⁹ parece suscribir también una acepción más bien débil de la corriente analítica, pero algo más perfilada. El profesor bonaerense insiste en que, a diferencia del tomismo o del marxismo, la filosofía analítica carece de un corpus unitario y constituye más bien «una manera de filosofar, un estilo de pensamiento filosófico» que se caracteriza por el recurso a los métodos de la lógica, una actitud crítica frente a la filosofía especulativa y un alto grado de rigor.

A ello convendría añadir quizá la centralidad del análisis lingüístico, que provoca la transformación de los problemas ontológicos en problemas *meramente* lingüísticos. La filosofía analítica compartiría con la tradición hermenéutica su interés por el lenguaje, aunque con serias divergencias en torno a su virtualidad. La filosofía hermenéutica considera el lenguaje nada menos que la «casa del ser», como recuerda Viola⁴⁰, en tanto que la tradición analítica desarrolla su labor, según García-Carpintero, a partir no ya sólo de la tesis sustantiva de la prioridad del lenguaje sobre el pensamiento, «sino más bien [de] una tesis metodológica análoga: la prioridad filosófica del estudio del lenguaje, y de los conceptos tal y como se expresan en el lenguaje, sobre el estudio de los pensamientos»⁴¹. En todo caso, parece ser que la relevancia del lenguaje en ambas corrientes, singularmente en su dimensión pragmática, ha servido para tender puentes entre la tradición analítica y la hermenéutica.

En sus versiones débiles, la caracterización de la orientación analítica corre pues el riesgo de resultar muy poco significativa. Como señala Villa⁴², esta caracterización resulta algo insuficiente, pues la

ción analítica: un siglo a vueltas con el significado», en J. L. Falguera, M. U. Rivas y J. M. Sagüillo, *La filosofía analítica en el cambio de milenio*, Universidad de Santiago de Compostela, 1999, pp. 535-546.

³⁹ E. BULYGIN, «Kant y la filosofía del Derecho contemporánea», en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 371-382, aquí pp. 379-380.

⁴⁰ F. VIOLA, «La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del Diritto», en M. Jori (comp.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del Diritto a confronto*, cit., pp. 63-104, aquí p. 75.

⁴¹ M. GARCÍA-CARPINTERO, *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1996, p. XVII. Este autor se muestra así matizadamente en desacuerdo con Michael Dummett («Language and Communication», en *The Seas of Language*, Clarendon, Oxford, 1993, pp. 166-187, por ejemplo), quien sostiene que la prioridad del lenguaje sobre el pensamiento es precisamente la idea central de un conjunto de tesis sustantivas que unificarían la filosofía analítica.

⁴² Vide V. VILLA, *Sulla nozione di «filosofia analitica»*, cit., p. 170.

claridad, el rigor o la austeridad no deberían ser patrimonio de corriente alguna y no tiene por qué haber inconveniente en encontrarlos en diversas tendencias del pensamiento «no analítico».

6.2 La orientación analítica de la filosofía jurídica en sentido fuerte

Villa ofrece una definición fuerte de filosofía analítica que, siguiendo a Jori, caracteriza esta orientación por la defensa de ciertos postulados filosóficos: la distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo, la división de juicios analíticos y sintéticos, la diferenciación de niveles del lenguaje y la contraposición de contexto de descubrimiento y contexto de justificación⁴³.

La caracterización que ofrece Riccardo Guastini, precisa y fuerte, se inscribe en esta forma de presentar la filosofía analítica reforzando adicionalmente su singularidad en el ámbito jurídico. Guastini destaca tres aspectos fundamentales de la filosofía analítica del Derecho: a) la filosofía del Derecho analítica es una filosofía del Derecho de juristas (una «filosofía “giuristica” del Diritto»); b) se rige por el método analítico⁴⁴, y c) está inescindiblemente vinculada al positivismo jurídico⁴⁵.

⁴³ Tanto V. Villa (*Sulla nozione di «filosofia analitica»*, cit., p. 172) como F. Viola (*La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del Diritto*, cit., p. 80) se apoyan en el trabajo de M. JORI, «Tendances en sémiotique juridique» en *Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, II, 6, 1989, pp. 277-281, 277-300.

⁴⁴ El método analítico se caracterizaría a juicio del profesor genovés por el recurso a una serie de instrumentos, entre los que, sin ánimo exhaustivo, subraya la distinción entre juicios analíticos y empíricos (y consiguientemente entre problemas conceptuales y problemas empíricos), entre enunciados del discurso descriptivo y enunciados del discurso prescriptivo y valorativo (y consiguientemente entre problemas sobre los hechos y sobre los valores) y, finalmente, la concepción del análisis del lenguaje como un estudio sobre el significado de las expresiones lingüísticas para resolver los problemas previos siguiendo típicamente el siguiente itinerario: 1. constatar los usos lingüísticos ordinarios; 2. mostrar la ambigüedad e indeterminación semánticas, sintácticas y pragmáticas, y 3. desvelar los valores implícitos en tales expresiones lingüísticas (R. GUASTINI, *Tre domande a Francesco Viola*, cit., pp. 237-238).

⁴⁵ Una vinculación inescindible al positivismo jurídico que se explica por una metaética no cognoscitivista que considera el positivo como el único Derecho existente a partir de la constatación de que no existen normas en la naturaleza (R. GUASTINI, *Tre domande a Francesco Viola*, cit., pp. 239-240). Esta vinculación entre positivismo jurídico y tradición analítica no tiene nada de sorprendente, aunque probablemente no sea tan indiscutible la vinculación conceptual, cuanto la empírica destacada por muchos: una vinculación psicológica [A. COSTANZO, «La logica del Novecento e il ragionamento giuridico», en B. Montanari (a cura di), *Spicchi di novecento*, Giappichelli, Turín, 1998, pp. 121-158, aquí p. 128], o incluso política (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, p. 133; tomo la cita de C. LUZZATI, «Más allá de Kelsen. Monismo y pluralismo en el Derecho internacional», trad. de Alfonso García Figuerola, *Doxa*, núm. 22, pp. 135-170, aquí p. 170).

Quizá lo más llamativo del planteamiento de Guastini sea el énfasis en el particularismo que adopta la propiedad de «analítico» cuando se aplica al pensamiento jurídico. Para Guastini la filosofía del Derecho analítica parece tener sus propios presupuestos por mucho que se beneficie de los instrumentos elaborados desde la filosofía analítica –digamos– general. En este sentido, la concepción de la filosofía del Derecho analítica que nos presenta Guastini parece una de las más fuertes, en la medida en que las propiedades son muchas y precisas y que sus consideraciones se circunscriben a la esfera jurídica.

6.3 La orientación analítica de la filosofía, de la filosofía del Derecho y de la didáctica de la filosofía del Derecho

Una vez expuesta la pluralidad de sentidos en que podemos hablar de «filosofía del Derecho de orientación analítica», resulta obvio que la vitalidad o la decrepitud de cada una de tales acepciones no puede ser igual. Esto significa que, si bien es posible que la filosofía analítica se halle fuertemente cuestionada en su versión más fuerte, quizá sea simplemente una exigencia ineludible de racionalidad en su sentido más débil.

De otra parte, por más que la tendencia sincrética entre posiciones analíticas y hermenéuticas parezca predominante, el carácter «existencial»⁴⁶ de la actitud analítica, radicada en lo más profundo de la estructura mental de sus defensores, parece imponerse en algunos autores que no ven posible esta transacción. Pero además del reconocimiento de la heterogeneidad de las tendencias dentro de la tradición analítica recién señalada, seguramente sea aconsejable distinguir siquiera de manera muy breve tres planos a la hora de evaluar la actualidad de la tradición analítica: el plano de la filosofía, el plano de la iusfilosofía y el plano de la didáctica de la iusfilosofía.

En el plano de la filosofía –por así decir– general, el filósofo analítico en su sentido más estricto parece haber desaparecido. El profesor Mosterín⁴⁷ describe así esta especie extinta: «con la expresión *filósofo analítico* uno asocia vagamente la imagen de alguien bien educado y con sentido del humor, que disecciona con paciencia y precisión algún uso lingüístico, aparentemente trivial, y saca de su análisis conclusiones razonables, a las que uno asiente sin especial entusiasmo».

Sin embargo, las cosas son muy distintas en un segundo plano, el de la filosofía del Derecho. Creo que la orientación analítica de la

⁴⁶ G. H. von WRIGHT, *Explicación y comprensión*, cit., p. 55.

⁴⁷ J. MOSTERÍN, «Prólogo» a J. J. Acero FERNÁNDEZ, *Filosofía y análisis del lenguaje*, cit., pp. 11-15, aquí p. 11.

filosofía del Derecho sigue siendo muy importante al menos por dos razones: una de carácter conceptual y otra de carácter histórico. La razón conceptual nace del hecho de que el positivismo jurídico se nutre de la analítica *summa divisio* entre ser y deber y del resto de dicotomías centrales de la tradición analítica. En la medida en que el positivismo jurídico juegue algún papel en la filosofía del Derecho, lo será su sustrato filosófico de orientación analítica. La razón histórica consiste en que la filosofía analítica todavía no ha conseguido cerrar su ciclo en el ámbito jurídico. Aparentemente, no ha concluido su función histórica en el Derecho. Con ello quiero decir que mientras persistan en la dogmática y en la teoría del Derecho subyacente a ésta la tendencia al pensamiento retórico y a la especulación metafísica será necesario rescatar el espíritu de la orientación analítica de la filosofía del Derecho. Son ejemplos de la pervivencia de ese pensamiento especulativo nociones que aparecen con toda naturalidad en el discurso jurídico, tales como el sentimiento jurídico, los tópicos jurídicos, la idea del Derecho, la lógica de lo razonable y otros artificios aún en boca de juristas y cuya recepción en la dogmática se produce con frecuencia sin cuestionamiento alguno. ¿A qué se debe entonces la impresión de crisis de la filosofía jurídica de orientación analítica? Seguramente se debe a su vocación notoriamente terapéutica y a su naturaleza formal.

Se debe a la vocación terapéutica de la orientación analítica, pues su fuerza radica en un carácter reactivo que presenta una consecuencia paradójica: su éxito se halla en que no se vea obligada a tener éxito. El mayor éxito de una vacuna es la erradicación de la enfermedad que previene. Una vez que la enfermedad ha sido erradicada, entonces la vacuna se torna innecesaria y tendemos a olvidarnos de ella. Por otra parte, su condición formal la convierte en una orientación intrínsecamente discreta, pues su labor de profilaxis se orienta a corregir usos lingüísticos inadecuados, pero, sin procurarnos contenidos sustanciales. En suma, su carácter terapéutico y su carácter formal la abocan, pues, a una modestia y a una discreción que a su vez dificulta su justa valoración.

Una vez referidos el plano filosófico y el iusfilosófico, resta por indicar lo que sucede en el plano de la didáctica de la filosofía del Derecho. En este aspecto, y frente a la tradición hermenéutica, la analítica se muestra como un instrumento de una superioridad manifiesta. La claridad expositiva y la economía explicativa son argumentos que apoyan por sí solos el recurso a teorías como las de Kelsen, Hart, Ross, Bobbio o Alchourrón y Bulygin. Por otra parte, con la salvedad de un efecto perlocucionario tan indeseable como es la falta de entusiasmo en el auditorio, ¿acaso la especie extinta que describe Mosterín no representa el ideal de un buen docente?

7. CONCLUSIÓN

La imprecisión de los propósitos y los contenidos de nuestra disciplina ha sido puesta de relieve reiteradamente. Aquí he intentado distinguir algunos de los significados asociados a la expresión «filosofía jurídica» con el fin de intentar comprender la permanente «crisis de identidad» que aqueja a nuestra disciplina. El resultado de esta reflexión a menudo conduce a soluciones de compromiso no sólo a la hora de trazar las fronteras exteriores de la filosofía jurídica frente a otras áreas del saber jurídico, sino también a la hora de definir las fronteras interiores de la propia iusfilosofía. Las fronteras exteriores se han visto difuminadas por la fuerte tendencia a la interdisciplinariedad, que genera tensiones en el seno de la filosofía del Derecho entre el polo puramente filosófico y el puramente dogmático. Las fronteras interiores se han visto difuminadas por la relativización de algunos de los postulados centrales de la orientación analítica de la filosofía del Derecho con la implicación de posiciones neoiusnaturalistas. Sin embargo, esta circunstancia es susceptible de dos lecturas bien distintas. De acuerdo con una lectura pesimista, la indefinición metodológica de la filosofía jurídica significaría un lastre para nuestro conocimiento. En cambio, de acuerdo con una lectura optimista, esta circunstancia no representaría sino un signo de la vitalidad de la reflexión iusfilosófica y la prueba de una versatilidad en el ámbito jurídico que aún está por explorar en todos sus términos y ello de manera particular en un momento en que muchas de las fronteras tradicionales entre las disciplinas tienden a difuminarse. La lectura pesimista debería recordarnos permanentemente la necesidad de no abandonar la reflexión metodológica. La lectura optimista debería estimularnos para intentar trasladar nuestros logros al resto de la ciencia del Derecho. Seguramente tenga razón el profesor García Amado cuando dice que no debemos ver al filósofo del Derecho «como un especialista más en la época de la especialización [...] (sino) reivindicar el anacrónico papel de la vieja sabiduría»⁴⁸. Probablemente, no esté muy claro qué sea la sabiduría. Si se piensa bien, tras constatar su indefinición metodológica, quizá a la filosofía del Derecho no le quede sino seguir el consejo del Talmud: «si no sabes adónde vas, cualquier camino te llevará allí»⁴⁹.

⁴⁸ J. A. GARCÍA AMADO, «Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, ahora en *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, cit., pp. 15-44, por donde cito, aquí, p. 35.

⁴⁹ Tomo esta cita de D. BELL, «El humor judío. Un comentario sobre la naturaleza de la sabiduría», en *Claves de la razón práctica*, núm. 19, enero-febrero 1992, pp. 57-59, aquí p. 57.

Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción *

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA

Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: 1.1 Disposiciones derogatorias y disposiciones sobre la derogación; acto y efecto derogatorio. 1.2 Tipos de derogación. 1.3 Disposiciones derogatorias.—2. DISPOSICIONES DEROGATORIAS EXPRESAS INNOMINADAS: ACTOS JURÍDICOS ILOCUCIONARIOS Y CONDICIONES DE SATISFACCIÓN.

1. PLANTEAMIENTO

1.1 Disposiciones derogatorias y disposiciones sobre la derogación; acto y efecto derogatorio

El término «derogación» se utiliza en el discurso jurídico con acepciones diversas. Aquí haré brevemente mención a dos distinciones: de un lado, entre disposiciones derogatorias y disposiciones sobre la derogación, y de otro, entre el acto y el efecto derogatorio.

Las *disposiciones derogatorias* pueden definirse como «enunciados (enunciados jurídicos) que establecen que *ciertos enunciados quedan derogados*». Las disposiciones derogatorias se *identifican*

* Un resumen de este trabajo fue presentado en el I Foro Analítico de Filosofía del Derecho celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia el 22 de marzo de 2002. Agradezco a todos los compañeros presentes en el Foro las observaciones realizadas que me han servido para repensar y clarificar algunos aspectos del mismo.

fácilmente por el hecho de que en su *consecuencia* aparece la expresión «queda derogado» u otra expresión sinónima. Aunque también se puede decir que lo que caracteriza a una disposición derogatoria es que su efecto es «queda derogado»¹. Las *disposiciones sobre la derogación* (como es el caso de art. 2.2 del Código Civil) son aquellas que regulan los actos y los efectos derogatorios. Una diferencia entre ambos tipos de disposiciones radica en el hecho de que mientras las disposiciones derogatorias son consustanciales a la actividad legislativa (en el sentido de que la práctica totalidad de las Leyes incluye alguna disposición derogatoria), no ocurre lo mismo con las disposiciones sobre la derogación, que pueden no existir y cuya ausencia no es óbice para que siga produciéndose la derogación por efecto de las disposiciones derogatorias. En estas páginas me voy a limitar al examen de un tipo de disposiciones derogatorias: las disposiciones derogatorias expresas innominadas.

De otro lado, por «derogación» puede entenderse cada *acto* de ejercicio del poder derogatorio, acto que es una de las posibles manifestaciones de la potestad legislativa, y/o el *efecto* que despliega cada uno de esos actos². Uno de los problemas que plantea el tema de la derogación es si puede haber efecto derogatorio sin acto de derogación, sino a través de un acto de promulgación diferente, como lo es, por ejemplo, la promulgación de un enunciado incompatible o la regulación nueva de una materia; se trata así de cuestionar la derogación tácita como tal³. Sin embargo, parece estar fuera de discusión el supuesto contrario, esto es, que todo *acto* de derogación produce el *efecto* derogatorio; o en términos más precisos: que toda disposición derogatoria tiene un efecto: que determinada disposición (o disposiciones) *quedan derogadas*⁴. El objeto de estas páginas es analizar esta cuestión en relación con las disposiciones derogatorias expresas innominadas.

1.2 Tipos de derogación

Si bien son diversas las clasificaciones de los supuestos de derogación, creo que las diferencias no son de fondo sino terminológicas. Atendiendo a una de las clasificaciones al uso, pueden distinguirse dos tipos básicos de derogación: *a)* la derogación expresa, y *b)* la derogación tácita⁵.

¹ R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, p. 337.

² C. E. ALCHOURRÓN, 1982, p. 53; L. M. DÍEZ PICAZO, 1990, pp. 107-109.

³ Esta cuestión se plantea en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que no es pacífico que el artículo 2.2. del Código Civil recoja este tipo de derogación. Cfr. a este respecto L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990, pp. 318-335.

⁴ Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, p. 337.

⁵ R. GUASTINI, 1987, pp. 7-8. Esta misma distinción se puede ver en T. MAZZARESE, 1987, p. 81. No quiere decir esto que considere correcta esta clasificación si

La derogación expresa es aquella que tiene lugar mediante la promulgación de una disposición derogatoria. Pueden distinguirse dos tipos de disposiciones derogatorias y consiguientemente dos tipos de derogación expresa: a₁) la derogación nominada, es aquella que tiene lugar cuando la disposición derogatoria identifica con precisión su

esto implica que los diferentes tipos de derogación que se enumeran son todos ellos *supuestos* de derogación.

R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 338 y 399-400, distingue dos clases de disposiciones derogatorias: disposiciones derogatorias individuales (formales o nominadas) y disposiciones derogatorias generales (materiales o innominadas). Las disposiciones derogatorias *individuales*: son aquellas cuya suposición se refiere bien a un único enunciado E (a todos los individuos que sean idénticos al enunciado E) o bien a dos o más enunciados jurídicos determinados. También pueden denominarse disposiciones derogatorias *formales* o *nominadas*, porque «contienen el “nombre formal” de los enunciados jurídicos que la disposición derogatoria declara derogados». Ejemplos, «Quedan derogados los artículos 32 al 34, ambos inclusive, de la Ley de Arrendamientos Urbanos», y «Queda derogado el Código Penal de 27 de octubre de 1932». Las disposiciones derogatorias generales son aquellas que se refieren a enunciados no reducibles o equivalente a enunciados individuales. Éstas se denominan disposiciones derogatorias materiales o innominadas porque identifican los enunciados jurídicos que declaran derogados no por su nombre sino por su contenido o materia. Cabe distinguir dos subclases: a) disposiciones derogatorias cuya suposición se refiere a todos los enunciados jurídicos que sean «incompatibles con» (o «se opongan a» o «sean contrarios a», etc.), algún enunciado jurídico posterior (denominadas disposiciones derogatorias materiales de incompatibilidad, p. ej. «Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a los dispuesto en al presente Ley»), b) disposiciones derogatorias cuya suposición se refiere a todos los enunciados jurídicos que «regulen» una materia regulada en otros enunciados jurídicos posteriores (disposiciones derogatorias materiales de nueva regulación, «Quedan derogados todos los cuerpos legales en la medida en que versen sobre materias reguladas en al presente Ley»).

Define la derogación expresa como sigue: «un enunciado jurídico E, que sea jurídico en un momento t, deja de ser jurídico en un momento t₂, posterior a t, si existe otro enunciado jurídico E₂, que reúne los requisitos: a) E₂ es una regla de rechazo, que califica a E como no jurídico en t₂; b) E₂ tiene igual o superior rango jerárquico que E; y c) E₂ es jurídico en t₂». «Si el enunciado E₂ reúne dichos requisitos, entonces se produce, conforme a la teoría de la derogación expresa, la derogación de E; por ello cuando esto ocurre está justificado que llamemos a “E₂ enunciado derogante (de E)”. Conforme al requisito a), condición necesaria para que un enunciado jurídico E₂ sea un enunciado derogante es que E₂ sea una regla de rechazo, una regla que califica como no jurídico algún enunciado».

J. AGUILÓ, 1995, pp. 97-98, por su parte realiza la siguiente tipología de los actos derogatorios: A) cláusulas derogatorias concretas, por ejemplo, «queda derogado el artículo x de la Ley y»; B) cláusulas derogatorias genéricas, por ejemplo, «quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a los dispuesto en la presente ley», C) los juristas consideran también un caso de derogación la determinación, en la fase de interpretación y aplicación del Derecho, de las relaciones de preferencia entre normas incompatibles; y D) se considera también un caso de derogación a la sustitución de las fuentes del Derecho (formulaciones de normas), aunque no cambie la regulación de la materia a la que se refieren. Este último es el caso de los textos refundidos. Si se analizan estos cuatro casos no es difícil observar que de ellos pueden extraerse dos tipos relevantes de actos derogatorios: los expresos y los tácitos, que se corresponden, respectivamente, con los casos A) y C). El caso B) puede ser reducido al C), porque dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de *lex posterior*.

objeto (p. ej. «Queda derogado el art. *x* de la Ley *y*»), y (a₂) la derogación innominada, que tiene lugar cuando la disposición derogatoria tiene un objeto indeterminado [p. ej. «Quedan derogadas todas las normas incompatibles (que se opongan, que sean contrarias) con la presente Ley»]. Este tipo de disposiciones, que llamaré disposiciones derogatorias expresas innominadas, son denominadas de manera diversa [«disposiciones derogatorias materiales de incompatibilidad» (Hernández Marín), «disposiciones derogatorias indeterminadas» (Díez-Picazo), «cláusulas derogatorias genéricas» (Aguiló)]⁶, etc., pero cualquiera que sea la terminología no hay discrepancia en cuanto al tipo de derogación de que se trata.

Los rasgos distintivos de estos dos tipos de derogación son los siguientes. En el caso de la derogación nominada, el objeto de la derogación es el texto legal, es decir, el(los) enunciado(s) jurídico(s); la derogación opera con independencia de que exista o no una contradicción entre un enunciado perteneciente a la Ley en la que está contenida la disposición derogatoria y algún otro enunciado del ordenamiento; y por último, la disposición derogatoria no plantea especiales dificultades interpretativas. En el caso de la derogación innominada, el objeto de la derogación no es el enunciado sino la proposición jurídica. En segundo lugar, para que se produzca la derogación tiene que existir una contradicción entre un enunciado perteneciente a la Ley a la que pertenece la disposición derogatoria y otro enunciado del ordenamiento jurídico. Y por último, la interpretación de las disposiciones derogatorias innominadas es más compleja en la medida en que la determinación de cuándo se da una contradicción no es cuestión, o no lo es sólo, de lógica.

La derogación tácita es aquella que tiene lugar mediante la promulgación no de una disposición derogatoria sino de otro tipo de disposiciones. Se distinguen dos tipos de derogación tácita: b₁) derogación por incompatibilidad, y b₂) derogación por «nueva disciplina de la materia»⁷. Lo característico de la derogación tácita es la «producción» del efecto derogatorio no por medio de un acto derogatorio sino en virtud de otro acto legislativo, como es la publicación de otro tipo de enunciado. No puede decirse que el rasgo distintivo de la derogación tácita sea el hecho de que «la Ley nueva no identifica la Ley o disposición legal derogada»⁸, pues esto se produce también con las disposiciones derogatorias expresas innominadas. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la derogación expresa, éstos no son supuestos de derogación (salvo que una disposición sobre la derogación atribuya a esos supuestos efectos derogatorios), sino enunciados jurídicos a los que la doctrina suele atribuir dicho carácter. La cuestión que plan-

⁶ R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 338, 339-400; L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990, pp. 151-152; J. AGUILÓ, 1995, pp. 97-98.

⁷ Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990, pp. 316-324.

⁸ L. M. DÍEZ-PICAZO, 1990, p. 285.

tea la derogación tácita es si el hecho de la promulgación de una Ley regulando una materia o la existencia de una incompatibilidad conlleva *per se* efectos derogatorios.

1.3 Disposiciones derogatorias

Son tres las categorías generales en que pueden ser incluidas las disposiciones derogatorias: normas en sentido estricto (normas de conducta), normas «incompletas» o fragmentos de normas y normas constitutivas⁹. Según la primera, las normas derogatorias son normas de conducta dirigidas a los órganos de aplicación del Derecho y relativas a la esfera temporal de aplicación de las normas derogadas, con el contenido siguiente: «las normas derogadas no deben ser aplicadas, sino a casos surgidos con anterioridad a la derogación misma y aun no resueltos». Entendidas como «fragmentos» de normas, este fragmento se añadiría a las normas derogadas, modificando su esfera de aplicación temporal.

Voy a dejar de lado estas concepciones, y voy a considerar brevemente la idea ampliamente aceptada según la cual las normas derogatorias son normas constitutivas; calificación que, lejos de ser unívoca, cobija diversas concepciones. Así pueden distinguirse tres sentidos en que las normas derogatorias pueden calificarse como normas constitutivas¹⁰.

En un primer sentido se trata de reglas que: *a)* realizan directamente el efecto, o sea la derogación misma; *b)* por tanto, no ordenan a nadie hacer nada, y por tanto no son normas prescriptivas de conducta; *c)* no tienen destinatario; *d)* no requieren ejecución, y *e)* no son susceptibles de violación. En este sentido, el Juez que aplicara una norma derogada a un caso surgido con posterioridad a la derogación no violaría la norma derogatoria: violaría las normas sobre la derogación, es decir, las normas (sobre la conducta judicial) que disciplinan los efectos de la derogación. Ésta es la posición de Carcaterra¹¹ para quien el enunciado «Por la presente norma se establece que queda derogado el artículo 10 del Código Civil» es un enunciado performativo constitutivo que tiene doble fuerza operativa pues con su emisión se realiza el contenido de aquello que enuncia y el contenido de lo establecido se realiza por el propio hecho de enunciarlo. Así Carcaterra, después de definir las reglas constitutivas como «aquellas proposiciones que ni describen ni prescriben comportamiento alguno, sino que inmediatamente producen estado de hechos normativos (institu-

⁹ R. GUASTINI, 1987, pp. 23-24.

¹⁰ Cfr. R. GUASTINI, 1990, pp. 268-271; 1987, p. 27 considera que las normas derogatorias son normas constitutivas en el tercer sentido. Cfr. también R. GUASTINI, 1983, pp. 165-168, y 1986, pp. 261-269, y P. POLLASTRO, 1983, pp. 233-262.

¹¹ G. CARCATERRA, 1988, pp. 131-134, y 1994, pp. 227-228.

cional)», señala como ejemplo paradigmático de este tipo de reglas las normas derogatorias: «las normas derogatorias ni describen la derogación ya realizada, ni prescriben a nadie realizar dicho efecto: ellas directamente realizan su propio efecto, es decir, la derogación misma»¹².

En segundo lugar, se dice que las normas derogatorias son constitutivas en el sentido de que su promulgación es condición suficiente para producir un cierto estado de cosas: el efecto derogatorio. Así, mientras la promulgación de una norma de conducta produce inmediatamente el surgimiento de una obligación (o una prohibición o un permiso), la promulgación de una norma que adscriba una competencia a un sujeto inmediatamente determina el surgimiento de la competencia en ese sujeto, etc.

En un tercer sentido, las normas derogatorias se denominan constitutivas puesto que adscriben un sentido, un valor, en suma una cualificación normativa a algún objeto. Las normas en cuestión son reducibles a la forma «*x tiene el valor de y*». La posición de *x* la pueden ocupar términos que designan *individuos* (los que tienen dieciocho años son mayores de edad), o *comportamientos* (tal acto constituye un delito) o bien partes del *discurso legislativo* mismo. Este último es el caso de las normas derogatorias que versan (no sobre individuos, ni sobre comportamientos) sino sobre *disposiciones* o *normas*. A su vez, la posición de *y* puede ser ocupada por términos que designan *status* («mayoría», «ciudadano»), o cualificaciones jurídicas del comportamiento («delito», «sanción»), o *cualificaciones metalingüísticas adscribibles a enunciados o proposiciones jurídicas* («válido», «inválido», «derogado»). Las disposiciones derogatorias –señala Hernández Marín– «son enunciados *cualificatorios*: son enunciados que califican ciertos enunciados como no pertenecientes al ordenamiento al que pertenece la propia disposición derogatoria... La consecuencia más importante que se deduce del análisis de las disposiciones derogatorias como enunciados cualificatorios consiste en que una disposición derogatoria, al igual que cualquier otro enunciado cualificatorio, no es eficaz/ineficaz, ni tampoco cumplida/incumplida, ni obedecida/desobedecida»¹³.

¹² G. CARCATERRA, 1974, 1979 y 1994.

¹³ R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 344-345. Hernández Marín califica las normas derogatorias como enunciados cualificatorios: enunciados que –señala– son llamados por algunos autores «enunciados constitutivos», «reglas constitutivas» o «reglas conceptuales», e indica las razones por las que es preferible la denominación de «enunciados cualificatorios» frente a «reglas conceptuales» o «reglas constitutivas». Al hablar del concepto de norma constitutiva pone como ejemplo las normas derogatorias y dice: «El análisis de las reglas constitutivas ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas por obra de filósofos del Derecho (especialmente en Italia). Sin embargo dichos análisis presentan dos puntos cuestionables. El primero de ellos es el de si es cierto que esos enunciados constitutivos son realmente constitutivos, esto es, si es cierto que dichos enunciados hacen lo que dicen; pues, frente a lo que

2. DISPOSICIONES DEROGATORIAS EXPRESAS INNOMINADAS: ACTOS JURÍDICOS ILOCUCIONARIOS Y CONDICIONES DE SATISFACCIÓN

2.1 El acto derogatorio puede definirse en palabras de Mendoca¹⁴ como un acto o una acción típicamente *lingüística*, esto es, una acción que sólo puede ser llevada a cabo mediante el lenguaje, una acción *operativa*, ya que su función es determinar el paso de un estado de cosas a otro (la acción de derogar produce el paso de un estado de cosas en que una norma *pertenece a un sistema*, a otro estado de cosas en el que esta norma *no pertenece a aquel sistema*)¹⁵, y es un acto esencialmente *institucional*, en el sentido de que presupone la existencia de ciertas instituciones humanas. Este esquema explicativo —escribe Mendoca— da cuenta de la noción de derogación-exclusión: el acto de derogación es un acto lingüístico que tiene como resultado, cuando se ejecuta por una autoridad competente, la exclusión de una norma (o de un conjunto de normas) de un determinado sistema.

Me interesa detenerme en la segunda de las características mencionadas. El acto derogatorio se considera que es un acto que *produce* un estado de cosas¹⁶. Como señala Ferrer acogiendo la opinión de Carcaterra, las disposiciones derogatorias son performativos constitutivos puesto que con su emisión *se realiza también el contenido de aquello que se enuncia*¹⁷, y refiriéndose a la disposición derogatoria primera de la Constitución, Alarcón señala: «La disposición derogatoria primera de la Constitución española, como toda norma derogatoria expresa, es una regla thético-constitutiva, es condición suficiente

parecen pensar los filósofos del Derecho citados, ésta no es una cuestión pacífica en filosofía del lenguaje, ni mucho menos. El segundo es que la cuestión anterior (la cuestión de si dichos enunciados hacen lo que dicen) es irrelevante para numerosos problemas de teoría general del Derecho. De ahí que sea preferible, al menos en relación a enunciados jurídicos, aplicarles la denominación de *regla conceptual*, más neutra que la de *regla constitutiva*, que por sí sola compromete (innecesariamente muchas veces) a aceptar una tesis dudosa. R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 233, y 189-190.

¹⁴ D. MENDOCA, 1993, p. 90. En similar sentido cfr. R. GUASTINI, 1987, p. 2; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, 1996, p. 66; K. OPALEK, 1972, pp. 355-372. G. H. von WRIGHT, 1970, p. 131, llama acción normativa al «modo peculiar de acción humana a través del cual se generan las prescripciones (órdenes, permisos, prohibiciones). El dar una prescripción es un *acto* cuya ejecución con éxito tiene como resultado la existencia de una prescripción. La característica de los actos normativos es la actividad *verbal*». «Consiste en el uso de formulaciones de norma para enunciar o, como también solemos decir, para promulgar la norma (prescripción) para los sujetos adecuados».

¹⁵ No voy a abordar aquí cuál es el efecto de la derogación (invalidez, cesación de la eficacia, reducción de la esfera de aplicabilidad...), cfr. en diferentes sentidos R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, pp. 343-344 y 397-398, y M. GASCÓN ABELLÁN, 1994, pp. 845-850.

¹⁶ R. GUASTINI, 1987, pp. 5-6; 1990, p. 244. Cfr. G. CARCATERRA, 1974, 1979.

¹⁷ J. FERRER BELTRÁN, 2000, p. 149 (cursiva mía), se refiere aquí no a todas las disposiciones derogatorias sino al enunciado «Por la presente norma se establece que queda derogado el artículo 10 del Código Civil».

de invalidez deóntica, invalidez que, respecto a la norma derogada, es “théticamente” producida». Como regla thético constitutiva, una norma derogatoria *basta* como condición de aquello sobre lo que versa, no *prescribe* que se ponga un estado de cosas, sino que *lo pone* ella misma». «Una norma derogatoria... es condición suficiente de su invalidez deóntica. Desde el punto de vista semiótico, la constitutividad de una norma derogatoria... no consiste en que la regla *determina la connotación* de los términos que designan la praxis que regula sino que consiste en que la regla produce estados de cosas théticos subsistentes en el ordenamiento y por el ordenamiento al que pertenece: produce théticamente la invalidez de una norma»¹⁸, y respecto de la disposición derogatoria tercera de la Constitución dice que: «Esta norma derogatoria, muy frecuente en la práctica legislativa, es, como toda norma derogatoria “innominada”, una redundante iteración del principio *lex posterior derogat priori*, sin ningún efecto derogatorio *añadido*» (con lo que implícitamente se está diciendo que ya ha tenido lugar el efecto derogatorio)¹⁹.

Por tanto, independientemente de la calificación que se dé a las disposiciones derogatorias (normas constitutivas, etc.) creo que se considera esencial a las disposiciones derogatorias la producción de un determinado estado de cosas: el cambio del estatus de unos enunciados que pasan de ser enunciados *pertenecientes* al Derecho español (p. ej.), a enunciados *no pertenecientes* al Derecho español²⁰. Esto es, es esencial a las disposiciones derogatorias la producción de un determinado efecto: el *efecto derogatorio*. Para erradicar cualquier interpretación metafísica sobre los efectos extralingüísticos²¹ de este tipo de enunciados hay que decir que no se trata de una afirmación de carácter metafísico que atribuye un valor mágico a las palabras; los efectos extralingüísticos no se producen por la enunciación misma sino por las reglas constitutivas de una convención; «la enunciación performativa se verifica y produce efectos por convención y en una convención»²² o, como señala Carcaterra, las disposiciones derogatorias no crean hechos o situaciones en la realidad natural, su objeto son situaciones jurídicas, definidas dentro de un sistema jurídico²³.

¹⁸ C. ALARCÓN CABRERA, 1995, p.131.

¹⁹ C. ALARCÓN CABRERA, 1995, p. 132 (cursiva mía). Y sobre el artículo 2.2. del Código Civil señala que se trata de una norma que introduce en el ordenamiento el principio *lex posterior derogat priori*, principio que tácitamente provoca consecuencias derogatorias, ya que no es necesaria una norma expresamente derogatoria para suprimir la validez de las normas incompatibles con la *lex posterior*. Cfr. también D. W. P. RUITER, 1993, p. 120. En sentido similar, M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, 1996, p. 66.

²⁰ Cfr. R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1998, p. 343.

²¹ A. ROSS, 1972, p. 211

²² A. FILIPPONIO, 1994, p. 215.

²³ G. CARCATERRA, 1988, p. 102; cfr. también 1979, p. 29.

Pues bien, creo que esto no es así para todos los casos de derogación expresa: mientras que en el caso de las disposiciones derogatorias nominadas el acto derogatorio es una acción lingüística operativa con efectos derogatorios, no ocurre lo mismo con las disposiciones derogatorias innominadas las cuales no pueden considerarse acciones operativas con «éxito», puesto que el acto derogatorio no conlleva el efecto que parece le es propio: el efecto derogatorio, por la razón que expondré a continuación.

2.2 La derogación considerada como acción lingüística operativa nos remite a la teoría de los actos de habla, teoría basada en la idea de que hablar una lengua no sólo es un «decir» sino un «hacer», y que el lenguaje se utiliza no sólo con propósitos descriptivos. No se trata aquí de resumir la teoría de los actos de habla, sino de recordar un par de cuestiones.

Searle²⁴ (modificando en parte el análisis realizado por Austin), indica que la emisión de cualquier oración implica la realización de cuatro tipos de actos diferentes: *a) actos de emisión*: emitir palabras (actos físicos); *b) actos proposicionales*: referir y predicar; *c) actos ilocucionarios (o ilocutivos)*: enunciar, preguntar, mandar, prometer, etcétera, y *d) (ocasionalmente) actos perlocucionarios (o perlocutivos)*: los efectos que, eventualmente, los actos de emisión pueden hacer surgir en los destinatarios a los que aquéllas van dirigidos (persuadir, convencer, alarmar, etc.).

El objeto central de la teoría de los actos de habla son los actos ilocucionarios, noción a la que Searle se refiere indicando que «Los actos proposicionales no pueden ocurrir solos, no se puede referir y predicar *sin más*, sin hacer una aserción, plantear una pregunta o realizar algún otro acto ilocucionario. El correlato lingüístico de esta observación reside en el hecho de que las oraciones, no las palabras, se usan para decir cosas»²⁵.

Searle y Vanderveken, atendiendo a la fuerza *ilocucionaria* de los actos de habla, distinguen cinco tipos básicos de usos del lenguaje: *a) propósito ilocutivo asertivo*: con los actos de habla asertivos (como conjeturas, aseveraciones, informes y predicciones) los hablantes expresan proposiciones que representan cómo son las cosas; *b) propósito compromisorio*: con los actos de habla compromisorios (como promesas, avales, juramentos) los hablantes expresan proposiciones con las que se comprometen ellos mismos a realizar acciones futuras; *c) propósito directivo*: con los actos de habla directivos (como peticiones, preguntas, órdenes, encomendaciones y súplicas) los hablantes expresan proposiciones con las que pretenden que sus oyentes realicen acciones futuras; *d) propósito declarativo*: con los actos de habla

²⁴ J. R. SEARLE, 1980, pp. 32-34.

²⁵ J. R. SEARLE, 1980, p. 34; cfr. antes J. L. AUSTIN, 1982, pp. 152-165.

declarativos o declaraciones (como nombramientos, sentencias, imputaciones, excomuniones o abreviaturas) los hablantes expresan proposiciones que dan lugar a estados de cosas únicamente en virtud de la realización de sus actos de habla, y e) propósito expresivo: con los actos de habla expresivos (lamentos, felicitaciones o disculpas) los hablantes expresan proposiciones que manifiestan sus estados psicológicos en relación con estados de cosas²⁶.

El que a los actos ilocucionarios no pueda aplicárseles las categorías de verdadero/falso no significa que no exista ningún criterio para valorar este tipo de enunciados. Austin puso de relieve que para que un determinado enunciado realizativo pueda llevar a cabo su correspondiente acción, es decir, para que estas emisiones tengan «éxito» y no resulten fallidas, se requieren unas determinadas condiciones: el enunciado en cuestión debe cumplir determinadas reglas que Austin denomina «condiciones de fortuna». En la misma dirección Searle (después de recurrir a la distinción de Rawls entre reglas regulativas y constitutivas²⁷), en su análisis del acto ilocucionario se pregunta cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que el acto de prometer haya sido realizado con éxito al emitir una oración dada «Intentaré responder a esta cuestión –dice– enunciando esas condiciones como un conjunto de proposiciones tales que la conjunción de los miembros del conjunto entraña la proposición de que un hablante hace una promesa con éxito y no de manera defectiva»²⁸. Vanderveken²⁹ habla por su parte de «condiciones de éxito» y «condiciones de satisfacción» de los actos ilocucionarios. Las primeras son aquellas que han de darse en un contexto posible de emisión para que el hablante pueda tener éxito en la realización del acto ilocutivo en ese contexto. Por ejemplo, una condición de éxito de una promesa es que el hablante se obligue a llevar a cabo el curso de acción futura en el contexto de emisión; si el hablante no se obliga a sí mismo a hacer algo en el contexto de emisión, no hace una promesa. Una condición de éxito del acto de dar las gracias es que el hablante exprese gratitud por algo que el oyente ha hecho o del cual es responsable. Las condiciones de satisfacción son las condiciones que han de darse en un contexto posible de emisión para que el acto de habla resulte satisfecho en el mundo de ese contexto, es decir, para que el contenido proposicional sea verdadero (así una aserción resulta satisfecha si y sólo si es verdadera, una orden si y sólo si se la obedece, una promesa si y sólo si se ve cumplida, etc.). La noción de condición de satisfacción es una generalización y extensión de la noción de

²⁶ J. R. SEARLE-D. VANDERVEKEN, 1985, p. 37; D. VANDERBEKEN, 1990, pp. 22 y 105. Cfr. anteriormente J. R. SEARLE, 1991, b).

²⁷ J. R. SEARLE, 1991, a), pp. 433-435.

²⁸ J. R. SEARLE, 1980, p. 62.

²⁹ D. VANDERVEKEN, 1990, pp. 26-27; 1996, pp. 1359-1371.

«condición de verdad», que es necesaria en semántica para incluir todas las fuerzas ilocucionarias. Así, una aserción es satisfecha sólo si es verdadera, una orden es satisfecha sólo si es obedecida, una promesa si es mantenida, etc. Esta noción semántica de condición de satisfacción está basada en la tradicional teoría de la verdad como correspondencia.

Austin distingue tres categorías principales de condiciones de fortuna³⁰:

A).1 Tiene que haber un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional; dicho procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de ciertas personas en ciertas circunstancias

A).2 En un caso dado, las personas y circunstancias particulares deben ser apropiadas para recurrir al procedimiento particular que se emplea.

B).1 El procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes y en forma correcta, y

B).2 En todos sus pasos.

C).1 En aquellos casos en que, como sucede a menudo, el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que sobrevenga cierta conducta correspondiente de algún participante, entonces quien participa en él y recurre así al procedimiento debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada, y además,

C).2 Los participantes tienen que comportarse efectivamente así en su oportunidad.

Searle, por su parte, refiriéndose al acto de habla de «prometer», establece una serie de condiciones para que el acto de habla de «prometer» se lleve a cabo, es decir, no sea «defectivo» («Mi noción de defecto de un acto ilocucionario está estrechamente relacionada con la noción austiniana de «infelicidad»³¹). Estas condiciones son las siguientes³². Dice Searle: «Dado que un hablante H emite una oración T, en presencia de un oyente O, entonces, al emitir literalmente T, H promete sinceramente y no defectivamente que *p* a O si y sólo si: se dan las siguientes condiciones»:

1. Condiciones normales de inteligibilidad y comprensión: son condiciones que incluyen que hablante y oyente tengan un dominio competente de la lengua empleada, que sean conscientes de lo que están haciendo, etc. Esta condición Searle la expresa como sigue: «Se dan las condiciones normales de *input* y *output*».

³⁰ J. L. AUSTIN, 1982, p. 56. También J. L. AUSTIN, 1991, pp. 415-430.

³¹ J. R. SEARLE, 1980, p. 62.

³² J. R. SEARLE, 1980, pp. 65-69. Cfr. C. CORREDOR, 1999, pp. 419-420.

2. Condiciones normales de contenido proposicional.
 - 2.1 «H expresa la proposición de que p al emitir T».
 - 2.2 «Al expresar que p , H predica un acto futuro A de H».
3. Condiciones preparatorias.
 - 3.1 «O preferiría que H hiciese A a que no hiciese A, y H cree que O preferiría que él hiciese A a que no hiciese A».
 - 3.2 «No es obvio, ni para H ni para O, que H hará A en el curso normal de los acontecimientos».
4. Condición de sinceridad: «H tiene la intención de hacer A».
5. Condición esencial: «H intenta que la emisión de T le coloque a él bajo la obligación de hacer A».
6. Condición revisada de Grice: «H intenta ($i-I$) producir en O el conocimiento (C) de que la emisión de T cuenta como el hecho de colocar a H bajo la obligación de hacer A. H intenta producir C por medio del reconocimiento de $i-I$, y tiene la intención de que $i-I$ se reconozca en virtud de (por medio de) el conocimiento que O tiene del significado de T».
7. Condición semántica: «Las reglas semánticas del dialecto hablado por H y por O son tales que T se emite correcta u sinceramente si y sólo si se dan las condiciones 1-8»³³. Esta condición «pretende clarificar que la oración emitida es tal que, en virtud de las reglas semánticas del lenguaje, se usa para hacer una promesa».

Y señala que las condiciones de inteligibilidad y comprensión, la condición revisada de Grice y la condición semántica se aplican en general a cualquier tipo de acto ilocutivo y no son específicas de la ilocución de la promesa³⁴.

2.3 Cuando se habla del acto de derogación en los términos que he señalado antes, es decir, como acción que se caracteriza porque su efecto es que *queda derogado*, se está diciendo que el acto de derogación es un acto ilocucionario *declarativo* en el sentido de Searle: las declaraciones dan lugar a una alteración en el estatus o condición de lo referido en virtud solamente del hecho de que la declaración ha sido realizada con éxito³⁵. En el caso de la derogación ese estatus consiste en que los enunciados objeto de derogación pasan de ser enunciados pertenecientes al ordenamiento jurídico a dejar de serlo³⁶, puede

³³ J. R. Searle señala nueve condiciones, de las cuales he agrupado las condiciones 2 y 3 y 4 y 5.

³⁴ J. R. SEARLE, 1980, p. 70: «las condiciones 1 y las de las formas 8 y 9 se aplican de modo general a todos los géneros de los actos ilocucionarios normales y no son peculiares de prometer. Las reglas del dispositivo indicador de fuerza ilocucionaria de prometer corresponden, como se verá, a las condiciones 2-7».

³⁵ J. R. SEARLE, 1991, b), p. 464.

³⁶ Cfr. J. R. SEARLE, 1991, b), p. 474, respecto de la promulgación de una Ley, y D. VANDERVEKEN, 1990, incluye dentro de los actos declarativos (además de los de

decirse en palabras de Carcaterra que derogar no es dar cuenta de la desaparición de la norma derogada, ni ordenar su eliminación, sino contextualmente eliminar la norma misma del sistema jurídico³⁷. El carácter (pretendidamente) declarativo del acto de derogación distingue, por tanto, a las disposiciones derogatorias de otros enunciados jurídicos, por ejemplo, de los enunciados prescriptivos, cuya fuerza ilocucionaria no da lugar a estados de cosas *únicamente en virtud de* la emisión de los mismos.

Es obvio que el análisis de los actos ilocucionarios realizado en el contexto del lenguaje común no puede aplicarse sin más al lenguaje jurídico. En este sentido, Grzegorzcyk³⁸ señala que no pueden identificarse los performativos jurídicos y los performativos en el lenguaje común e indica que las diferencias se encuentran fundamentalmente en lo siguiente: de un lado, en lo relativo a lo que Austin llama el «procedimiento convencional», de otro, en la finalidad del cumplimiento de estos actos lingüísticos.

La primera diferencia es relativa a la noción austiniana de «procedimiento» convencional, cuyo cumplimiento condiciona el éxito o fracaso de los performativos, y que parece muy pobre y vaga en relación con el procedimiento jurídico, pues el objeto en ambos casos es diverso: en el caso de los performativos jurídicos no se trata sólo de las condiciones de validez de dichos performativos en tanto actos *lingüísticos*, sino también en tanto actos *jurídicos*. En el Derecho tienen lugar dos «procedimientos» distintos, uno lingüístico, que define las condiciones de éxito de una determinada enunciación en cuanto acto *lingüístico* de un determinado tipo, y otro jurídico, que precisa las condiciones del éxito del acto jurídico en cuanto acto *jurídico*. Para subrayar esta diferencia —dice Grzegorzcyk— basta darse cuenta de que un acto lingüístico puede «tener éxito» en cuanto performativo a nivel de lenguaje común, pero «fallar» en cuanto acto jurídico (p. ej. a causa de la incapacidad legal de la persona para concluir un contrato). En definitiva, los performativos jurídicos tienen lugar dentro de un contexto institucional determinado como es el Derecho³⁹. La segunda diferencia, en palabras de Grzegorzcyk, es relativa a la finalidad de los performativos jurídicos. A diferencia de lo que sucede en la comunicación interpersonal, en el caso del Derecho, la finalidad de los performativos es crear «hechos» válidos no para los participantes en el contexto de una eventual conversación sino también para los demás,

los de promulgar, legislar, etc.) los de anular y derogar. Cfr. también P. D. RUTTER, 1993, p.120 (este autor se refiere a los actos de revocación de normas en términos de revocación de *validez* de la norma).

³⁷ G. CARCATERRA, 1988, p. 104.

³⁸ C. GRZEGORCZYK, 1990, pp. 220-221.

³⁹ En el mismo sentido, cfr. A. ROSS, 1972, p. 211, quien señala que los efectos específicos del acto jurídico dependen de la existencia de un ordenamiento jurídico en cuanto institución social que opera a través de la *legal machinery*, que comprenden los órganos legislativos, administrativos y judiciales.

incluidos aquellos que no conocen aún la relación que los une; en este sentido los efectos de los performativos jurídicos (exitosos) son oponibles *erga omnes*.

Volvamos a las disposiciones derogatorias expresas innominadas. El acto de derogación, en cuanto acto *jurídico*, requiere unas determinadas condiciones especificadas por el propio ordenamiento jurídico. Como acertadamente señala Mendoca que el hecho de que el acto ilocutivo produzca efectos de eliminación (de exclusión) es algo que depende de determinadas reglas que gobiernan el acto de derogación; dadas ciertas condiciones (definidas en el sistema) la acción ilocutoria producirá la sustracción de la(las) norma(normas) identificadas en el enunciado resultante del acto ilocutivo; en ausencia de tales condiciones, el acto ilocutivo no producirá el efecto deseado⁴⁰. A lo que añade que «A fin de determinar si se producen efectos eliminatorios como consecuencia de un acto de anulación es necesario considerar, además de la competencia para derogar, el rango o la posición jerárquica de la autoridad implicada (ya que puede suceder que una norma haya sido promulgada por una autoridad distinta, lo que llevaría a un particular conflicto)»⁴¹. Voy a dar por descontado que la derogación expresa innominada tiene «éxito» en cuanto a las condiciones impuestas por el contexto institucional que es el Derecho (es decir, ha sido emitida por un órgano competente, a través del procedimiento correspondiente, etc.).

Ahora bien, en la medida en que el acto de derogación es (también) un acto *lingüístico* se requiere, además de que pueda considerarse un *acto lingüístico*, que sea un acto lingüístico *con éxito*. Creo que la principal causa del fracaso del acto de derogación expresa innominada no está en el aspecto jurídico del mismo sino en esta vertiente lingüística.

Ross ha señalado que no siempre la producción de una serie de sonidos fonéticamente reconocibles es un *acto lingüístico*. Para que éste se produzca, el acto fonético correspondiente debe tener una estructura conforme a las *reglas sintácticas* de la lengua en cuestión. De otro lado, un acto lingüístico requiere que el enunciado *tenga significado*. De manera que el enunciado siguiente (que Ross coge prestado por Carnap), si bien gramaticalmente completo, no satisface esta exigencia: «El cinco por ciento de los números primos, que tienen como padre el concepto de temperatura y como madre el número cinco, muere, en un período de tres años, más cinco libras más siete pulgadas tras su nacimiento, o de fiebre tifoidea o de la raíz cuadrada de una constitución democrática»⁴². En segundo lugar, para que los actos lingüísticos tengan éxito se requiere que cumplan determinadas condiciones mencionadas antes.

⁴⁰ D. MENDOCA, 1993, p. 90.

⁴¹ D. MENDOCA, 1993, p. 89.

⁴² A. ROSS, 1972, p. 203.

Pues bien, en relación con la disposiciones derogatorias innominadas, no pretendo establecer cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que el acto de derogación sea un acto lingüístico con éxito; pero sí considero que una de las «condiciones de satisfacción» para que el acto de derogación innominada tenga efecto derogatorio es que el mismo tenga un significado unívoco⁴³. Pues bien, esto es justamente lo que no ocurre en el caso de las referidas disposiciones. Este tipo de enunciados derogatorios implica confrontar todos y cada uno de los enunciados pertenecientes a la Ley en la que está incluida la disposición derogatoria innominada con el resto de enunciados (de igual o inferior rango) del ordenamiento jurídico para establecer si se da alguna contradicción entre enunciados jurídicos (y como consecuencia de la misma si algún enunciado ha quedado derogado). Aquí pueden distinguirse dos supuestos: *a)* que exista una contradicción «clara» (en mi opinión sólo puede calificarse así la contradicción que se produce entre operadores deónticos referidos a una misma acción); *b)* que no exista una contradicción «clara», porque la disposición derogatoria admite varias interpretaciones. En este segundo caso, la disposición derogatoria innominada *no cumple las condiciones de satisfacción del acto de habla declarativo* por lo que dicho acto de habla *no produce* derogación alguna. Creo que difícilmente puede considerarse producido el efecto derogatorio si no es posible *identificar* los enunciados que han quedado derogados.

Para finalizar, he aquí algunas puntualizaciones adicionales.

1. El discurso anterior se refiere únicamente al acto *legislativo* de publicación de una disposición derogatoria innominada, y por tanto, nada tiene que ver con la aplicación del Derecho. Se puede considerar correcta la afirmación de que los actuales ordenamientos jurídicos contienen enunciados contradictorios y que son los Jueces (o los aplicadores del Derecho en general) los que ante una contradicción tienen que aplicar uno de los enunciados en conflicto. Si esto es así es porque este tipo de disposiciones derogatorias contenidas en casi todas las Leyes de nuestro ordenamiento no han producido la derogación correspondiente: de lo contrario no se plantearía en sede de aplicación el problema de elegir cuál de entre los enunciados en conflicto aplicar: la remisión de esta cuestión al momento de la aplicación pone de relieve que no se ha producido la derogación.

2. No puede argüirse en contra de lo aquí sostenido que la indeterminación de este tipo de disposiciones derogatorias es común a buena parte de enunciados jurídicos: sin embargo, el acto de la publicación de la mayoría de los enunciados jurídicos no implica la producción de efecto alguno: el acto ilocucionario que se lleva a cabo con la publicación de buena parte de los enunciados jurídicos no tienen fuerza declarativa, sino directiva, compromisoria, etc.

⁴³ J. R. SEARLE, 1980, p. 65, nota 4.

3. Por último, si tenemos en cuenta el hecho de que la mayoría (por no decir todas) las Leyes contienen este tipo de disposiciones derogatorias, ¿cuál es el objeto de las declaraciones de inconstitucionalidad o ilegalidad por los Tribunales correspondientes si los enunciados (o proposiciones) jurídicos ya han sido derogados en virtud de dichas disposiciones derogatorias? Si bien el ámbito de las disposiciones derogatorias innominadas es más amplio (puesto que comprende la confrontación tanto de enunciados de diferente rango jerárquico como del mismo) que el de las declaraciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, el fundamento es el mismo: la contradicción entre enunciados o proposiciones jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA:

- AA.VV. (1990), *Teoria degli atti linguistici, etica e diritto*, P. Amselek (dtor.) (ed. italiana a cura di A. Filipponio), Giappichelli, Torino.
- AGUILÓ REGLA, Josep (1991), «La derogación en la obra de Hans Kelsen», *DOXA*, 10, pp. 223-258.
- AGUILÓ REGLA, Josep (1992), «Derogación, rechazo y sistema jurídico», *DOXA*, 11, pp. 263-280
- AGUILÓ REGLA, Josep (1995), *Sobre la derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*, Fontamara, México.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos (1991), «Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VIII, pp. 273-295.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos (1993), *Normas y paradojas*, Tecnos, Madrid.
- ALARCÓN CABRERA, Carlos (1995), «Derogación en deóntica»; A. G. CONTE-C. ALARCÓN CABRERA, *Deóntica de la validez*, Tecnos, Madrid, pp. 129-148.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.-BULYGIN, Eugenio [1991 a)], «Definiciones y normas», *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 439-463.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.-BULYGIN, Eugenio [1991 b)], «Tiempo y Validez», *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 195-214.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. (1979), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Valencia (Argentina).
- ALCHOURRÓN, Carlos E. (1982), «Normative order and Derogation», A. A. Martino (ed.) *Deontic Logic, Computational Linguistics and legal Information Systems*, vol. II, Nort-Holland P. C., Amsterdam-New York-Oxford, pp. 51-63.
- ATIENZA, Manuel-RUIZ MANERO, Juan (1996), *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- AUSTIN, John L. (1982), *Cómo hacer cosas con palabras (Palabras y Acciones)*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires.
- AUSTIN, John L. (1991), «Emisiones realizativas», Ll. Valdés Villanueva (ed.) *La búsqueda del significado*, Tecnos-Univ. de Murcia, Madrid, pp. 415-430

- AZZONI, Giampaolo M. (1986), «Condizioni costitutive», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 160-195.
- AZZONI, Giampaolo M. (1987), «Abrogazione, regole costitutive, validità», C. Luzzati (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analítico*, Giuffrè, Milano, pp. 33-37.
- BETEGON, Jerónimo; GASCÓN, Marina; PÁRAMO, Juan Ramón, y PRIETO, Luis (1997), *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1980), «Norma», *Enciclopedia EINAUDI*, vol. IX, pp. 876-907.
- CARCATERRA, Gaetano (1974), *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano (ed. provvisoria).
- CARCATERRA, Gaetano (1979), *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma.
- CARCATERRA, Gaetano (1988), *Il normativismo e la forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma.
- CARCATERRA, Gaetano (1994), «Norme costitutive», U. Scarpelli-P. di Lucia (eds.), *Il linguaggio del diritto*, Ed. Universitarie di Lettere Economia Diritto, Bologna, pp. 219-231.
- CASTIGNONE, Silvana (1995), *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino.
- CONTE, Amedeo G. (1983), «Regola costitutiva, condizione, antinomia», U. Scarperli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Ed. di Comunita, Milano, pp. 21-39.
- CONTE, Amedeo G. (1985), «Materiali per una tipologia delle regole», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XV, pp. 345-368.
- CONTE, Amedeo G. (1987), «Tre domande sull'abrogazione», C. Luzzati (ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analítico*, Giuffrè, Milano, pp. 39-45.
- CONTE, Amedeo G.-ALARCÓN CABRERA, Carlos (1995), *Deóntica de la validez*, Tecnos, Madrid.
- CORREDOR, Cristina (1999), *Filosofía del lenguaje. Una aproximación a las teorías del significado del siglo XX*, Visor, Madrid.
- CRISAFULLI, Vezio (1959), «Atto normativo», *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, pp. 238-261.
- DÍEZ-PICAZO, Luis M.^a (1990), *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2000), *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, BOE-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FILIPPONIO, Angiola (1994), «Enunciazioni performative a linguaggio giuridico», U. Scarpelli-P. di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, pp. 207-218.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1994), «Cuestiones sobre la derogación», *DOXA*, 15-16, pp. 845-859.
- GÓNZALEZ LAGIER, Daniel (2001), *Las paradojas de la acción*, Publ. Universidad de Alicante, Alicante.
- GRZEGORCZYK, Christophe (1974), «Le rôle du performatif dans le langage du droit», *Archives de Philosophie du Droit*, t. XIX, pp. 229-241.
- GRZEGORCZYK, Christophe (1990), «L'influenza della teoria degli atti linguistici sul mondo del diritto: tentativo di bilancio», P. Amselek (dtor.), *Teoria degli atti linguistici. Etica e Diritto*. G. Giappichelli, Torino, pp. 191-225

- GUASTINI, Ricardo (1982), *Lezioni di teoria analítica del diritto*, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI, Ricardo [1983 a)], «Teorie delle regole costitutive», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 549-564.
- GUASTINI, Ricardo [1983 b)], «Cognitivismo ludico e regole costitutive», U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Ed. di Comunità, Milano, pp. 153-176.
- GUASTINI, Ricardo (1985), *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Torino.
- GUASTINI, Ricardo, (1986), «Six concepts of “Constitutive” Rule», *Rechts-theorie*, Behieft 10, pp. 261-269.
- GUASTINI, Ricardo (1987), «In tema di abrogazione», C. Luzzati (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analítico*, Giuffrè, Milano, pp. 3-31.
- GUASTINI (1990), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino.
- HART, H. L. A. (1964), *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael (1998), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Pons, Madrid-Barcelona.
- HIERRO S. PESCADOR, José (1990), *Significado y verdad. Ensayos de semántica filosófica*, Alianza, Madrid.
- JORI, Mario (1987), «Abrogazione, validità, atti linguistici», C. Luzzati (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analítico*, Giuffrè, Milano, pp. 47-64
- KELSEN, Hans (1973), «Derogation», H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy* (select by O. Weinberger), D. Reidel, Dordrecht (Holland)/ Boston (USA), pp. 261-275.
- KELSEN, Hans (1986), *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México (trad. de la 2.^a ed. en alemán).
- LEGAUT, Georges A. (1977), *La structure performative du langage juridique*, Les presses de l'Université de Montreal, Montreal.
- LEPORE, Ernest-GULICK, Robert van (1991) (eds.), *John Searle and his Critics*, Basil Blackwell, Cambridge (Mass.).
- LEVINSON, Stephen C. (1989), *Pragmática*, Teide, Barcelona.
- MACCORMICK-BANKOWSKI, Zenon (1986), «Speech Acts, Legal Institutions, and Real Laws», N. MacCormick-P. Birks (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Clarendon Press, Oxford, pp. 121-133.
- MACCORMICK, Neil-BANKOWSKI, Zenon (1990), «La teoria degli atti giuridici», P. Amselik (dtor.), *Teoria degli atti linguistici. Etica e Diritto*. G. Giappichelli, Torino, pp. 227-243.
- MAZZARESE, Tecla (1982), «Metanorme e linguaggio deontico: un analisi logica», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII; 2, pp. 409-445.
- MAZZARESE, Tecla (1987), «Variación in tema d'abrogazione», C. Luzzati (a cura di), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analítico*, Giuffrè, Milano, pp. 77-91.
- MAZZARESE, Tecla (1989), *Logica deóntica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova.
- MAZZARESE, Tecla (1996), «Metanorme. Rilievi su un concetto scomodo della teoria del diiritto», P. Comanduci-R. Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 125-158.
- MAZZARESE, Tecla (1999), «Towards the Semantics of “Constitutive” in Judicial Reasoning», *Ratio Iuris*, vol. 12, 3, pp. 252-262.

- MENDOCA, Daniel (1993), «Atti di abrogazione e norme abrogatrici», P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 79-96
- MORESO, José Juan (1996), «Lenguaje jurídico», E. Garzón Valdés-F. J. Laporta (eds.), *El Derecho y la justicia*, Trotta-CSIC-BOE, pp. 105-116.
- NAVARRO, Pablo E. (1993), «Promulgation and Derogation of Legal Rules», *Law and Philosophy*, 12, pp. 385-394.
- NAVARRO, Pablo Eugenio-REDONDO, María Cristina (1990), «Derogation, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism», *Rechtstheorie*, 21, pp. 233-239.
- OPALEK, K. (1972), «Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions déontiques», *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVII, pp. 355-372.
- POLLASTRO, Piero (1983), «Fenomenologia delle regole costitutive», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, 1, pp. 233-262.
- PUGLIATTI, Salvatore (1958), «Abrogazione», *Enciclopedia del Diritto*, t. I, pp. 141-157.
- RABOSI, Eduardo (1999), «Actos de habla», M. Dascal (ed.), *Filosofía del lenguaje II. Pragmática*, Trotta-CSIC, Madrid, pp. 53-72.
- RÉCANATI, François (1981), *Les énoncés performatifs*, Les Éditions de Minuit, París.
- RÉCANATI, François (1990), «Il pensiero di Austin e la sua originalità in rapporto alla filosofia analitica anteriore», P. Amselek (dtor.), *Teoria degli atti linguistici. Etica e Diritto*. G. Giappichelli, Torino, pp. 25-43.
- ROSS, Alf (1971), *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid.
- ROSS, Alf (1972), «The Rise and Fall of the Doctrine of Performatives», R. R. Olson-A. M. Paul (eds.), *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, vol. I, John Hopkins, Baltimore-London, pp. 197-212.
- RUITER, Dick W. P. (1993), *Institutional Legal Facts*, Kluwer, Dordrecht-Boston-London.
- SAUCA, José María (2001), *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*, Fontamara, México.
- SAVONI, Gian Pietro (1982), «Performatività e Validità in Alf Ross», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 2, pp. 343-407.
- SEARLE, John R. (1980), *Actos de habla*, Cátedra, Madrid.
- SEARLE, John R. [1991 a)], «¿Qué es un acto de habla?», Ll. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado*, Tecnos-Univ. de Murcia, Madrid, pp. 431-448.
- SEARLE, John R. [1991 b)], «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», Ll. Valdés Villanueva (ed.) *La búsqueda del significado*, Tecnos-Univ. de Murcia, Madrid, pp. 449-476.
- SEARLE, John R.-VANDERVEKEN, Daniel (1985), *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- TATARELLA, Angiola Filipponio (1980), «Sulla teoreticità delle norme costitutive», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 238-281.
- VANDERVEKEN, Daniel (1990), *Meaning and Speech Acts, vol. I, Principles of Language Use*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- VANDERVEKEN, Daniel (1996), «Illocutionary force», M. Dascal et al. (ed.), *Sprachphilosophie/Philosophy of Language/La Philosophie du Language*, Berlín-New York, De Gruyter, vol. II, pp. 1359-1371.
- WRIGHT, G. H. von (1970), *Norma y acción*, Tecnos, Madrid.

Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos

Por LAURA MIRAUT MARTÍN
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FRENTE A LA DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS.—II. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS.—III. CLARIDAD DEL SIGNIFICADO Y CLARIDAD DE LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS.—IV. LA CRISIS DEL PRINCIPIO *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*.—V. CLARIDAD DEL TEXTO Y COMUNIDAD DE ASIMILACIÓN DEL MENSAJE LINGÜÍSTICO DE LA DISPOSICIÓN JURÍDICA.—VI. LOS EFECTOS PERVERSOS DE LA DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS.

I. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO FRENTE A LA DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS

«La interpretación del Derecho es síntoma de que el significado de una disposición jurídica no es suficientemente claro en una situación determinada». Esta frase pertenece a uno de los más eximios estudiosos de los problemas que presenta la interpretación del Derecho, el profesor polaco Jerzy Wroblewski¹. Con ella manifiesta correctamente la función que cumple la interpretación de las disposi-

¹ WROBLEWSKI, J., «Creación del Derecho e interpretación», traducción española de Eugenio Bulygin, en Eugenio Bulygin, Martín D. Farrell, Carlos S. Nino, Eduardo A. Rabossi (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 479.

ciones jurídicas como traducción a un lenguaje inteligible de un texto que a primera vista ofrece problemas de comprensión², en definitiva, de un texto que al destinatario de la disposición jurídica «se le ha convertido en problemático»³. Estos problemas de comprensión pueden consistir o en la incapacidad de quien tiene que obedecer a la disposición jurídica concreta de comprender su significado porque su texto le parece que no tiene la lógica sintáctica y semántica que lo hace entendible como texto lingüístico, o en la pluralidad de posibilidades de comprensión diferente que admite el texto lingüístico de acuerdo a las reglas gramaticales. El primer caso es un caso de imposibilidad subjetiva de comprensión del texto y el segundo, sin embargo, de pluralidad de alternativas de comprensión del texto que se le ofrecen a quien a él se enfrenta. Cuando este tipo de situaciones se producen, el destinatario de la disposición jurídica se ve obviamente necesitado de interpretarla, es decir, de proporcionarle un significado particular que permita que la disposición jurídica pueda desarrollar su influencia en el ámbito social que aspira a regular, porque es imposible que ninguna disposición jurídica pueda influir sobre los comportamientos de sus destinatarios si éstos no tienen conciencia de cuál es su contenido normativo⁴.

Ahora bien, este tipo de consideraciones pueden hacer pensar que hay algunas ocasiones, aunque éstas puedan ser muy pocas, en que la interpretación de las disposiciones jurídicas está de sobra, precisamente porque el texto de la misma no plantea ningún problema de oscuridad. Si, como antes indicábamos, la interpretación de las disposiciones jurí-

² En este punto no se diferencian la interpretación de las disposiciones jurídicas de la interpretación de cualquier otro objeto o realidad, porque el resultado de la interpretación siempre es la particular traducción que realiza el intérprete de la realidad o del objeto de que se trate del mensaje que en cada caso éstos suministran. Por ejemplo, la interpretación de una obra artística, la interpretación de un pensamiento, etc.

En otra acepción diferente, la palabra interpretación quiere decir protagonismo en la acción. Por ejemplo, la interpretación de una melodía musical, de una obra de teatro, etcétera. Lo cierto es que aunque esta acepción se distingue en principio de la acepción de la palabra interpretación como aclaración del significado de algo que ofrece problemas de comprensión, en última instancia tiene bastante que ver con ella, puesto que al admitirse diversas posibilidades interpretativas del objeto o creación de que se trate se está reconociendo implícitamente el carácter problemático de tal objeto o creación, que, en consecuencia, puede ser interpretado atribuyéndole un diferente contenido material, aunque las diferencias de contenido puedan afectar estrictamente a determinados matices. Serían estos los matices que distinguen a una de otra interpretación.

³ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción española de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 308.

⁴ En este sentido, el propio WROBLEWSKI, J., *op. cit.*, p. 476: «Una condición necesaria para la influencia de una disposición jurídica en su destinatario es que este último obtenga información acerca de la existencia y el contenido de esa disposición. En el caso más simple esto significa la comprensión de la disposición jurídica contenida en la publicación oficial considerada como la promulgación de la ley. Limitaré mi análisis a este caso. Todo aquel que es motivado por la disposición jurídica ha de entender, por lo tanto, el texto propiamente dicho».

dicas tiene su origen en la falta de claridad que ofrece su significado, hay que pensar, correlativamente, que cuando esta falta de claridad no se produce no tiene ningún sentido plantearse la realización de interpretación alguna, dado que no se puede aclarar, ni tan siquiera se puede pretender aclarar, lo que ya está claro⁵. De otro modo estaríamos reduciendo la función de la interpretación del Derecho a algo tan absurdo y además tan socialmente improductivo como la reiteración por parte del intérprete de la letra de la ley, es decir, la reiteración por aquél de las mismas palabras que componen el texto lingüístico de la disposición jurídica que se supone de antemano suficientemente clara⁶.

Además, cualquier intento de realizar una interpretación de algo que por sí resulta claro, interpretación que no fuera la pura y simple repetición del tenor literal de las palabras del texto jurídico que se quisiera interpretar, acabaría no sólo oscureciendo la claridad de sus términos, sino incluso tergiversando su significado más propio. La interpretación de la disposición jurídica clara dejaría entonces de resultar estéril para convertirse en una operación enormemente peligrosa por lo que tiene de manipulación del texto, y en última instancia de la misma voluntad del autor de la disposición.

El clásico brocardo romano *in claris non fit interpretatio* representa a la perfección esta mentalidad ciertamente extendida entre los diversos operadores jurídicos o incluso entre el hombre de la calle⁷, que configura a la interpretación del derecho como una actividad

⁵ Utilizamos en este punto las expresiones aclarar y claro en su significado más absoluto, como eliminación radical y completa de cualquier tipo de oscuridad. Hay que tener presente, sin embargo, que en muchas ocasiones estos términos refieren situaciones susceptibles de gradación, que no pueden ser interpretados en el sentido absoluto que les atribuimos. Por ejemplo, la expresión que indica que A resulta más claro que B no nos está queriendo decir que A esté absolutamente libre de cualquier tipo de oscuridad, sino más humildemente que las oscuridades que acompañan a A son menores en grado, de menor intensidad, que las que acompañan a B.

⁶ Hay que valorar, no obstante, que aunque se admita como regla general la vigencia de esta idea no siempre resulta absolutamente improductiva en la perspectiva social la reiteración que pueda realizar el intérprete de la letra de la ley. Hay situaciones, en efecto, en que reiterar la letra de la ley supone asumir una expresa toma de postura en relación al rechazo o disminución de la relevancia que se le pueda dar a la interpretación sistemática de la disposición jurídica. Así muchas veces se intenta forzar el significado de las palabras que integran el texto de una determinada disposición jurídica conectándolo con otra u otras disposiciones cuya consideración conjunta exige que se eliminen algunas de las posibles acepciones de tales palabras, modificando así el sentido más primario de la expresión. Ante este estado de cosas, la decisión del intérprete de reiterar en sus términos más literales los términos lingüísticos de la disposición jurídica puede suponer la opción prevalente por el método de interpretación textual o literal, ajustado a la letra de la disposición jurídica de que se trate, frente al método de interpretación sistemático que tiene fundamentalmente en cuenta la necesidad de armonizar el significado de ésta con el del resto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁷ Lógicamente la extensión de este tipo de mentalidad ha pasado por diversos vaivenes no pudiendo decirse que el conjunto de los operadores jurídicos y la opinión pública lega en el mundo del Derecho la admitan uniformemente en la actualidad.

prioritariamente reparadora de la falta de claridad de las disposiciones jurídicas⁸. Este principio ha gozado también de un enorme prestigio entre los teóricos del Derecho que lo han incorporado habitualmente a la enumeración de las reglas a observar para poder llevar a cabo una correcta interpretación jurídica⁹, considerándolo en la práctica en muchas ocasiones casi como una regla «autoevidente»¹⁰. En resumen, pues, tanto desde el punto de vista de los prácticos como desde el de los teóricos del Derecho puede decirse que el principio *in claris non fit interpretatio* constituye, en cierto modo, una de las reglas clásicas que sirven de guía para la realización de la acción interpretativa de las disposiciones jurídicas o, para ser más precisos, para la justificación de la falta de realización de la actividad interpretativa de las disposiciones jurídicas que, por disponer de un significado unívoco, nítido y preciso, no requieren ser interpretadas¹¹.

Hay que decir, no obstante, que en realidad la concepción moderna del principio *in claris non fit interpretatio* ha deformado bastante su significado primitivo. En éste el principio no se presentaba como una regla interpretativa, sino más bien como un criterio de jerarquía normativa que expresaba la prevalencia de la ley, y en último extremo la prevalencia de la voluntad del soberano sobre las opiniones de los juris-

Pero por mucho que pueda incluso hablarse en nuestros días de una crisis del principio *in claris non fit interpretatio* y de la mentalidad jurídica que lo sustenta, lo cierto es que sigue manteniendo una importante influencia en el funcionamiento cotidiano del Derecho. En algún sentido puede incluso considerarse un principio subyacente al propio funcionamiento cotidiano del Derecho.

⁸ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1991, pp. 213-214, explica esta idea diciendo que: «Interpretación significa propiamente mediación. Esta mediación es debida a que existe algún obstáculo para alcanzar la meta. Cuando se trata de textos lingüísticos, la meta consiste en descubrir su sentido y el obstáculo consiste en que por cualquier motivo este sentido no nos es accesible. Por eso la teoría clásica de la interpretación decía que *in claris non fit interpretatio*, es decir, que lo que está claro no necesita interpretación».

⁹ Entendiendo que la interpretación jurídica más correcta es aquella que se limita a interpretar los textos jurídicos que se encuentran realmente necesitados de interpretación. También en el plano de la teoría del Derecho hay que reconocer que la vigencia de este principio ha pasado por diversas fluctuaciones sin que pueda hablarse de la aceptación indiscutida del mismo. Pero esto no constituye obstáculo ninguno para la aceptación, muchas veces inconsciente, de que sigue gozando en la actualidad.

¹⁰ D'AGOSTINO, F., «Hermenéutica y Derecho natural», traducción del italiano por Dora Pentimalli, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Coordinador), *Las razones del Derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Editorial Abaco, de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 301: «a lo largo de generaciones este axioma se ha percibido como autoevidente».

¹¹ FROSINI, V., *La letra y el espíritu de la ley*, traducción española de Carlos Alarcón Cabrera y Fernando Llano Alonso, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, pp. 76-77, utiliza la expresión interpretación negativa para aludir a la falta de realización de la actividad interpretativa de las disposiciones jurídicas, señalando que «incluso entre los comentaristas de las leyes positivas ha aflorado con énfasis el mito jurídico de la interpretación negativa, es decir, la esperanza de que se pueda prescindir del trabajo del intérprete haciendo uso del aforismo *in claris non fit interpretatio*, al que corresponde otro (un poco distinto del primero) que afirma: a un texto claro no se le haga una oscura glosa».

consultos a la hora de resolver los casos jurídicos¹². Este criterio encontraba su corolario lógico en la legitimación de la interpretación auténtica en detrimento de la atribución a la ley por parte de los jurisconsultos de significados que pudieran modificar la voluntad manifiesta del legislador. La consideración del principio *in claris non fit interpretatio* como criterio de prevalencia de la ley sobre cualquier otra fuente del Derecho seguía aún vigente en el siglo XVIII al referir el término *interpretatio* a cualquier expresión normativa pronunciada en ausencia de ley aplicable¹³, que lógicamente debía ceder ante la previsión legislativa del supuesto de hecho objeto de la decisión jurídica¹⁴. Pero el panorama cambió radicalmente con la promulgación del Código Civil francés y la llegada de la escuela francesa de la exégesis, pasando a expresar la preferencia de la interpretación declarativa de los textos normativos. Así lo ve Luis Prieto Sanchís cuando explica las circunstancias que condujeron a este cambio de significado señalando que: «A partir de 1800 la ley tiende a concebirse como la forma exclusiva de producción del derecho y... la interpretación queda reducida a una labor puramente intelectual de descubrimiento del único sentido correcto de la norma. Por consiguiente, si el significado de la norma no ofrecía dudas, la búsqueda cesaba con la mera lectura del texto. En puridad *in claris non fit interpretatio* equivalía a postular una interpretación declarativa frente a cualquier intento de corrección extensiva o restrictiva»¹⁵.

Se pasa así, en definitiva, de una consideración del principio como criterio de prevalencia de la ley en el orden jerárquico de las fuentes del derecho a su contemplación como regla interpretativa de las disposiciones jurídicas, como la regla que privilegia la interpretación declarativa frente a la interpretación correctora en cualquiera de sus versiones. Todo ello hace ver evidentemente que es posible declarar el

¹² PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología o interpretación jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 82-83: «En realidad parece que, en su origen, el principio *in claris non fit interpretatio* no significaba exactamente que ante una norma precisa e indubitada resultase superflua la actividad interpretativa, sino que expresaba más bien un simple criterio de jerarquía normativa destinado a mostrar la preferencia de la ley, es decir, del Derecho Romano y de los decretos del soberano, sobre cualquier otra forma de producción jurídica y, en especial, sobre las opiniones de los jurisconsultos».

¹³ TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1976, p. 67.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 67-68: «el material normativo reconducido bajo el nombre *interpretatio* era considerado subsidiario, es decir, no debía ser utilizado en los casos decididos por la ley o *casus legis*, en base al principio *in claris non fit interpretatio*». También PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del racioamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 101-102: «inicialmente, mientras se mantuvo la noción antigua (y peyorativa) de la *interpretatio* como una especie de fuente supletoria de la *lex*, alimentada a base de *rationes* y *auctoritates*, el cercenamiento de la discrecionalidad judicial o, si se prefiere, la garantía de su racionalidad se tradujo en la prohibición de la propia *interpretatio*».

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e...*, cit., p. 83. Ha expresado recientemente la vinculación entre la escuela de la exégesis y el principio *in claris non fit interpretatio* DEL HIERRO, J. L., *Introducción al Derecho*, Editorial Síntexis, Madrid, 1997, p. 165.

significado de un precepto jurídico, sin ningún tipo de manipulación que pueda alterarlo, al menos en los casos en que los términos del precepto se presentan claros y manifiestos. En la medida en que la interpretación declarativa no hace otra cosa que declarar, repetir, el texto de la disposición que se interpreta puede decirse que la interpretación declarativa supone la opción por la no interpretación del precepto o, si se prefiere, por la interpretación del mismo en el ya referido sentido absurdo y socialmente improductivo.

Por lo demás, a este prestigio de la regla *in claris non fit interpretatio* ha contribuido muy poderosamente el que las propias disposiciones jurídicas hayan impuesto en muchas ocasiones el respeto prioritario al significado literal de las palabras cuando éste es deducible con facilidad, esto es, cuando resulta claro el texto que se trata de interpretar, bien sea éste un contrato, un testamento, etc. Así, por ejemplo, en relación a la interpretación de los contratos, señala el artículo 1281 del Código Civil que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas», si bien indica a continuación que «si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquéllas». En un sentido parecido el propio Código Civil establece, en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias, en su artículo 675 que: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador según el tenor mismo del testamento. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley». Por su parte el Código de Comercio procura eliminar el peligro de tergiversación o manipulación del sentido claro de las palabras al que antes aludíamos, señalando en su artículo 57 que «los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

II. EL CONTENIDO DE LA DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS

En este contexto se ha podido hablar de una cultura e incluso de una «doctrina del sentido claro» de los textos jurídicos¹⁶ que Michel

¹⁶ VAN DE KERCHOVE, M., «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», en Michel van de Kerchove (sous la direction), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1978, pp. 13 y ss.

van de Kerchove resume en cinco tesis fundamentales: *a)* la posibilidad de reconocer textos claros cuyo significado resulta manifiesto, indiscutible e inmediato; *b)* la conservación en el discurso jurídico del significado que tienen las palabras en el lenguaje vulgar, con la excepción de los supuestos en los que el legislador define expresamente tales términos atribuyéndoles un contenido semántico diferente al que se les reconoce normalmente fuera del mundo del Derecho; *c)* la consideración de la ambigüedad y de la indeterminación del sentido usual de las palabras como las únicas causas que pueden originar la oscuridad de un texto; *d)* la consideración de la claridad de un texto como la regla que debe servir de guía a cualquier disposición jurídica, resultando, en sentido contrario, la oscuridad del texto la excepción que hubiera podido evitarse con facilidad si no se hubiera servido el texto que se califica como oscuro de una expresión defectuosa; *e)* la idea de que el carácter claro u oscuro del texto jurídico constituye la *conditio sine qua non* para poder decidir si procede la realización de cualquier interpretación jurídica, sin que, por consiguiente, pueda responder la determinación de tal carácter a ninguna interpretación previa del texto que se califica como claro u oscuro¹⁷.

Aunque estas cinco tesis son normalmente asumidas por los operadores jurídicos y por los teóricos del Derecho que postulan el principio *in claris non fit interpretatio*, hay que reconocer que no todas ellas responden en la misma medida a las exigencias que impone la lógica interna del mismo. Así, parece claro que la posibilidad de reconocer textos claros cuyo significado resulta manifiesto, indiscutible e inmediato constituye un presupuesto lógico necesario para que pueda sostenerse la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos porque no puede haber sentido claro de los textos jurídicos si ni siquiera se admite la posibilidad de la claridad de los textos. Evidentemente las palabras que integran un texto, sea o no éste un texto jurídico, no pueden resultar claras si la determinación de su significado no dispone de un punto de referencia preciso que lo haga incontrovertible. En este sentido, la posibilidad de que el significado que tienen las palabras en el lenguaje vulgar pueda ser alterado por diversas circunstancias que puedan afectar al contexto en que se pronuncian afecta directamente a la claridad de su sentido. Éste sólo puede ser claro si es determinado a través de la correspondiente definición legislativa o si por lo menos es determinable a través de la constatación del significado que dicho término adquiere en el lenguaje vulgar. Puede así decirse que la conservación en el discurso jurídico del significado que corresponde a las palabras en el lenguaje vulgar, salvo los supuestos expresamente definidos por el legislador, constituye una exigencia lógica del principio *in claris non fit interpretatio*, pero también la consecuencia directa del propio funcionamiento normal de los textos lingüísticos, porque lo

¹⁷ *Ibidem*, pp. 13-14.

normal es que las palabras conserven el sentido que tienen en el lenguaje vulgar cuando no son definidas expresamente atribuyéndoles un sentido diferente. En todo caso, la conservación en el discurso jurídico del significado que tienen las palabras en el lenguaje vulgar con la excepción de los supuestos en los que el legislador define expresamente tales términos atribuyéndoles un contenido semántico diferente no garantiza, ni puede garantizar, por sí sola la claridad del texto jurídico. Porque es también perfectamente posible que el significado que las palabras que integran el texto jurídico tienen en el lenguaje vulgar no resulte tampoco claro.

El reconocimiento de la tesis que señala que en la ausencia de definición legislativa que pudiera establecer un significado diferente los textos jurídicos conservan el sentido inmediato que tienen en el lenguaje vulgar nos obliga a prestar atención a la mayor o menor claridad que las palabras que componen tales textos tienen en el habla común. Así, se detecta su posible carácter ambiguo o indeterminado, porque sólo la ambigüedad o la indeterminación del sentido usual de las palabras que lo integran puede originar la oscuridad del texto que se trata de interpretar¹⁸. Sólo puede haber textos jurídicos claros si se acepta que las palabras que los componen están protegidas contra cualquier alteración de significado ajena a ellas mismas. Por eso cabe hablar en la lógica de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos de una oscuridad del texto que tenga su causa en la ambigüedad o en la indeterminación del sentido usual de las palabras en el habla vulgar. Pero hay que tener presente también que la ambigüedad e indeterminación pueden afectar también al significado específico que atribuya el legislador a las palabras que componen el texto¹⁹. Es en este doble sentido como cabe hablar de lo que se ha llamado «la indeterminación irreductible del lenguaje legal»²⁰. Así pues, la más correcta consideración de las tesis que expresan este principio debería reformularse, en nuestra opinión, en el siguiente sentido: la ambigüedad y la indeterminación del sentido usual de las palabras o del que les atribuye el legislador a través de la correspondiente definición normativa son las únicas causas que pueden originar la oscuridad de un determinado texto jurídico.

¹⁸ *Ibidem*, p. 17: «Si la claridad de un texto está vinculada, en defecto de definición legal, a la inmediatez del sentido que poseen en principio sus términos en el lenguaje usual, su eventual oscuridad sólo podría provenir, ella misma, de una ambigüedad o de una imprecisión de ese mismo sentido usual. Convendrá entonces, en ese caso, pero sólo en ese caso, interpretar el texto en cuestión a la luz de otros criterios, confiando a sus términos un significado que no sea incompatible con su sentido usual».

¹⁹ El carácter impreciso de los términos técnicos utilizados por el legislador es destacado por VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975, p. 96, al decir que «la peculiaridad semántica del Derecho radica, en concreto, en que fuera de unas pocas y a veces imprecisas nociones el Derecho opera con el lenguaje usual».

²⁰ CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 132.

La idea de que la claridad de un texto es la regla que debe y puede realizar cualquier disposición jurídica no tiene por qué entenderse en nuestra opinión como una exigencia de la lógica del principio *in claris non fit interpretatio*. Cabe perfectamente representarse un texto jurídico claro, que de acuerdo a este principio no necesite interpretación, sin pensar que su existencia sea algo valioso ni siquiera desde la lógica del principio. Así, por ejemplo, muchas veces utiliza el legislador estándares o conceptos jurídicos indeterminados para conseguir los fines que se propone porque entiende que la mejor manera para alcanzarlos es dejar la determinación de su contenido para un momento posterior al dictado de la ley, es decir, para el momento de su interpretación²¹. No hay que pensar que la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados resulte incompatible con la vigencia del principio porque éste sólo elimina la interpretación cuando el sentido del texto es claro, no propugna que éste deba ser claro, eliminando, por ejemplo, los conceptos jurídicos indeterminados. Por eso no puede decirse que el principio *in claris non fit interpretatio* impone la regla o el ideal de la claridad de los textos reduciendo los casos en que éstos resultan oscuros a la condición de excepciones a la regla general. Podrá haber tantos ejemplos de oscuridad de las disposiciones jurídicas como se quiera imaginar sin que ello afecte para nada a la lógica de un principio que se limita a postular que cuando el texto sea claro, si es que entre todos los ejemplos de oscuridad podemos todavía encontrar un texto claro, éste deberá quedar sin interpretar, rigiendo el sentido que se deduce del significado inmediato de sus palabras²².

Lo que sí es una idea esencial del principio *in claris non fit interpretatio*, sin la que no puede imaginarse su vigencia como tal principio, es la tesis de que la determinación del carácter claro u oscuro de un texto no proviene de ninguna interpretación previa. Mantener lo contrario supondría entender que también los textos claros estaban necesitados de interpretación, por lo menos de la interpretación que hacía posible su calificación como textos claros o como textos oscuros. Por consiguiente, no hay nada que oponer a la consideración de esta tesis como tesis fundamental del principio *in claris non fit interpretatio*, lo que, como ya hemos podido comprobar, no sucede siempre con todas las otras tesis que generalmente se le adscriben.

Podemos, pues, decir que éste prescribe la no interpretación de los textos jurídicos claros amparándose en: 1. la posibilidad que brinda la conservación en el discurso jurídico del significado que tienen las palabras utilizadas en el lenguaje vulgar cuando no procede el legisla-

²¹ ARA PINILLA, I., *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones J. B., Madrid, 1996, pp. 471-472.

²² SORIANO, R., *Compendio de teoría general del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p. 246, parece no compartir en este punto nuestra opinión cuando en relación a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos señala, en primer lugar, que ésta «supone la preferencia del principio del sentido claro del texto».

dor a definir las directamente, atribuyéndoles un sentido diferente a aquél, reconociéndose a este respecto como únicas causas que pueden oscurecer el significado de tales términos a su posible ambigüedad o indeterminación; 2. la idea de que la consideración de un determinado texto jurídico como texto claro u oscuro no deriva de ninguna interpretación previa de éste.

Por el contrario, la tesis que señala que la claridad del texto debe constituir un fin a perseguir por la legislación, la cual resultaría correlativamente defectuosa cuando incluyera términos oscuros, no puede entenderse desde ningún punto de vista como una exigencia propia del principio que estudiamos.

III. CLARIDAD DEL SIGNIFICADO Y CLARIDAD DE LA APLICABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS

La descripción de las tesis fundamentales que integran la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos deja ya al descubierto algunas de las deficiencias que comporta este principio. Sus defensores olvidan al defender estas tesis que el propio concepto de claridad de la ley es un concepto hasta cierto punto impreciso e indeterminado que también requiere lógicamente la correspondiente interpretación por parte del operador jurídico con vistas a la determinación de su contenido.

Así lo reconoce patentemente José Luis Villar Palasí al decir que: «La aplicación de los argumentos se plantea, en primer lugar, cuando no existe directamente un sentido claro en la norma a aplicar o cuando tal norma no es claramente aplicable. De ahí el principio *in claris non fit interpretatio*. El problema consiste justamente en que la delimitación del sentido claro (*sens clair, senso paleso*), no es a su vez un término claro y habría, pues, que hablar de la necesidad de una interpretación para definir el sentido claro y no proceder, por tanto, a argumentos de deducción posteriores»²³. Distingue, por tanto, este autor dos posibles referencias de la claridad de la norma que hay que tener muy presentes a la hora de considerar la operatividad de una determinada disposición jurídica. Son éstas, en primer lugar, la claridad de la aplicabilidad de la disposición y, en segundo lugar, la claridad del significado del texto lingüístico que la expresa. Ahora bien, aunque los conceptos de claridad de la aplicabilidad de la disposición y de claridad del significado normativo de la disposición aluden a ideas muy distintas y deben, por consiguiente, quedar convenientemente diferenciados, lo cierto es que ambos conceptos están mutuamente implicados por resultar dependientes uno de otro y viceversa.

²³ VILLAR PALASÍ, J. L., *op. cit.*, p. 92.

La dependencia de la claridad de la aplicabilidad de la disposición con respecto a la claridad del significado normativo de su texto lingüístico salta a la vista si consideramos que para saber si una determinada disposición jurídica es aplicable a un concreto problema que se pueda plantear en la realidad social hay que conocer previamente cuál es el contenido normativo de dicha disposición. Esto supone tener en cuenta tanto los supuestos de hecho que contempla la disposición jurídica de que se trate como la regulación que para tales supuestos de hecho ella dispone. En este sentido resulta evidente que la aplicación de cualquier disposición jurídica requiere la previa realización de la actividad interpretativa destinada a eliminar los intereses que pudieran afectar al significado del texto lingüístico que la expresa.

Esta opinión ha sido criticada por Rafael Hernández Marín, quien sostiene la tesis de la no necesidad de la interpretación de una disposición jurídica para que ésta pueda ser aplicada. Así señala que: «Es posible que se opine que, antes de actuar en conformidad con, o sea, antes de cumplir una prescripción, el destinatario de la misma realiza siempre un enunciado interpretativo, aunque no lo exteriorice verbalmente o por escrito, es decir, realiza un enunciado mental o interno. Mas, la anterior apreciación no se corresponde con los hechos... la mayoría de las personas cumplen habitualmente los enunciados jurídicos de que son destinatarios (en su vida profesional y en otros ámbitos), ignorando el contenido de dichos enunciados. Por tanto, en todos estos casos, el cumplimiento del Derecho no está precedido por enunciados interpretativos verdaderos (ni tampoco, por supuesto, por enunciados interpretativos falsos). En el caso de la aplicación del Derecho la situación es distinta, obviamente, dado que los Jueces cumplen enunciados jurídicos, cuyo contenido conocen perfectamente con anterioridad. Esto es, desde luego, lo que suele suceder. Pero existe la posibilidad no sólo lógica, sino real o física, de que un juez aplique (por tanto, cumpla) un enunciado jurídico cuyo contenido (incluso, cuya existencia) ignora (quizá por tratarse de un enunciado jurídico creado recientemente). Y esto es suficiente para mostrar que la aplicación del Derecho no depende necesariamente de su previa interpretación»²⁴.

En este largo párrafo se parte de una distinción que en nuestra opinión resulta equivocada: la distinción entre cumplimiento y aplicación del Derecho. Pensamos que la aplicación del Derecho no es más que el cumplimiento de las disposiciones jurídicas por parte de sus destinatarios y que éstos son tanto los Jueces como los sujetos particulares. Así lo reconoce Benito de Castro cuando señala que: «Toda norma jurídica contiene (y es) un programa o plan de conducta para los sujetos a quienes era destinada; por tanto, cuando el compor-

²⁴ HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, PPU, Barcelona, 1989, p. 320.

tamiento de esos sujetos se ajusta al plan establecido en la norma es cuando se está produciendo la verdadera aplicación de esa norma... la aplicación del Derecho ofrece dos manifestaciones básicas: el cumplimiento que llevan a cabo los particulares y la ejecución (aplicación propiamente dicha) por parte de los órganos jurisprudenciales»²⁵. También Ignacio Ara Pinilla al decir que «tanto el individuo que acomoda su comportamiento al modelo prescrito en los enunciados normativos como el órgano jurídico que actúa en el ámbito de sus competencias específicas o el Juez que al resolver las controversias que ante él se presentan cumple el papel que el orden jurídico le reserva o el funcionario público que ejecuta el contenido de la sentencia judicial no hacen, en realidad, otra cosa que aplicar el Derecho»²⁶. Cabe, por consiguiente, hablar de dos sentidos de la aplicación del Derecho como aplicación judicial y como aplicación por parte del destinatario del Derecho en sentido amplio (el hombre de la calle)²⁷. La esencia de la aplicación del Derecho, el sentido que ésta tiene como cumplimiento de las disposiciones jurídicas por parte de los individuos a quienes van destinadas, es, sin embargo, idéntico en los dos casos.

Con esta aclaración queremos dejar constancia de que la interpretación constituye un presupuesto de la aplicación jurídica, en todo caso tanto si se trata de una aplicación judicial como de una aplicación no judicial de las disposiciones jurídicas, porque siempre es necesario conocer qué dicen éstas para poder actuar conforme a sus mandatos. De otro modo si la actuación conforme al mandato normativo no es producto del previo conocimiento del significado de la disposición jurídica habría que hablar más de coincidencia casual entre la actuación del sujeto y el mandato contenido en la disposición jurídica que de aplicación del Derecho. Cuando ésta se produce de manera

²⁵ DE CASTRO CID, B., «Teoría del Derecho», en Antonio Fernández Galiano-Benito de Castro Cid, *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1995, pp. 159-160.

²⁶ ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 446.

²⁷ Esta acepción amplia de la expresión aplicación del Derecho como comprensiva tanto de la aplicación judicial como de la aplicación del destinatario en sentido amplio de las disposiciones jurídicas no es, sin embargo, aceptada por GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, p. 331: «En primer lugar mientras al verbo interpretar le conviene cualquier sujeto (ya que cualquiera puede desarrollar una actividad interpretativa), al verbo aplicar le convienen sólo aquellos sujetos que designan precisamente órganos denominados de la aplicación: principalmente Jueces y funcionarios administrativos. Se puede decir perfectamente de un jurista, o de un ciudadano particular, que interpreta el Derecho, pero no sería apropiado decir que un jurista, o un particular, aplica el Derecho».

En el mismo sentido, BARBERIS, M., «Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p. 73: «Mientras en muchos casos se puede decir que la regla sea aplicada por cualquiera que se sirva de ella (por ejemplo, las reglas de la matemática son aplicadas por cualquiera que haga cálculos) en otros casos, y particularmente en los de las reglas de los juegos y de las normas jurídicas, sólo hay aplicación, en sentido propio, por parte de determinados sujetos».

consciente, lo que constituye en realidad la aplicación del Derecho en sentido estricto, la interpretación se presenta siempre como su supuesto necesario²⁸, al menos en la medida en que no se conozca con claridad el tenor de la disposición jurídica.

La ausencia de incertezas del texto lingüístico que expresa la disposición jurídica es la claridad de la norma. La ausencia de incertezas acerca de la norma aplicable a un determinado supuesto de hecho es la claridad de la aplicabilidad de la norma. Esta última requiere como vemos la previa determinación del significado exacto de la disposición jurídica, que se convierte así en condición necesaria de la aplicación del Derecho. Se trata, no obstante, de una condición necesaria pero no suficiente porque la aplicación del Derecho supone la realización de una serie de complejas operaciones, como la determinación precisa de los hechos y la constatación de que éstos entran efectivamente dentro del supuesto de hecho que contempla la disposición, que exceden a la pura expresión de su significado normativo. La claridad de la aplicabilidad de la norma presupone la claridad de la norma aunque no se agota en ella. Por eso se produce la necesidad de determinar ante todo si cabe en la actualidad sostener la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos.

IV. LA CRISIS DEL PRINCIPIO *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO*

Aunque la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos sigue gozando en la actualidad de un prestigio considerable, lo cierto es que son cada día más los autores y los operadores jurídicos que rechazan sus tesis fundamentales. A este respecto, la crisis del positivismo jurídico ha contribuido bastante a crear una situación de cuestionamiento de sus tesis fundamentales, porque la idea de claridad de los textos responde perfectamente al planteamiento y a los supuestos teóricos positivistas²⁹. La «normalidad» del Derecho se

²⁸ Así lo reconoce el propio HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, pp. 320-321, al decir que: «Todavía cabría objetar que la aplicación del Derecho no es un mero cumplimiento del Derecho, sino un cumplimiento consciente, o sea, obediencia al Derecho; y que para que pueda haber obediencia a un enunciado jurídico es necesario que éste sea previamente interpretado, aunque sólo sea mentalmente. Ante esta objeción hay que ceder. Si la aplicación del Derecho es entendida estrictamente como obediencia al Derecho, y la interpretación del Derecho es entendida ampliamente, incluyendo entre los enunciados interpretativos los enunciados interpretativos internos o mentales, entonces efectivamente no puede existir aplicación sin interpretación».

²⁹ HASSEMER, W., «Sistema jurídico y codificación: La vinculación del Juez a la ley», traducción española de Virginia Martínez Bretones, en Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer (editores) (edición española a cargo de Gregorio Robles), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992, p. 203, alude al tenor literal y al significado natural de las palabras como «nuevas líneas de defensa» del «esquema del papel dominante de la codificación respecto del fallo judicial».

correspondía así perfectamente con la idea de la interpretación como indagación de un sentido ya dado y con la de la aplicación automática de la norma de sentido claro. Hoy arrecian, sin embargo, las críticas contra la doctrina del sentido claro de los textos no sólo desde los autores críticos con el positivismo jurídico, sino también desde quienes asumen de uno u otro modo la dimensión activa de la interpretación del Derecho³⁰.

Así, por ejemplo, entre los filósofos del Derecho españoles habla Luis Prieto Sanchís de la «decadencia de aquel principio» que en su opinión «no obedece a que haya dejado de creerse en la posibilidad de leyes claras, sino de modo principal a que ya no se concibe la interpretación como una tarea meramente intelectual y descubridora de un significado propio e independiente de los enunciados normativos»³¹. También Rafael de Asís Roig señala que «prácticamente la totalidad de los estudios sobre la interpretación tienden a recalcar que la claridad de las normas es algo que viene después de la interpretación y no antes»³². El examen de las opiniones doctrinales contemporáneas sobre esta cuestión reafirma en efecto la tendencia indicada³³, sin que falte incluso quien ponga en relación la pretendida

³⁰ BALAGUER CASTELLÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 103-104.

³¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e...*, cit., p. 83.

³² DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 179.

³³ Para DE CASTRO CID, B., *op. cit.*, p. 165, «La necesidad de interpretación no afecta sólo a las normas especialmente oscuras, imprecisas o difícilmente inteligibles; cualquier texto normativo, incluso el mejor formulado y el más claro, necesitará ser desentrañado en su sentido... Resulta patente, en consecuencia, la inexactitud de esa apreciación o principio tradicional de que la interpretación resulta innecesaria ante las normas jurídicas claras (*interpretatio cessat in claris*)». SORIANO, R., *op. cit.*, pp. 245-246, dice que «ni siquiera el brocardo hermenéutico latino *in claris non fit interpretatio* es hoy sostenible. Por el contrario, las normas son cada vez más complejas y en la misma medida se impone la necesidad de la interpretación de su significado y su alcance antes de ser aplicadas. La interpretación jurídica es, pues, una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico, ya sea o no su expresión clara». En el mismo sentido ARA PINILLA, I., *op. cit.*, p. 459, señalando respecto al principio *in claris non fit interpretatio* que: «la naturaleza convencional del lenguaje y la necesidad de adecuar el sentido del enunciado jurídico a las diferentes situaciones que puedan caer dentro de su ámbito de regulación hacen absolutamente indefendibles este tipo de afirmaciones». Igualmente, SEGURA ORTEGA, M., *Teoría del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, p. 207, dice que «hoy ya nadie sostiene que la interpretación sólo afecta a un tipo de normas (las que son confusas y oscuras), sino que, por el contrario, se afirma que todas las normas, absolutamente todas, deben ser interpretadas». También BELLOSO MARTÍN, N., «La interpretación y la aplicación del derecho. El poder judicial: creación y aplicación del Derecho», en Nuria Belloso Martín-J. Javier Santamaría Ibeas, *Materiales para prácticas de teoría del Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p. 88, dice que: «El brocardo latino *in claris non fit interpretatio* no es hoy sostenible. Por el contrario, las normas son cada vez más complejas y por ello se impone la necesidad de la interpretación de su significado antes de ser aplicadas».

claridad de los textos jurídicos con la falta de inteligencia de quien se enfrenta a ellos³⁴.

Estas opiniones y otras muchas que se podrían añadir muestran a las claras que el principio *in claris non fit interpretatio* no es ya asumido de forma tan indiscutible como lo era en tiempos pasados. Además, la crítica a la doctrina de la claridad de los textos jurídicos parece haberse extendido en las últimas décadas a los propios tribunales de justicia. Sin embargo, sigue operando con más o menos fuerza en la vida jurídica porque sigue operando la ficción de la claridad de los textos jurídicos. La pervivencia de este principio se explica sobre todo porque en la vida jurídica no sólo actúan los operadores jurídicos sino también otras personas no especializadas en el conocimiento del derecho que precisamente porque no son especialistas no han asumido todavía la falta de fundamento de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos³⁵.

La situación se hace todavía más compleja cuando se comprueba que las reglas generales de la interpretación jurídica establecidas en las disposiciones de los diferentes ordenamientos jurídicos sostienen dos afirmaciones que parecen en principio contradictorias: 1) las palabras que componen los distintos textos jurídicos tienen, o por lo menos pueden tener, un significado propio, y 2) la interpretación de los textos jurídicos no tendrá como único criterio la atención al significado propio de las palabras que lo forman, sino también otros criterios diferentes como pueden ser el finalista, el sistemático, el contextual, etc.

Un ejemplo de esta situación es el artículo 12.1 del Código civil italiano que señala que «en la aplicación de la ley no se le puede atribuir otro sentido que el que ponen de manifiesto el significado propio de sus palabras conforme a su conexión y la intención del legislador»³⁶. En él la intención del legislador se contrapone al sentido propio de sus palabras sin que exista ninguna regla última que permita privilegiar un determinado criterio sobre otro cuando los dos ofrecen soluciones contradictorias entre sí³⁷. También responde a este modelo aparentemente

³⁴ MARTÍNEZ ROLDÁN, L.-FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, pp. 280-281: «El clásico principio de que *in claris non fit interpretatio* hoy día es totalmente rechazado tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial, porque, como tendremos ocasión de ver, parte de unos presupuestos ideológicos o falsos. Yo diría que la claridad de los preceptos jurídicos es inversamente proporcional a la inteligencia o preparación científica del intérprete, mientras que la necesidad de la interpretación es directamente proporcional».

³⁵ La idea de la difusión actual de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos entre las personas no especializadas en el mundo del derecho es sostenida por GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 331.

³⁶ La denominación del sentido propio de las palabras la califican JORI, M.-PINTORE, A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1988, p. 181, como una «terminología semiótica vaga o, sin más, discutible».

³⁷ GUASTINI, R., *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle Preleggi*, Giappichelli Editore, Torino, 1989, p. 85: «Desde este punto de vista parece que se

contradictorio el artículo 3.1 del Código Civil español que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Artículo del que se ha dicho, con razón, que en la apelación a elementos interpretativos tan heterogéneos «combina de manera muy compleja alusiones a tradiciones culturales de la interpretación muy diversas»³⁸.

En efecto, si se admite que la función de la interpretación del Derecho es atribuir significado a las disposiciones jurídicas, y con ello también a las palabras que componen el texto de las mismas, no se puede admitir paralelamente que estas palabras tengan ya de antemano un significado propio, porque en la lógica de este artículo tal significado se lo proporciona precisamente la interpretación del texto lingüístico de la disposición jurídica³⁹. La convivencia de los demás criterios interpretativos con el que señala que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras sólo tendría sentido si se aceptara que la entrada de los otros criterios se produjese en ausencia de sentido propio de las palabras, es decir, cuando no nos encontráramos ante lo que se conoce como un texto jurídico claro. Esto supondría entender que nos halláramos ante un catálogo jerarquizado y escalonado de criterios interpretativos en el que la posibilidad de la aplicación de uno, el criterio del sentido propio de las palabras, excluiría la puesta en marcha de los demás. Pero la actuación de los criterios de interpretación jurídica no se rige por un principio de jerarquía y subordinación, sino, al contrario, por el principio de coordina-

debe decir que la disposición que comentamos regula no tanto la interpretación como, más bien, el modo de justificarla o argumentarla, predisponiendo así una solución a las posibles controversias interpretativas. Desde este punto de vista se puede decir que la norma en cuestión sugiere a los intérpretes la adopción de dos argumentos distintos: el del lenguaje común y el de la intención legislativa. Obsérvese que los dos argumentos son potencialmente contradictorios (en especial cuando se trata de atribuir significado a un documento normativo que ya no es reciente). Sin embargo, no se ha prescrito ninguna solución para el caso, bastante frecuente, de que la investigación del sentido común de las palabras y, respectivamente, la investigación de la intención del legislador, conduzcan a resultados divergentes. En otros términos, no se ha establecido expresamente ningún criterio de preferencia para uno u otro argumentos».

³⁸ SALVADOR CODERCH, P., «artículo 3.1 del Código Civil», en Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Editorial Revista de Derecho Privado Edersa, tomo I, vol. 1, Madrid, 1992, p. 523.

³⁹ Por eso, en relación al artículo 12.1 del Código Civil italiano, y podría extenderse también en relación al artículo 3.1 del Código Civil español, ha dicho GUASTINI, R., *Le fonti del diritto...*, cit., pág. 393: «si se conviene en que la teoría en cuestión no tiene fundamento, ya que no existe en absoluto una cosa como el significado propio de las palabras, la disposición examinada no puede ser entendida en sentido literal». En este sentido también TARELLO, G., «Frammenti di una teoria dell'interpretazione», en Riccardo Guastini (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 282.

ción y complementariedad entre ellos⁴⁰, limitándose el criterio literal a señalar el ámbito de actuación de la interpretación jurídica⁴¹.

En resumen, pues, la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos ha perdido en nuestros días una gran parte de la influencia que tuvo en el pasado aunque sigue todavía perviviendo en la mentalidad jurídica más tradicional. ¿Cómo se explica esta situación que permite incluso la positivación de la tesis central de esta doctrina como principio regulador de la interpretación del Derecho? La clave está, en nuestra opinión, en la defectuosa comprensión de la relación que guarda la interpretación jurídica con el propio contenido normativo de los textos jurídicos que se interpretan. La teoría tradicional de la interpretación jurídica la ha entendido como el descubrimiento o el esclarecimiento del significado de las normas jurídicas. Frente a esta idea, Giovanni Tarello ha propuesto otra mucho más eficaz consistente en la consideración de que la norma «no precede como dato, sino que sigue como producto, al proceso interpretativo»⁴². Se destaca así la función que corresponde al intérprete como persona que determina el contenido normativo de las disposiciones jurídicas y a la interpretación como operación dirigida a establecer algo que hasta después de realizado el proceso interpretativo no existía: la norma jurídica. Ésta no se confunde, por consiguiente, con el documento normativo, sino que constituye el resultado al que se llega a través de la realización de la interpretación del propio documento normativo. El documento normativo y el sujeto que le atribuye significado constituyen así los «elementos necesarios» de la interpretación del Derecho⁴³.

Al margen de la extrañeza que para un jurista tradicional puede suponer la aceptación de esta tesis⁴⁴, sobre todo por lo que tiene de contradicción con el modo clásico de concebir la norma como disposición o documento⁴⁵, la teoría de Giovanni Tarello permite captar

⁴⁰ DE CASTRO CID, B., *op. cit.*, p. 174: «Tal como han puesto de relieve las doctrinas actuales, los tradicionales métodos de interpretación no son caminos separados y excluyentes; su sentido es actuar como criterios o instrumentos complementarios que han de ser utilizados al mismo tiempo en el complejo proceso de la interpretación jurídica. Desde este punto de vista la pregunta por el método correcto de interpretación jurídica aparece en buena medida como un falso problema».

⁴¹ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, p. 227: «Hemos de decir que el criterio interpretativo del sentido literal señala a la vez el punto de partida y el límite último de la tarea interpretativa. Lo primero porque es el criterio con el que se ha de iniciar toda interpretación de un texto lingüístico; lo segundo porque, si se sobrepasa el sentido literal, ya no habrá interpretación, sino intromisión en el texto y distorsión de su sentido».

⁴² TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 395.

⁴³ TARELLO, G., «L'interpretazione della legge», en A. Cicu-F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I, t. 2, Giuffrè Editore, Milano, 1980, p. 106.

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e...*, cit., p. 83, califica a esta afirmación como «sin duda sugestiva y sorprendente para un jurista de formación tradicional».

⁴⁵ El mismo PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, p. 84, intenta superar esta dificultad distinguiendo entre la norma-producto o resultado de la interpretación y la norma-dato, que constituye el objeto sobre el que actúa la interpretación.

con mucha más claridad lo injustificado de la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos, porque pone de manifiesto que éstos no significan nada mientras no se interpretan. Sólo después de realizado el proceso interpretativo podrá conocerse el significado de la disposición jurídica y si este significado es claro u ofrece algún tipo de oscuridad⁴⁶.

V. CLARIDAD DEL TEXTO Y COMUNIDAD DE ASIMILACIÓN DEL MENSAJE LINGÜÍSTICO DE LA DISPOSICIÓN JURÍDICA

Ahora bien, una vez asumida la necesidad de realizar la interpretación de un texto jurídico para poder decidir si éste es claro u oscuro, hay que plantearse también si cabe hablar de claridad de los textos jurídicos en un sentido diferente al reconocimiento de que éstos, una vez interpretados, tienen ya perfectamente determinado su significado. La respuesta a esta pregunta exige que se tenga muy presente qué es el lenguaje y quién determina el significado de los términos lingüísticos. La primera cuestión es respondida claramente por Charles Morris al identificar al lenguaje como una serie de signos plurisituacionales, es decir, como una serie de signos que actúan de manera semejante ante situaciones iguales⁴⁷. La respuesta a la segunda cuestión nos va a permitir comprobar en qué consiste exactamente la actuación de los signos, y también lógicamente en qué consiste la actuación de manera semejante: es el receptor del mensaje lingüístico el que determina cuál es el significado de sus términos y la reacción-respuesta del propio receptor del mensaje la que va a permitir comprobar en qué consiste la actuación de manera semejante de los signos lingüísticos. Así, cuando esa reacción-respuesta es semejante entre los miembros de una determinada comunidad lingüística, podremos decir que nos encontramos ante un significado uniforme de la expresión lingüística por ser análoga la reacción-respuesta que experimentan los receptores del mensaje ante ella.

Esta idea se traslada al problema del significado propio de las palabras que integran el texto jurídico, ofreciendo una versión del mismo como homogeneidad de las reacciones-respuestas que el mensaje lingüístico suscita entre sus receptores. Así nos dice Enrico Pattaro que el significado de los términos que componen las expresiones lingüísticas «no está insito en las palabras, sino que depende

⁴⁶ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Márgenes y límites en la aplicación del Derecho*, Librería Carmelo, Facultad de Derecho, Donostia, 1992, p. 44: «el reconocimiento de la claridad u oscuridad de una norma está afectado por las estimaciones del intérprete».

⁴⁷ MORRIS, Ch., *Foundations of the theory of signs*, The University of Chicago Press, Chicago, 1938.

de las reacciones-respuesta de un receptor, reacciones que a su vez dependen del proceso de aprendizaje a través del cual ha pasado el receptor; proceso en el cual juegan un papel fundamental los usos lingüísticos consolidados, verdadero y propio instrumento de la comunicación lingüística; se tiene la tendencia a considerar que las palabras tienen un significado inmanente porque, dentro de cada grupo de personas que han seguido procesos de aprendizaje similares (en una comunidad lingüística), palabras iguales suscitan normal y aproximativamente iguales imágenes y/o conceptos»⁴⁸. Es este proceso de aprendizaje común a los miembros de una determinada colectividad social el que crea la falsa imagen del significado inmanente de las palabras, y con ello también de los textos jurídicos. Pero se trata en todo caso de una imagen falsa que no puede desconocer la realidad, aunque sea una imagen aceptada por la generalidad de los integrantes del grupo social.

La claridad de los textos jurídicos se presenta así como una comunidad de asimilación del mensaje lingüístico que transmiten por parte de sus receptores, que se diluye lógicamente cuando dicha asimilación o reacción-respuesta resulta diferente en cada receptor⁴⁹. Esta acepción de la claridad de los textos jurídicos no excluye, sin embargo, la interpretación, sino que precisamente procede de ella, porque sólo a través de la correspondiente interpretación del texto jurídico pueden sus destinatarios, como receptores de su mensaje lingüístico, experimentar algún tipo de reacción-respuesta ante él. Podría incluso decirse que procede la claridad de los textos jurídicos de un determinado tipo de interpretación, la interpretación finalista, en la medida en que el receptor del mensaje tiende a identificarlo como un mensaje lingüístico razonable y adecuado a la obtención de los fines del Derecho⁵⁰, funcionando al respecto lo que Mario Jori y Anna Pintore llaman la regla pragmática del «buen sentido genérico»⁵¹. Además, no se puede tampoco olvidar que la reacción del receptor depende fundamentalmente del contexto en el que se produce, estando, a su vez, condicionada por el contexto en el

⁴⁸ PATTARO, E., *Introduzione al Corso di Filosofia del Diritto, vol. II*, Editrice Clueb, Bologna, 1987, pp. 205-206.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 206: «donde no se dé un grupo de personas que tenga reacciones homogéneas ante la percepción de las mismas palabras, es decir, donde no rijan usos lingüísticos consolidados, el denominado significado propio de las palabras se fracturará en tantas reacciones-respuesta distintas (por parte de los receptores) y, en el límite, se vanificará».

⁵⁰ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Ley y Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 93.

⁵¹ JORI, M.-PINTORE, A., *op. cit.*, p. 178: «la principal regla pragmática de interpretación es el buen sentido genérico, que hace que se interprete el enunciado jurídico como enunciado prescriptivo sensato, de manera que se encuentre en condiciones de desarrollar alguna función de dirección de comportamientos, y según la finalidad que presumiblemente puede ser atribuida a las normas en una situación normal».

que se emite el mensaje normativo, es decir, por el denominado contexto de enunciación⁵².

La literalidad del texto deja de ser así el elemento determinante de su claridad, que resulta fundamentalmente dependiente de las circunstancias en que es empleado. Por eso se ha dicho que no pueden considerarse en abstracto las situaciones de duda y de claridad, ya que «el mismo texto es claro o dudoso según los contextos concretos de su uso»⁵³. Ello abre la puerta a una amplia serie de opciones interpretativas en función de los diversos contextos de producción y de aplicación de las disposiciones jurídicas que sólo resultarán más o menos uniformes cuando estos contextos puedan considerarse hasta cierto punto homogéneos. En este sentido dice Herbert Hart que «los casos claros en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo generalizado sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios»⁵⁴.

Pero una cosa es, como antes veíamos, la claridad de los textos jurídicos y otra muy distinta la claridad en la aplicación de los textos jurídicos. Podría pensarse que, aunque se trate de una claridad *sui generis*, que no excluye la interpretación, sino que la presupone la claridad del texto jurídico, en los términos apuntados constituye el primer paso para poder llegar a la claridad de la aplicabilidad de las disposiciones jurídicas. El propio Herbert Hart distingue a este propósito una zona de claridad y otra de penumbra en la aplicación de las reglas jurídicas a los casos de la vida real, señalando que «frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica; es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales»⁵⁵.

Esta distinción, que ha tenido una buena acogida en la doctrina jurídica, no permite, sin embargo, eliminar el problema que plantea la

⁵² VAN DE KERCHOVE, M., *op. cit.*, p. 37: «Si se admite que la claridad de un texto está siempre ligada a la toma en consideración de su contexto particular de enunciación y que el recurso al pretendido sentido usual único de un término enmascara siempre una opción entre una pluralidad de acepciones posibles e incluso una reconstrucción al menos parcial de una de esas acepciones en función de criterios contextuales propiamente jurídicos, se está forzado a admitir también que el reconocimiento de la claridad de un texto implica siempre una interpretación preliminar».

⁵³ WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción española de Arantxa Azurza, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 24.

⁵⁴ HART, H., *El concepto de Derecho*, traducción española de Genaro Carrió, Editora Nacional, México, 1980, p. 158.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 152-153.

mayor o menor claridad en la aplicación de la disposición jurídica, incluso en los casos en que se puede decir que nos enfrentamos a un texto jurídico claro. Como dice Genaro Carrió, la distinción entre la zona de penumbra y el área de certeza «es vaga porque depende de la noción de zona de penumbra, que también lo es»⁵⁶. Es ésta la prueba más evidente de que la claridad del texto jurídico no puede garantizar la claridad de su aplicabilidad, del mismo modo que tampoco puede excluir la necesidad de su interpretación.

VI. LOS EFECTOS PERVERSOS DE LA DOCTRINA DEL SENTIDO CLARO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS

Reconocer que es necesaria la interpretación de un determinado texto jurídico para poder calificarlo como texto claro u oscuro no supone ningún límite a lo operativa que pueda resultar la idea de claridad de los textos jurídicos. Es evidente que los destinatarios de las normas jurídicas responden con una cierta uniformidad de comportamientos ante la entrada en vigor de ciertas disposiciones jurídicas. Esto lleva a pensar que los textos que expresan estas disposiciones jurídicas son claros, que no ofrecen ningún problema de oscuridad. Incluso la insistencia por parte de los teóricos del Derecho en proponer una teoría de la legislación libre de los problemas lingüísticos que afectan a muchas de las disposiciones jurídicas⁵⁷ podría considerarse un argumento más en favor de la claridad de los textos jurídicos o, por lo menos, en favor de una clarificación de los mismos.

No hay duda de que la creencia generalizada en la claridad de determinados textos jurídicos facilita mucho las cosas desde el punto de vista del funcionamiento del Derecho. Cuanto más claro se considere un texto más fácil es su aplicación y la obediencia al mandato que contiene. En este sentido, la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos podría pensarse que cumple una función positiva, aunque para ello sea necesario reformular la idea de claridad de los textos como uniformidad de las reacciones de los receptores de los mensajes normativos que llevan estos textos.

⁵⁶ R. CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 56.

⁵⁷ Sobre la teoría y la técnica de la legislación *vid.* ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Editorial Civitas, Madrid, 1997; BULYGIN, E., *Teoría y técnica de la legislación*, en Carlos Alchourrón-Eugenio Bulygin, *Análisis lógico del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 409-425; GRETEL (Grupo de estudios de técnica legislativa), *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1986; RUIZ SANZ, M., «De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 637-650, y ZAPATERO GÓMEZ, V., *De la jurisprudencia a la legislación*, Doxa 15-16, vol. II, 1994, pp. 769-789.

Entender así las cosas supone, sin embargo, asumir una ficción sin base real cuyos efectos resultan enormemente negativos⁵⁸. Estamos de acuerdo en este punto con la opinión que dice que «la doctrina del sentido claro de los textos no es desde luego inocente»⁵⁹. Ello es así, sobre todo, por la función de ocultación o «disimulación»⁶⁰ que cumple en el mundo jurídico. En efecto, las acciones y decisiones que toman los diferentes operadores jurídicos e incluso el hombre de la calle en tanto que destinatario general de las disposiciones jurídicas, pueden disimular bajo la apariencia de la aplicación automática de la ley que sugiere el principio de la claridad de los textos jurídicos la adopción de su postura personal, ocultando la diversidad de opciones de actuación que se le ofrecían en función de la diversidad de interpretaciones posibles. En este sentido se ha identificado a la falsa transparencia de los textos jurídicos como «el abrigo, aparentemente más inocente, detrás del cual se puede disimular el ejercicio dogmático de un poder que entiende ocultar los motivos reales de sus decisiones y sustraerlas a todo control verdaderamente racional, así como a toda discusión»⁶¹.

Por otra parte la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos cumple también una importante función como directiva de interpretación jurídica. Aunque a primera vista pueda parecer que no tiene ninguna influencia en el terreno interpretativo, precisamente porque lo que manda es no interpretar el texto que se entiende suficientemente claro, en el fondo está sugiriendo un método de actuación de consecuencias muy importantes, está sugiriendo que se acepte el texto tal como viene expresado en su literalidad.

Esto no supone en principio una gran novedad desde el punto de vista interpretativo porque uno de los cánones de la interpretación jurídica es precisamente el criterio literal. Lo grave de la situación no es la entrada en acción de este criterio, sino la exclusión que supone de los demás criterios interpretativos. Como dice Jerzy Wroblewski, «aunque no es siempre cierto que todos los intérpretes se atengan a ella la máxima latina *interpretatio cessat in claris* es un ejemplo de

⁵⁸ VON DE KERCHOVE, M., *op. cit.*, p. 50: «Parece que no hay más que un término apropiado para calificar el uso que hace de la noción de claridad la doctrina citada del sentido claro de los textos, todavía largamente acreditada por nuestra Corte suprema, es el de ficción jurídica. Como toda ficción jurídica, la de la claridad textual absoluta, o incluso solamente independiente de cualquier interpretación preliminar, nos parece teóricamente indefendible». En este sentido OPALEK, K., «Norme ed enunciati su norme», en Riccardo Guastini (a cura di), *Problemi di...*, cit., p. 245, se refiere a la «ilusión de que exista un y sólo un significado propio de la norma». En general sobre las ficciones en el Derecho, MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992.

⁵⁹ SORIANO, R., *op. cit.*, p. 246.

⁶⁰ VON DE KERCHOVE, M., *op. cit.*, p. 49.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 49-50.

directiva interpretativa de nivel más alto que la directiva lingüística, semántica y funcional»⁶².

Este superior nivel que le corresponde como directiva interpretativa no sólo se manifiesta en la mayor potencia que le corresponde a la hora de definir el significado concreto del texto jurídico objeto de interpretación. También lo hace impidiendo cualquier otra interpretación que no sea la propia determinación directa de su significado por parte de quien entiende que éste resulta claro. Actuando de este modo más que eliminar la interpretación del texto, lo cual hemos visto ya que no es posible, lo que está haciendo es provocar una interpretación distorsionada que no permite la acción de los criterios interpretativos que permiten atribuir al texto el significado que le debe corresponder a la luz de las circunstancias de todo tipo que rodean a su incorporación al ordenamiento jurídico y a su vigencia dentro de éste.

⁶² WROBLEWSKI, J., «Semantic basis of the theory of legal interpretation», en *La théorie de l'argumentation. Perspectives et applications*, Louvain, 1963, p. 335.

El derecho secreto y la fórmula de Radbruch ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?

Por A. DANIEL OLIVER LALANA
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: DERECHO EXTREMADAMENTE INJUSTO Y TESIS DE LA VINCULACIÓN.—2. DELIMITACIÓN GENERAL DEL ANÁLISIS: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO.—3. SISTEMAS JURÍDICOS TOTALMENTE SECRETOS: 3.1 *Seguridad*. 3.2 *Eficacia*.—4. SISTEMAS JURÍDICOS PARCIALMENTE SECRETOS.—5. NORMAS JURÍDICAS SECRETAS, CONSIDERADAS AISLADAMENTE: 5.1 *¿Existen normas jurídicas secretas?* 5.2 *Delimitación conceptual de la norma jurídica secreta*. 5.3 *Normas primarias y normas secundarias*.—6. CONCEPTOS POSITIVOS Y CONCEPTOS NORMATIVOS.—7. PUBLICIDAD Y DERECHO CONSUECUDINARIO.—8. RELACIONES CONCEPTUALES ENTRE DERECHO Y PUBLICIDAD: 8.1 *La comunicación como componente del triángulo definitorio del derecho*. 8.2 *Legalidad o positividad*. 8.3 *Justicia o corrección material*.—9. JUSTIFICABILIDAD. 10. EL DERECHO SECRETO Y LA FÓRMULA DE RADBRUCH.—11. RECAPITULACIÓN: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO.

1. PLANTEAMIENTO: DERECHO EXTREMADAMENTE INJUSTO Y TESIS DE LA VINCULACIÓN

En septiembre de 1939, Adolf Hitler dirigía al *Reichsleiter* Bouhler y al Dr. Brandt una orden con el siguiente tenor:

Quedan encargados de ampliar las competencias de determinados médicos para que, según el humano juicio, pueda asegurarse la muerte piadosa de enfermos incurables en el caso de una evaluación crítica del estado de su enfermedad.

La llamada «orden de la eutanasia» (*Euthanasie-Befehl*) disponía así la muerte «piadosa» de los enfermos incurables. Entre 1939 y 1941, hasta el «parón» de la eutanasia (*Euthanasie-Stopp*), más de setenta mil de ellos fueron «liberados» o «desinfectados» por causa directa de esta norma (Ott, 1991: 520). Pero la aplicación de la muerte piadosa no concluyó en 1941. A los enfermos incurables se sumaron luego reclusos de campos de concentración, inválidos y personas consideradas asociales. La orden no fue nunca publicada y de su existencia, por demás, no supo la opinión pública hasta que en los Procesos de Nürenberg vieron la luz los documentos secretos del nacionalsocialismo.

Dicen que el verdadero conocimiento se nutre de anomalías y problemas poco frecuentes. De ahí que comiencen estas páginas con el recuerdo de un caso insólito. Si no ha de servir para avivar intereses, bien valdrá, al menos, para que este autor justifique su preocupación por la publicidad del derecho. A fin de cuentas, la filosofía no es sino una reflexión sobre el modo en que podemos solucionar las situaciones problemáticas a que nos enfrentamos (Putnam, 1994: 33).

Como es sabido, los casos extremos alientan la reflexión sobre el concepto de derecho. Este tipo de reflexión puede verse hoy como un nuevo asalto en la pugna entre las llamadas tesis *de la vinculación y de la separación*. Sobre la base de la tesis de la vinculación, que defiende la existencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral, algunas concepciones de lo que *son* (plano analítico) o *deben ser* (plano normativo) las normas jurídicas negarían que una ley o una orden semejantes puedan o deban ser definidas como derecho.

Esta negación de naturaleza jurídica suele responder a un criterio material de justicia. Así, podríamos sostener que tales normas no fueron nunca derecho porque su contenido vulnera las más elementales exigencias de justicia, o el mínimo de respeto a la dignidad humana que se halla necesariamente incardinado en ella (Kaufmann, 1997: 141-44). En torno a la dignidad humana existiría un mínimo infranqueable de principios *morales* fundamentales, *de naturaleza jurídica* (iusnaturales), que prevalecen sobre toda norma positiva¹. Cuando una ley constituye un «derecho» extremadamente injusto (*extremes Unrecht*), por vulnerar estos principios básicos, pierde su validez jurídica. Éstos son los términos de la célebre Fórmula de Radbruch: «existen principios de derecho más fuertes que cualquier proposición jurídica, de modo que cuando una ley los contradice pierde su validez jurídica (*der Geltung bar ist*)» (Radbruch, 1990: 79). De aplicarla a nuestros ejemplos, resultaría que, si el «derecho» extremadamente injusto no es derecho, y puesto que las dos normas mencionadas fue-

¹ La cuestión ha cobrado nuevo impacto en los últimos años, a raíz de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán (Alexy, 2000: 205) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los Centinelas del Muro de Berlín (Casos Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany [22.03.2001] y K.-H.W. vs. Germany [22.03.2001]).

ron extremadamente injustas, entonces esas normas no tienen naturaleza jurídica (Ott, 1992: 187; Alexy, 1992: 70).

2. DELIMITACIÓN GENERAL DEL ANÁLISIS: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO

La Fórmula de Radbruch asocia la extrema injusticia de una norma con su contenido material. Pero la justicia y la injusticia tienen también manifestaciones formales. Sobre esta afirmación reposa mi tesis inicial: las normas que acabo de referir, de naturaleza extremadamente injusta por cuanto a su contenido, incorporan un *plus* de injusticia, el cual viene definido por el simple hecho de no haber sido publicadas. Esto es, su injusticia o incorrección deriva tanto de su contenido material normativo como de un defecto formal: la ausencia de publicación. Este trabajo pretende aislar este *plus* de injusticia, a fin de clarificar la relación que la publicidad y, por tanto, la comunicación guardan con el concepto de derecho.

Aunque no habremos de terciar en el debate sobre el concepto de comunicación², podemos entender por comunicación de las normas la transmisión de información sobre lo que es derecho entre los productores de las normas y la comunidad de ciudadanos³. Admitido que la publicación constituye una de las formas arquetípicas de comunicación (Merten, 1977: 21), cabe plantear el problema del modo siguiente: ¿es la comunicación un elemento necesario del concepto de derecho? ¿Presupone el concepto de derecho, de forma necesaria, que las normas deben ser comunicadas? Una respuesta afirmativa apoyaría la tesis de que existe una conexión necesaria *de carácter formal* entre derecho y moral. Para resolver estas cuestiones, es menester dilucidar si puede negarse la naturaleza jurídica de una norma cuando no haya sido publicada y con independencia de su contenido. Así pueden entenderse afirmaciones como éstas: «aquello que no sea publicado no es derecho» (BVerfGE 7, 330, 337); o «a la promulgación como divulgación del derecho le corresponde una importancia constitutiva. No existe derecho alguno previo a la promulgación» (Brieskorn, 1993: 40).

El campo de las relaciones conceptuales de carácter *necesario* entre derecho y publicidad ha merecido parca atención investigadora.

² Pocos conceptos conoce la reflexión científica contemporánea que sean más angulosos que éste. MERTEN (1977: 26), tras analizar ciento sesenta conceptos de comunicación, termina por decir que aquello que sea comunicación es, «en el mejor de los casos, vagamente reconocible».

³ Si bien es posible comunicar sólo mediante actos, pues la comunicación se produce desde que existe una «selección o asignación de sentido» (LUHMANN, 1995: 113 ss.), aquí nos limitaremos a la acepción común de la publicidad de las normas, como exteriorización verbal o escrita.

Es probable que casi todos los filósofos del derecho hayan afirmado alguna vez que las leyes deben publicarse, pero pocos han desarrollado una argumentación conceptual para sostener tal declaración (Fuller, 1969: 98). El debate se nutre, por lo común, de planteamientos de orden jurídico-positivo y la necesidad de publicar las normas queda entonces supeditada a la aplicación de una regla constitucional específica (v. gr., art. 91 CE).

A fin de analizar en qué medida la comunicación constituye un elemento necesario para el concepto de Derecho, habría que responder dos cuestiones, a saber: (i) si la comunicación constituye un presupuesto conceptual del derecho y un componente necesario de su definición (esto es, si el «derecho secreto» puede ser derecho); y (ii) si la comunicación es un criterio definitorio del derecho, pero sólo como elemento asociado con otros parámetros, como la positividad y la justicia.

Quien afirma que el «derecho» no comunicado no es derecho, entiende la comunicación como un elemento necesario del concepto de derecho, en el sentido de lo que Alexy (1992: 48-49) denomina «criterios clasificantes». En este orden terminológico, un criterio es clasificante si no puede atribuirse carácter jurídico, por razones conceptuales *analíticas* o *normativas*, a las normas o sistemas normativos que no lo satisfagan.

En este punto conviene recordar un primer deslinde conceptual, a propósito de lo que venga aludido por el término «derecho»⁴. Existen tres vías de acercamiento al significado de este término. De una parte, podemos referirnos a los sistemas jurídicos contemplados en su conjunto. A su vez, hay que diferenciar, en tal caso, entre sistemas jurídicos totalmente secretos (3) y sistemas jurídicos secretos sólo parcialmente (4). En tercer lugar, podemos aplicar un criterio clasificante a las normas jurídicas aislada o individualmente consideradas (5).

3. SISTEMAS JURÍDICOS TOTALMENTE SECRETOS

La afirmación de que la comunicación constituye un presupuesto conceptual, en el nivel de los sistemas jurídicos, resulta inevitablemente vaga. En ningún caso implica que el sistema jurídico haya de tener un contenido concreto, ni la comunicación un determinado alcance o incidencia sociales⁵. Las cuestiones sobre la calidad de los procesos comunicativos no puede determinarse de modo exhaus-

⁴ «Hay muchas cosas que son falsas acerca de las normas tomadas separadamente, pero que son verdaderas e importantes en un sistema jurídico considerado como un todo» (HART, 1962: 50).

⁵ «El primer acto de comunicación necesario en una sociedad es el que determina el soberano (...). Una vez señalado el soberano, el ordenamiento está constituido» (ROBLES, 1998: 19).

tivo en un plano conceptual, sino dentro en el marco de un debate normativo.

Veamos si resulta posible que alguien haga valer, frente a una comunidad de individuos, un sistema normativo totalmente secreto. Por lo pronto, cuesta imaginar que un pequeño grupo de personas decida para cada caso concreto lo que es o no es «jurídico», o lo que es o no conforme a «derecho» (Hart, 1990: 26). Más bien estaríamos ante una sucesión veleidosa de órdenes arbitrarias (Hart, 1990: 24; Kaufmann, 1997: 145)⁶. Existe, en efecto, variedad de argumentos para negar el carácter jurídico a un modo de regulación semejante. Podemos reducirlos a dos, entrecruzados a su vez, y que tienen que ver respectivamente con la seguridad y la eficacia.

3.1 Seguridad

Uno de los elementos constituyentes de todo sistema jurídico es la salvaguarda de ciertas condiciones de estabilidad o previsibilidad. Éstas suelen agruparse bajo la borrosa idea de seguridad (jurídica)⁷, la cual viene a constituir «una exigencia ineludible del Derecho y, dicho más certeramente: una dimensión ontológica del mismo» (Legaz y Lacambra, 1978: 610). Pues bien, un sistema normativo incapaz de asegurar un grado elemental de seguridad no puede concebirse como un sistema jurídico, esto es, no es derecho. Tal es el caso de un sistema normativo totalmente secreto. En primer lugar, nos encontramos con que, por definición, las normas de este sistema no son ni pueden ser conocidas por los miembros de la comunidad social (al menos, hasta el momento de su aplicación). Las personas sometidas a un sistema secreto serán *siempre* incapaces de prever las consecuencias deónticas de sus acciones. Nunca existirá el nivel mínimo de seguridad o estabilidad que hemos establecido como conceptualmente necesario.

Algo parecido ocurre, podría pensarse, en los sistemas jurídicos actuales. Quien no es perito en leyes, sufre siempre cierto desconocimiento de lo jurídico. Junto a esa ignorancia se despierta en él una sensación de inseguridad frente al derecho, un sentimiento rayano en la aleatoriedad o el riesgo (*alea*: dados). Por una parte, el derecho se define como un sistema abstracto, inaccesible, opaco; por otra, el ciudadano no experto desconoce el funcionamiento e ignora la estructura y el código de ese sistema (Luhmann, 1983: 254). Pero la diferencia

⁶ Recuérdense las imágenes del *pistolero* (HART, 1990: 23) o de Rex (FULLER, 1969: 33; cf. HART, 1990: 68).

⁷ «La seguridad es el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un derecho (...); lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico» (LEGAZ Y LACAMBRA, 1978: 604). PÉREZ LUÑO (1994: 27) apostilla: «todo Derecho y todo Estado conforman, por su mera existencia, sistemas de seguridad jurídica».

estriba justamente en el grado de inseguridad que puede tolerar el concepto de derecho. Mientras que en sistemas democráticos la inseguridad es reductible, no ocurre así en el sistema secreto. En los primeros, los ciudadanos gozan de alguna posibilidad, siquiera pequeña, de conocer el derecho al que están sometidos antes de su aplicación. La inseguridad propia de los sistemas de derecho modernos y democráticos es potencialmente reductible y, por descontado, tolerable en el nivel conceptual.

En el otro extremo, el sistema secreto puede verse como un sistema totalmente inseguro, pues tendría que utilizar un procedimiento arbitrario para la aplicación de sanciones, borrando toda diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes. Desaparece así la más elemental seguridad jurídica, ya que «la clase de los culpables es abierta y el régimen no provee ningún criterio de demarcación» (Garzón Valdés, 1998: 26). Al no existir ninguna norma publicada, los miembros de la comunidad desconocen ante quién o dónde acudir para resolver sus conflictos. Los resolverán –habrá que suponer– tal vez mediante instituciones comunitarias o reglas de costumbre. Pero éstas pertenecen a otros ámbitos normativos y quedan por ello fuera del sistema secreto. Un sistema plenamente secreto no sería capaz de garantizar siquiera un mínimo elemental de seguridad. Por eso, no sólo no tiene cabida en el concepto de derecho, sino que representaría su «antítesis polar», pues el derecho «tiene un carácter permanente y establecido» (Hart, 1990: 30).

3.2 Eficacia

Una de las características representativas del derecho es su capacidad para ordenar y resolver los conflictos surgidos en el seno de la comunidad social. Esta función primaria es inherente a todo sistema jurídico (Zippelius, 1991: 50). Lo que hay que demostrar es que su cumplimiento presupone la comunicación social acerca del derecho. Este es el punto de partida de lo que podríamos llamar el *argumento de la eficacia general de los sistemas jurídicos*, según el cual los sistemas normativos pierden su carácter jurídico si no alcanzan el mínimo de eficacia social exigida por el propio concepto de lo jurídico. Sin un grado elemental de observancia o aplicación, el sistema jurídico desaparece como tal (Kelsen, 1960: 10)⁸.

Para que un sistema totalmente secreto pudiera cumplir su función primaria de ordenación e integración sociales, conservando un mínimo de eficacia, habría que suponer una de estas dos cosas: o bien que el grupo de creadores de derecho mantiene mediante la amenaza y el

⁸ Como las normas jurídicas aspiran a dirigir el comportamiento humano, sólo cabe decir que tienen validez si demuestran «un mínimo de efectividad social o de posibilidad de lograrla» (ALEXY, 1992: 147).

uso de violencia *todos* sus mandatos; o bien que la comunidad jurídica le presta obediencia irreflexiva. En el primero de los casos estaríamos frente a un sistema jurídico de carácter «predatorio» (Alexy, 1992: 49), que podemos situar fuera del concepto de derecho. El segundo resulta, por hipótesis, de verificación imposible, puesto que para que los miembros de la comunidad obedezcan los mandatos y prohibiciones «secretos», sería preciso publicarlos con anterioridad, de modo que los destinatarios pudieran tomar conocimiento de los mismos.

A más de lo antedicho, hemos de tener en cuenta que el derecho es un hecho institucional, que habita en el Mundo 3 de Popper. Como hecho social, el derecho existe si, y sólo si, su existencia es reconocida por la correspondiente comunidad de individuos a él sometida. Este «reconocimiento» sólo es concebible, por su parte, si la comunidad dispone del conocimiento previo de la existencia del sistema jurídico (Searle, 1995: 75). La existencia de cualquier manifestación jurídica presupone que los individuos afectados por ella, así como un número suficiente de miembros de la comunidad, reconozcan y acepten de manera continuada que dicha manifestación existe (cf. Searle, 1995: 117). Mientras que no concurren cumulativamente estas circunstancias, no podremos afirmar que tal manifestación existe como derecho⁹. En suma, una condición necesaria para que exista un sistema jurídico es la comunicación social acerca de la existencia del mismo: un sistema totalmente secreto no puede existir como derecho.

4. SISTEMAS JURÍDICOS PARCIALMENTE SECRETOS

En el nivel de los sistemas jurídicos encontramos el supuesto, más realista, de ausencia parcial de comunicación. El sistema normativo no es totalmente secreto, sino que incorpora normas públicas, conocidas y hasta reconocidas por todos los miembros de la comunidad jurídica. Este caso reviste mayor complejidad (Fuller, 1969: 40). Imaginemos una República de Vegetarianos, una de cuyas normas constitucionales *publicadas* es:

N1 La Asamblea tiene la competencia de tomar y mantener todas sus decisiones vinculantes en secreto.

⁹ Un tercer argumento sería éste: un sistema jurídico debe contener, para ser tal, mandatos y prohibiciones. Pero un sistema jurídico secreto no puede contener mandatos y prohibiciones, toda vez que este tipo de normas jurídicas no pueden ser secretas. Aún cabría un cuarto argumento pragmático o preformativo: un sistema secreto es incapaz de elevar una pretensión de corrección, siendo así que los sistemas incapaces de elevar una pretensión de corrección no son jurídicos (ALEXY 1992:59). Esta tesis aplica las ideas de DAVIDSON (1984: 266-68) a un sistema jurídico, lo cual ya es cuestionable, pues en puridad éstas aluden a un sujeto individual y no a un ente abstracto no humano.

Si la comunicación fuera un elemento necesario de cualesquiera normas y sistemas jurídicos, esto es, un «universal jurídico» (Alexy, 1995b: 101), debería entonces ser posible excluir el sistema normativo vegetariano del concepto de derecho. Y ello, por la simple aplicación del parámetro definitorio *clasificante* de la comunicación. Conviengamos en afirmar, por el momento, que no podemos descartar este sistema como jurídico, al menos no por aplicación de un criterio basado únicamente en la comunicación. Para avanzar en el análisis, discutiremos el tercer supuesto de trabajo: el caso de las normas jurídicas individuales. Si es posible la existencia de *normas jurídicas secretas*, no podrá mantenerse que un sistema normativo que reconozca esta posibilidad deba ser privado de su carácter jurídico. En lo que sigue, pues, mis reflexiones vendrán esencialmente referidas al nivel de normas jurídicas individuales o aisladas.

5. NORMAS JURÍDICAS SECRETAS, CONSIDERADAS AISLADAMENTE

5.1 ¿Existen normas jurídicas secretas?

Si la comunicación fuera un criterio clasificante, es decir, una presunción necesaria para la «existencia» de toda norma jurídica, ninguna norma secreta podría ser derecho. Esta conclusión puede rechazarse, y ello sin que sea preciso remitirse a la «orden de la eutanasia». En efecto, el propio Estado democrático admite la posibilidad de que existan normas jurídicas secretas. Tanto es así, que puede llegar a exigirse a ciertas personas, incluso bajo la amenaza de sanción, mantener en secreto determinadas decisiones, entre las que pueden aparecer «normas jurídicas». El artículo 598 del Código Penal español reza como sigue:

El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, *se procurare, revelare, falseare o inutilizare* información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno o cuatro años.

También las normas *jurídicas* referentes a los medios técnicos o sistemas de defensa, por lo tanto, pueden recibir la calificación de información secreta o reservada¹⁰ (entre las acciones delictivas figura incluso la mera «apropiación de informaciones»). Y es que, frente a

¹⁰ Según el artículo 2 de la Ley de secretos oficiales, «podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado» (redacción de la Ley 48/1978, de 7 de octubre).

lo que sugiere una opinión extendida, los casos de normas jurídicas secretas no son tan infrecuentes como pensamos. Y no hay que recurrir a los secretos oficiales para hallar, en un sistema democrático, normas ocultadas intencionalmente. Hay ejemplos variopintos de normas secretas en el marco del llamado «derecho interno». Según el Reglamento del Banco de España, sólo una parte de la regulación *interna* de la institución (normas *jurídicas*) puede discrecionalmente ser publicada o comunicada *ad extra*¹¹.

Resulta discutible que este tipo de normas pertenezcan al dominio del derecho. Esto obedece a la dificultad de precisar aquello que debe contar como «derecho» en relación con la publicidad (Fuller, 1969: 50). ¿Debería cualquier acción de gobierno englobarse a estos efectos bajo el concepto de derecho? Parece que las lindes del derecho se disipan al contacto con la política o el funcionamiento interno de la administración. Pero el «primado del derecho», consagrado por los artículos 1 y 9 CE (cf. arts. 97 y 106 CE), exige que la actividad del Estado sea lícita y jurídica. De acuerdo con el principio de legalidad de la actuación administrativa, reformulado como principio de juridicidad, toda actuación administrativa deriva de una *potestad conferida por una norma jurídica* y debe ser comprendida, en un sentido amplio, como derecho (Bermejo, 1998: 276). Irrumpe así en escena lo que llamaremos «norma de autorización», cuya importancia será discutida más adelante.

En este plano muestran cierta debilidad las tesis que consideran la publicidad del derecho como un criterio clasificante absoluto. De ahí, por ejemplo, que la teoría de la moralidad interna del derecho de Fuller haya de inclinarse por una suerte de separación entre actos políticos y jurídicos. Si no se admitiera esta dicotomía, y pretendiéramos incluir en la idea de derecho «cualquier acto oficial del cuerpo legislativo, entonces puede haber circunstancias bajo las cuales la totalidad de los detalles de una norma deben mantenerse en secreto» (Fuller, 1969: 91). Este autor termina, de una forma muy plástica, con un lamento: hay ocasiones en las que, a falta de solución mejor, deberíamos «resignarnos» ante lo que constituye esta «desagradable» necesidad (Fuller, 1969: 92).

No obstante, para resolver esta dificultad, podemos también atemperar el carácter absoluto de la publicidad como criterio clasificante, en lugar de recurrir a la diferenciación entre actividad política y jurídica de la administración. Bien es verdad que el secreto jurídico es hoy, como siempre ha sido, un fenómeno de profunda raigambre en los sistemas jurídicos modernos¹²; hasta el punto, advierte De

¹¹ Artículos 10 y siguientes de la Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 28 de marzo de 2000. Todavía más edificante era el Reglamento anterior, que prohibía la publicación en ciertos casos (arts. 6 y ss. Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 14 de noviembre de 1996).

¹² El poder es tolerable sólo si enmascara una parte de sí mismo. Para todo poder, y el derecho lo es, el secreto no pertenece al orden del abuso, sino que es indispensable para su funcionamiento (FOUCAULT, 1989: 105).

Lucas (1990b: 141), de ser presentado, en ocasiones, como una necesidad funcional e inmanente del sistema político democrático. Pero no es imprescindible llegar a tales extremos. Basta afrontar el problema con un planteamiento más moderado, según el cual todo sistema democrático, siempre que concurren determinadas circunstancias justificantes, *puede* admitir la adopción de normas secretas. Y si una norma secreta puede ser derecho, no hay óbice para considerar como jurídico un sistema que permite la existencia de normas secretas. Claro que esta posibilidad no es ilimitada.

5.2 Delimitación conceptual de la norma jurídica secreta

Procede ahora establecer una definición de norma jurídica secreta, ya que en torno a este concepto gravita el grueso de mi razonamiento posterior. El concepto que emplearé consta de dos elementos nucleares. El primero, que podríamos denominar elemento personal o subjetivo del secreto, se manifiesta en el hecho de que la norma secreta es una norma cognoscible o accesible para un grupo reducido o limitado de personas. En el ámbito jurídico, este grupo de personas corresponde al grupo de creadores y aplicadores de la norma. Ahora bien, una norma no es secreta, o no lo es exclusivamente, por el hecho de que sólo sea conocida por un escaso número de individuos, ni tampoco por ser desconocida para la generalidad de miembros de una comunidad. Para adquirir ese carácter, además, debe ser generada, mantenida o aplicada en secreto.

En efecto, el hecho de que la mayoría de los ciudadanos desconozcan la existencia y contenido de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales, no la transforma en ley secreta. Para ello sería preciso un rasgo suplementario: el elemento intencional. Así, una norma conocida sólo por un grupo reducido de individuos es secreta cuando, por mediación de un acto positivo de voluntad, es ocultada (en el caso del art. 598 CP, este acto es la calificación como información reservada o secreta), o bien cuando, por causa de un acto consciente de omisión, la norma no se publica. Este elemento no entraña, de suyo, que detrás de todo secreto exista siempre un principio de maldad o de injusticia: con la palabra secreto aludimos a todo aquello que podría o debería ser publicado, pero que, en cambio, se oculta de propósito (Hölscher, 1979: 13) y ello con independencia de su contenido concreto. De acuerdo con estos dos elementos, y dentro del sistema jurídico estatal, podemos definir la norma jurídica secreta (*NJS*) como sigue:

NJS aquella norma que se dirige a las autoridades creadoras o aplicadoras del derecho, y que no se publica (comunica) con carácter general (*elemento subjetivo*), con el fin de que, en la medida de lo posible, no sea conocida fuera del aparato del Estado, al menos, hasta el momento de su aplicación (*elemento intencional*).

5.3 Normas primarias y normas secundarias

Como habrá podido observarse, la definición se limita a normas secundarias u organizativas, y no comprende aquellas que usualmente conocemos como mandatos y prohibiciones. Las reglas jurídicas primarias o reglas primarias de obligación «se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer» (Hart, 1990: 117). Estas normas, destinadas a influir en la conducta de los miembros de la comunidad, no pueden ser secretas. Veamos lo que ocurre con una orden, o con una prohibición, que, pese a dirigirse de manera inmediata a influir en el comportamiento de los ciudadanos, es mantenida en secreto por sus creadores. Imaginemos una norma primaria:

N2 Quienes coman carne deberán llevar un lazo de color negro prendido en un lugar visible del atuendo.

Desde el punto de vista semántico y estructural, estamos frente a un enunciado normativo clásico. Desde el punto de vista *pragmático*, quien «formula» esta orden, pero al mismo tiempo la mantiene en secreto, comete lo que podríamos llamar una *contradicción performativa* o disparate pragmático (Davidson, 1984: 269). En puridad, no emite ni formula ninguna norma. Algo *parecido* le ocurrirá a quien formule una norma jurídica como:

N3 Todos los vegetarianos vivirán eternamente.

Esta norma exige un comportamiento imposible. De ella puede decirse que es una norma absurda, y que no podrá nunca ser cumplida ni incumplida. Desde una perspectiva pragmática, esta norma no puede ser definida como jurídica. Ni siquiera es, en realidad, una norma (Kelsen, 1960: 11). Cualquiera que sea el concepto de norma con el que comulgamos, deberá ser un concepto plausible según ciertos criterios que trascienden su mera estructura formal, lógica y sintáctica. Si «A» ordena a «B» la realización de una conducta, pero no se lo comunica ni le ofrece la posibilidad de conocer la existencia del mandato, en realidad no emite mandato alguno.

Esta tesis de la contradicción performativa descansa sobre dos ideas concurrentes. La primera es que toda norma jurídica está vinculada, necesariamente, a una pretensión de corrección. De tal forma, la norma que no eleva esta pretensión de corrección es una norma jurídica defectuosa que incluso, en determinadas circunstancias, puede también no ser considerada como una norma jurídica (Alexy, 1995b: 135-38). Quien formula una norma como N3 o N2 incurre en una contradicción performativa de este tipo. Los mandatos o prohibiciones secretos no pueden elevar una pretensión de corrección y, por ello, escapan a la consideración de normas jurídicas.

La segunda idea parte de la constatación de que los enunciados normativos son producidos siempre dentro una situación contextual. Al igual que sucede en toda comunicación humana, esta enunciación presupone conceptualmente una cooperación o vinculación significativa entre un emisor y un receptor (Davidson, 1984: 272). Un tipo particular de comunicaciones son las deónticas: mandatos, permisos y prohibiciones referidos a la conducta del receptor (destinatario) del acto comunicativo. Por definición, los mandatos y prohibiciones deben vincular entonces a un emisor y a un receptor, de modo que la conducta del segundo resulte o pueda resultar afectada, mediata o inmediatamente, por el acto comunicativo del primero. Si no existe siquiera la posibilidad de que se produzca tal afección, no existe con propiedad un enunciado deóntico. Así pues, cuando el emisor del enunciado deóntico elimina de raíz la posibilidad de que el receptor asigne un significado a las señales emitidas (lo que puede hacer si mantiene el enunciado en secreto o no lo exterioriza), no puede decirse que exista un enunciado jurídico normativo. «Al sentido de la regla corresponde la intención de un actor que pueda orientar su conducta por ella» (Habermas, 1984: 21). La comunicación, destinada a influir en la conducta del receptor, no llegará nunca a producirse.

Un caso extremo lo ofrecen los enunciados deónticos no expresados ni exteriorizados, es decir, aquellos que el emisor retiene en su pensamiento. La modalidad específica de comunicación deóntica no existe en tales casos, porque el receptor del acto sémico no puede asignar ningún significado al enunciado en cuestión. El formular una regla de acción exige «su representación explícita en un lenguaje o en alguna forma simbólica» (Wartofsky, 1973: 62).

El concepto propuesto de norma jurídica secreta sirve como argumento en favor de la imposibilidad de que exista un sistema jurídico absolutamente secreto. Todo sistema jurídico, como tal, debe contener un cuerpo elemental de normas de obligación, de mandatos y de prohibiciones. Un sistema que carezca de mandatos y prohibiciones dirigidas a los miembros de la comunidad no puede ser un sistema jurídico. Esta clase de normas son *universalia iuris*. Un sistema totalmente secreto, para ser derecho, debería contener normas de obligación, que serían también, por hipótesis, secretas. Pero esto último no puede ocurrir, toda vez que la existencia de normas secretas de obligación es conceptualmente imposible.

6. CONCEPTOS POSITIVOS Y CONCEPTOS NORMATIVOS

Afirmar que una norma secreta *puede ser* derecho, no significa afirmar que una norma secreta *deba ser* derecho o que una norma secreta *sea de igual calidad* que una norma pública o publicada. Con alguna frecuencia, suelen confundirse los elementos normativos con

los elementos analíticos o positivos de un concepto. Hay que diferenciar entre la posibilidad conceptual *de carácter analítico* y la corrección material de un concepto establecida *normativamente* (Alexy, 1995a: 244).

Para usar con propiedad un concepto, hemos de encontrar en la experiencia diferentes instancias particulares suyas y distinguirlas en tanto que diferentes, siempre y cuando sea posible al mismo tiempo aplicar a todas ellas el concepto en cuestión (Strawson, 1997: 103). Pues bien, si negamos la posibilidad de que el secreto pueda ser derecho, tendremos que defender también que, pongo por caso, las normas amparadas por el secreto de Estado, pese a estar dictadas según el procedimiento legalmente establecido, no son normas jurídicas. Esta consecuencia supone una grave restricción para el campo de denotación de la palabra derecho («tesis de la neutralidad»). Y es que tampoco sería derecho todo aquello que en la experiencia histórica de los sistemas jurídicos no haya sido publicado, e incluso aquello que lo haya sido de modo abiertamente inefectivo o simbólico¹³; las normas y circulares internas no publicadas tampoco serían derecho. Admitir estas consecuencias es admitir que parte de la actividad administrativa discurre al margen del derecho. Tendríamos un concepto, en definitiva, demasiado restringido para hacer frente a las muchas instancias que reflejan y han reflejado ese *quid* que queremos definir (Wartofsky, 1973: 23 y 57). Cosa bien distinta ocurre en el plano de los argumentos normativos, donde sí debe defenderse un concepto de derecho que establezca limitaciones razonables a la posibilidad del secreto. Pero esto acontecerá en otro frente, donde el análisis del concepto de derecho enlaza con la teoría de la democracia o la filosofía moral y política. Allí es donde debe resolverse el problema *normativamente*.

7. PUBLICIDAD Y DERECHO CONSUECUDINARIO

No todas las manifestaciones jurídicas presuponen la publicidad de idéntico modo. El derecho consuetudinario puede disfrutar de plena validez jurídica y ser aplicado con regularidad, sin que para ello sea necesaria una publicación formal. Bien se sabe que las normas consuetudinarias son normas de conducta nacidas de la práctica social y consideradas como obligatorias por la comunidad. Para que exista una costumbre jurídica es precisa la concurrencia de ambos elementos: la reiteración de una práctica social y la consideración de esa

¹³ Según memoria de Suetonio (1994: 181), Calígula quiso mantener los impuestos en secreto. Ante la queja de sus súbditos, pero dio en publicarlos con letras tan diminutas y en espacio tan estrecho, que fue imposible descifrarlos (Bentham, 1977: 47; de Lucas, 1990a: 289). De Dionisio, tirano de Siracusa que fuera amigo de Platón, se cuenta pareja ocurrencia: publicaba las normas en un lugar tan alto que el pueblo no podía leerlas (Hegel, 1996: 368/§ 215).

práctica como vinculante por los miembros de la comunidad. Si desmenuzamos el concepto de costumbre, vemos que la comunicación es un componente del llamado *usus* o elemento material (fáctico); y que también viene presupuesta por la *opinio iuris* o elemento espiritual (volitivo-normativo). Es, sin embargo, en el primer elemento de la costumbre jurídica donde la publicidad adquiere un papel tan esencial que absorbe o neutraliza, por así decir, la necesidad de publicación formal.

En efecto, a más de otros requisitos, la repetición de la conducta que luego devendrá costumbre tiene que producirse, por hipótesis, en condiciones de publicidad. No es costumbre el uso que sea «furtivo o clandestino» (Partidas 1, 3, 2). Es decir, la reiteración de una práctica de modo privado o secreto no puede derivar en costumbre jurídica. El propio concepto de costumbre encierra un valor comunitario (comunicativo) y una exigencia de publicidad. En otras palabras: el derecho consuetudinario no tiene que ser comunicado al grupo, justamente porque este grupo ya lo conoce, puesto que ha sido el propio grupo quien lo ha creado. Como diría Costa, no hay aquí dualidad «legislador-legislado», sino identidad entre ambos. Si aplicamos la definición de comunicación al caso del derecho consuetudinario, observamos cómo la comunicación del derecho se verifica *pari passu* con el procedimiento generador de las normas consuetudinarias, sin que sea preciso, adicionalmente, proceder a su publicación. Por otra parte, cuando las costumbres reciben publicación formal, el acto formal de exteriorización suele unirse a una transformación de naturaleza: la costumbre publicada se convierte en derecho positivo.

8. RELACIONES CONCEPTUALES ENTRE DERECHO Y PUBLICIDAD

8.1 La comunicación como componente del triángulo definitorio del derecho

Hemos visto cómo la existencia de normas jurídicas secretas y, en consecuencia, de sistemas jurídicos en parte secretos, es conceptualmente posible. Esto implica que son las propias normas jurídicas las que pueden definir aquello que, dentro de un sistema jurídico determinado, debe o no comunicarse. Por esta razón, el criterio de la comunicación no puede actuar en solitario, de forma independiente, como parámetro definitorio de las normas jurídicas individuales. Precisa de algún elemento adicional. Este complemento lo proporciona su combinación con otros criterios definitorios, a los que en su caso el criterio comunicativo debe supeditarse. Surge así un entramado de relaciones que permitirá aclarar el *status* de la publicidad respecto del concepto de derecho.

Verificada la posibilidad conceptual de que existan normas *jurídicas* secretas, resta explicar qué requisitos deben reunir éstas para que podamos aplicarles con propiedad tal calificación. Esto es, trataremos de analizar qué *condiciones* deben concurrir *para que sea posible la existencia* de una norma jurídica secreta. Para ello es útil traer a examen lo que podíamos llamar el «triángulo definitorio» o «conceptual» del derecho. Siguiendo la imagen que proporciona esta idea, todo concepto de derecho podría representarse, en cualquiera de sus manifestaciones, en un campo de tensión de forma triangular. Esto significa que los contenidos de todo concepto de derecho fluctuarán según su posición respecto de los vértices del triángulo. Estos vértices son la legalidad o positividad, la justicia, y la eficacia o validez sociológica (Alexy, 1992: 29 ss.). Esta presentación corresponde a las tres dimensiones del derecho (normativa, valorativa y fáctica) apadrinada por Reale. Pues bien, en lo que sigue combinaré el criterio de la comunicación con dos de estos vértices definitorios: el de la positividad y el de la justicia.

8.2 Legalidad o positividad

Según la primera de las combinaciones, la comunicación actúa como un criterio clasificante del derecho, es decir, como una presuposición de su concepto, si bien tan sólo en la medida en que ello esté previsto legal o positivamente. La validez definitoria de la comunicación queda subordinada a las condiciones concretas de legalidad o positividad. De esta forma, el problema de las normas secretas depende de la existencia o inexistencia de una autorización positiva (legal). Como veremos, esta autorización va a adquirir gran trascendencia en nuestro discurso. Ya que las normas secretas, por hipótesis, no son accesibles para la comunidad, la discusión debe localizarse en el plano de una norma publicada con carácter general, accesible por tanto para los ciudadanos, que denominaremos *norma de autorización* (NA).

La importancia de este matiz radica en el hecho de que la sola posibilidad de que existan normas jurídicas secretas requiere una exteriorización legislativa y pública. Las normas secretas no serían jurídicas si no existiera una autorización positiva para ello. Debe haber, como mínimo, un conjunto normativo publicado que autorice la producción de normas secretas, ya que sólo de esta forma podrán éstas ser concebidas como derecho. De esto podemos inferir una doble consecuencia.

En el primer nivel que hemos analizado, el de los sistemas jurídicos, una comunicación mínima aparece como necesaria desde el punto de vista conceptual. Esto concuerda con la tesis de que un sistema normativo absolutamente secreto no es un sistema jurídico. Así pues, una primera condición de posibilidad para la existencia de nor-

mas jurídicas no publicadas es que exista para ello una norma jurídica de autorización, pública y de acceso general. En ordenamientos democráticos como el español o el alemán, una ley secreta no puede existir jurídicamente, entre otras causas, porque no cuenta con la autorización oportuna. Antes al contrario, violaría el artículo 91 CE, o el artículo 82 de la Ley Fundamental, que ordenan la publicación de las leyes¹⁴. Esto es lo que normalmente queremos decir al afirmar que el derecho no publicado no es derecho.

En el nivel de las normas jurídicas individuales, esta conexión no se presenta, sin embargo, como una conexión necesaria o clasificante en el sentido explicado aquí. Aparece más bien como un condicionamiento relativo, que resulta válido sólo dentro del correspondiente sistema jurídico y sólo en la medida en que éste define las condiciones de existencia de normas jurídicas individuales. Pese a su naturaleza relativa, conviene destacar que la combinación de los criterios de publicidad y legalidad, por regla general, se antepone a otros criterios definitorios del derecho, como el de la justicia. Es aquí donde se manifiesta por vez primera la utilidad o la aplicabilidad de esta combinación de criterios definitorios. Cualquiera que sea su contenido material específico, ninguna ley podría ser considerada como derecho si vulnerara un mandato positivo de publicidad (una «regla de publicación»). Sobre esta base de razonamientos (Ott, 1991: 523 ss.) ha querido demostrar que la «orden de la eutanasia» nunca constituyó derecho, pues no fue insertada en el diario oficial, tal y como exigía el ordenamiento alemán en ese tiempo. Al mismo resultado llegaron ya, mediante idénticos argumentos formales, algunos pronunciamientos judiciales (Ott, 1992: 262).

Este razonamiento sería aceptado por la mayoría de las posiciones positivistas¹⁵. Pero hemos de ser cautelosos con el concepto de «derecho positivo», pues lo que sea derecho positivo no depende en exclusiva de lo que ha sido debidamente promulgado, sino también de lo que es eficaz socialmente (Alexy, 2000: 204). Así, siempre podrá defenderse que la orden de la eutanasia no se publicó en aplicación de un principio *jurídico positivo* de omnipotencia del Führer, que habría que considerar vigente durante el gobierno nacionalsocialista (cf. Rapsch, 1985: 143). De acuerdo con este principio, las órdenes del *Führer*

¹⁴ Dos puntos de vista vertebran el debate acerca de la naturaleza de la publicación. Para unos, la publicación integra el proceso de formación de la ley y es condición de su validez. En puridad, de una ley no publicada no puede predicarse la invalidez ni la ineficacia ni la inconstitucionalidad: sencillamente no existe. Para otros, la publicación es un requisito de eficacia y no condiciona la existencia ni la validez, sino sólo la aplicabilidad de la norma (SALVADOR CODERCH, 1989: 205 ss.). Ni en la jurisprudencia (STS de 14 de diciembre de 1998) ni en la doctrina (RODRÍGUEZ ZAPATA, 1988: 163; GARCÍA DE ENTERRÍA 1987:141-43) hay acuerdo definitivo (cf. BIGLIANO, 1993: 20 ss.).

¹⁵ No así por el llamado positivismo jurídico institucional (WEINBERGER, MACCORMICK).

reflejarían la voluntad del pueblo alemán (Rodríguez Zapata, 1987: 165 n. 103), por lo que una publicación adicional dirigida a éste resultaría superflua (cf. Ardnt, 1960: 1140-41).

Con todo, la primera combinación no puede resolver el problema de la relación entre derecho y comunicación. Si la aceptáramos como definitiva, por lo pronto, no podríamos discriminar entre la República Vegetariana (N1) y un Estado constitucional que admita la producción de normas jurídicas secretas. Si queremos zanjar esta cuestión de modo satisfactorio, hemos de evaluar las razones que determinan la admisibilidad de un secreto jurídico. Queda abierto así el portillo para tomar en consideración el trasfondo de las normas secretas; con él, su contenido, y finalmente también su vinculación con la justicia. Llegamos a la segunda combinación de elementos que alimenta el criterio definitorio de la publicidad.

8.3 Justicia o corrección material

Según las concepciones iusnaturalistas del derecho, la justicia de las normas constituye un criterio clasificante de cara a su conceptualización como derecho. Interesa ahora elucidar si, merced a la conexión de los criterios de publicidad y de justicia, podemos superar la dificultad advertida en la aplicación del binomio «publicidad-legalidad». Con este objetivo, estudiaremos dos variantes de esta segunda combinación: la primera incide primordialmente sobre la norma secreta (NJS), mientras que la segunda lo hace sobre la norma de autorización (NA). En ambos casos se persigue la elaboración de un criterio de justicia de tipo formal (Alexy, 1992: 57). Ello responde a una razonable imposición de carácter teórico, de la que hicimos ya mérito antes: para que el criterio de la publicidad pueda ser configurado de manera productiva y no termine absorbido por un criterio de justicia material o de contenidos, debe mantenerse siempre lejos del contenido concreto de la norma secreta.

Doble identificación.—A grandes rasgos, la primera variante afirma que sólo normas publicadas pueden ser jurídicas. Este postulado se asienta en lo que podríamos definir como tesis de la «doble identificación». Ésta equipara, de una parte, la publicidad con la justicia y, de otra, entiende el derecho como una manifestación de la justicia. Estas identificaciones provienen de la reacción ilustrada frente a la política de los *arcana imperii* del Antiguo Régimen, y se refleja en la literatura iusfilosófica posterior, lo que podemos comprobar en el pensamiento de una pléyade de autores, que se extiende desde Feuerbach y Fichte hasta Bentham (De Lucas, 1990c: 284 ss.).

Ya Bentham (1977: 44) sostiene que la notificación de la ley no sólo es un requisito para que ésta produzca los buenos efectos de una norma, sino para que ésta sea ley en sentido estricto. Pero fue sobre todo Kant quien señaló la existencia de un vínculo irresoluble entre la

publicidad y la justicia. Este vínculo se comprende bien por la relación que guarda con conceptos fundamentales del pensamiento kantiano. En especial, con el «uso público de la razón» y la «posibilidad de crítica», que sólo pueden desenvolverse en condiciones de publicidad y son expresamente calificados por Kant como inalienables e ilimitados. Renunciar a ellos sería «lesionar y pisotear los derechos sagrados de la humanidad» y cometer un «crimen contra la naturaleza humana» (Kant, 1784: 6). Quedaba así planteada, por primera vez en términos tan radicales, la conexión necesaria entre la publicidad y la moralidad de las leyes (Hölscher, 1979: 147).

Para Kant, todo aquello que eleve la pretensión de ser derecho debe poder ser publicado. Esta necesidad de publicación concierne a la propia justicia de la pretensión, y ello precisamente porque (i) la publicidad define el derecho a través de la justicia, habida cuenta de que (ii) la justicia sólo puede concebirse en la medida en que sea «públicamente manifestada». En una palabra, sin publicidad no son posibles ni la justicia ni el derecho (Kant, 1795: 163).

La publicidad de todas las pretensiones jurídicas se convierte, entonces, en una presuposición inexorable de sus posibilidades de justicia y, con ello, en condición necesaria para su existencia como derecho (De Lucas, 1990a: 275). De ahí que tanto la publicidad como la *Öffentlichkeit* o esfera pública puedan considerarse no sólo como un principio de tipo moral, sino como un principio jurídico, una «garantía para la posibilidad de aunar los intereses y los objetivos de todos y con ello para la libertad» (De Lucas, 1990c: 284). Ésta es, precisamente, la definición kantiana de derecho¹⁶.

La publicidad de las leyes conforma una condición necesaria de su juridicidad: una pretensión tal, que no sea publicada, no puede, en suma, ser comprendida como jurídica o como derecho¹⁷. Por eso puede Kant (1795: 169) elevar el principio de publicidad a la dignidad de máxima trascendental del derecho público: «todas las acciones relativas al derecho, cuya máxima no pueda hacerse pública (*deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt*), son injustas (*Unrecht*)». Este criterio es útil, por cuanto no prejuzga el contenido correspondiente de la norma secreta. La publicidad actúa tan sólo como un garante formal de la justicia, como un criterio preventivo o *ad cautelam* (Kant, 1795: 164). Sin embargo, al mismo tiempo, resulta demasiado estricto. Todas las normas secretas, también las autorizadas jurídica-

¹⁶ «El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad» (KANT, 1797: 39).

¹⁷ Cuando introduce el «Artículo secreto» de su *Proyecto para la paz perpetua*, KANT escribe: «Un artículo secreto en el tratamiento del derecho público es objetivamente, es decir, considerado desde el punto de vista de su contenido (*seinem Inhalte nach*), una contradicción» (1795: 154). Para ello existe una razón sencilla, nos dirá más adelante, y es que «el derecho público incluye la publicación ya en su propio concepto» (1795: 166).

mente, quedarían excluidas del concepto de derecho: el defensor de esta tesis no podría considerar como jurídicas las normas secretas que existen en los Estados democráticos. Se enfrentaría al mismo inconveniente teórico que advertimos en la tesis de la moralidad interna del derecho de Fuller. Y ello porque no atiende al elemento necesario de toda norma secreta, que hemos denominado norma de autorización.

Excepcionalidad.—Es preciso reforzar la tesis de la doble identificación, pero sin abandonar el ámbito de los criterios formales de justicia. A tal efecto se ofrece un criterio complementario, que desplaza la atención sobre la norma de autorización. Llamaremos a este criterio tesis de la excepcionalidad. Siguiendo el esquema «regla-excepción», todo secreto suspendería un principio general de conocimiento que subyace al concepto mismo de derecho. Si invertimos la relación entre la regla de publicidad y la correspondiente excepción del secreto, las normas secretas resultantes perderían su carácter jurídico. Sólo cuando la comunicación constituye la regla y el secreto la excepción, podremos con propiedad hablar de derecho: los secretos que existen general o regularmente no pertenecen al derecho, caen fuera de sus dominios.

En efecto, las normas jurídicas cumplen, por definición, la función de regular determinados estados de cosas y relaciones sociales. Esta tarea sería de imposible cumplimiento si las normas jurídicas fueran mantenidas en secreto con carácter general (Neufelder/Trautmann, 1994: 18). Ahora bien, este argumento tropieza con una incómoda objeción: la capacidad regulativa de las normas jurídicas puede asegurarse sin la existencia de una situación previa de publicidad o comunicación. Esto ocurre cuando se emplean procedimientos de violencia.. Por otra parte, a la idea de que el elemento decisivo es una formulación de la norma de autorización (NA) con carácter excepcional, podremos oponer que ésta puede ser excepcional y, pese a ello, continuar siendo inaceptable:

N4 La Asamblea tiene la competencia de mantener en secreto sólo aquellas decisiones que puedan perjudicar mortalmente a los ganaderos.

Es cierto que este criterio no permite resolver cualquier hipótesis académica, pero existen buenas razones que impiden descartarlo por completo. De acuerdo con el principio de habitualidad (*id quod plerumque accidit*), este criterio resulta contrastado por la realidad histórica. Los secretos jurídicos han sido siempre excepciones temporales, espaciales, materiales o personales a una regla general de publicidad. Como enseña de Lucas (1990b: 136), el secreto se concibe por definición como algo extraordinario, como una excepción. Los adjetivos latinos *secretum* (secreto) y *sacrum* (sagrado) derivan del mismo verbo, *secernere* (separar, cortar). Entre ellos existe una ligadura

semántica. Ambas nociones aludirían una misma idea de excepción frente a la regla de la publicidad o del conocimiento por el pueblo o *vulgus*¹⁸. De ahí que pueda sostenerse que lo no comunicado se separa de una disposición y posibilidad general de percepción de las cosas. En definitiva, las normas jurídicas mantenidas en secreto son siempre excepcionales¹⁹.

Es obvio que el hecho de que el mantenimiento en secreto de las normas no ocurra por regla general y ni siquiera sea frecuente en sistemas dictatoriales (De Lucas, 1990c: 136), no basta para excluir la posibilidad teórica de que así sea. Porque la publicidad, en sí misma, no es una condición necesaria para la eficacia social de las normas jurídicas, ya que ésta puede asegurarse mediante la utilización de la violencia. Claro que siempre podemos cuestionarnos cuántas normas, o durante cuánto tiempo, pueden tener asegurada de tal manera su eficacia. El derrumbamiento de un sistema jurídico en el que las normas son por lo general mantenidas en secreto y las instituciones conservadas por la fuerza, es una elemental cuestión de plazo (Searle, 1995: 92). Cuando los hechos institucionales son mantenidos tan sólo mediante la costumbre irreflexiva o la fuerza, y no mediante procesos comunicativos, corren el riesgo de desmoronarse. Aunque sólo por razones prácticas (conservación del poder, maximización de la utilidad), incluso un dictador se vería obligado a publicar con carácter general las normas jurídicas. Hasta el dictador más sanguinario sabe que la violencia es costosa y que el orden que ésta genera es, como poco, inestable (Alexy, 1996: 349). En ámbitos jurídicos parece dominar un estado que podríamos definir como de «publicidad general». En circunstancias normales, quien quiere producir normas jurídicas se preocupa, antes de nada, de que éstas sean publicadas y resulten accesibles para la colectividad (Fuller, 1969: 39).

Para aplicar con éxito un criterio definitorio establecido en torno a la publicidad, debe añadirse un ulterior elemento, de modo que permita excluir del concepto de derecho las normas resultantes de una autorización como N4 (perjuicio mortal de los ganaderos). Este elemento de cierre ha de tomar en cuenta el criterio definitorio de la justicia. Porque la publicidad y la justicia, como señalara Kant, mantienen una relación necesaria que se proyecta sobre el concepto de derecho. De ahí que, para clarificar el vínculo que media entre derecho y publicidad, sea preciso introducir elementos valorativos supra-legales (*übergesetzlich*, en la Fórmula de Radbruch) del lado de la norma de autorización. Como veremos más tarde, esta precisión del

¹⁸ La expresión latina *in vulgo* equivale a la española «en público».

¹⁹ Recordemos que, siendo las normas jurídicas hechos sociales institucionales, sólo pueden existir si la comunidad afectada por ellas conviene precisamente en su existencia. Por ello, en general, deben poder ser pensadas y transmitidas mediante un código público de comunicación (SEARLE, 1995: 77).

argumento de la justicia consiste en la posibilidad de justificación racional de la norma de autorización.

9. JUSTIFICABILIDAD

Antes de abordar el último tramo de nuestro recorrido conviene volver sobre el deslinde entre argumentos conceptuales normativos y analíticos. Hasta ahora, han sido aportados argumentos del segundo tipo. De propósito, hemos evitado la utilización de argumentos normativos. El derecho ha sido considerado como un conjunto de normas jurídicas promulgadas formalmente. Pero la discusión por medio de argumentos conceptuales analíticos es siempre muy lenta y conduce a veces hacia lugares sin retorno. Por eso, en lo que sigue, haré uso de argumentos conceptuales de tipo normativo, si bien entiendo que su *aspiración normativa* es muy limitada.

En mi última tesis confluyen todos los argumentos aducidos. Se trata, pues, de una *combinación múltiple de criterios*. Esta variante ampliada anuda el carácter de generalidad reconocido a la publicidad con las tesis de la justicia, en la versión de Radbruch, y con la idea positivista de la legalidad. Junto a estos elementos, entra en juego ahora el de la justificabilidad (*Begründbarkeit*). Gracias a esta combinación múltiple podremos enunciar con precisión las condiciones de posibilidad de una norma jurídica secreta. Pues bien, a partir de este momento, hemos de admitir la existencia de normas jurídicas secretas siempre y cuando satisfagan estas tres condiciones: positividad o legalidad, carácter excepcional y justificabilidad de su correspondiente autorización.

Como quedó expuesto al estudiar el vértice de la legalidad, sólo pueden existir como jurídicas aquellas normas secretas que cuenten con el respaldo de una autorización legislativa (NA). Pero esto no basta, como también vimos, para asignar naturaleza jurídica a cualquier norma secreta. Una norma no goza de naturaleza jurídica por el simple hecho de ser expresión de un acto de voluntad o de autoridad revestido de norma positiva y garantizado por la sanción. El derecho es un «fenómeno multifacético del cual el material jurídico dotado de autoridad constituye sólo un nivel superficial» (Tuori, 1991: 176). Para vadear una concepción meramente «decisionista», es preciso sentar normativamente un requisito adicional a la decisión de autoridad: la norma secreta tendrá naturaleza jurídica sólo mientras exista la posibilidad de justificar su correspondiente norma de autorización.

En efecto, la oportunidad de excluir formalmente el carácter jurídico de un secreto desaparece cuando dicho secreto tiene carácter excepcional y existe para él la oportuna autorización positiva. En tal caso, deberá analizarse el contenido concreto de la norma de autorización y evaluar su grado de justificabilidad. La carga de la justificación

recae sobre la norma de autorización (NA) y no sobre la norma secreta, cuyo contenido permanece apartado en todo tiempo del proceso de análisis. De esta suerte, el criterio combinado de comunicación se mantiene como un criterio formal y no resulta superfluo frente a un criterio material de justicia.

Esta tesis presenta el inconveniente de la debilidad de su «aspiración normativa». La necesidad conceptual de justificación —que es una exigencia normativamente establecida— no resultaría difícil de admitir para un positivista. Éste siempre puede aducir que cualquier norma de autorización es susceptible de ser justificada; que hasta las necesidades más intolerables pueden justificarse; en otras palabras, que la justificabilidad de la norma de autorización es un criterio absolutamente contingente. Aun desde el punto de vista normativo sería un criterio demasiado débil que no entorpecería las posiciones positivistas. Para salir de este brete podemos tomar dos caminos. O bien fortalecemos el argumento normativo, con lo que el concepto de derecho podría perder virtualidad definitoria; o bien admitimos la debilidad de su aspiración normativa y concedemos que esta tesis no aporta nada relevante respecto de la argumentación positivista basada en la legalidad.

Si queremos enervar esta crítica habremos de introducir una descripción más exacta de las condiciones en las que debe producirse la justificación exigida para una norma de autorización. Estas condiciones no son irrelevantes. Ante todo, la justificación de los secretos jurídicos demanda adoptar un punto de vista muy concreto, que Alexy, (1992: 48-49), reconstruyendo la idea hartiana del «punto de vista interno» (Hart, 1990: 70-72), denomina «perspectiva del participante». Por oposición a la «perspectiva del observador», quien adopta la del participante argumenta y razona, dentro de un sistema jurídico dado, acerca de lo que dentro de ese sistema está ordenado, prohibido o permitido. Desde la perspectiva del observador, en cambio, el sujeto no se pregunta por la corrección de las decisiones tomadas en el seno de un sistema jurídico, sino tan sólo por cómo se decide de hecho.

Sin embargo, los participantes en un sistema jurídico están interesados en la corrección material de las normas jurídicas. Esta circunstancia muestra un ejemplo de la «contingencia reflexiva» del derecho (Alexy, 1995b: 104). Junto a la relatividad o contingencia espacio-temporal, existe en todo derecho un componente reflexivo que persigue alcanzar la idea de corrección (Alexy, 1995b: 110). Por ello, los participantes rechazarán las justificaciones falsas o aparentes (*Scheinbegründungen*), y también exigirán u ofrecerán fundamentaciones racionales para las normas jurídicas. Bajo este haz de condiciones teóricas, al menos un elemento que queda fuera de toda fundamentación *posible*: el derecho extremadamente injusto.

La importancia de las condiciones en que deba articularse la justificación de la norma de autorización es obvia. Que algo sea extremadamente injusto implica que lo es para todos y lo es, además, de manera evidente. «Extrema injusticia» es aquello que, abiertamente y

sin duda alguna, aparece como tal para cualquiera (Neufelder/Trautmann, 1994: 129). Una evidencia semejante sólo puede ser el resultado de un proceso discursivo racional basado en las fundamentaciones. A no ser que sometamos una «evidencia» a un examen discursivo racional, no podremos presentarla como criterio para definir que algo sea o no extremadamente injusto (Alexy, 1995b: 107; 2000: 227).

10. EL DERECHO SECRETO Y LA FÓRMULA DE RADBRUCH

Tras un afanoso rodeo, hete aquí que topamos de nuevo con el argumento de la extrema injusticia o del derecho extremadamente injusto. En relación con la publicidad del derecho y las normas jurídicas secretas, podemos reformular (RF) el argumento de Radbruch como sigue:

RF No son jurídicas aquellas normas secretas que resultan de una autorización injustificable, por ser ésta extremadamente injusta o permitir la producción de normas extremadamente injustas.

Esta nueva formulación demanda un par de aclaraciones. En primer orden, puede decirse que no aporta demasiado a la configuración tradicional del argumento del derecho extremadamente injusto. El contenido potencial de extrema injusticia de la norma secreta queda presupuesto o, por mejor decir, se actualiza. Esta objeción debe ser aceptada. Aquí se trata más bien de una posibilidad de aplicación concreta o de extensión del argumento del derecho injusto (*Unrechtsargument*). En cualquier caso, en tanto que esta nueva variante permite excluir del concepto de derecho determinadas normas jurídicas, sin acudir para ello al enjuiciamiento de su contenido particular, sirve como complemento de la Fórmula de Radbruch. La nueva fórmula opera, como digo, *anticipadamente*, y es ahí donde estriba su utilidad.

La reformulación consta de dos partes bien diferenciadas. No parece polémico, por cuanto hace a la primera, que de normas de autorización extremadamente injustas sólo puedan resultar normas extremadamente injustas. Y esto debe predicarse tanto para las normas secretas como para las normas públicas o publicadas. Ciertamente es que las normas de autorización no contienen, por hipótesis, elementos materiales, de donde resultaría conflictivo asignarles caracteres de extrema injusticia. Sin embargo, una norma de autorización que delimite un marco de producción de normas en el que sólo quepan resultados de extrema injusticia, es extremadamente injusta. Por ejemplo:

N5 La Asamblea adoptará y mantendrá en secreto las decisiones que favorezcan la aniquilación sistemática de los carniceros.

Mucho menos pacífico parece admitir la última parte de la fórmula (RF), según la cual una norma secreta carece de naturaleza jurídica cuando su correspondiente norma de autorización está construida con tal amplitud, que abarca la producción de derecho extremadamente injusto. Esta parte de la fórmula podría llamarse tesis del «contagio» (*Ansteckungsthese*) o «de la infección» (*Infektionsthese*), porque el vicio que soporta la norma de autorización infecta la norma (secreta) autorizada (Oliver, 2001: 551). Contra la idea de la infección cabe argüir la posibilidad de concebir normas jurídicas secretas que no son ni serán nunca extremadamente injustas, a pesar de que según su contenido puedan calificarse como arbitrarias, defectuosas o insensatas:

N6 La Asamblea ordena reducir los impuestos de todos los consumidores de hortalizas.

Tal norma puede ser insólita y hasta simpática, pero no injusta. Ocurre, sin embargo, que quien argumenta de esta forma realiza una valoración concreta del contenido de justicia de la norma secreta. Y tan lejos no hemos llegado. Si todo se redujera al contenido normativo de la norma secreta, hubiéramos podido ahorrarnos el afanoso camino que en varias páginas venimos haciendo en torno al *Unrechtsargument*. A lo que entiendo, el contenido de extrema injusticia se esconde en la forma o el procedimiento por el que la norma secreta se produce y autoriza. También la forma y el procedimiento pertenecen a la esencia del derecho: no siempre hace falta juzgar los contenidos concretos. Como diría Fuller, existe un aspecto formal de justicia ínsito en el concepto del derecho.

Admitido lo anterior, resta por dilucidar cuándo una norma de autorización traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Resulta indiscutible que la mera ausencia de publicidad, por muy arbitraria que pueda ser, no conduce necesariamente a una situación de extrema injusticia. Ahondando en esta línea de argumentos, podemos imaginar una norma de autorización muy arbitraria que no abarque la producción de normas secretas extremadamente injustas:

N7 La Asamblea asume la competencia de adoptar y mantener en secreto todas las decisiones que afecten a la situación impositiva de los carniceros.

Esta norma de autorización no puede incluirse en la categoría de derecho extremadamente injusto y tampoco las normas por ella autorizadas. El régimen impositivo difícilmente puede afectar al núcleo fundamental de derechos y principios jurídicos que ampara la Fórmula de Radbruch. Es más que probable que las normas resultantes sean normas jurídicas deficitarias o imperfectas, sobre todo desde un punto de vista moral o de justificación externa, pero son al cabo normas jurídicas. Esta última consideración no damnifica mi argumento. El

verdadero problema radica en el alcance o la amplitud de la norma de autorización. Recordemos nuestro primer ejemplo:

N1 La Asamblea tiene la competencia de tomar y mantener todas sus decisiones vinculantes en secreto.

La amplitud de esta autorización incluye la producción de todo tipo de normas, cualesquiera que sean sus contenidos. Esto significa que resultan autorizados desde los mandatos más ingenuos y altruistas, hasta los que ordenan genocidios y violaciones de los derechos humanos. A diferencia de la autorización antes referida (N5), esta norma admite la creación de normas secretas de extrema injustas, y es exactamente en este sentido en el que debe enjuiciarse. Cuando exista una norma de autorización tal, que por causa de la generalidad de su alcance, abarque la producción de derecho extremadamente injusto, las normas autorizadas por ella *deberán calificarse* también como extremadamente injustas y, en definitiva, como no jurídicas. Y es que, como vengo señalando, la extrema injusticia se desenvuelve en una faceta material y en otra formal, que sería la que entra en consideración ahora. La fórmula propuesta no hace extremadamente injusta a una autorización que no lo sea (segunda parte de RF). Lo que deviene extremadamente injusto son las normas resultantes de la autorización, con independencia de que ésta sea o no, a su vez, extremadamente injusta.

Tres argumentos nos permiten sustentar esta tesis. El primero concierne a la peculiar naturaleza de las normas secretas. Ocurre que éstas, por simple definición, no pueden ser aprehendidas por los miembros de una comunidad jurídica hasta el momento de su aplicación, de modo que su enjuiciamiento debe producirse con anterioridad a ésta: por así decir, con *antelación*. Esto no sucede, por el contrario, con las normas jurídicas que sí deben ser publicadas. Todavía, llegado el caso de que exista para éstas una autorización tan amplia que admita la producción de derecho extremadamente injusto, la cuestión del carácter de extrema injusticia de las normas autorizadas debería resolverse en función de su contenido concreto y con independencia de la norma autorizante; lo cual, como digo, no es posible en el supuesto de las normas jurídicas secretas.

También podemos apoyarnos en el socorrido argumento del *worst case*, e imaginar que las normas secretas producidas a partir de una norma de autorización de tal amplitud que ampare contenidos de extrema injusticia serán en efecto normas extremadamente injustas. La mera sospecha de que se producirá una norma extremadamente injusta bastaría, así, para excluir estas normas secretas del concepto de derecho. Una razón histórica o de habitualidad sirve a mayor abundamiento: la experiencia enseña que los actos de poder más brutales e injustos son pergeñados y ejecutados gracias a «órdenes más o menos secretas» (Alexy, 1992: 85).

Volvamos, en último término, al epicentro de nuestro problema: la justificabilidad. Por definición, una norma de autorización que abarque la producción de normas extremadamente injustas no puede fundamentarse racionalmente o, cuando menos, no en su totalidad. Esto se debe a que, como hemos dicho, la extrema injusticia no es susceptible de fundamentación bajo las condiciones de contingencia reflexiva normativamente establecidas. Aplicando reformulación del Argumento de Radbruch, se infiere entonces que las normas resultantes de una autorización semejante no son ni pueden ser jurídicas.

En resumen, puede decirse que un alejamiento excesivo de la regla general de comunicación privará a una norma secreta de su carácter jurídico. Mediante esta formulación queda reconocida la naturaleza excepcional y extraordinaria del secreto. Asimismo, con la exigencia normativa de justificabilidad de la norma de autorización, se consolida la renuncia al derecho extremadamente injusto de parte de la norma secreta autorizada. La fórmula propuesta opera, por ende, tal como la máxima kantiana de publicidad, a modo de criterio preventivo y formal de publicidad, toda vez que el contenido de la norma secreta permanece en todo momento fuera de consideración, siendo irrelevante para la utilización de la fórmula. Ahí reside el valor del criterio combinado de la publicidad, merced al cual cabe declarar como *no jurídicas* las normas que no sean publicadas o carezcan de autorización justificable desde la perspectiva del participante.

11. RECAPITULACIÓN: PUBLICIDAD Y CONCEPTO DE DERECHO

El valor de la comunicación para la delimitación del concepto de derecho reside en las múltiples conexiones analíticas de las que puede formar parte. En general, su potencial definitorio puede ser admitido tanto desde posturas teóricas no positivistas como desde posiciones positivistas no radicales. Como hemos visto, la comunicación, en la forma de publicidad, viene presupuesta por el concepto de derecho mediante un doble requisito: la positividad y la corrección o justificabilidad.

Para satisfacer el primero de ambos, toda norma jurídica secreta debe estar prevista legalmente. Los secretos no autorizados por una norma pública positiva no pueden ser derecho. Pero la capacidad definitoria de conceptos jurídicos positivistas termina exactamente allí donde desaparecen el derecho positivo. Por ello, en la medida en que estos conceptos se revelen insuficientes o deficitarios, conviene su integración mediante elementos «extrapositivos». No obstante, incluso casos extremos e insólitos de normas secretas, como el de la Orden de la eutanasia, podrían ser resueltos por aplicación del requisito de la positividad.

Para completar el criterio positivista hemos recurrido a un criterio débil de justicia material, con lo que renunciamos a un criterio meramente formal de justicia (la tesis de la excepcionalidad). Según nuestra modalidad de criterio combinado de justicia y publicidad, para que sea posible la existencia de normas jurídicas no publicadas, éstas deben estar legalmente autorizadas y ser fundamentables. Que una norma secreta sea o no definible como jurídica depende de la posibilidad de justificación racional de su correspondiente norma de autorización. Esta justificación ha de verificarse desde la perspectiva del participante, entendida ésta en términos de contingencia refleja. En tales condiciones, el derecho extremadamente injusto escapa a la posibilidad de fundamentación racional. Por tanto, una norma secreta para la que no exista previsión legal pública o justificación posible (por admitir su norma de autorización la producción de normas de extrema injusticia) no puede recibir la calificación de norma jurídica y, en definitiva, no es derecho.

La introducción de un elemento supralegal en el concepto de derecho es inevitablemente audaz. Al punto surge la tentación de enarbolarse el apabullante arsenal de argumentos que obra en poder del positivismo jurídico. Casi por principio, cualquier afirmación sobre el concepto de derecho resulta discutible. Sin embargo, aun rechazando la tesis de la vinculación conceptual débil entre derecho y moral, puede todavía ser conveniente utilizar la comunicación como elemento definitorio del derecho. Siempre quedaría a salvo su dimensión cualificante. Incluso el positivista podría hallar provecho en el empleo del criterio comunicativo de la publicidad. Como hemos visto, este parámetro encuentra difícil acomodo en la argumentación analítica. Pero no ocurre lo mismo en un plano normativo. Según he defendido aquí, la comunicación *debe* encadenarse normativamente al *concepto* de derecho. Sería, a lo que parece, adelanto muy cabal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (1992): *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Alber.
- (1995a): «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt.
- (1995b): «Law, Discourse and Time», *ARSP*, Beiheft 64 (1995): pp. 101-110.
- (1996): «Grundgesetz und Diskurstheorie», en W. Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden Baden, Nomos, pp. 343-360.
- (2000): «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal», *DOXA*, 23 (2001), pp. 197-230.
- ARNDT, A. (1960): «Strafrechtliche Verantwortlichkeit ehemaliger Richter an Sondergerichten», *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 25 (1960); pp. 1140-1141.

- BENTHAM, J. (1977): *The Collected Works of Jeremy Bentham: A Comment on The Commentaries and A Fragment of Government*, London, University of London/The Athlone Press.
- BERMEJO, J. (1998): *Derecho Administrativo Básico. Parte general*, Zaragoza, Egido.
- BIGLINO, P. (1993): *La publicación de la ley*, Madrid, Tecnos.
- BRIESKORN, N. (1993): *Filosofía del derecho*, trad. C. Gancho, Barcelona, Herder.
- DAVIDSON, D. (1995): *De la verdad y de la interpretación*, trad. G. Filippi, Barcelona, Gedisa.
- DE LUCAS, J. (1990a): «Über das Verhältnis von Politik und Moral: Das Publizitätsprinzip im Werk Immanuel Kants», en E. Garzón Valdés (Hrsg.), *Spanische Studien zur Rechtslehre und Rechtsphilosophie*, Berlin, Dunker & Humblot, 1990, pp. 265-278.
- (1990b): «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho* VII (1990), pp. 131-145.
- (1990c): «Die Institutionalisierung des Öffentlichkeitsprinzips bei Bentham und in der französischen Kodifizierung», *Rechtslehre* 21 (1990), pp. 283-296.
- FOUCAULT, M. (1989): *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Madrid, Siglo XXI.
- FULLER, L. (1969): *The Morality of Law*, New Haven/London, Yale U.P. (2nd ed).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R. (1987): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1998): «Derecho y Moral» en R. Vázquez (ed.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 19-55.
- HABERMAS, J. (1984): *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp.
- HART, H. L. A. (1990): *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, México, Editora Nacional.
- (1962): «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.
- HEGEL, G. W. F. (1996): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp.
- HÖLSCHER, L. (1979): *Öffentlichkeit und Geheimnis. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit*, Stuttgart, Klett-Cotta.
- KANT, I. (1784): «Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?», en *Ausgewählte kleine Schriften*, Hamburg, Felix Meiner, 1965, pp. 1-9.
- (1793): «Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», in *Kleine Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Hamburg, Felix Meiner, 1964, pp. 67-114.
- (1795): *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, en *Kleine Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Hamburg, Felix Meiner, 1964, pp. 115-170.
- (1797): *La Metafísica de las Costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid, Tecnos, 1989.
- KAUFMANN, A. (1997): *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck.

- KELSEN, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, Wien, F. Deuticke.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. (1979): *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch.
- LUHMANN, N. (1983): *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdt. Verlag.
- (1995): «Was ist Kommunikation?», *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdt. Verlag, 1995, 113-124.
- MERTEN, K. (1977): *Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse*, Opladen, Westdeutscher Verlag.
- NEUFELDER, M., y TRAUTMANN, W. (1994): *Kennzeichen Unrecht: eine pragmatische Rechtsphilosophie*, Frankfurt, R. G. Fischer.
- OLIVER, D. (2001): «Die kommunikative Bedingtheit des Rechts», *ARSP*, 87 (2001), pp. 542-553.
- OTT, W. (1991): «Die Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien», en H. Mayer (Hrsg.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. FS Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Wien, Manz, 1991, pp. 519-533.
- (1992): *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, Dunker & Humblot.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1994): *La seguridad jurídica*, Madrid, Ariel, 21997.
- PUTNAM, H. (1994): *Cómo renovar la filosofía*, trad. C. Laguna, Madrid, Cátedra, 1994.
- RADBRUCH, G. (1990): «Fünf Minuten Rechtsphilosophie» (1946), en *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* (Band 3: Recht und Gerechtigkeit), Heidelberg, C. F. Müller.
- RAPSCH, A. (1985): «Gesetzgebung unter nationalsozialistischer Gewaltherrschaft», en P. Salje (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster, Regensburg & Bierman, 1985, pp. 138-147.
- ROBLES, G. (1998): *El Derecho como texto*, Madrid, Civitas.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, J. (1987): *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, Tecnos.
- SALVADOR CODERCH, P. (1989): «La publicación de las leyes», en GRETEL, *Curso de técnica legislativa*, Madrid, CEC, 1989, pp. 201-230.
- SEARLE, J. R. (1995): *The Construction of Social Reality*, London, Allen Lane/The Penguin Press.
- STRAWSON, P. F. (1997): *Análisis y metafísica*, trad. N. Guasch, Barcelona, Paidós/UAB.
- SUETONIO, C. (1994): *Los doce césares*, Barcelona, Iberia.
- TUORI, K. (1991): «Validez, Legitimidad y Revolución», en A. Aarnio et. al. (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 161-188.
- WARTOFSKY, M. (1973): *Introducción a la filosofía de la ciencia*, Madrid, Alianza, vol. I.
- ZIPPELIUS, R. (1991): *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, München, C. H. Beck, 21991.

La utopía de Derecho *

MIGUEL A. RAMIRO AVILÉS

Universidad Carlos III de Madrid

El principal objetivo de este trabajo es describir *cómo* y *por qué* el Derecho es más importante en uno de los modelos de sociedad ideal, Utopía, que en los otros cuatro modelos de sociedad ideal, a los cuales denomino Abundantia, Moralia, Millennium y Naturalia¹. La forma adecuada de exponer el argumento que insinúo en el título es utilizar esa tipología concreta de sociedades ideales porque el punto de partida de mi discurso es la afirmación de que no toda sociedad ideal es Utopía, y, por lo tanto, no toda sociedad ideal mantiene la misma relación con el Derecho. Afirmar que no toda sociedad es

* Este artículo fue originalmente publicado con el título «The Law-based Utopia» en la revista *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 3, núms. 2 & 3, Summer/Autumn, 2000, ed. B. Goodwin, pp. 225-248. También fue incluido en el libro *The Philosophy of Utopia*, ed. B. Goodwin, Frank Cass, London, 2001 pp. 225-248. Agradezco a la Editorial Frank Cass que me haya permitido reproducirlo. Su origen fue una ponencia presentada en la reunión de la *Society for Utopian Studies* «A Millennium of Utopias. The Theory, History and Future of Utopianism», celebrada en la University of East Anglia (Norwich, Reino Unido) entre los días 23 y 25 de junio de 1999. Asimismo, debo agradecer a Barbara Goodwin, J. C. Davis, Lyman Tower Sargent y Javier Dorado la ayuda que me prestaron (y me siguen prestando).

¹ El origen de la tipología está en la obra de J. C. Davis, *Utopia and the Ideal Society. A Study of English Utopian Writing 1516-1700*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981 (trad. J. J. Utrilla, FCE, México, 1985). Deliberadamente he alterado los nombres de cada sociedad ideal, a pesar de que amablemente el profesor Davis me ha comentado su desacuerdo con algunos. Acerca de la grafía de utopía brevemente cabe decir que Utopía es el modelo de sociedad ideal, *Utopía* es la obra de Tomás Moro, y utopía hace referencia tanto al pensamiento utópico en general como al conjunto de sociedades ideales (*vid.* RAMIRO AVILÉS, 2002, p. 27).

Utopía significa que no todas las descripciones detalladas de sociedades ideales tienen la misma estructura. En este sentido, el profesor José Antonio Maravall ha afirmado que en el pensamiento utópico se refleja la comparación entre «la experiencia de la ciudad real en que de hecho viven los hombres» y «el anhelo de la sociedad ideal que orienta aspiraciones más o menos enérgicas de reforma». Esa aspiración «aparece de formas diferentes desde muy temprana fecha en la historia de Occidente» (Maravall, 1976, pp. 13-14). Si se obviasen esas formas diferentes, sería incomprensible el planteamiento de este trabajo y, en mi opinión, no se comprenderían ciertas propuestas utópicas.

Así pues, la tipología propuesta es un elemento básico para entender la manera en que el Derecho, como sistema normativo particular, opera en sólo uno de los modelos de sociedad ideal: el modelo de Utopía, epónimo del libro escrito por Tomás Moro.

El modelo de sociedad ideal de Utopía se singulariza frente al resto de sociedades ideales –con los que también tiene una serie de puntos de conexión– por una serie de elementos materiales, funcionales e históricos que poco a poco irán apareciendo en este trabajo. La toma en consideración de los elementos particulares del modelo de Utopía y de su historia servirán para describir la relación que mantiene con el Derecho. Una primera aproximación muy general a la relación que mantienen el modelo de Utopía y el Derecho puede hacerse desde el título original de la obra de Tomás Moro. En este sentido, encontramos que lo que llamamos *Utopía* en realidad es *Acerca de la mejor forma de comunidad política y la nueva isla de Utopía*. Seguidamente, en el *Oxford English Dictionary* la primera acepción de la palabra “utopía” indica que es «una isla imaginaria, descrita por Tomás Moro que disfruta un sistema social, legal y político perfecto». Con estas dos pinceladas generales creo que la idea principal de este trabajo puede ir tomando cuerpo: el modelo de Utopía tiene una estrecha relación con el Derecho, la cual no se repite en los otros modelos.

Mi propuesta, por lo tanto, es que sólo en uno de los modelos de sociedad ideal, Utopía, el Derecho se mantiene como un instrumento válido para producir la transformación social deseada. El Derecho será el instrumento usado para conducirnos desde el presente a la utopía. Este tipo de pensamiento utópico nos enseña que los seres humanos son capaces de transformar la sociedad mediante los cambios legales y mediante la creación de nuevas formas de política que mejorarán la vida humana.

I

La única forma de cumplir con el propósito que me he impuesto es discriminando perfectamente las obras que pertenecen a cada uno de

los modelos de sociedad ideal. Sin esta labor previa –cuyo proceso de construcción omito por falta de espacio– sería imposible abordar este tema de manera precisa. En el año 1516 Tomás Moro publicó la primera edición de *Utopía*. Este libro describe una sociedad ideal en la que el Derecho tiene una importancia que hasta entonces no se había destacado en una obra utópica, y posteriormente otras obras –con mayor, menor o nula influencia de Moro– mantuvieron esa misma propuesta de reforma de la sociedad a través del Derecho. En 1516 con *Utopía*, Tomás Moro ideó un modelo singular de sociedad ideal basado en el uso del Derecho y en la actualidad esta singularidad permanece porque el Derecho puede ser visto como un instrumento útil e indispensable para producir la deseada transformación radical de la sociedad². Aun estando de acuerdo con Quentin Skinner en que el texto de Moro no introdujo «un tópico completamente nuevo en el pensamiento político del Renacimiento [...] la cuestión acerca de qué constituye la mejor forma de una *commonwealth* era un tema común de debate a lo largo del Renacimiento» (Skinner, 1987, p. 125), no hay que olvidar, como sostiene J. C. Davis, que «lo que fue original en su *Utopía* fue el modo que escogió para resolver los problemas. Examinó la capacidad de medidas legales, educacionales y burocráticas» (Davis, 1981, p. 61). De ahí que *Utopía* fuera en 1516 original y se convirtiera en un «modelo» para muchas utopías posteriores.

En cualquier caso, a pesar de este hecho, la primera imagen que una persona tiene de la sociedad ideal es la visión del Paraíso. En este lugar la humanidad se ha liberado de sus cadenas. En el Paraíso, el entorno natural no es hostil a los hombres y produce suficientes bienes materiales para satisfacer todos los deseos y las necesidades que una persona pueda tener. Tampoco habría ningún tipo de conflicto entre los seres humanos, ya sea porque se comportan bien o porque no tienen que luchar por obtener los bienes materiales. Si esta es nuestra idea general acerca de las sociedades ideales, ¿por qué intento describir la relación entre el Derecho y las sociedades ideales? ¿Es necesario el Derecho en el Paraíso? Miriam Eliav-Feldon, en su libro *Realistic Utopias. The Ideal Imaginary Societies of the Renaissance, 1516-1630*, formula esta misma cuestión que es básica: «¿Por qué debería haber leyes y ejecución forzosa de estas mismas leyes en la sociedad perfecta?». Esta pregunta y su respuesta son muy importantes porque «*prima facie*, una persona podría pensar que en la visión de una tierra ideal no habría necesidad de limitaciones en las actividades humanas ni sanciones por quebrantar tales limitaciones» (Eliav-Feldon, 1982, p. 107). J. C. Davis afirma en este sentido que «una

² Algunas de las últimas obras encuadrables en este modelo de sociedad ideal son *Ecotopia* (1975) y *Ecotopia Emerging* (1981) de Ernest Callenbach (ambas publicadas en Banyan Tree Books, Berkeley), y *2099: A Eutopia* de Yorick BLUMENFELD (Thames & Hudson, London, 1999).

sociedad unida y ordenada mediante formalidades, puede, obviamente, percibirse todavía como alejada de la sociedad ideal» (Davis, 1993, p. 21). Esto supone que el Derecho y la imperfección social se convierten en elementos complementarios, esto es, la sociedad es imperfecta si las normas son necesarias para gobernar el comportamiento humano o para distribuir los bienes materiales. Quizá, por lo tanto, las únicas sociedades ideales son aquellas donde no hay normas debido –y lo adelanto– a una configuración particular de la naturaleza humana o del entorno natural.

La *anomia* (ausencia de normas) es el sello distintivo de algunas de las sociedades ideales (Eliav-Feldon, 1982, p. 108)³. Se considera que la sociedad es ideal si no hay normas que restrinjan o limiten la libertad de acción de las personas. La perfección social se logra cuando se alcanza una sociedad en la que es posible la abolición de las normas legales y de las reglas morales o consuetudinarias. Los modelos de sociedad ideal y los sistemas normativos parece que sean anti-téticos. A pesar de esta idea, no hay que olvidar que, aunque las sociedades anómicas son uno de los sueños utópicos más importantes en el pensamiento occidental, la *anomia* es un elemento particular de sólo cuatro modelos de sociedad ideal; la *anomia* y el pensamiento utópico no están inevitablemente conectados⁴.

La confrontación entre la sociedad ideal nómica y las sociedades ideales anómicas muestra que la relación entre los sistemas normativos y las sociedades ideales no es ni sencilla ni pacífica. En los diferentes modelos de sociedad ideal se mantienen posiciones distintas, y hasta divergentes. Así, incluso en el modelo de Utopía, «por un lado, el Derecho es visto como un instrumento importante para obtener estabilidad. Por otro lado, el Derecho y en particular los abogados son vistos como agentes de inestabilidad debido a sus subterfugios en puntos insignificantes» (Sargent, 1982, p. 583). En el análisis de los diferentes modelos de sociedad ideal aparecen varios argumentos que justifican la eliminación del Derecho, pero también podemos encontrar otros para su mantenimiento. El Derecho se convierte así en un aspecto importante –aunque a veces haya sido obviado– del pensamiento utópico ya se argumente a su favor o en su contra (Sargent, 1995, p. 76).

En general, creo que la relación que mantiene el Derecho con los diferentes modelos de sociedad ideal está caracterizada por cuatro notas: ambigüedad o ambivalencia, crítica, necesidad, y paradoja.

³ Soy consciente que el concepto de *anomia* que manejo en estas páginas no respeta el que Emile DURKHEIM y Jean-Marie GUYAU emplearon en sus obras *Le Suicide* y *Esquisse d'une morale sans obligations ni sanction*. El significado atribuido a este concepto es puramente lexicográfico, tal y como se recoge en Ferrater Mora, 1991.

⁴ Una postura contraria la muestra DAHRENDORF, 1994, pp. 13-58.

La ambigüedad o ambivalencia implica que cada modelo de sociedad ideal ofrece un argumento diferente acerca de la presencia o ausencia del sistema normativo jurídico. Cada sociedad ideal tiene su propia solución e incluso es posible diferenciar entre dos modelos de sociedad ideal –Utopía y Millenium– basándonos en el elemento del formalismo (Davis, 1998, p. 63). En uno la desaparición se produce por la abundancia absoluta de bienes; en otro por la reforma de la naturaleza humana; y, en cambio, en Utopía su mantenimiento se debe a que el Derecho es el pilar en el que se asienta la construcción de la sociedad ideal. La segunda dimensión (la crítica) justifica, en cierta medida, el tratamiento especial que el Derecho recibe en este trabajo puesto que en todos los modelos de sociedad ideal se argumenta que el Derecho y las instituciones legales son una de las causas que provocan las imperfecciones sociales y, por lo tanto, se le somete a una aguda revisión. Todos los creadores de sociedades ideales desapruaban la formulación del Derecho en las sociedades reales y esta evaluación negativa provoca su exclusión de la sociedad ideal, excepto en el modelo de Utopía. En este modelo la confianza en el Derecho permanece pues se produce una reforma radical del Derecho y las instituciones legales al ser partes necesarias del modelo. Evidentemente, la tercera nota –la necesidad– sólo aparece en el modelo de Utopía ya que es en este modelo donde la construcción de la sociedad y su inmortalidad están inevitablemente unidas al Derecho.

Por último, en el modelo de Utopía la relación con el Derecho presenta una dimensión paradójica que se provoca por diversos factores. El primero se refiere a que en el mismo elemento coinciden el mal diagnosticado y la cura propuesta. El carácter paradójico se fomenta, en segundo lugar, por la forma en que se conciben las profesiones legales (abogado, juez, legislador): en todas las obras que forman parte de este modelo aparece la figura de un Legislador Mítico que estableció *ab initio* la estructura legal básica de la sociedad ideal, aunque no en todas ellas se describe cómo se desarrollará la posterior creación de normas; en todas ellas se mantiene la importancia del Magistrado como órgano encargado de aplicar las normas en los litigios, aunque es una actividad que está sometida a una profunda revisión ya que pasan a ser «la boca muda que aplica las palabras de la ley», no pudiendo torcer su sentido de justicia; y, por último, en casi ninguna de ellas la profesión de abogado es bien recibida ya que se les acusa de ser «buitres con toga». Por último, la paradoja se muestra en este modelo de sociedad ideal porque se buscan dos objetivos que, en apariencia, son contradictorios: la reducción del número de normas que componen el código legal utópico y el establecimiento de un sistema legal comprensivo que gobierne todas las acciones que son posibles realizar por las personas.

II

Dejando a un lado estos aspectos generales de la relación entre el pensamiento utópico y el Derecho, es preciso analizar las razones que justifican la desaparición del mismo en el resto de modelos de sociedad ideal⁵.

Miriam Eliav-Feldon indica que hay tres tipos de sociedad ideal «en los que el tema central es la ausencia de leyes». El primero de estos es el de Abundancia, «que no es la descripción de una comunidad sino del paraíso para los individuos que buscan la libertad total respecto de las restricciones, obligaciones y privaciones» (Eliav-Feldon, 1982, p. 107). Aquí, las personas tienen la esfera de libertad más extensa posible porque «en Cucaña hay suficientes satisfacciones para saciar el apetito más grosero» (Davis, 1981, p. 21). Abundancia permite la *anomia* por la unión de dos elementos: el primero es la abundancia absoluta de bienes materiales, mediante la cual se produce el segundo elemento: las personas están liberadas del yugo de las necesidades básicas y todos los problemas sociales desaparecen. En esta sociedad ideal, el comportamiento humano ha sido transformado mediante la eliminación de la tiranía de las necesidades (Morton, 1952, pp. 11-34). En este modelo de sociedad ideal, localizado en una tierra distante, se ha producido una inversión total de la realidad y el hombre puede saciar todos sus apetitos, sin necesidad de fatigarse⁶.

El segundo modelo es el de Naturalia: modelo que «diseña sociedades primitivas ideales donde la vida se reduce a las necesidades más básicas, convirtiendo a todas las instituciones sociales en redundantes [...] no hay gobernantes que exijan obediencia, ni religión que imponga códigos morales, ni instituciones que establezcan regulaciones. Cada persona satisface su propia necesidad básica sin fricción con sus vecinos, sin aspirar a cosas más elevadas» (Eliav-Feldon, 1982, p. 107). En Naturalia, la vida se hace más sencilla al reducirse la demanda. Naturalia implica, por lo tanto, una reevaluación del primitivismo, en especial del primitivismo legal. De este modo, se considera que las sociedades menos desarrolladas, menos complejas, tienen un estándar de vida superior, siendo la *anomia* la clave en este modo de vida (Lovejoy y Boas, 1935, pp. 14-15). Naturalia reclama una vuelta al pasado, a sociedades pretéritas o contemporáneas menos evolucionadas, o lo que es lo mismo, Naturalia supone el retorno al

⁵ Una exposición detallada de cada modelo de sociedad ideal puede encontrarse en Ramiro AVILÉS, 2002, pp. 127-432.

⁶ ACKERMAN, 1944, recoge innumerables ejemplos de este tipo de sociedad ideal basada en la satisfacción sin fatiga de todos los deseos de los hombres. En la literatura española también aparece este tipo de sociedad ideal en uno de los *pasos* de Lope de Rueda y en uno de los romances de ciego recopilados por Julio CARO BAROJA (Rueda, 1990, pp. 157-165; CARO BAROJA, 1996, pp. 415-422).

estado de naturaleza. Se considera que en la sociedad primitiva, las personas son verdadera y completamente libres porque, junto a la eliminación de elementos artificiales, tales como el Derecho o la *polis*, han reducido sus necesidades básicas, debido a la transformación de la naturaleza humana. La sociedad ideal de Naturalia está habitada por hombres moderados que no exigen más que lo básico. El hombre ha recuperado su natural y esto hace que pueda ser más feliz y más libre⁷.

En estos dos modelos de sociedad ideal, según Eliav-Feldon, «el comportamiento se regula mediante las necesidades básicas, no mediante leyes artificiales. La ausencia completa de instituciones sociales, incluyendo la familia y la propiedad, elimina todas las emociones y motivos para el crimen» (Eliav-Feldon, 1982, p. 107). La satisfacción de las necesidades es el único objetivo de las personas y es su elemento regulativo. El Derecho y la sociedad política sólo se requieren donde los deseos y las necesidades básicas no pueden ser satisfechos. J. C. Davis sostiene que los modelos de Arcadia y Cucaña «asumen como desaparecida la premisa básica sobre la que toda construcción se basa: la incapacidad de la naturaleza de cubrir todas nuestras necesidades o de satisfacer todos los deseos que somos capaces de concebir. La substancia ilimitada arrolla a la forma» (Davis, 1993, p. 21). Las sociedades reales, por lo tanto, requieren normas legales porque la satisfacción de estas necesidades no está garantizada. La correlación inevitable entre necesidades básicas, su compensación y los problemas sociales significa que, una vez que las necesidades han sido cubiertas, los problemas sociales desaparecerán y la perfección social se alcanzará. Abundantia y Naturalia son los únicos modelos de sociedad ideal que pueden ser etiquetados como *body utopias*, ya que ambos modelos pretenden satisfacer las necesidades humanas para establecer y mantener un sistema social ideal, sin la presencia del Derecho o de otros sistemas normativos (Sargent, 1994, p. 4).

Los problemas sociales que sean percibidos serán borrados mediante la satisfacción de los deseos y necesidades de los seres humanos. En el primer modelo, la abundancia absoluta de bienes materiales remueve los problemas y conflictos de la sociedad, «no mediante la transformación del carácter del hombre ni mediante elaboradas soluciones sociales, sino mediante la satisfacción privada más completa de los apetitos humanos» (Davis, 1981, p. 21). En cambio en el modelo de sociedad ideal de Naturalia, el Derecho es innecesario porque hay abundancia relativa de bienes y simplicidad en las necesidades de las personas. En este modelo, «la naturaleza es gene-

⁷ Ejemplos de este modelo de sociedad ideal son las comunidades de *salvajes* o de *comedores de peces* que aparecen en los textos de Michel de MONTAIGNE o Agatárquides DE CNIDO, o la loa de la Edad de Oro que hace Miguel DE CERVANTES (MONTAIGNE, 1997, pp. 161-175; Agatárquides DE CNIDO, 1996, pp. 122-277, CERVANTES, 1996, pp. 168-174).

rosamente benévola mas que hostil, y al mismo tiempo los deseos de los hombres, en particular los sociológicos, se asumen como moderados. En Arcadia hay una armonía entre el hombre y la naturaleza que corre paralela a la armonía social entre los hombres moderados. Los arcádicos tienden a asumir que, si los problemas de escasez material se resuelven en un mundo de hombres moderados, los problemas de escasez sociológica también cesarán de existir» (Davis, 1981, pp. 31-32).

El tercer modelo que Eliav-Feldon presenta como anómico es aquel que está formado por «una comunidad de personas tan inteligentes o tan pías por naturaleza que no requieren reglas externas de conducta: instintivamente todas sus acciones serían morales [...]. Tal visión está basada en la asunción de que ciertas personas en este mundo son intrínsecamente buenas, por lo que mediante una selección cuidadosa y con la ayuda de la educación, una comunidad podría estar formada por individuos que siempre actuarían conforme a la razón (o a valores éticos) sin ninguna guía artificial establecida mediante instituciones sociales» (Eliav-Feldon, 1982, p. 108). Por su parte, J. C. Davis afirma que en este modelo «el mensaje permanece simple: como la impiedad causaba la corrupción, la piedad era el camino indispensable para la perfección social» (Davis, 1991, p. 330). La *anomia* se produce en este modelo por la (re)construcción de la naturaleza humana. En mi opinión, este tercer modelo representa tanto a Moralia como a Millennium porque ambos modelos de sociedad ideal concuerdan en este elemento material acerca de la naturaleza humana (Davis, 1981, p. 46). En ambos modelos se muestra cómo la naturaleza humana se transforma –aunque por diferentes medios– hasta el punto de recuperar la naturaleza humana primigenia que era bondadosa o de construir una nueva que supere «el pecado de Adán». En ambos casos se pretende alcanzar una sociedad habitada por ángeles, esto es, una comunidad de personas racionales que siempre saben qué es lo correcto y se comportan siguiendo esa pauta sin necesidad de normas de ningún tipo, ni jurídicas ni morales⁸. La perfección humana y su expresión en la conducta contribuye a la armonía social (Goodwin, 1978, p. 67)⁹.

⁸ En sentido contrario se ha manifestado RAZ, 1991, 184-186. Una visión peculiar de esta sociedad ideal la muestra Thomas LUPTON en la descripción de Mauqsun donde hay conflictos entre las personas, pues pugnan por hacer el bien.

⁹ La visión utópica de estos modelos de sociedad ideal está en la sociedad de verdaderos cristianos descrita en LUTERO, 1990, pp. 21-65; los habitantes en exceso virtuosos de las Inglaterras descritas por Jacob WINPFELING y Thomas ELYOT (Skinner, 1993, pp. 255-257), los experimentos de hermandad que pretendían alcanzar los grupos milenaristas que sacudieron Europa Occidental en el siglo XVI (COHN, 1993, pp. 234-280), o los proyectos anarquistas de sociedad que se difundieron en el siglo XIX (DAVIS, 1984, p. 11).

La disposición humana peculiar en estos dos modelos de sociedad ideal implica que será posible vivir sin normas jurídicas porque habrá «un código de prescripciones categóricas, exigible por la conciencia, sin mediar la coerción, que dirige el comportamiento humano hacia acciones que en el peor de los casos son inofensivas para otros individuos, y en el mejor de los casos beneficiosas para ellos» (Goodwin, 1978, p. 55). Las personas, con su nueva naturaleza humana, se sentirán limitados por esas reglas que les guían a lo largo del camino correcto, y la posibilidad de comportamientos contrarios a esas prescripciones no se admite (Eliav-Feldon, 1982, p. 107). Por tal motivo, tratar de distinguir entre la buena persona y el buen ciudadano en estos modelos de sociedad ideal es inútil ya que son sujetos idénticos. En tales sociedades, hay buenos hombres que siempre e inevitablemente obedecen las reglas porque para ellos la obligación moral es más importante que las obligaciones legal o política. Esta confusión produce una mejora radical en el comportamiento interno y externo de los individuos (*vid.* Owen, 1991, p. 110). Como sostiene J. C. Davis, «la sociedad ha de ser armónica mediante la reforma moral de todos los individuos de la sociedad, y en consecuencia de toda clase y grupo» (Davis, 1981, p. 27). En ambos modelos, recuperar la naturaleza humana prelapsaria o crear una nueva naturaleza humana logrará *enderizar la rama que estaba torcida* (Eclesiastés, 7:13) y producirá la perfección personal y social. Esto traerá consigo la eliminación de todos los conflictos intersubjetivos potenciales y, por lo tanto, será posible vivir en este mundo sin necesitar el Derecho. En estos dos modelos de sociedad ideal, no hay imposición externa de reglas porque inevitablemente las personas, tras el proceso de reforma, van a comportarse de manera correcta.

Con todo esto puede sostenerse que en el primer grupo de sociedades ideales la eliminación del Derecho, y del resto de sistemas normativos, directamente depende de la bondad del entorno natural, el cual produce suficientes bienes para la satisfacción de los deseos y necesidades básicas. Esta satisfacción es la piedra angular sobre la que se edifica la perfección social, compensándose la realidad y fabricándose el sueño de una vida mejor. En este sentido, Barbara Goodwin sostiene que «la miseria en una sociedad imperfecta es normalmente el resultado de necesidades insatisfechas y deseos frustrados, y aunque la simple satisfacción de las necesidades no puede ser suficiente para alcanzar la felicidad, es al menos una condición necesaria» (Goodwin, 1978, p. 70). La escasez, en estos modelos de sociedad ideal, se señala como la causa principal de crisis social y, por ello, se promueve su compensación. Además, en ciertas obras se señala que el propio Derecho provoca la escasez a través de ciertas disposiciones normativas y de este modo perpetúa el conflicto mediante la imposición de un sistema de distribución de los bienes que no es igualitaria. Por tales motivos, en una sociedad en la que las personas, ayudadas por el

entorno natural, pueden satisfacer sus necesidades básicas sin esfuerzo y sin entrar en conflicto con terceros, se considera que es posible vivir sin Derecho (Hill, 1997). Por otra parte, en los otros dos modelos de sociedad ideal el factor básico que provoca los conflictos en la sociedad es la imperfección humana. Así en aquellas sociedades habitadas por ángeles (buenos hombres que son agentes morales perfectos) el Derecho desaparecerá debido a la reforma radical de la naturaleza humana. Las personas nunca actuarán contra las normas autoimpuestas porque tal acción es imposible (*vid.*, Claeys, 1991, pp. XXIV-XXV).

Millennium, Moralia, Abundantia y Naturalia son sociedades ideales anómicas porque en todas ellas el buen comportamiento es inevitable debido a la reforma que sufre la naturaleza humana gracias a la satisfacción de sus necesidades o deseos, la educación o la actuación de una fuerza ultraterrena. Estos cuatro modelos de sociedad muestran que hay dos caminos diferentes para alcanzar la sociedad anómica. Los elementos materiales de la naturaleza humana y el entorno natural juegan un papel importante en la eliminación del Derecho y en el mantenimiento de la sociedad porque su transformación provoca que el Derecho *se evapore*. David Hume ilustró esta situación cuando en *An Inquiry Concerning the Principles of Morals* (1751) argumentó acerca de la inutilidad de la «idea de justicia» en sociedades donde hay abundancia de bienes materiales o donde hay altruismo ilimitado. La idea de justicia sólo tiene sentido, según Hume, en sociedades donde hay abundancia moderada o donde la sociedad está formada en parte por ángeles y en parte por diablos:

«Supongamos que la naturaleza hubiera otorgado a la especie humana tal abundancia de todas las comodidades externas, que sin la menor incertidumbre, sin el menor cuidado o esfuerzo por nuestra parte, cada individuo se encontrara provisto de todo lo que sus más voraces apetitos pudiesen desear, y de todo lo que su exuberante imaginación pudiera apetecer»

En una situación social como la descrita, Hume considera que:

«Parece evidente que en un estado tan feliz, casi toda virtud social florecerá y se multiplicaría por diez. Pero ni siquiera una sola vez se habría soñado en la cauta y celosa virtud de la justicia. Pues, ¿qué propósito tendría hacer una partición de bienes allí donde cada individuo tiene más que de sobra? ¿Por qué hacer que surja la propiedad allí donde no puede haber daño alguno? ¿Por qué llamar a este objeto mío, si cuando alguien me lo quita sólo necesito estirar la mano para tomar posesión de otro objeto igualmente valioso? En una situación así, al ser la justicia totalmente inútil, sólo cabría tomarla como una ceremonia sin sustancia, y nunca podría tener cabida en el catálogo de virtudes»

Y, por lo que respecta a la situación que se caracterizaría por la existencia de altruismo ilimitado en las personas, David Hume afirma:

«Supongamos asimismo que, aunque las necesidades de la especie humana continúen siendo las mismas de lo que son en el presente, el alma humana se ensanche tanto y esté tan repleta de sentimientos de amistad y generosidad, que cada hombre tenga la máxima ternura hacia cada otro hombre, y no sienta más preocupación por sus propios intereses que por los de sus prójimos. Parece evidente que, en un caso así, y debido a tan grande benevolencia, el uso de la justicia quedaría en suspenso, y jamás cabría pensar en divisiones y barreras de propiedad y obligación» (Hume, 1983, pp. 21-22).

De forma similar, aunque dos siglos más tarde, H.L.A. Hart argumenta que hay dos verdades evidentes que justifican la existencia de normas en la sociedad: el altruismo limitado y la escasez, precisamente. El altruismo limitado significa, según Hart, que:

«Los hombres no son demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, y la demostración de que [...] las reglas básicas del derecho y de la moral son necesarias, no debe ser identificada con el punto de vista falso de que los hombres son predominantemente egoístas y no tienen intereses desinteresados en la supervivencia y bienestar de sus semejantes. Pero si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles.»

Por otro lado, la escasez:

«Es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas, tienen que crecer de la naturaleza o ser ganadas a ella, o necesitan ser construidas por el esfuerzo humano. Estos hechos por sí solos hacen indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete» (Hart, 1988, pp. 191-192).

Esto mismo se ilustra en la obra de Henry Neville *The Isle of Pines* (1668). Neville relata el tránsito desde una sociedad ideal anómica (*Naturalia*) a una sociedad ideal nómica (*Utopia*) debido a que la situación original dominada por la abundancia y el altruismo ilimitados ha desaparecido. La isla habitada por George Pine y sus familiares era inicialmente una sociedad arcádica, pero se convirtió en una sociedad propia del modelo de Utopía debido a que la escasez y la maldad humana produjeron la necesidad de dotarse con normas jurídicas para proteger la vida de las personas que formaban la comunidad. Este cambio se produjo por la transformación radical de la situa-

ción original, de una sociedad pacífica (producto de la abundancia y el altruismo) a una sociedad caracterizada por la escasez y el conflicto. Los *orders* originales tuvieron que ser alterados porque el comportamiento humano y la distribución de los bienes habían cambiado ¹⁰. En un comienzo, la isla era arcádica porque, según se cuenta:

«El territorio [era] muy placentero, al estar siempre cubierto con hierba, y lleno de fruta deliciosa y con gran variedad de pájaros, siempre cálido y nunca más frío que *Inglaterra* en *septiembre* [...] no carecíamos de comida, y vivíamos ociosamente, y nos veíamos con Libertad de hacer nuestros deseos, la falta de esperanza de volver jamás a casa nos hizo así de atrevidos» (Neville, 1920, pp. 65-66).

Esta primera etapa se caracteriza, como puede observarse, por la satisfacción absoluta de las necesidades básicas, la libre realización de los deseos, la ausencia de conflicto y la falta de normas legales que limiten esta libertad natural. Ese es un estado de naturaleza pacífico, una situación prelapsaria y presocial. Pero todo cambia cuando las distinciones de clase se desarrollan, la población se incrementa y la bondad natural desaparece (Neville, 1920, p. 74). Entonces, el conflicto aparece. La ausencia de un gobierno formal facilita que el poderoso tiranice al débil. El control religioso no es suficiente y la única solución practicable es establecer un orden legal:

«Ahora, al igual que una semilla puesta en estiércol maloliente produce buen y saludable maíz para el sustento del hombre, así los malos hábitos producen buenas y saludables leyes para la preservación de la sociedad. Poco después mi padre con el parecer de algunos pocos de su Consejo, ordenó y estableció estas normas para que fueran respetadas por todos ellos» (Neville, 1920, p. 73).

A través de estos ejemplos creo que puede observarse claramente que el Derecho no es una entidad autónoma sino que depende de unas condiciones sociales precisas. Es innecesario donde hay un entorno natural perfecto y/o una naturaleza humana perfecta; es necesario donde no existen ni el uno ni la otra. Cuatro de los cinco modelos de sociedad ideal asumen que es posible mantener una sociedad anómica si (*y sólo si*) la naturaleza humana o el entorno natural, o ambos, son alterados hasta alcanzar la perfección. No obstante, la cuestión principal que quedaría pendiente es saber si la *anomia* absoluta permitiría el establecimiento y mantenimiento de una sociedad ideal, pues la adecuada selección de métodos de control social y de resolución de conflictos influye en la practicabilidad del proyecto de reforma de sociedad ideal. En este sentido, Barbara Goodwin sostiene que «la supervivencia de un sistema social en sus formas particulares depende del éxito en la resolución de los conflictos de intereses que surgen

¹⁰ El término «orders» hace referencia a las normas básicas de una sociedad que no pueden ser transformadas por el legislador ordinario.

donde hay una pluralidad de deseos que recursos limitados no pueden satisfacer», y, por lo tanto, «la solución propuesta es consecuente con la manera en la que el problema es concebido» (Goodwin, 1978, p. 82). Aunque todos los modelos de sociedad ideal (anómico o nómico) mantienen la relación entre la solución propuesta y los problemas sociales y políticos denunciados, creo que es imposible crear y mantener una sociedad anómica porque la naturaleza humana y el entorno natural deberían ser reformados hasta llegar a ser perfectos, y son elementos que escapan al control de la voluntad humana. Tanto en un caso como en otro, las reformas propuestas basadas en la alteración de la naturaleza humana o del entorno natural son difícilmente practicables en la realidad¹¹. La sociedad ideal anómica depende de la creación, de un modo u otro, de una nueva naturaleza humana que permitiera que la vida social continuara sin normas primarias y secundarias (Hart, 1988, pp. 26-48 y 77-96).

La reforma basada en el sometimiento de la naturaleza y sus leyes a la voluntad del ser humano es un simple sueño escapista que sólo logrará compensar los déficit en la mente del autor. Esta solución simplifica en exceso los problemas políticos. Por lo que respecta a la reforma fundada en la transformación de la naturaleza humana, además de plantear una solución de difícil consecución porque olvida que su objeto de reforma es el hombre, niega la libertad moral de los seres humanos porque no pueden escoger entre el bien y el mal. Sus buenas acciones no son moralmente libres, pues no hay libertad si su comportamiento está fuera del control humano. Tales seres humanos no deciden libremente su propio comportamiento porque éste está determinado. En este sentido, Han Kelsen sostiene que en sociedades donde el comportamiento adecuado está garantizado, las leyes positivas son innecesarias: el Derecho sólo tiene sentido en una sociedad donde el comportamiento desviado es posible y donde su ausencia produciría una sociedad diferente (Kelsen, 1993, pp. 24, 73).

III

Los modelos de sociedad ideal anómicos manifiestan el sueño utópico de vivir sin normas; el modelo de Utopía refleja el sueño –que para unos es una auténtica pesadilla– de crear una sociedad en la que el Derecho ordene los aspectos relevantes de la vida en comunidad. En la historia del pensamiento utópico resalta la existencia de este modelo de sociedad que es ideal gracias a la perfección de sus estruc-

¹¹ Aunque ha habido ejemplos históricos de sociedades anómicas, sus resultados fueron desastrosos pues se convirtieron en infiernos terrenales. Además, una vez puestos en marcha, necesitaron controlar de algún modo el comportamiento de los miembros de la comunidad.

turas formales (Davis, 1968, p. 174). En este modelo, el Derecho es un elemento necesario para realizar la reforma social y establecer nuevas vías para gobernar y administrar los bienes y las personas. Como sostiene Giampaolo Zucchini, los utopistas del Renacimiento deseaban alcanzar la felicidad terrenal a través de un nuevo modelo de sociedad o Estado alternativo (Zucchini, 1986, p. 409). En este nuevo modelo de sociedad ideal, según Eliav-Feldon, «el Derecho es un elemento que recibía gran atención por los utopistas y exigía un examen minucioso» (Eliav-Feldon, 1982, p. 110).

El modelo de Utopía, a diferencia de los otros modelos, admite las imperfecciones en la naturaleza humana y el entorno natural como irreductibles, pero esto no significa que sea imposible hacer algo con ellas. Los utopistas admiten que «una vida mejor podía desarrollarse sin alterar la naturaleza de las personas» (Sargent, 1975, p. 91), y eso implica someterla a estrictos controles. De igual modo observan que el entorno natural es recalcitrante y que no puede ser dominado completamente por el hombre, pero consideran que éste es mejorable por el hombre con la aplicación de su arte e ingenio. Habiendo admitido tales premisas, según Davis, el modelo utópico «centra toda su atención en el papel principal [de los burócratas], la implementación y operatividad eficiente de un sistema dado» (Davis, 1981, p. 381). El modelo de Utopía crea la perfección institucional para moderar los problemas causados por el altruismo limitado y la escasez de bienes. Lyman T. Sargent piensa, en este sentido, que «los utopianos de Moro son infinitamente mejores que cualquier otro pueblo, pero no son significativamente mejores por naturaleza; son mejores porque sus instituciones sociales son mejores» (Sargent, 1975, p. 89).

Utopía es el único modelo de sociedad ideal donde el Derecho es considerado como un instrumento necesario para crear y mantener la reforma social. No garantiza el buen comportamiento (los hombres pueden convertirse en criminales o en pecadores) y los problemas sociales causados por la redistribución de los bienes no han desaparecido, pero, en este modelo las razones para realizar comportamientos injustos han sido eliminadas, se ha establecido un sistema equitativo para distribuir los bienes (que genera abundancia artificial) y se ha diseñado un amplio control social de los comportamientos para los casos en que las razones no son suficientes. Las imperfecciones han sido controladas mediante mecanismos formales. Aunque no pueden erradicarlas, los autores que cultivaron este modelo de sociedad ideal reducen los efectos adversos (Davis, 1984, p. 10). En *Utopía*, Moro sostiene que los remedios que propone pueden disminuir los males de la sociedad, pero nunca erradicarlos. Estos remedios se encuentran en leyes, prescripciones, sanciones, decretos, en definitiva, en la legislación positiva dictada por los hombres (Moro, 1999, pp. 106-197). En el modelo de Utopía, los problemas sociales y políticos permanecen y deben afrontarse con mecanismos formales.

En el modelo de Utopía ciertas personas podrían continuar infringiendo las reglas. Las personas no siempre van a ser virtuosas, por lo que la autoridad será necesaria. Eliav-Feldon sostiene que «los utopistas serios del Renacimiento no creían que fuera posible transformar completamente la naturaleza humana», por lo que, «incluso en el mejor de los estados alguna coerción y restricción sería necesaria» (Eliav-Feldon, 1982, p. 109). Así, la visión negativa de la naturaleza humana «es un tema básico que se analiza a lo largo de un número significativo de novelas utópicas» (Sargent, 1975, p. 89). Las leyes nacen, según Ludovico Agostino en *La Repubblica Immaginaria*, debido al *peccato di Adamo*, el cual es indisoluble (Agostino, 1957, pp. 24-26). Esto hace que el utopista serio no busque al buen hombre sino al buen ciudadano. Robert Burton, por ejemplo, en *su utopía* trataba de encontrar al buen hombre, pero sabía que era imposible dicho objetivo. De ahí su amarga confesión:

«Si fuera posible tendría a sacerdotes que imitaran a Cristo, abogados caritativos que deberían amar a sus prójimos como a ellos mismos, médicos templados y modestos, políticos que despreciaran el mundo, nobles que vivieran honestamente, mercaderes que dejaran de mentir y engañar y magistrados que dejaran la corrupción, etc.; pero esto es imposible, debo conseguir lo que pueda» (Burton, 1997, p. 111).

La Modernidad ha producido –o provocado– la separación de las esferas del buen hombre y del buen ciudadano que en la Antigüedad estaban unidas, de tal modo que el buen ciudadano ya no necesita ser una buena persona, aunque los utopistas no cejan en su intento de recuperar la reunión de ambas esferas (Habermas, 1990, pp. 50-54). En cualquier caso, en este aspecto tampoco caben respuestas unívocas porque cada modelo de sociedad ideal busca una diferente clase de persona. Así, mientras los modelos anómicos intentan crear sociedades habitadas por buenas personas, el modelo de Utopía se crea con buenos ciudadanos¹². Por lo tanto, en el modelo de Utopía creo que es posible sostener la diferencia que existe entre la buena persona y el buen ciudadano¹³. En mi opinión, es posible argüir que el modelo de

¹² Por ejemplo, el modelo de Moralia confía en el autodomínio humano, pero en el de Utopía, según se desprende de la descripción de Christianopolis hecha por Johann Valentin Andreae, no se tiene tal confianza (ANDREAE, 1999, p. 187), pues cuando se reduce el rigor del control realizado con leyes, según Campanella, aparece la sedición (CAMPANELLA, 1993, p. 162).

¹³ Por tal motivo no estoy de acuerdo con J. C. DAVIS cuando establece que «en Utopía, o Hagnopolis, como también se llama a esa santa comunidad, las distinciones entre el derecho y la moral, y entre el buen ciudadano y la buena persona han desaparecido» (DAVIS, 1981, p. 50). Creo que la diferencia básica entre ambos permanece en este modelo de sociedad ideal porque, si no fuera así, las sociedades encuadradas en el modelo de Utopía se transformarían en ejemplos del modelo de Moralia.

Utopía puede existir con una minoría de buenas personas y una mayoría de buenos ciudadanos (*vid.*, Andreae, 1999, p. 180).

En este modelo de sociedad ideal se mantienen las diferencias entre «aquellos ciudadanos que han interiorizado los valores de la sociedad ideal, aquellos que sólo son capaces de reforma externa, y aquellos que están potencial o activamente desviados. Vivian Carol Fox persuasivamente ha demostrado esto indicando que la desviación es un elemento integrante de la construcción utópica» (Davis, 1993, pp. 24-25)¹⁴. Así, en el modelo de Utopía hay personas que hacen cosas por convicción (Campanella, 1993, p. 217); también hay personas que han adaptado su comportamiento externo a las reglas, pero no las han interiorizado, lo cual es posible porque, según Burton, los hombres no tienen una ventana en su pecho para poder ver los secretos de su corazón (Burton, 1997, p. 83). La tercera y última posibilidad es la persona que tienta a otros o que infringe ella misma las reglas (legales o morales), porque *ubi lex, ibi praevaricatio*. En este caso concreto sólo el modelo de Utopía tiene una respuesta clara y contundente mediante la aplicación del Derecho y las sanciones:

«El que cometa sacrilegio, perderá sus manos; al que levante falso testimonio o sea convicto de perjurio, se le cortará la lengua, a menos que lo redima con su cabeza. El asesinato y el adulterio se castigarán con la muerte, pero no el robo, a menos que sea una falta más grave o delincuentes reiterados; si no, se les condenará a galeras, o a las minas, o serán esclavos durante toda su vida de aquél a quien han ofendido» (Burton, 1997, p. 113).

El modelo de Utopía tampoco confía en la resolución de los problemas sociales y políticos a la abundancia natural. En este modelo de sociedad ideal no hay tal escasez que las personas no puedan satisfacer sus necesidades básicas, pero la eliminación de la escasez se debe a que el hombre aplica la técnica para trabajar mejor la tierra, la ciencia para descubrir las leyes de la naturaleza, y a que posee un sistema justo de distribución de los bienes materiales disponibles. En este modelo el trabajo personal tiene un valor importante (Skinner, 1993, p. 122; Kumar, 1987, p. 28). En este modelo de sociedad ideal las descripciones del entorno natural son secundarias porque el trabajo lo transforma. Así, por ejemplo, la primera mención que hace Francesco Patrizi en *La Città Felice* acerca del entorno natural hace referencia a la esterilidad de la tierra y al arte que se requiere para producir fertilidad (Patrizi, 1941, p. 125) y Tomás Moro, cuando reconoce que el suelo de la isla de Utopía no es muy fértil y su clima no es de los mejores, dice que los utopianos se protegen contra el clima con una forma de vida temperada y que mejoran su suelo mediante la industria

¹⁴ La obra de Vivian CAROL FOX se titula *Deviance in English Utopias in the Sixteenth, Seventeenth and Eighteenth Centuries*, y se corresponde al texto de su tesis doctoral presentada en la Boston University (1969).

(Moro, 1999, p. 77). En el modelo de Utopía la abundancia que existe es artificial porque no la produce de forma espontánea y graciosa el entorno natural sino que depende de las instituciones formales creadas por los hombres. De todas formas, en Utopía la población no sufre la *tiranía de las necesidades* gracias a que se ha establecido un sistema justo de distribución de los bienes materiales que están disponibles. El utopista serio del Renacimiento no describe tierras fantásticas en las que hay ríos de leche y miel, montañas de queso o guijarros que son pasteles, sino tierras en las que la industria del hombre saca el provecho aplicando la razón.

En cualquier caso, cabe advertir que el recurso al Derecho no está sólo determinado por esos factores materiales sino que también influyó el momento histórico concreto en el que Tomás Moro publicó su *Utopía*. Es posible estipular el año 1516 como el momento en el que arranca este modelo concreto de sociedad ideal pues con anterioridad las sociedades ideales que pueden encontrarse son anómicas. Como ha indicado la mayor parte de los autores, la verdadera utopía nace en el Renacimiento (*vid.*, como opinión más representativa, Manuel y Manuel, 1984, p. 33). Este es el período histórico en el que el Estado y su creación más inmediata, el Derecho, comienzan a reconsiderarse como los métodos propicios para controlar a los hombres y ordenar la sociedad (Maravall, 1976, p. 76). Miriam Eliav-Feldon sostiene que «los siglos dieciséis y diecisiete fueron el período cuando las organizaciones tradicionales perdían terreno y los estados nacionales estaban consolidando y extendiendo sus poderes. Sólo el Estado, con su máquina administrativa que crecía rápidamente, podía ser visto como capaz de dar abasto con el volumen formidable de problemas sociales y económicos y con el miedo al caos» (Eliav-Feldon, 1982, p. 128). El Estado es un agente que puede dictar nuevas normas, instituir nuevas instituciones legales, y, lo más importante, puede conseguir su aplicación efectiva. Desde esta perspectiva es comprensible que uno de los elementos persistentes en el modelo de Utopía sea la evaluación positiva de la existencia y funciones del Estado (Bobbio, 1994, p. 179). El Estado es un bien necesario que, una vez establecido, debe consolidarse y protegerse mediante una acción positiva encaminada hacia su perpetuación. Por tal motivo, «el utopista diseña estados centralizados que no toleran entidades independientes en su seno. Hay un Derecho y una jerarquía de tribunales de justicia en estas tierras imaginarias» (Eliav-Feldon, 1982, p. 119).

Por lo anteriormente indicado, creo que es posible afirmar que, por influencia del período histórico, en las obras encuadradas en el modelo de Utopía se reclama la independencia legal del Estado –como órgano central de poder– y la uniformidad del Derecho y de las costumbres se afirman, mientras que la autoridad judicial y legal de la iglesia es severamente limitada (Bell, 1967, p. 127). El Estado –real y utópico– reclama el monopolio de la fuerza legítima que se manifiesta a través de normas jurídicas, las cuales se aplican de manera efecti-

va sobre un territorio determinado y una población también determinada (compárese con Weber, 1993, p. 83). En *Utopía* se afirma desde el comienzo que en la isla la lengua, costumbres, leyes e instituciones son idénticas, y sólo hay una jurisdicción civil que juzga las acciones contrarias a las normas jurídicas y a las normas morales (Moro, 1999, pp. 43, 85, 102).

IV

Como he indicado anteriormente, Utopía es el único modelo de sociedad ideal en el que la crítica del Derecho va asociada a su presencia necesaria. Una de las críticas más claras es la que dirige Robert Burton en *Anatomía de la Melancolía*:

«Al ver tantos juristas y abogados, tantos tribunales y tan poca justicia; tantos magistrados y tan poca preocupación por el bien común, tantas leyes y sin embargo no menos desórdenes; un tribunal, un campo sembrado de litigios; un tribunal, un laberinto; tantos miles de pleitos en un solo tribunal a veces, resueltos de forma a veces violenta. Al ver al mayor malhechor a menudo administrando justicia, al más impío ocuparse de la religión, al más ignorante presidir la cultura, al más vago organizar el trabajo, y al más insensible en la distribución de la caridad. Al ver a un cordero ejecutado, a un lobo dictar sentencias, a un bandido que es distinguido y a un ladrón sentado en la tribuna, a un juez que castiga severamente a los otros, comportarse mal él mismo, el mismo hombre comete el robo y lo castiga, castiga un robo y es él mismo el ladrón. Las leyes alteradas, malinterpretadas, interpretadas a favor o en contra, lo que hacen con el juez los amigos sobornarle o influirle en esta opinión y maleable en esta otra. Retrasada la sentencia, cambiada a gusto del juez, siempre el mismo caso: “uno privado de su herencia, otro la consigue con falsedades por medio de favores, hechos o testamentos falsos”. Las leyes se hacen y no se observan, o si se ponen en ejecución, son los tontos los que son castigados» (Burton, 1997, p. 78).

Pero la crítica no elimina el Derecho del modelo de Utopía. Así, Eliav-Feldon indica al respecto que «la sociedad, según nuestros escritores, sólo puede ser reformada a través de buenas leyes y buenas instituciones que protegerán a los hombres del mal que habita entre ellos. La utopía sería es, de hecho, un complejo entramado legal de trama tan tupida que deja a los individuos muy poca libertad de acción» (Eliav-Feldon, 1982, p. 109). La perfección social, institucional, que se busca y alcanza en Utopía permite que permanezcan las imperfecciones humana y natural (*vid.*, Goodwin, 1978, pp. 4-5).

La confianza en el Derecho que se muestra en Utopía supone que este modelo de sociedad sea un buen ejemplo del *gobierno de las leyes*. En el modelo de Utopía el gobierno no es una cuestión personal

sino institucional (Ferguson, 1965, p. 16) por lo que los gobernantes no están exentos de cumplir con el Derecho, como tampoco lo están de violarlo. Por tal motivo, la tiranía es una forma de gobierno que se rehuye, que está prohibida porque la mayoría de los utopistas la equiparan con el *gobierno de los hombres* y se toman medidas al respecto (Winstanley, 1965, pp. 527, 534; Moro, 1999, p. 49).

En el modelo de Utopía se propone que la reforma radical de la sociedad se alcanza mediante la abolición de las normas jurídicas injustas e imperfectas y el establecimiento de unas nuevas. En este sentido, Robert Burton y Johann Valentin Andreae consideraban a la sociedad real (que puede ser etiquetada como de distópica) como el *world turned upside down* debido a las imperfecciones legales, mientras que sus sociedades ideales eran las sociedades *normales* (Burton, 1997, pp. 61, 79; Andreae, 1999, p. 177). Las normas, leyes e instituciones de la realidad que son imperfectas se encuentran en el origen de los problemas sociales y de los malos hábitos. Estos males sociales puede ser curados mediante la implementación de los sistemas legales que son minuciosamente descritos en las sociedades pertenecientes a este modelo. Como bien afirma Eliav-Feldon: «Todos nuestros utopistas, con independencia de su país, denominación o *background* particular, reconocieron el extendido descontento con el existente sistema legal y, excepto aquellos que rechazaban por completo al Derecho y se refugiaron en la fantasía, le dedicaron muchos pensamientos y espacio en sus descripciones de sociedades imaginarias para ofrecer una alternativa en forma de un sistema legal ideal» (Eliav-Feldon, 1982, pp. 110-111).

La crítica a la que se somete al sistema jurídico merece una reflexión mayor pues determina la clase de Derecho que los utopistas buscaban. En ese sentido es necesario señalar que las imperfecciones de los sistemas legales reales que se destacaban pueden ser divididas en formales y materiales. Las imperfecciones formales derivan de problemas conectados con la aplicación del Derecho, la elaboración de códigos, el número de normas, y temas similares, mientras que la imperfección material se causa por la disociación entre justicia y legalidad.

El Derecho, como estructura formal, es imperfecto porque está compuesto por un conjunto de reglas que son complicadas de entender, textos legales muy extensos y leyes desconocidas. Una idea muy extendida entre los autores que cultivaron el modelo de sociedad ideal de Utopía era que «los códigos de leyes que son demasiado largos, extremadamente complejos, abiertos a interpretaciones diferentes, y escritos en una lengua que la mayor parte de la gente no entiende, pierden su propósito» (Eliav-Feldon, 1982, p. 111). La presencia de estos problemas dificultan que el Derecho alcance su objetivo pues todo el mundo tiene que conocer sus deberes y obligaciones para adaptar su conducta. (Moro, 1999, p. 85; Winstanley, 1965, p. 590). La solución que se propone en las obras que forman parte del modelo

de Utopía es simplificar la complejidad del sistema legal, «así será posible tener un sistema en el que todo individuo sepa qué es lo bueno y lo malo y qué ocurrirá si los tabúes de la sociedad son violados» (Sargent, 1975, p. 92). En este sentido, los utopianos

«Piensan que es completamente injusto obligar a los hombres con un conjunto de normas que son demasiadas para ser leídas o demasiado oscuras para entenderlas» (Moro, 1999, p. 85).

Giampaolo Zucchini sostiene que con este propósito los utopistas tienen como objetivo prioritario la creación de certidumbre legal mediante un sistema de leyes esquemático, ordenado y creado por un único legislador (Zucchini, 1986, p. 417). Por lo tanto, la primera propuesta es crear un sistema legal con pocas leyes. Así, los utopianos

«Tienen muy pocas leyes, y su educación es tal que no necesitan más [...] las leyes son muy pocas, como he dicho, y consideran la interpretación más obvia de cualquier ley como la más justa» (Moro, 1999, pp. 84-85).

Como afirma James Harrington,

«La mejor regla general para tus leyes es que sean muy pocas» (Harrington, 1977, p. 187).

En el modelo de Utopía, el sistema legal se simplifica, siendo esta solución original (Zucchini, 1986, pp. 411-412). Como se ha visto en el texto escrito por Tomás Moro, las normas legales que se dicten en la sociedad ideal deben ser interpretadas de la forma más sencilla y de manera literal. De este modo la interpretación realizada por parte de los jueces, magistrados o abogados, esto es, de quienes pueden tener malas intenciones, está prohibida (Burton, 1997, p. 78). En este sentido tenemos que Gerrard Winstanley pensaba que con «la palabra desnuda de la Ley» sería suficiente (Winstanley, 1965, p. 512). Así, la propuesta del pensamiento utópico de que el método para determinar el sentido del significado de las leyes debe ser simple, es otra de las medidas con las que perfeccionar el Derecho. De este modo, incluso personas sin conocimiento técnico pueden ser capaces de entenderlas y todo el mundo será un experto legal (Moro, 1999, p. 85). En estas sociedades, como ya he indicado, los abogados desaparecerán y el magistrado será honesto, inteligente y letrado, y estará bajo el férreo control del Estado. En este modelo de sociedad ideal se propone que nadie pueda interpretar el Derecho porque éste se autointerpreta cuando sus palabras se pronuncian. Hay un código de leyes claro que establece la sentencia, y la única función del magistrado es determinar la culpabilidad o la inocencia (Sargent, 1975, p. 92). Así, en *Sinapia* las leyes no ofrecen razones, sino que sólo decretan mandatos y prohibiciones respecto a determinadas acciones (*Sinapia*, 1976, p. 116). La tarea del magistrado es la de aplicar mecánicamente la norma sin interpretarla.

Una tercera innovación es que las leyes utópicas deben estar escritas en la lengua vernácula, si se quiere que las personas comprendan las normas. La incomprendibilidad de una norma que, en todo caso, obliga a las personas motiva que sea injusta, pues le obliga a realizar (o dejar de realizar) una acción sin tener la capacidad de conocer tal mandato o prohibición. Por tal motivo, las leyes en la utopía de Burton van a estar

«Escritas en un estilo llano y en su lengua materna, para que todo el mundo las pueda entender» (Burton, 1997, p. 110).

La cuarta solución propuesta para solucionar las imperfecciones formales va unida a la anterior puesto que hace referencia a la publicidad de las leyes. Gerrard Winstanley consideraba que había que hacer públicas las normas jurídicas para acabar con una cierta naturaleza esotérica que el Derecho mantenía y con los problemas que causaba la ignorancia de las leyes:

«Si hubiera buenas leyes, y el pueblo no las conociese, sería tan malo para la Commonwealth como si las hubiera» (Winstanley, 1965, p. 562).

Por lo tanto, en el modelo de Utopía se clama por la publicidad de las leyes. En este sentido, Tomás Campanella propuso en *La Città del Sole* que las leyes deberían estar escritas en tablas de bronce y exhibidas en las columnas del templo (Campanella, 1993, p. 185). James Harrington también defendió este sistema escrito en *La República de Océana*:

«No será legítimo que el Senado exija obediencia al pueblo, ni que el pueblo preste obediencia al Senado, en ninguna o por ninguna ley que no haya sido promulgada o impresa y publicada en el plazo de seis semanas» (Harrington, 1977, p. 281).

El quinto problema formal con el que deben enfrentarse los utopistas hace referencia a la propia aplicación de las normas legales. Éste es uno de los problemas más importantes porque los autores eran críticos con el hecho de que las leyes no eran ejecutadas estrictamente. Las leyes son hechas, pero no observadas (Burton, 1997, p. 78). Por lo tanto, la forma de compensar tal defecto era proponiendo sociedades donde las leyes se aplicaban con total rigurosidad cuando se cumpla su condición de aplicación. Por tal motivo el modelo de Utopía contrasta con la realidad histórica pues los primeros Estados eran *leviatanes débiles* con una gran debilidad e ineficacia (Davis, 1981, p. 380). No va a quedar ningún delito sin castigo. Esta aplicación tan rigurosa es uno de los aspectos más importantes del nuevo sistema legal, porque los utopistas creían en el poder formativo de la disciplina (Oestreich, 1982, p. 269).

Por lo tanto, según los principales utopistas, las leyes para tener éxito como pautas de comportamiento, deben ser pocas, comprensibles, conocidas, públicas y rigurosamente aplicadas. En todo caso,

esta tarea de dirigir el comportamiento humano no se realiza en exclusiva por el Derecho sino también por la exhortación moral y el sistema educativo. Aun siendo cierto que los códigos morales y los sistemas educativos no pueden ser considerados como los únicos instrumentos para controlar el comportamiento humano, también lo es que son necesarios debido a sus efectos políticos benéficos. El modelo de Utopía incluye la exhortación moral como uno de los instrumentos para la transformación social porque el Derecho no es suficiente para imponer el orden social (Davis, 1991, p. 330). En este sentido, J. C. Davis sostiene que «la filosofía moral de los utopianos de Moro era central en su diseño global, y la moralidad social se ha mantenido como el tema central del utopismo» (Davis, 1981, p. 334). En el siguiente texto de Tomás Moro se observa esa relevancia política de la filosofía moral:

«¿Quién puede dudar que un hombre que no tiene nada que temer excepto al Derecho, que no tiene esperanza en la vida después de la muerte, no hará lo que pueda para evadir las leyes de su país mediante artimañas o quebrantarlas con la violencia para satisfacer su avaricia personal?

Su importancia radica en los efectos políticos que tiene pues afecta a la estabilidad de los sistemas sociales: los principios morales pueden servir para obtener las tan ansiadas obediencias jurídica y política. El Estado se ve en la obligación de asumir la responsabilidad de supervisar la fe y la moralidad de sus habitantes (Eliav-Feldon, 1982, p. 120), siendo el caso más extremo el de Tomás Campanella pues estableció una sociedad que tenía como forma de gobierno el cesaropapismo, por la cual el jefe supremo, Hoh, detenta los poderes espiritual y religioso (Campanella, 1993, p. 146; Manuel y Manuel, 1984, p. 109).

Por su parte, el sistema educativo también es importante para reformar la sociedad porque también moldea el comportamiento humano, delinea las acciones que son y no son aceptables y establece ciertos mecanismos de autorrestricción en las personas (Goodwin, 1978, p. 85). El modelo de Utopía también utiliza el sistema educativo para condicionar el comportamiento humano (Eliav-Feldon, 1982, p. 57) pero, a diferencia de lo que ocurre en Moralia, no es el único instrumento de control social. El sistema educativo es una pieza clave para la reforma social propuesta ya que tiene la tarea de consolidar los principios y reglas que van a regir la vida de las personas en la nueva sociedad. A través del sistema educativo las personas moldean su comportamiento según los principios de una filosofía o doctrina moral concreta. Esta relación entre los principios morales y religiosos y el control educacional de nuevo se hace evidente en *Utopía*:

«Los sacerdotes educan a los niños y a los jóvenes. La instrucción en las buenas maneras y en la moral se considera no menos importante que la propia enseñanza. Desde el principio hacen todos

los esfuerzos para instalar en las mentes de sus pupilos, mientras todavía son jóvenes y tiernos, principios útiles para la comunidad. Lo que es plantado en la mente de los niños vive en las mentes de los adultos y sirve para reforzar a la república; su declinar puede dibujarse hacia vicios que afloran de malas actitudes» (Moro, 1999, p. 102).

Como dice Miriam Eliav-Feldon, «el sistema educativo utópico sirve para producir las piezas perfectas para la maquinaria social perfecta» (Eliav-Feldon, 1982, p. 56). En el modelo de Utopía, por lo tanto, Derecho, religión y educación coexisten como métodos compatibles para controlar el comportamiento humano, y «aunque estos métodos pueden diferenciarse en principio, en la práctica se fusionan y sobrepone considerablemente, pues el control normalmente se realiza mediante una mezcla de instrumentos físicos, intelectuales y psicológicos» (Goodwin, 1978, p. 86). El modelo de Utopía, por lo tanto, no se basa exclusivamente en la aplicación del Derecho, pues podría debilitar la estabilidad del sistema, sino que también confía en la adhesión espontánea a las leyes, lograda mediante la moralidad y la educación. A pesar de esto, en Utopía, el Derecho es la última línea de defensa (Zucchini, 1986, p. 415).

El objetivo último de los utopistas es controlar todos los comportamientos, lo cual se alcanza mediante la aplicación estricta de las leyes (Tasso, 1999, p. 300), ya sea fruto de la adhesión o de la ejecución forzosa. De todas formas, lo más importante en el modelo de Utopía es que tenemos un sistema de normas legales que controlan tanto el comportamiento público como el meramente privado. Por ejemplo, en el sistema social de Campanella –aunque sería aplicable al de Tomás Moro o al de Samuel Gott–, el Estado regula todo, incluso las esferas más personales (Tasso, 1999, p. 310) como pueden ser el vestido, la comida, el matrimonio, la procreación, los viajes. La comprensión es, por lo tanto, otra de las características del sistema legal, la cual implica la capacidad para ordenar todas las acciones que un hombre pueda hacer (Raz, 1991, pp. 175-176). En el modelo de Utopía hay una intervención normativa desde el nacimiento hasta la muerte de las personas. Así, según Gerrard Winstanley,

«Habrán normas para cada acción que un hombre pueda hacer»
(Winstanley, 1965, pp. 512, 528).

La comprensión se justifica porque en este período histórico algunos comportamientos, que en la actualidad sin ningún tipo de duda se consideran públicos, comenzaron a ser regulados por primera vez, y otros que, en la actualidad son privados, eran considerados públicos. La hiperregulación no era considerada extraña en los siglos XVI-XVII porque el moderno Estado tenía que incrementar su presencia en la sociedad con nuevas instituciones y nuevas áreas de control (Oestreich, 1982, pp. 138, 157). Toda acción posible se regula y, además, todo el mundo debe actuar de la misma manera. Esta com-

prehensión es producto de la idea que existía de que toda persona y todo asunto es responsabilidad del Estado (Eliav-Feldon, 1982, p. 47). Todas las acciones son consideradas como una causa posible de desorden social por lo que deben ser controladas, sin importar si la acción se desarrolla en la esfera pública o privada. Esta mezcla de esferas va más allá porque en este período histórico, según Oestreich, «el Estado y la sociedad no eran entidades separadas, tal y como lo fueron consideradas al inicio del siglo diecinueve, sino que formaban una unidad» (Oestreich, 1982, p. 160). Además, en caso de fallar la comprensión del sistema, esto es, en el caso de que algún comportamiento haya sido omitido por las normas y esté exento de regulación, la sociedad de Utopía actúa, según Lyman Sargent, conforme a una regla general: «si el Derecho no dice expresamente que se puede hacer algo, no puedes hacerlo» (Sargent, 1975, p. 91). Se impone, así, una norma general de clausura que evita cualquier tipo de laguna jurídica prohibiendo aquellos actos que expresamente no están permitidos ni prohibidos.

Si dejamos a un lado los problemas formales que se detectan en la estructura del Derecho y las soluciones que se proponen, nos topamos con el problema de índole material que afecta al Derecho. Históricamente, el principal problema material y práctico del sistema legal ha sido (y es) la separación entre Derecho y Justicia. Según Zucchini, la crisis de los sistemas legales contemporáneos fue expresamente subrayada en las utopías del Renacimiento al demostrarse la separación dramática entre la legalidad y la justicia, una separación que los utópicos deseaban abolir mediante la implantación de justicia social fundada en la virtud de los ciudadanos y de los nuevos sistemas institucional y social (Zucchini, 1986, p. 423). La solución propuesta a este problema fue la teoría del Derecho natural desarrollada por el pensamiento iusnaturalista.

Uno de los derroteros que se han seguido para provocar esta separación es el comportamiento de los jueces y abogados en los tribunales, donde el sentido de la justicia de las normas se pierde. En general, los utopistas renacentistas sostenían que era el ser humano quien creaba esta separación: las convenciones humanas provocan la desviación de los principios de justicia. Las leyes han adulterado el sentido de las reglas morales, tal y como Moro lo entendía. Su propuesta sostenía que las normas legales positivas debían respetar el contenido material de las normas morales que son superiores. El Derecho positivo perfecto es aquel que se basa en los preceptos del Derecho natural, los cuales representan las originales leyes divinas de justicia (Eliav-Feldon, 1982, p. 112). En la obra de Ludovico Agostino puede observarse cómo distinguía entre el Derecho divino y el Derecho humano (Agostino, 1957, p. 21), y en la de Tomás Moro se mantiene la prioridad del primero:

«Quizá podrá argumentarse que las leyes de Dios que condenan el asesinato no se aplican donde las leyes human lo permiten ... Si

el consentimiento mutuo de las leyes humanas autoriza a los hombres por decreto especial a eximir a sus agentes de la ley divina y les permite matar donde no tenemos ejemplo, ¿no es esto preferir la ley del hombre a la ley de Dios?» (Moro, 1999, p. 22).

Esa postura moreana debe completarse con la crítica a la injusticia del Derecho en la sociedad inglesa del siglo XVI. Esta crítica se basaba en que, según Moro, había dos clases de justicia:

«Una para el pueblo común, una justicia baja que se arrastra por el suelo, entorpecida en todas partes y cargada de cadenas, y la otra, que es la justicia de los príncipes, mucho más libre y majestuosa, que permite hacer cualquier cosa que se quiera y prohíbe lo que no se quiere» (Moro, 1999, p. 87).

En cambio, en el modelo de Utopía el Derecho es el vehículo a través del cual se realiza la Justicia (Zucchini, 1986 p. 423) y, por lo tanto, la situación de injusticia ha desaparecido por completo:

«En este punto, me gustaría que alguien se aventurara a comparar esta equidad de los utopianos con la así llamada justicia que reina entre el resto de las naciones. En las cuales, dejadme morir, si puedo descubrir el más ligero ápice de justicia» (Moro, 1999, p. 107).

* * *

El modelo de sociedad ideal de Utopía, al basarse en normas jurídicas e instituciones formales de gobierno, rompe con esa idea general preconcebida que sostiene que la sociedad ideal sólo puede ser aquella en la que han desaparecido todo tipo de controles. El Derecho en Utopía se las arregla con la escasez, la cual se resuelve mediante el establecimiento de un sistema racional de distribución de bienes. Por otro lado, aunque las imperfecciones de la naturaleza humana pueden inducir hacia un comportamiento desviado, sus efectos perniciosos se mitigan mediante la aplicación rigurosa del Derecho y sus sanciones. El sistema legal es el artífice de la sociedad ideal, y se considera que es perfecto porque es inmune a las imperfecciones anteriores. El Derecho está libre de influencias externas porque se ha convertido en un instrumento idealizado que mantiene la perfección social. Por esta razón, «los mecanismos que son usados –legal, educacional, burocrático e institucional– no tienen que imitar a la naturaleza, porque la naturaleza es deficiente. Más bien tienen que disciplinar al hombre y a la naturaleza para amoldarlos. Los hombres deben amoldarse al Derecho y no *viceversa* [...] Las leyes no han de amoldarse a los hombres sino los hombres han de serlo por y a las leyes» (Davis, 1991, pp. 371, 342). El objetivo es construir un sistema legal y político per-

fecto que resuelva los problemas sociales y mantenga la perfección social para siempre. Los asuntos humanos deben estar sometidos al y regulados por el Derecho.

Los utopistas del Renacimiento consideraban al Derecho como un instrumento con funciones sociales positivas. No entendían al Derecho como un instrumento para oprimir al pueblo sino como un instrumento para crear libertad y seguridad (Davis, 1992, p. 513; Davis, 1993, pp. 28-29; Maravall, 1997, p. 131). La libertad no es un valor que esté ausente de las utopías sociales; la sociedad ideal no es sólo el reino de la igualdad. El sentido negativo de libertad es el que claramente se expone en los primeros ejemplos del modelo de Utopía mediante la ausencia de lo arbitrario y lo contingente. Este sentido negativo, posteriormente recogido por John Locke en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, muestra que la libertad de los hombres no significa sólo hacer aquellas acciones que no están reglamentadas sino que la libertad también se crea estando sometidos a una norma pública que evita estar sujeto a la arbitraria voluntad de otro hombre (Locke, 1990, pp. 52-53). El sentido positivo o libertad como participación, hace referencia al concurso de los hombres en el autogobierno, y se desarrolló con las teorías democráticas del siglo XVIII, ofreciendo la promesa de libertad entendida como autonomía (Furet, 1998, p. 65). Incluso este sentido también es posible encontrarlo en las sociedades utópicas de Harrington y Winstanley, e incluso antes, en Tomás Moro (Ramiro Avilés, 2002, pp. 410-417).

En mi opinión, las primeras formulaciones del modelo de Utopía no muestran una 'sociedad cerrada' infernal porque estaba presente ese incipiente concepto de libertad negativa y porque «en comparación con los métodos de aplicación del Derecho en la Europa contemporánea, el propósito de los utopistas era relativamente suave» y «los reformadores sociales del Renacimiento felizmente ignoraban la experiencia de la civilización del siglo veinte con los regímenes totalitarios» (Eliav-Feldon, 1982, pp. 125, 127). Esas sociedades utópicas son autoritarias, pero no totalitarias, aunque «la [más importante] tendencia en el siglo [veinte] ha sido equiparar la utopía con la fuerza, la violencia y el totalitarismo» (Sargent, 1982, p. 586). Barbara Goodwin argumenta en este sentido que «aunque una minoría de utopistas hayan visto a la coerción e incluso a la violencia como un instrumento lamentable pero necesario de cambio, un examen de la literatura utópica no establece nada aproximado a una asociación *necesaria y universal* del utopismo con los mecanismos coercitivos» (Goodwin, 1980, p. 395). Aun siendo cierto que los escritores utópicos describieron sociedades en las que el uso de la fuerza sería necesario para alcanzar y mantener la sociedad, tampoco hay que olvidar que, primero, es coerción legal, y, segundo, «el utopista no necesita ser más coercitivo de lo que fueron los fundadores liberales del Estado de bienestar» (Goodwin, 1980, p. 396). El utopista del Renacimiento nos muestra que libertad y autoridad no

son antitéticos (Davis, 1993, p. 29). Por su parte, la *anomia* crea reglas y sanciones menos desarrolladas que las legales y pueden permitir un uso irracional e injusto del poder. La *anomia* puede crear una situación de miedo e invita a la tiranía del gobierno personal.

Evidentemente, usar el Derecho y el Estado como instrumentos para reformar la sociedad es una opción ideológica clara. La intervención del Estado en la sociedad a través del Derecho también implica definir el límite del grado de intervención. Frente a la creciente tendencia ideológica que es partidaria de un lento retroceso del Estado hasta llegar a su eliminación o reducción a la mínima expresión, dejando las parcelas deshabitadas sin normas y al albur del mercado, creo que es preciso romper una lanza a favor del mantenimiento de esferas en las que, una reformada intervención del Estado, se ejecuten ciertos ideales éticos que se persiguen por una ideología y no por otra.

El pensamiento político utópico muestra el papel positivo que esos instrumentos pueden tener; el pensamiento político distópico, el negativo. El Derecho y el Estado son instrumentos humanos ya sea para oprimir o para liberar a las personas, y están en nuestras manos. A través del Derecho podemos crear la *Ciudad Distopía* o la *Isla Eutopía*. Nosotros escogemos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, E. M., 1944: «*Das Schlaraffenland*» in *German Literature and Folksong. Social aspects of an Earthly Paradise, with an inquiry into its history in European Literature*, Dissertation, The University of Chicago.
- AGATÁRQUIDES DE CNIDO, 1996: «Sobre el Mar Eritreo», en *Relatos de viajes en la literatura griega y antigua*, ed. L. A. García y F. J. García, Alianza, Madrid, pp. 122-277.
- AGOSTINO, L., 1957: *La Repubblica Immaginaria*, cura L. Firpo, Ramella, Torino.
- ANDREAE, J. V., 1999: *A Description of the Commonwealth of Christianopolis*, trans. E. H. Thompson, Kluwer, Dordrecht.
- BELL, S. G., 1968. «Johan Eberlin von Günzburg's Wolfaria. The First Protestant Utopia», *Church History*, 36:2, pp. 122-139.
- BOBBIO, N., 1994: *Estado, Gobierno y Sociedad*, trad. J. F. Fernández, FCE, México.
- BURTON, R., 1997: *La Anatomía de la Melancolía*, trad. J. Mateo, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Madrid.
- CAMPANELLA, T., 1993: «La Ciudad del Sol», en *Utopías del Renacimiento*, trad. A. Mateo, FCE, México, pp.141-231.
- CARO BAROJA, J. (ed.), 1996: «La Isla de Jauja», en *Romances de ciego*, Taurus, Madrid, pp. 415-422.
- CERVANTES, M. De, 1996: *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, ed. J. J. Allen, Cátedra, Madrid.
- CLAEYS, G., 1991: «Introduction», en R. Owen, *A New View of Society and Other Writings*, Penguin Books, pp. VII-XXXIV.

- COHN, N., 1993: *En Pos del Milenio. Revolucionarios Milenaristas y Anarquistas Místicos de la Edad Media*, trad. R. Alaix, C. Bustamante y J. Ortega, Alianza, Madrid.
- DAVIS, J. C., 1968: «Utopia and History», *Historical Studies*, 13, pp. 165-176.
- 1981: *Utopia and the Ideal Society. A Study of English Utopian Writing 1516-1700*, Cambridge University Press.
- 1984: «The History of Utopia: the Chronology of Nowhere», en *Utopias*, ed. P. Alexander & R. Gill, Duckworth, London, pp. 1-17.
- 1991: «Utopianism», en *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, ed. J. H. Burns, Cambridge University Press, pp. 329-344.
- 1992: «Religion and the Struggle for Freedom in the English Revolution», *The Historical Journal*, 35:3, pp. 507-530.
- 1993: «Formal Utopia/Informal Millennium: the Struggle between Form and Substance as a Context for Seventeenth-Century Utopianism», en *Utopias and the Millenium*, ed. K. Kumar & S. Bann, Reaktion Books, London, pp. 17-32.
- 1998: «The Millennium as the Anti-Utopia of Seventeenth Century Political Thought», *Anglophonia Caliban*, 3, pp. 57-65.
- DAHRENDORF, R., 1994: *Ley y Orden*, trad. L. M.^a Díez-Picazo, Civitas, Madrid.
- ELIAV-FELDON, M., 1982: *Realistic Utopias. The Ideal Imaginary Societies of the Renaissance 1516-1630*, Clarendon Press, Oxford.
- FERGUSON, A. B., 1965: *The Articulate Citizen and the English Renaissance*, Duke University Press, Durham.
- FERRATER MORA, J. 1991: *Diccionario de Filosofía*, Círculo de Lectores, Barcelona.
- FURET, F., 1998: «Democracy and Utopia», *Journal of Democracy*, 9:1, pp. 65-79.
- GOODWIN, B., 1978: *Social Science and Utopia. Nineteenth Century Models of Social Harmony*, The Harvester Press, Sussex.
- 1980: «Utopia Defended Against the Liberals», *Political Studies*, 28:3, pp. 384-400.
- GOTT, S., 1902: *Nova Solyma the Ideal City; or Jerusalem Regained*, tras. W. Begley, John Murray, London.
- HABERMAS, J., 1990: *Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social*, trad. S. Más, Tecnos, Madrid.
- HARRINGTON, J. 1977: «The Commonwealth of Oceana», en *The Political Works of James Harrington*, ed. J. G. A. Pocock, Cambridge University Press, pp. 155-359.
- HART, H. 1988: *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford.
- HILL, C., 1997: *Liberty Against the Law. Some Seventeenth Century Controversies*, Penguin Books.
- HUME, D., 1983: *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, ed. J. B. Schneewind, Hackett Publishing, Indianapolis.
- KELSEN, H., 1993: *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed., trad. R. Vernengo, Porrúa, México.
- KUMAR, K., 1987: *Utopia and Anti-Utopia in Modern Times*, Basil Blackwell, Oxford.
- LOCKE, J., 1990: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad. C. Mellizo, Alianza, Madrid.

- LOGAN, G. M., 1983: *The Meaning of More's Utopia*. Princeton, University Press.
- LOVEJOY, A. O.; Boas, G., 1935: *A Documentary History of Primitivism and Related Ideas*, vol. 1: «Primitivism and Related Ideas in Antiquity», The Johns Hopkins Press, Baltimore.
- LUTERO, M., 1990: «Sobre la Autoridad Secular: hasta dónde se le debe obediencia», en *Escritos Políticos*, trad. J. Abellán, Tecnos, Madrid, pp. 21-65.
- MANUEL, F. E.; Manuel, F. P., 1984: *El Pensamiento Utópico en el Mundo Occidental*, vol. 1, trad. B. Moreno, Taurus, Madrid.
- MARAVALL, J. A., 1976: «El Pensamiento Utópico y el Dinamismo de la Historia Europea», *Sistema*, 14, pp. 13-44.
- 1997: *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, CEPC, Madrid.
- MONTAIGNE, M. De, 1997: «De los Caníbales», en *Ensayos*, trad. M. D. Picazo y A. Montojo, Círculo de Lectores, Barcelona, pp. 161-175.
- MORE, T., 1999: *Utopia*, ed. G. M. Logan and R. M. Adams, Cambridge University Press.
- MORTON, A. L., 1952: *The English Utopia*, Lawrence & Wishart, London.
- MUMFORD, L., 1962: *The Story of Utopias. Ideal Commonwealths and Social Myths*, Viking Press, New York.
- NEVILLE, H., 1920: *The Isle of Pines*, ed. W.C. Ford, The Club of Odd Volumes, Boston.
- OESTREICH, G., 1982: *Neostoicism and the Early Modern State*, ed. B. Oestreich & H. G. Koenigsberger, trans. D. McLintock, Cambridge University Press.
- OWEN, R., 1991: «Address Delivered to the Inhabitants of New Lanark», en R. Owen, *A New View of Society and Other Writings*, ed. G. Claeys, Penguin Books, pp. 105-134.
- PATRIZI DA CHERSO, F., 1941: «La Città Felice», en *Utopisti e Riformatori Sociali del Cinquecento* cura C. Curcio, Zanichelli, Bologna, pp. 119-142.
- PECES-BARBA, G., 1998: «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales», en *Historia de los Derechos Fundamentales*, vol. 1: «Tránsito a la Modernidad», Siglos XVI y XVII, dirs. G. Peces-Barba y E. Fernández, Dykinson, Madrid, pp. 13-263.
- PICO DELLA MIRANDOLA, G., 2000: «Discurso sobre la Dignidad del Hombre», en *Manifiestos del Humanismo*, trad. M. Morrás, Península, Barcelona, pp. 97-133.
- PLATÓN, 1996: *República*, trad. J. M. Pabón y M. Fernández, Círculo de Lectores, Barcelona.
- RAMIRO AVILÉS, M.A., 2002: *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Madrid.
- RAZ, J., 1991: *Razón Práctica y Normas*, trad. J. Ruiz, CEC, Madrid.
- RUEDA, L. de, 1990: «La Tierra de Jauja», en *Pasos Completos*, ed. J. M.ª Marín, Austral, Madrid, pp. 99-105.
- SARGENT, L. T., 1975: «A Note on the Other Side of Human Nature in the Utopian Novel», *Political Theory*, 3:1, pp. 88-97.
- 1982: «Authority & Utopia: Utopianism in Political Thought», *Polity*, 14:4, pp. 565-584.
- 1994: «The Three Faces of Utopianism revisited», *Utopian Studies*, 5:1, pp. 1-37.

- SARGENT, L. T., 1995: «Concepts of Law in Recent Utopian Literature», *Revista Europea de Derecho, Filosofía e Informática*, 17th IVR Congress, Bologna, pp. 76-82.
- Sinapia*, 1976: ed. Miguel Avilés, Editora Nacional, Madrid.
- SKINNER, Q., 1987: «Sir Thomas More's Utopia and the Language of Renaissance Humanism», en *The Language of Political Theory in Early-Modern Europe*, A. Pagden ed., Cambridge University Press, pp. 123-157.
- 1993: *Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno*, vol. 1, trad. J. J. Utrilla, FCE, México.
- TASSO, M. L., 1999: «Il Deviante nella Città Perfetta. Modelli Repressivi nelle Utopie di Campanella e More», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29:2, pp. 299-330.
- TROUSSON, R., 1978: «Eglise et Religion en Utopie», en *Modeles et Moyens de la Reflexion Politique au XVIII^e Siècle*, vol. 1, Publications de l'Université de Lille, pp. 383-399.
- 1995: *Historia de la Literatura Utópica. Viajes a Países Inexistentes*, trad. C. Manzano, Península, Barcelona.
- WEBER, M., 1993: «La Política como Vocación», en *El Político y el Científico*, trad. F. Rubio, Alianza, Madrid, pp. 81-179.
- WINSTANLEY, G., 1965: «The Law of Freedom in a Platform or True Magistracy Restored», en *The Works of Gerrard Winstanley*, ed. G. H. Sabine, Russell & Russell, New York, pp. 499-602.
- ZUCCHINI, G., 1986. «Critica del Diritti, Difetti della Giurisprudenza e Problemi di Legislazione in Utopie del Cinque e Seicento», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 63, pp. 409-423.

La dimensión universal e integradora de la Justicia ecológica

Por TERESA VICENTE GIMÉNEZ

Universidad de Murcia

El entramado de la vida es hoy una conclusión científica. La ciencia ecológica, una ciencia nueva, que se desarrolla y consolida en el pasado siglo XX, nos desvela al ser humano como un ser natural que en su existencia permanece unido a las condiciones naturales, interactuando con todos los elementos del ecosistema, de la vida, en su sentido más amplio, lo que nos permite restablecer la gran cadena del Ser.

Al mismo tiempo, los datos aportados por la ciencia y la investigación ambiental nos muestran un planeta degradado, cuya fuerza renovadora y equilibrio ecológico se ve seriamente amenazado por una acción humana fuertemente tecnificada, que desconoce, viola y destruye los procesos y ciclos ecológicos, la diversidad y la riqueza ambiental.

Esta trama de la vida, esta interacción del mundo real goza tanto de una *interpretación sistémica real*, que reconoce la implicación cualitativa de la totalidad, como de una *interpretación sistémica funcional* y de una *interpretación holística*¹.

¹ Mientras las teorías sistémicas reales hablan abiertamente de jerarquía como principio básico ordenador de la realidad, las teorías holísticas se oponen a la jerarquía por considerar que implica un juicio dominante opresivo, relegándolo a viejo paradigma de pensamiento incapaz de servir de modelo explicativo a la nueva visión del mundo como red gobernada por un juego pluralista e igualitario entre partes (*heterarquía*). Esta *jerarquía patológica* es la que denuncian los teóricos de la ecología profunda, de la teoría crítica social o del ecofeminismo.

Sin embargo, el nudo parece consistir en el error semántico que acompaña a la noción de *jerarquía*: una escala de órdenes de sucesos que siendo totalidad en un

El nudo de la crítica y la discrepancia respecto a las *teorías sistémicas estructural/funcionalista* en sus diversas formas –desde la teoría general de los sistemas a la moderna teoría dinámica de sistemas– y prácticamente todo el «nuevo paradigma» de teorías ecológicas/holísticas, se encuentra en el reduccionismo que supone querer resolver la totalidad de la interpretación del mundo de la realidad reduciendo ésta a su parte externa, funcional o interaccional y prescindiendo o negando su parte profunda, cualitativa, valorativa o jerárquica. El resultado es una interpretación plana del mundo, con un dualismo inherente a la realidad de la vida, ya que reduce todos los interiores a simples hilos interconectados y percibidos exteriormente como una gran red funcional, como una gran extensión interconectada. Éste es el sentido del demoledor ataque que lanza Habermas a las actuales teorías de los sistemas que «colonizan el mundo de la vida por los imperativos de los sistemas funcionales»².

Por el contrario, en la medida en que somos capaces de reconocer la interioridad en la red de la vida, entonces podremos afirmar que compartimos no sólo un espacio físico común, sino un espacio interior común. Es decir, desde nuestra perspectiva, el mundo no puede ser descrito por un mero análisis empírico de los sistemas en acción, porque los parámetros físicos por sí mismos no pueden explicar las diferencias, las cualidades, la riqueza de nuestro mundo, los relieves de nuestra realidad; por tanto, ya no podemos relegar la conciencia a un nivel concreto, difícilmente alcanzable y después forzado a llevarlo a lo más básico, sino que lo interesante es ver que lo más básico ya comparte una profundidad común.

En definitiva, esta implicación cualitativa de nuestra realidad, nos permite ver en la destrucción de la naturaleza la destrucción de la base existencial de la humanidad, y nos lleva a pensar que no podemos seguir interpretando la naturaleza de manera funcional, dirigida exclusivamente a la satisfacción inmediata de las necesidades y deseos humanos (perspectiva antropocéntrica), so pena de que queramos con-

estadio se convierte en parte de un todo en el estado siguiente. Así pues, la jerarquía es un orden de totalidades crecientes, donde los estadios o niveles jerárquicos aparecen como secuencias en desarrollo que incluyen los patrones, capacidades y funcionamiento de la etapa anterior, añadiendo en esta nueva etapa sus propias y únicas capacidades.

Ken WILBER. *Sexo, Ecología y Espiritualidad*, Gaia, Madrid, 1999, pp. 29 y ss.

² Para HABERMAS, «la pragmática universal es su alternativa a la razón unidimensional y a sus consecuencias sobre el diagnóstico de la modernidad. La razón práctica, en la fase posconvencional –en la cual la reflexividad social es capaz de situarse a un nivel de generalidad crítica que trascienda la eticidad particular de la comunidad, en un debate público sobre orientación del valor–, puede discriminar sobre la validez formal de la argumentación. La razón sustancial se ha disuelto, ahora se ejercita la fuerza de la racionalidad procedimental orientada al entendimiento». Bernat RIUTORT SERRA, «Razón política, globalización y modernidad compleja», *El viejo topo*, España, 2001, pp. 236-237.

tinuar nuestra obra de permanente destrucción. En este sentido, la actual problemática ecológica es capaz de desarrollar una nueva conciencia y, desde ahí, un nuevo eslabón en la ampliación de nuestra dimensión ética, para abarcar ahora al mundo natural. Y desde la ética, descender a la Justicia, idea que está implícita en aquellos órdenes más concretos de la vida social —el orden jurídico, el orden político, o el orden económico.

Esto significa que la toma de posición de la valoración del medio ambiente en el siglo XXI ha de responder, no sólo al reconocimiento efectivo de una nueva funcionalidad, sino a una responsabilidad ética, a las exigencias de justicia, al reclamo jurídico y político que implica la desigual distribución de la riqueza, la apropiación de las fuentes de energía, la expoliación y el uso irracional de los recursos naturales; porque ahí están las principales causas de la exclusión y la privación que sufre la mayor parte de la humanidad; porque ahí están los principales móviles de los conflictos bélicos actuales, de la violencia y la inseguridad internacional; porque ahí está, en definitiva, la dinámica de la vida y con ella de la propia humanidad en su dimensión intergeneracional y planetaria³.

La idea de justicia ha de asumir la cuestión ecológica porque, precisamente, la Naturaleza es la fuente de todo crecimiento, ahí están los fundamentos materiales, y aún espirituales, de las necesidades humanas y ecológicas, *lo que le corresponde a cada cual*.

La Ciencia progresa y descubre nuevas relaciones y nuevos hechos; paralelamente, la Filosofía ha de renovar su intento de interpretación del mundo. En este sentido, la Filosofía del Derecho habrá de interpretar ahora el orden social humano de acuerdo a la posición ecológica del hombre, es decir, deberá atender el orden de las relaciones ecológicas como ámbito más amplio que incluye y condiciona el orden social humano, y que a la vez se ve condicionado e incluido en él. Los filósofos del Derecho se convierten así en *filósofos de la ecología*, en *ecofilósofos*, en un nuestro intento de dar una respuesta más allá del ámbito positivo, capaz de fundamentar y de legitimar el conjunto de la regulación ambiental para la tutela y el cuidado del orden natural y humano.

En efecto, los bienes de la Tierra son bienes de la humanidad, pero también de la complejidad integral que caracteriza al universo ecológico, tanto los bienes naturales como los bienes sociales, culturales o artificiales⁴. Es decir, existe la obligación y la responsabilidad de

³ Es lo que Leonardo BOFF llama *las dos heridas sangrantes*, «La primera, la herida de la pobreza y de la miseria, rompe el tejido social de los millones y millones de pobres en el mundo entero. La segunda, la agresión sistemática a la Tierra, desestructura el equilibrio del planeta amenazado por la depredación hecha a partir del modelo de desarrollo planteado por las sociedades contemporáneas y hoy mundializadas», *Ecología: grito de la Tierra, grito de los Pobres*, Trotta, Madrid, 1997, p. 135.

⁴ Como afirma Adela CORTINA, los *bienes sociales*, «lo que producen las personas y lo que consumen, fruto del trabajo y del uso y costumbres de su sociedad» son

mantener a la población mundial y atender a las necesidades ecológicas de la Tierra, y, para ello, hemos de reaccionar adecuadamente ante las consecuencias de nuestras acciones, hemos de procurar una justa distribución de los bienes, que permita disfrutar de la riqueza en la medida necesaria para la plena realización del quehacer humano y del orden natural.

A partir de tal reflexión práctica, proponemos una refundación, un nuevo desarrollo de la idea de justicia que responda a las exigencias, a los retos que nos plantea la nueva realidad que nos acoge.

Desde este planteamiento, la construcción de la *Justicia ecológica* aparece como una justicia distributiva, social y universal. Se trata de armonizar el desarrollo de la humanidad en su conjunto con las exigencias ecológicas de nuestro planeta. En efecto, la Justicia ecológica incluye en su configuración la significación de la Justicia social, como presupuesto donde se actualiza el sentido más amplio de la Justicia por retribución o Justicia distributiva. Si bien, desde la perspectiva de la Justicia ecológica lo que se pretende es que las estructuras sociales básicas impliquen ahora al medio natural.

En este sentido, desde el nuevo paradigma de la Justicia ecológica, el centro referencial para definir *el acto justo* se amplía del *espacio social* al *área del ecosistema*. Es decir, el conjunto de límites a las necesidades del hombre y de la sociedad estará representado por el *ecosistema*. Ahora se trata de determinar el esquema estructural donde se cumple el *acto justo*, y, por tanto, la *competencia del sujeto*, que va más allá de la comunidad política y el tráfico económico, implicando, en términos de diacronía, ya no el marco humano institucional concreto, sino el más amplio ámbito natural del *ecosistema*. A partir de tal presupuesto, la *competencia* del sujeto humano será siempre en función del *ecosistema*, entendiendo tal *competencia* como las facultades que corresponden al sujeto para alcanzar su pleno desarrollo, la *praxis*, que ahora será necesariamente la *praxis en sentido ecológico*. Es decir, el *ecosistema* aparece, como marco en el que centrar la determinación de *lo justo* en sentido humano y ecológico en su conjunto.

La cuestión está en determinar los criterios de distribución en el proceso de determinación de *lo justo de cada cual*. En este sentido, la función específica de *retribución* aparece como *proporcional o analógica*, lo que significa que la competencia del agente se establecerá en función de los resultados y consecuencias efectivas de su acción u omisión sobre los sistemas ecológicos a los que se extiende la misma acción realizada.

Otro criterio de distribución será el de *complementariedad*, subrayando que la relación de complementariedad no permite una disposi-

también parte de los *bienes de la tierra*, y por eso tienen que ser socialmente distribuidos entre el conjunto de la humanidad, *Los bienes de la Tierra y la gratuidad Necesaria*. Alianza y Contrato. Política, Ética y Religión, Trotta, Madrid, 2001, pp. 159-160.

ción plena cuando está en juego la integridad del objeto; en este caso, el medio natural.

A su vez, sobre este esquema de complementariedad se asientan otros criterios de distribución como la *equidad* y la *solidaridad*. Es decir, de un lado, se impone un juicio «pregnante» profundamente concreto, esto es, un juicio de prudencia en tanto «momento concreto de justicia», obra de la *equidad*. Y, de otro, es necesario un impulso *solidario* de la colectividad humana a fin de conservar y desarrollar el orden ecológico.

El esquema sería el siguiente: la Justicia en su calificación *ecológica*, implica la determinación de *lo suyo, de lo que corresponde a cada cual*, no sólo en virtud de la dinámica del orden social institucionalizado, es decir, las estructuras sociales en conexión con el régimen jurídico, sino que amplía ahora tal dinamismo a la funcionalidad dinámica inherente al área abierta de los *ecosistemas*.

Esta dinámica que irradia de la Justicia ecológica, obliga a una constante tensión entre los principios de la regulación del medio ambiente, orientada hacia la unidad de ordenación y, la génesis y el desarrollo de un mundo y una ecología diversa en continuo movimiento. El problema y el reto, desde el punto de vista jurídico, consistirá ahora en concebir el *juicio de justicia ecológica* como *adaptación* en relación con el cambio del *ecosistema* social, cultural y ecológico.

De un lado, la creciente complejidad del mundo contemporáneo y la comprensión global de sus acontecimientos hace necesaria la ampliación *del ámbito territorial* en la determinación de lo justo en sentido ecológico, y sugiere relativizar el límite político de la comunidad a favor de la referencia a un *ecosistema* internacional.

De otro lado, la dimensión duradera y perenne del ecosistema se traduce en la dimensión de futuro que deben alcanzar *en el ámbito temporal* los procesos de racionalidad de lo justo, ante la perspectiva de la subsistencia de *generaciones futuras*.

Comprobamos ahora cómo se realiza la Justicia ecológica, a través de algunas de sus *funciones*:

1) Una función científica interdisciplinar. En efecto, la propuesta de una *Justicia ecológica* ha de responder, cuanto menos, a una interdisciplinariedad crítica, presupuesto de los principales retos que plantea un nuevo orden mundial, orientado al entendimiento y el respeto de la diversidad científica, humana y ecológica. En este sentido, la reflexión sobre el futuro de la ciencia legal en el tercer milenio anticipa la necesidad de una interdisciplinariedad científica para la competencia medio ambiental⁵.

2) Una función de transformación y de asimilación en el ordenamiento jurídico de los programas políticos medioambientales y de los

⁵ Göran SKOGH, «Property Rights and The Environment: A Law and Economics Approach», *Scandinavian Studies in Law*, volumen 40.

proyectos económicos, velando siempre por su adecuación a los complejos problemas de la ecología. Propósito que trata de responder a la urgente pregunta de *¿Quién defiende la Tierra?, ¿qué debemos hacer?* Tenemos que hacer algo, necesitamos una sociedad capaz de contrarrestar la poderosa coalición productivista, una sociedad que pueda sostenerse a sí misma sin desposeer a los demás ni aniquilar el mundo natural del que depende nuestro sustento⁶.

3) También corresponde a la Justicia ecológica dar forma al contenido material y a la estructura del ordenamiento jurídico ecológico, un desarrollo unitario que incluye tanto los diferentes sectores jurídicos como su proyección internacional. Para ello habrá de atender, de un lado, a los principios que sirven de guía material para la tutela y el cuidado del medio ambiente: *principio de previsión* o *principio de prevención*, encaminado a evitar la aparición de perjuicios o perturbaciones medioambientales; el *principio de causación*, o controvertido *principio de quien contamina paga*, fundamento de imputación de gastos para compensar los perjuicios ambientales; o el *principio de cooperación* o *principio de solidaridad y cooperación internacional*, de naturaleza formal-organizativa referido a una actividad conjunta para evitar que los problemas ambientales sean transferidos espacial y temporalmente. Y, aún más, también deberá consistir la Justicia ecológica en un modelo o término de comparación en los procesos metódicos del Derecho comparado.

4) La Justicia ecológica ha de consistir además en el paradigma capaz de coordinar la actuación del orden jurídico, político, económico, tecnológico y espiritual, en su actuación tutelar con el orden ecológico. Haciendo valer aquí su función de *conservación de bienes*, porque es aquí donde la Justicia ecológica muestra su conexión más estrecha y constante con estos procesos, desde su apuesta por un desarrollo sostenible.

Desde esta perspectiva, los *property rights* es un vago concepto, a veces confuso, analizado y discutido tanto por la ciencia económica como por la ciencia jurídica. La importancia de los *property rights* para la protección del medio ambiente está centrada en la idea de que *los derechos de propiedad* pueden ayudar a mejorar el medio ambiente, en mayor medida que otros conceptos jurídicos como los derechos humanos, tanto los de primera generación que acusan una pasividad política —exigida para asegurar un espacio de libertad individual de no intervención del Estado, del poder político—, como los derechos sociales o de segunda generación, cuyo obligado cumplimiento depende

⁶ En efecto, como afirma Jorge Riechmann, comprobamos hoy que «la Tierra —a los seres vivos que vivimos hoy en ella y a los que la habitarán en el futuro— le siguen faltando defensores lo suficientemente poderosos como para contrarrestar con éxito la coalición productivista bajo cuya hegemonía la destrucción del mundo continúa avanzando». *Un mundo vulnerable. Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*, La Catarata, Madrid, 2000. p. 193.

del estatus económico del país o de la falta de crueldad o corrupción en la clase política. Por el contrario, la intimidad de los derechos de propiedad, junto con el carácter relativo de su contenido, que permite establecer restricciones legales y límites en el diseño de los derechos y deberes que encierra, puede ofrecer una mayor efectividad en la gestión medioambiental y una mayor fuerza para exigir su cumplimiento, lo que es una buena garantía en orden a evitar la destrucción de recursos y la extinción de especies⁷.

Ahora, desde una perspectiva científica, epistemológica y metodológica, se trata de encontrar un modelo metodológico, e incluso ontológico, como paradigma adecuado para acoger la incorporación de la realidad ecológica al ámbito jurídico como espacio social específico.

En este sentido, el *concepto de sistema*, desde la *teoría general de los sistemas*, perspectiva científica legada por Ludwig Von Bertalanffy para explicar la Teoría Social, llega hasta el Sistema Jurídico de la mano de Nicklas Luhmann; a él debemos la recepción de la Teoría Sistémica en el orden legal.

Una idea clave en Luhmann es la comprensión de lo Jurídico como fenómeno social. Se trata de una Sociedad sin vértice ni centro, con diversos sistemas especializados. La Sociedad es el conjunto policéntrico de todos los sistemas parciales o subsistemas (político, económico, jurídico, de la ciencia, de la educación...).

Desde tal planteamiento, la respuesta al problema ecológico en la referencia al sistema social está en crear en la Sociedad resonancia sobre todo suceso ecológico y, en particular, sobre la «amenaza» ecológica⁸.

El funcionamiento del sistema se basa en la transferencia de *información* entre sistema y medio circundante –medio ambiente– y, dentro del sistema, en el control –*retroalimentación (feed-back)*– del funcionamiento del sistema en relación con el medio.

El sistema hace propio, «metaboliza», el medio ambiente. Se trata de la traducción, mediata siempre, de complejidad externa a complejidad interna, de modo que los problemas son «astutamente» redefinidos como propios del sistema. *Complejidad y contingencia* son los dos atributos del mundo, del medio ambiente; mientras la vida del sistema supone reducir complejidad y disponerse frente a la contingencia.

Hay que advertir que el concepto de *medio ambiente* aparece en Luhmann como todo lo exterior al *sistema social*, término que no se identifica con el medio natural o ecológico, sino que la cuestión ecológica es un acontecimiento más dentro del medio ambiente, y su res-

⁷ Göran SKOGH, «Property Rights and The Environment: A Law and Economics Approach», *Scandinavian Studies in Law*, volumen 40.

⁸ En este sentido, destacamos las ideas desarrolladas por Niclas LUHMANN en su trabajo *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* 2. Auflage, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1988.

puesta debe encontrarla en el sistema social, en crear en la Sociedad *resonancia*.

El sistema social o los sistemas funcionales son «máquinas» que desempeñan la función de gobernar, de regular, ya que son capaces de captar información en un ambiente múltiple, y de elaborarla, de transformarla en órdenes que rijan la orientación ulterior de tal sistema.

Para Luhmann, de todos los subsistemas que integran el sistema social, el sistema jurídico es el único capaz de responder adecuadamente a la cuestión ecológica.

Luhmann rechaza el concepto de responsabilidad humana en el marco jurídico, el hombre se desentiende de su responsabilidad específica en tanto medida externa de juicios, en tanto imputación externa al sistema, lo que supone la negación de la causalidad propia del sistema imputado.

En este sentido, Luhmann enseña el abandono de cualquier criterio moralista. Para él, los intentos de transformar el Derecho en algo moral se presentan por su propia falsedad, y el despotismo de su imagen, en algo desechable.

Y en tal sentido, *replantea el problema de la Justicia* en una distinta forma de «racionalidad». La Justicia, de este modo, abandona la dimensión implícita de perfección. Se requiere, en fin, una racionalidad jurídica autónoma, esto es, una racionalidad sistémica.

El nuevo concepto de Justicia aparece, no ya como un valor en sí mismo o en su exigencia de perfección, sino como categoría inmanente al sistema; se trata de un concepto puramente formal, de una fórmula teórico-sistemática. En efecto, pueden haber demandas sociales que no pasan los filtros del sistema, aspiraciones sociales a las que el sistema es insensible, porque no está capacitado para satisfacerlas o no le interesa hacerlo.

Luhmann rechaza que la solución al problema ecológico se encuentre en la *rectificación del comportamiento humano* desde un punto de partida subjetivo o ético, por cuanto niega estas dos categorías. Para él la clave del problema ecológico no puede estar, o sólo puede estarlo secundariamente, en un insuficiente sentido de la responsabilidad ética, en una nueva moral, o en una concepción nueva de los valores.

Por el contrario, desde nuestra perspectiva, una crítica a los supuestos de la concepción ecológica de Niklas Luhmann significa el reconocimiento de una ampliación ética al medio natural desde donde se edifica nuestra propuesta de una Justicia ecológica.

El reconocimiento de esta nueva perspectiva ética hará posible ofrecer respuestas a las dificultades más apremiantes que se plantean a la protección jurídica del medio natural, dificultades que por otra parte ha puesto de manifiesto el propio Luhmann. Nos referimos a respuestas como la relación de «complementariedad» que aparecería junto a la tradicional de «reciprocidad»; así como la figura de la «equidad», la «solidaridad» o la «prudencia» que facilitarían los pro-

blemas de *adaptación* que plantea la dinámica constante del medio natural; o los efectos frente a terceros –la *Drittwirkung*– que salvaría los límites del aquí y ahora en relación con los efectos mucho más amplios que implica la problemática ecológica.

En definitiva, queremos afirmar que estos programas funcionales totalizadores que niegan el contenido ético, el valor, la implicación ontológica y la jerarquía son un obstáculo serio para la comprensión ecológica del mundo de la vida, para la defensa de una nueva cosmología, de una nueva espiritualidad.

En este sentido, la crisis ecológica se nos presentaría junto a una humanidad que se deshumaniza porque ha renunciado, ha negado una parte de su realidad, y se muestra insuficiente ante la riqueza del Ser.

Es decir, la decadencia de confianza en la ética, en los valores, en pro de una visión mecanicista aplaudida por igualitaria y uniformadora deja sin resolver cuestiones tan vitales como las distinciones cualitativas que definen la vida, como la continua búsqueda de lo bello, de lo verdadero o de lo bueno. En efecto, a pesar de reconocer la dificultad que ofrece el tema de los juicios de valor, para pensar, para sentir, para juzgar o para organizar, necesitamos un marco de referencia, un sistema de valores que nos muestra unos espacios más elevados que otros, unas formas de vida más plenas, unos estilos de vida más admirables, o unas maneras de sentir o de actuar más profundas, porque desposeer a la vida de la gama de sus valores es reducir la realidad multidimensional al aplanamiento de un paraje descolorido, limitado a un futuro predecible.

Hay algo también peligroso en esta renuncia a la dimensión ética o profunda de la vida, a saber, la conexión entre los valores y las necesidades humanas, y, a su vez, el enraizamiento de éstas con el sentimiento, con el mundo de las emociones.

Nuestro planeta sufre el problema de la aridez, de la falta de humedad, de la pérdida de emociones y de sentimientos⁹. En la cultura dominante, los seres humanos volubles, cambiantes, descentrados, sentimentales, son rechazados por poco prácticos, son demasiado emotivos para ser eficaces. Todo va encaminado hacia la eficacia, hacia una perfección de diseño. Nuestra sociedad nos ha enseñado a cómo hacer las cosas lógicamente y eficazmente, pero ha sacrificado nuestra salud, nuestra emoción, nuestra intuición y nuestros sueños.

Pero si aprendemos a rescatar lo que es nuestro, a sentir nuestros propios miedos sin vergüenza, sin dejar que nos detenga, seremos capaces de identificar nuestras verdaderas necesidades, despertaremos nuestro espíritu crítico, y encontraremos nuestra espiritualidad.

⁹ Como afirma Félix GUATTARI en *Las Tres Ecologías*, Pre-Textos, Valencia, 1990, junto a una ecología exterior existe una ecología interior, una ecología mental instalada en el inconsciente colectivo. Y, precisamente, en el estado traumático que ha experimentado la mente del ser humano a lo largo de la historia, podemos encontrar las raíces de la violencia y agresiones dirigidas al medio ambiente.

Es urgente restaurar la visión emocional, espiritual y ecocéntrica de nuestra vida. Un ser humano que no es capaz de sentir, que no es capaz de saber lo que siente, es un ser que ha perdido soberanía, es un ser vulnerable, manipulable ante el reconocimiento y las exigencias de sus propias necesidades básicas.

El ser humano no se limita a un ser lógico-racional, es mucho más rico, es un ser afectivo, emocional, imaginativo, creativo, intuitivo, conectado con la vida en su más profundo sentido, y hay que proporcionar métodos para desarrollar esta inteligencia emocional, estas capacidades tan intensamente humanas. Dar cabida en el conocimiento, en el desarrollo metodológico, al sentimiento, al afecto, a la emoción, no sólo a la razón, porque éstos son elementos constitutivos del ser humano y de la vida en su más profundo y real sentido. No vale sólo el entender, es necesario el sentir junto a la inteligencia racional, la inteligencia emocional, junto a la lógica de la razón, la lógica de la emoción. Se trata de una metodología liberadora y enriquecedora de un pensamiento encarcelado y limitado en la lógica racional.

En otro orden de ideas, ahora desde la perspectiva político-social, señalar la importancia del nexo entre Ecología y Feminismo, integrando la crisis ecológica entre las preocupaciones del movimiento feminista y contribuyendo a la defensa política de las exigencias medioambientales. En este sentido, el debate ecopolítico y feminista arranca de la necesidad de reconocer la relación entre la dominación y explotación de las mujeres por los hombres y la dominación y explotación de la naturaleza por los seres humanos, como la *base mínima* para una interacción de los principios feministas y ecológicos¹⁰.

Sin embargo, desde nuestro actual planteamiento de reencuentro de la humanidad y su relación con la Tierra, preferimos dar un paso más y referirnos a *lo femenino*, más allá de la perspectiva del género, como cualidad presente en la mujer y en el hombre, en la realidad cotidiana, en el centro del hogar y en el centro de la Tierra, porque lo femenino goza de una ecología innata, está unido a los compromisos de la humanidad y de la Tierra.

Desde esta reflexión, parece necesario recordar la dominación, explotación y desvalorización que ha sufrido una parte de nuestro universo humano y ecológico: *lo femenino*. La solución parece apuntar hacia la unión, hacia el reconocimiento y respeto a todas las partes. Para ello, paso previo es salvar la ruptura que resultó del rechazo de *lo femenino*. Hay una necesidad de escuchar la sabiduría de la otra parte, de nuestra parte rechazada. Por ello, tenemos que empezar a nutrir

¹⁰ Es el sentido que M.^a Xosé AGRA presenta como nexo explicativo del término *Ecofeminismo*, «el punto de partida y la apertura de un campo de posibilidades y conceptualizaciones que van desde la defensa de la espiritualidad, de una nueva cosmología, a posiciones más materialistas o de crítica cultural y social», *Ecología y Feminismo*, Comares, Granada, 1997, p. 4.

nuestra alma femenina, a reclamar nuestros sentimientos, nuestra intuición, nuestra sensación de conexión con la vida.

En este nuevo reto necesitamos la confianza de que recibiremos la ayuda espiritual necesaria. Una espiritualidad diferente a la que nos ha enseñado Occidente. La espiritualidad que reclamamos supera la perspectiva dualista, rescata a las diosas, a las religiones matriarcales, reconoce la magia de lo femenino, que ha sido suprimida y olvidada, y nos ha convertido en seres mutilados, porque todos, mujeres y hombres, pagamos un precio muy alto como consecuencia de este dualismo cultural, de la desconexión con nuestro cuerpo, con nuestra vulnerabilidad, con nuestros sentimientos, con nuestra matriz.

La dualidad no es real, es una ilusión que permite la actitud dominante, que asegura el falso poder en el marco mental de superioridad de unos e inferioridad de otros, que jerarquiza las ideas y define la supremacía del pensamiento único, que nos arroja al desequilibrio planetario. No hay dualidad, no hay separación, se trata, en definitiva, del origen andrógino del mundo, del matrimonio sagrado de la naturaleza femenina y masculina, del principio único de la humanidad.

Cuando se supera el dualismo ya no tiene sentido la opresión, la necesidad de culpabilizar, de juzgar y eliminar al otro, porque se ha reconocido nuestra coexistencia y, por tanto, nuestra necesidad de restaurar el equilibrio.

A medida que curamos nuestra propia naturaleza masculina y femenina contribuimos al enriquecimiento de la conciencia del planeta, estancada en su adicción al sufrimiento, al conflicto y a la dominación.

Parece que a las mujeres de hoy, junto con los hombres, nos corresponde el rescate de lo femenino, salvar el *error inicial* de jugar con reglas ajenas en el rescate de nuestra autoestima, en competir desde lo masculino.

En otro sentido, se trata de prestar atención, valorar y responder a nuestra propia naturaleza femenina, rescatar sus emociones, su intuición, su sexualidad, su creatividad y su risa, para llegar a reconocer en la urdimbre de la vida el lado profundo, el lado espiritual, el lado amoroso, y reivindicar su lugar en la sociedad y en el universo.

En definitiva, y para concluir, afirmar que la posición actual de la Justicia ecológica sobrepasa la experiencia intelectual para llegar a la espiritual, para entrar en el sentimiento del alma, en la conciencia cósmica del misticismo de la naturaleza, en este esfuerzo grandioso que implica el ir más adentro y que logra la unidad perdida mediante la religación de la diversidad. Este movimiento no es diferente de todos los estados previos, es un nuevo ir más allá, hacia lo más profundo, en una dialéctica constante entre el conocimiento y el sentimiento trascendente de una unión humana, ecológica, cósmica o divina.

III

DEBATES

Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba ¹

Por MARIO RUIZ SANZ

Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

Ex facto oritur ius («el derecho nace del hecho»)², ya pensaban los romanos en la Antigüedad Clásica³. No obstante, el positivismo jurídico prácticamente anuló a la «hermana menor» del silogismo judicial, y la relegó a un mero aserto de hechos, que al presuponerse sucedidos, no necesitaban de ulterior demostración ni justificación. La «hermana mayor» imponía así su voluntad autoritaria. Exegetas, formalistas, hermenéuticos, entre otras especies jurídicas, trataron de

¹ Este trabajo es deudor en exclusiva del libro de la profesora MARINA GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, 230 pp. Por ello, me gustaría advertir que las citas contenidas en el texto principal hacen todas ellas referencia a este libro, señaladas las páginas oportunas tras cada párrafo. En cambio, se harán otras precisiones y remisiones en las notas a pie de página. Agradezco a la profesora Marina Gascón su gentileza al acceder a comentar algunas de mis dudas, a buen seguro fruto de mi desconocimiento –y, como casi siempre, consiguiente atrevimiento– al opinar sobre algunas de las complejas cuestiones que afronta en su excelente estudio de los hechos en el proceso judicial.

² Así aparece en BARTOLO; *Commentaria ad Codicem* 3,9,1 núm. 4, vol. 7, char. 112; y también en DECIO, *Consilium* 584 núm. 1. Cfr. DOMINGO, R., y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, pág. 615.

³ Bastantes brocardos latinos hacen mención a la relación entre hechos y derecho, como por ejemplo el siguiente: *Da mihi factum, dabo tibi ius* («dame el hecho y te daré el derecho»); o este otro: *Minima facti varietas, reformat ius* («una variación mínima de hecho modifica el derecho»). Vid. MANS PUIGARNAU, J. M., *Los Principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1947, pág. 137.

vincular la solución correcta a la perfecta adecuación de los hechos con la norma, que así se convirtió en el eje central de la explicación y discusión sobre el Derecho. No faltan ríos de tinta que se refieren a las diversas tipologías, estructuras y funciones de normas jurídicas, que sólo tienen en cuenta el componente prescriptivo e institucionalizado de tales enunciados lingüísticos.

1. Frente a ello, la profesora Marina Gascón pretende emancipar a esa «hermana menor», y nos propone una vuelta al entusiasmo ilustrado hacia el componente fáctico del Derecho. La «revisitación» dieciochesca del primer capítulo, sin desperdicio por la abundancia y precisión de referencias bibliográficas, sirve de base a la explicación sobre la evolución histórica de la prueba judicial. Es más, y para ello, se retrotrae al origen mágico y simbólico de los procesos medievales, en los que la voluntad divina o el mero arbitrio de los designios cosmológicos, eran determinantes para resolver los litigios. Tras una concepción demostrativa y tasada de la prueba, la gran aportación iluminista consistió en la aceptación de esquemas valorativos sostenidos en el conocimiento probable de los hechos y la libre convicción judicial.

El conocimiento racional de los hechos, paradójicamente, surgirá como consecuencia de la confianza absoluta en el método empírico, y su comprensión en relación a las dificultades lógicas del razonamiento inductivo. A finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, se produce la inversión del modelo racionalista anterior; más allá de la razón especulativa, se abraza a la razón empírica; de los principios se pasa a los hechos; contra las sustancias, se busca lo fenoménico y causal. Frente a la pretendida certeza deductiva, la incapacidad de alcanzar un conocimiento incontrovertible en el mundo de la experiencia, permite la aceptación de una metodología cuya propuesta básica es la de apoyar la existencia de hechos en la formulación de hipótesis válidas, no tanto desde la seguridad absoluta, sino desde la probabilidad. El elemento de objetividad, pues, lo ofrece la confianza razonable en que «algo pueda haber pasado», más que la equívoca aseveración de que «algo haya pasado» de manera indefectible. En relación a este problema innato e insuperable de la contrastación sobre hechos y acciones humanas, la autora aboga por un «cierto realismo epistemológico», tamizado por el conocimiento inductivo y el concepto de probabilidad más vinculado a teorías de corte gradualista que frecuencial. Por ello, escribe que *«la probabilidad proporciona así fundamento objetivo para el conocimiento empírico que no puede aspirar a la certeza absoluta: no sabemos con total seguridad si el enunciado es verdadero, pero su grado de confirmación suministra una medida de la probabilidad de su verdad»* (pág. 24).

Precisamente, la clave de la explicación sobre el carácter de los hechos en el Derecho, va a depender en buena medida del tipo de epistemología que aceptemos sobre el conocimiento de tales hechos, en concreto, a través de su expresión en proposiciones lingüísticas, así

como de su valor de verdad; sobre todo si se tiene en cuenta que los aspectos factuales aparecen directamente recogidos y aceptados como «verdad procesal» en la premisa menor del razonamiento judicial (*quaestio facti*); que mediante su calificación jurídica son subsumidos en la premisa mayor o normativa (*questio iuris*); y que, por tanto, determinan la conclusión formal o resultado del silogismo judicial.

De ahí la importancia que tiene la indagación y el recorrido por algunas de las teorías del conocimiento más significativas, que intentan explicar el valor de verdad de los hechos. La profesora Marina Gascón no escatima esfuerzos, ni espacio, ni citas, ni una sintética profundidad expositiva, en su tratamiento pormenorizado. Es más, a mi juicio, su trabajo resulta un ejercicio de aguda honestidad intelectual al no prescindir, ni considerar pasajera, la discusión densa, compleja, y en ocasiones hasta equívoca, sobre las diferentes y divergentes respuestas al carácter de las proposiciones lingüísticas factuales. No cabe duda que su posterior toma de posición será perfectamente coherente con los parámetros cognoscitivos que previamente acepta.

En este meritorio esfuerzo sintético de conceptualización, las posiciones epistemológicas sobre la verdad de los enunciados lingüísticos se reducen a tres: a) las teorías semánticas de la verdad como «correspondencia», para las cuales el valor veritativo de un enunciado deriva de su adecuación a un determinado estado de cosas que se presupone objetivo, real e independiente del sujeto cognoscente; b) las teorías sintácticas de la verdad como «coherencia», en las que ese valor veritativo se predica con motivo de su pertenencia a un conjunto compatible de enunciados, esto es, que sean concordantes entre sí; y por último c) las teorías pragmatistas de la verdad, que entienden que un enunciado es verdadero sólo si se puede justificar su aceptación⁴.

El correspondencialismo propugna una adecuación de las proposiciones lingüísticas a la realidad externa; por ello, es un punto de vista externalista que sustenta la existencia de un conocimiento válido e independiente de las creencias o juicios que uno tenga; en su versión fuerte u ontológica, conduce a un «realismo metafísico» que separa de forma absoluta las cuestiones de definición y de justificación de los hechos externos a la mente del individuo. No obstante, hay una versión correspondencialista más moderada, de carácter gnoscológico, que presupone la capacidad humana de conocimiento sobre las cosas, aunque sea de manera imperfecta. Según la autora, esta segunda versión resulta más interesante, puesto que se mantendrá dentro de una epistemología mínimamente realista, esto es, den-

⁴ Sobre ello, y con carácter general, puede verse VV.AA. (L. Olivé, ed.), *Racionalidad epistémica*, Madrid, Trotta, 1995; también VV.AA. (J. A. Nicolás y M. J. Frápolli, eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1997.

tro de un modelo cognoscitivista que ya no concibe verdades absolutas, y cuya meta es la obtención de un conocimiento lo más objetivo posible; para ello, incluso cabría referirse a un conocimiento probable en lugar de verdadero.

Frente a las posiciones correspondencialistas, reaccionan los «internalismos», que entienden las creencias como fruto de las propias capacidades de los sujetos cognoscentes, y no resultado o mero producto que nos viene «dado» del exterior. Entre ellas, destacan algunos coherentismos, no necesariamente sintácticos u holistas, y especialmente las posiciones pragmatistas, de diversa índole, para quienes la verdad es una pretensión de validez que vinculamos a los enunciados al afirmarlos. Una consecuencia –a mi juicio errónea– de estas posiciones pragmatistas es que unifican el problema de la definición de la verdad con su justificación, ya que presuponen que un enunciado se fundamenta a través de un «consenso racional» desde que se produce su «aceptabilidad racional» bajo unas condiciones ideales de habla; de lo que no cabe concluir que es una razón suficiente para que tal enunciado sea verdadero.

Si no estoy equivocado, la posición de la profesora Gascón es aceptar un punto de vista correspondencialista, rebajado desde un realismo epistémico moderado. Así se desprende de las siguientes palabras: *«que sólo podemos hablar acerca del mundo a través de nuestros esquemas conceptuales sólo significa que nuestras representaciones del mundo son siempre parciales e incompletas, no que carezca de sentido suponer que representan algo independiente de ellas mismas. Es decir, implican sólo que hay que rechazar la tesis ingenua de la verdad como exacta correspondencia (o copia) del mundo real y sustituirla por la de la verdad como representación adecuada de la realidad objetiva.»* (pp. 26-27). Coincido con la autora sobre tales precisiones. Ahora bien, hay dos cuestiones que me interesaría dilucidar, puesto que tendrán repercusión sobre la posición (cognoscitivista) que adoptará en relación a los hechos en el proceso judicial: a) en primer lugar, si la versión moderada del correspondencialismo no está más próxima a una perspectiva internalista que externalista; y en caso afirmativo, y como consecuencia de lo anterior, b) si entonces este modelo correspondencial débil es compatible con otros internalismos, especialmente con algunos coherentismos y ciertos pragmatismos.

Esta propuesta respondería adecuadamente a la distinción entre definición y criterios de verdad, dos nociones que no han de confundirse, pero que tampoco son independientes entre sí. Porque desde una perspectiva internalista prudente, que a mi parecer es la más convincente, lo importante es que la verdad de un enunciado o proposición sobre hechos externos, no esté totalmente separada de su justificación, sino que debe de existir una relación interna que permita sostener que cuando se afirma algo, ha de pretenderse, a su vez, justi-

ficar esa afirmación⁵. Confundir definición con justificación de la verdad sería caer en el subjetivismo radical; y al contrario, independizar definición y criterios sobre la verdad conduciría al objetivismo extremo. El internalismo que acepta un realismo moderado, a medio camino entre las posiciones subjetivista y objetivista, parece la solución más equilibrada al problema de la verdad⁶.

Puede que el significado de la verdad sólo tenga sentido si se parte del correspondencialismo semántico, en su loable intento por explicar el origen de los enunciados lingüísticos sobre el mundo exterior⁷; estoy básicamente de acuerdo con las afirmaciones de la autora, cuando se refiere a que «*si se distingue entre definición de verdad y criterios para afirmarla, no existe en principio ninguna incompatibilidad en usar un concepto de verdad como correspondencia y echar mano eventualmente de la coherencia, la aceptabilidad o la simplicidad como criterios de verdad*» (pág. 72). Sobre ello, sólo me gustaría exponer una pequeña duda que, probablemente, sea más bien fruto de mis limitaciones comprensivas. Me cuesta entender que, como dice a continuación: «*si se usa un concepto de verdad como correspondencia, el principal criterio de verdad de los enunciados ha de ser la contrastación empírica...*», porque si tal comentario afecta a enunciados prescriptivos, en los que resulta de fiabilidad hartamente discutible el registro y la comprobación de experiencias inmediatas sobre la realidad, no cabe duda que habrá una gran dificultad para el establecimiento de relaciones lógicas entre enunciados directamente derivados de la percepción sensorial. Algo más se requiere para no caer, de forma inex-

⁵ Una posición conocida en epistemología de la ciencia de este cariz sería, por ejemplo, la de H. Putnam, para quien nuestros esquemas conceptuales pueden dar lugar a proposiciones diferentes sobre unos mismos hechos; no habría así una sola descripción de la realidad, no habría una única concepción del mundo; enunciados diferentes –incluso incompatibles entre sí– podrían describir un mismo estado de cosas. Cfr. PUTNAM, H., *Razón, verdad e historia*, trad. de J. M. Esteban, Madrid, Tecnos, 1988; también en *Las mil caras del realismo*, trad. de M. Vázquez y A. M. Liz, Paidós, Barcelona, 1994.

⁶ Es la posición que sostiene, entre otros, en el ámbito del Derecho, N. Niiniluoto, quien distingue una teoría de la correspondencia para la verdad de las proposiciones normativas acerca del orden jurídico, basada en la concepción tarskiana del correspondentismo semántico, y una teoría del consenso para la aceptación de las normas dentro de una comunidad jurídica. Cfr. NIINILUOTO, I., «Sobre la verdad de las proposiciones normativas», en VV.AA., (A. Aarnio; E. Garzón Valdés; E. Uusitalo, comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 219 y ss.

⁷ Habría que precisar que se trata de la versión del correspondencialismo semántico de Tarski, para quien una afirmación como «la nieve es blanca», implica que siempre que se afirme o niegue este mismo enunciado, deba afirmarse o negarse, respectivamente, la proposición correlacionada: «la oración “la nieve es blanca” es verdadera (o falsa)». Cfr. TARSKI, A., «La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica», en VV.AA. (M. Bunge, ed.), *Antología semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960. Para una crítica a esta posición desde el pragmatismo, puede verse MARMOR, A., *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. de M. Mendoza, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 29 y ss.

cusable, en la ingenuidad engañosa del «ver para creer»; o peor, en su inversión perversa, del «creer para ver».

Por ello, me parece que en relación a los criterios sobre la verdad –no así en el caso de su definición, en lo que estoy de acuerdo con el correspondencialismo moderado– debe apelarse necesariamente a algún tipo de coherentismo o de consensualismo, y no sólo con carácter subsidiario, sino más bien auxiliar de la propia definición⁸. Si no fuera así, ¿cómo podría tener legitimidad una decisión razonada dentro de una comunidad dialógica, igual que decir que una decisión queda justificada en cualquier ámbito de racionalidad práctica?; o dicho de otra manera: ¿podrían asumirse pautas, creencias o juicios incoherentes –esto es, con contradicciones internas– o acuerdos no consensuados –en el sentido del respeto a las normas de procedimiento para llegar a alcanzarlos– como criterios de legitimidad política, moral o jurídica? En tal caso, si la respuesta fuese positiva, la realidad externa bastaría que se contemplara a sí misma, o que algún intérprete «iluminado» nos convenciera de ello, acabando por aceptar, ontológicamente, un fundamento metafísico de autoridad indiscutible para cualquier orden normativo. Esto es: tal circularidad nos devolvería, sin compasión, a un subjetivismo externalista radical.

2. El análisis anterior del concepto de verdad, tiene una importante repercusión sobre la epistemología judicial de los hechos. Si la premisa menor del razonamiento jurídico es factual, al menos ha de suponerse que es tan comprobable y contrastable como la premisa mayor o normativa. De ahí deriva la exigencia de que sea argumentada y motivada por el juez. Ahora bien, el problema de partida ya se encuentra en la discutible determinación del carácter racional de esa premisa menor, ya que cabe recurrir necesariamente a la inducción y al conocimiento probable de los hechos. Ante tal limitación, la autora sostiene una solución cognoscitivista y garantista.

La propuesta cognoscitiva supone que, durante el proceso judicial, la fijación de la premisa fáctica exige conocer cuáles han sido los hechos que han dado origen al conflicto jurídico. La formulación de enunciados fácticos verdaderos va a depender de que los hechos que se describen en tales enunciados sean a su vez verdaderos. Por lo tanto, se presupone que tales hechos tienen una existencia independiente de

⁸ Un intento de compatibilizar correspondencia con coherencia se encuentra, por ejemplo, en las tesis del «coherentismo epistémico» de D. Davidson, para quien «un enunciado verdadero es un enunciado fiel a los hechos», o que «los enunciados son verdaderos o falsos en razón de las palabras que se emplean en su construcción, y son las palabras las que tienen conexiones interesantes, detalladas, convencionales con el mundo. Cualquier teoría de la verdad sería entonces ocuparse de estas conexiones, y es precisamente aquí donde la noción de correspondencia puede tener algún predicamento...» Vid. DAVIDSON, D., *De la verdad y de la interpretación. Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje*, trad. de G. Filippi, Barcelona, Gedisa, 1995, pp. 57 y 62, respectivamente.

nuestros pensamientos. De ahí su vinculación con el modelo de verdad correspondencial y semántico, cuyo principal criterio de verdad es la contrastación empírica o juicio de experiencia. Algunas veces, esto se puede hacer a través de pruebas directas (por ejemplo, en aquellas que provienen del reconocimiento judicial o de la inspección ocular), pero en la mayor parte de las ocasiones, la propia naturaleza de los medios de prueba impide la presencia del juez en el momento de producción de los hechos. Este conocimiento limitado, mediato o indirecto de la realidad, requiere de la inferencia a partir de otros enunciados probatorios. Desde la imposibilidad de un método deductivo, se acaba por utilizar inferencias inductivas en la comprobación de los hechos. Los diferentes tipos de razonamiento inductivo dan lugar a un conocimiento probable, y no certero. Por ello, la declaración de hechos probados no es infalible, sino fidedigna, en todo caso. Este riesgo de falibilidad conduce a la exigencia de que los enunciados fácticos del proceso judicial hayan de pasar por el tamiz de un conjunto de reglas metodológicas que los aproximen a la verdad.

El problema de la verdad procesal, al menos en relación con el Derecho penal, se plantea en términos de disyuntiva epistemológica entre cognoscitivismo y decisionismo⁹. El cognoscitivismo judicial (*veritas non auctoritas facit iudicium*) proviene de un modelo ilustrado de perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos; mientras que el decisionismo judicial (*auctoritas non veritas facit iudicium*), es consecuencia de una concepción formalista extrema, en la cual el componente normativo subsume los hechos susceptibles de calificación jurídica. Ambos modelos sostienen un tipo de verdad jurídica diferente y disyuntiva. El modelo cognoscitivo aspira a una verdad sustancial y absoluta, carente de límites y confines legales, alcanzable a través de cualquier medio, por encima de las rígidas reglas procedimentales. En cambio, el modelo decisionista parte de la idea de la verdad formal o procedimental, alcanzada mediante reglas precisas. Ambos modelos, en su más pura formulación, son inadecuados, puesto que el primero acaba por convertirse en un ideal imposible e inalcanzable, una utopía iusnaturalista; mientras que el segundo, desde un punto de vista formalista extremo, termina por sustentar un sistema autoritario de arbitrariedad judicial. El proceso judicial, también de acuerdo con Ferrajoli, debe ser una combinación de «saber» y de «poder», de conocimiento (*veritas*) y decisión (*auctoritas*). La verdad procesal tiene elementos tanto de verdad como de autoridad, ya que se convierte en una idea regulativa, en un *desideratum*, que pese a sus límites intrínsecos, quedaría asegurada en última instancia por garantías legales y procesales.

⁹ Sobre ello, la autora sigue de forma bastante aproximada las tesis de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillas, y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 44 y ss.

La necesidad de establecer garantías epistemológicas para hacer que la declaración de hechos obtenida durante el proceso judicial se aproxime a esa pretendida verdad objetiva, es un compendio de requisitos que la autora resume en una serie de reglas jurídicas procesales, a las que denomina «reglas epistemológicas o garantías de verdad», contenidas en el capítulo segundo del libro, y que son las siguientes: «(i) *En la formulación legal del supuesto de hecho sólo deben admitirse enunciados fácticos empíricamente contrastables, esto es, enunciados en los que quepa comprobar su verdad (en el sentido de correspondencia con la realidad) mediante contrastación empírica (directa o indirectamente) (...) (ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesario prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta. (iii) Cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse. (iv) Se proscribe el esquema de valoración tasada y se impone el de libre valoración, interpretado como un principio metodológico (negativo) que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente probados. (v) No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y, por tanto, debería ser admitida. (vi) Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad). (vii) Si, a la vista de nuevas pruebas, pudiera revisarse la verdad de un enunciado declarado falso o la falsedad de un enunciado declarado verdadero, debe hacerse.» (pp. 82 y 115, respectivamente).*

Pues bien, debido a que el proceso judicial no sólo está encaminado a encontrar la verdad, sino también a resolver el conflicto jurídico, u otras razones pragmáticas e ideológicas que se puedan entrecruzar con las anteriores, es posible que tales exigencias de racionalidad no sean todas ellas realizables. Incluso el problema se agudiza cuando hay juristas que consideran que lo importante no es saber lo realmente acontecido, sino algo más modesto: dar una resolución «justa» (en el sentido de «ajustada» o proporcionada) del litigio¹⁰; o todavía con mayor carga de complicación, si pueden actuar garantías «contraepistemológicas», como la propia profesora Gascón admite, que dificultan o entorpecen la averiguación de la verdad, que aunque no incidan

¹⁰ Esto parece que ocurre en el proceso civil español, en el que la prueba no está encaminada al descubrimiento de la «verdad», sino a la búsqueda de «certeza»; por varios motivos, entre los que destacan: a) que los hechos no afirmados al menos por una de las partes procesales, no pueden ser objeto de verificación judicial; b) que los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra, existen necesariamente para el juez; c) que la actividad probatoria no es investigadora respecto a los hechos controvertidos, sino simplemente verificadora; además, no se puede sacrificar derechos que se consideren superiores a la misma verdad, lo cual plantea el problema de la admisión de pruebas ilícitas. Cfr. MONTERO, J., «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», en VV.AA., (J. Montero, dir.), *La prueba*, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 24-25.

directamente sobre el conocimiento de los hechos, pueden llegar a ensombrecerlos o confundirlos. En última instancia, la pregunta sería: ¿los jueces y tribunales realmente tienen presente la exigencia de verdad procesal, o en cambio, otorgan más importancia a otros valores intrínsecos al proceso, como puede ser la regla de prohibición de resoluciones *non liquet*, o la seguridad objetiva que concede el principio de «cosa juzgada»? Quizás lo que interese al juez no sea descubrir la verdad de los hechos; si acierta, mucho mejor, claro está; pero no es descabellado pensar que su objetivo primordial es fijar el presupuesto más probable para que su decisión sea correcta, y para ello, debe negar la razón a una parte y concederla por entero a la otra, convirtiendo a la verdad procesal en una declaración «finalista» de carácter constitutivo, última e institucionalizada, adecuada pragmáticamente al Derecho, si éste es entendido como un mecanismo de tratamiento de conflictos o controversias entre al menos dos partes en disputa, que por regla general pretenden defender «su» propia verdad ¹¹.

3. No cabe duda que el punto de partida del modelo cognoscitivo que asume la profesora Gascón es la necesaria sujeción del proceso a garantías epistemológicas, cuyo sentido primordial sería la averiguación de la verdad. Tal y como afirma: «... *El objetivo del modelo probatorio sigue siendo la fijación de los hechos tal y como sucedieron, aunque este objetivo haya de conjugarse con otros valores ya no epistemológicos, sino ideológicos o institucionales.*» (pág. 134) Pues bien, y como también indica Ferrajoli ¹², uno de los límites al cognoscitividad judicial es la reciprocidad que tiende a establecerse entre verdad y validez procesal, producto precisamente de algunas reglas epistemológicas de procedimiento, como pueden ser la presunción de inocencia, la prohibición de la analogía en el Derecho penal, la carga

¹¹ Aunque sobre ello me encuentro más cercano a la postura que sustenta la profesora Gascón, no cabe duda de que habría que responder, desde la convicción manifiesta, a ciertos «prejuicios» de algunos juristas «categóricos», como bien muestra el siguiente párrafo: «El trámite procesal de la prueba no tiene por objeto la “averiguación de la verdad”, sino la elaboración de la premisa menor del silogismo de subsunción con el que va luego a justificarse el fallo. Si el juez llega al fondo de la verdad, tanto mejor; pero no es necesario. La verdad procesal no es una verdad de correspondencia con la realidad sino una verdad construida a efectos del razonamiento judicial, una verdad finalista. El juez, en definitiva, no constata una realidad exterior sino que declara unos hechos a efectos procesales (...) El finalismo del sistema responde a razones pragmáticas: el juez ha de resolver siempre; y de la misma manera que si no encuentra una ley adecuada, se la crea él mismo (sin esperar a que el Parlamento lo haga), si no consigue averiguar con certeza los hechos, se los inventa, ya que éste es el único modo de llegar al fallo. Dicho de otra manera, la relación judicial de hechos no es, en sentido procesal, un acto declarativo sino constitutivo o, más precisamente, una “declaración constitutiva a efectos procesales”». Vid. NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 248-249.

¹² Sobre los límites del cognoscitividad judicial, en general, véase FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 51-62.

de la prueba atribuida a la acusación, etc. Se trataría así de la aceptación de una «verdad normativa» respaldada por reglas procedimentales indispensables para el buen desarrollo del proceso, que acaban por sustituir a la libre investigación judicial en la práctica de las pruebas, y por tanto actúan como mecanismos de control de la verdad procesal.

Para indagar sobre tales limitaciones en la búsqueda de la verdad procesal, la profesora Gascón hace un riguroso y exhaustivo análisis de las presunciones jurídicas y de la valoración de la prueba, en el capítulo tercero. Con respecto a las primeras, se trata de normas jurídicas que funcionan como medios para garantizar ciertos valores técnicos o ideológicos en situaciones específicas. Por lo tanto, contribuyen tanto a la eficacia de la administración de justicia como a la distribución de la carga de la prueba desde ciertos fines políticos. El ejemplo paradigmático es la presunción de inocencia. A pesar de que el Tribunal Constitucional español le haya conferido el rango de derecho fundamental derivado del art. 24.2.º de la Constitución, y que se encuentre configurada como una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida mediante la concurrencia de una «actividad probatoria»¹³, buena parte de la doctrina matiza que en realidad no ha de considerarse una auténtica presunción, sino que es una «verdad interina o provisional» que invierte la normal distribución de la carga de la prueba por razón de una justicia distributiva que impone la prueba de los hechos a la parte que más fácil lo tiene¹⁴. En cambio, otros autores la entienden como una presunción formal *sui generis*, porque no hay ninguna regla de la experiencia que lleve al legislador a pensar que los acusados son inocentes —ni por supuesto culpables—; por lo tanto, la presunción de inocencia sería más bien una garantía procesal dirigida a proteger un valor ideológico: la posición del acusado en el proceso, a fin de evitar un resultado indeseable como es la condena de inocentes¹⁵. Para la profesora Gascón, tendría una función mixta, puesto que sería una garantía epistemológica respecto a sentencias condenatorias, pero adquiriría un sentido contraepistemológico en relación a sentencias absolutorias; en resumen, supondría una

¹³ Concretamente, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, a la que han seguido otras muchas: STC 56/1982; STC 107/1983; STC 17/1984; STC 24/1984; STC 171/1984; STC 100/1985; STC 174/1985; STC 64/1986; STC 126/1986; STC 761/1990; STC 138/1992; STC 303/1993; STC 102/1994; STC 34/1996, por ejemplo.

¹⁴ Aunque habría que aclarar que en la presunción se parte de un hecho base o indicio que debe estar probado, y sobre el cual se opera por medio de una máxima de la experiencia, para así alcanzar un hecho distinto a través de un enlace lógico o causal; en cambio, en la verdad interina o provisional no se parte de ningún hecho verdadero o indicio, ya que se acepta en mero cumplimiento de un mandato legal, actuando como si se tratara de una auténtica regla legal de prueba.

¹⁵ Así, por ejemplo, L. Ferrajoli ha señalado que es una garantía de libertad y de verdad, un «principio fundamental de civilidad que es fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes». Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pág. 549.

garantía epistemológica de la tesis fáctica sobre la que se asienta la acusación, al tiempo que una garantía de libertad que limita el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Sin embargo, me pregunto si su carácter de garantía epistemológica o de contribución a la averiguación de la verdad procesal puede resultar superflua, puesto que, en palabras de la propia autora: «*las presunciones iuris tantum, y la de inocencia entre ellas, no proporcionan información empírica a través de elementos de prueba, sino que son tan sólo normas jurídicas que, en consideración a ciertos valores, imponen dar por verdadera una situación que podría ser falsa, pero que al mismo tiempo permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario. Las presunciones iuris tantum, en fin, no cumplen una de las garantías de verdad (...) (ii) Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, sea ésta directa, deductiva o indirecta.*» (pág. 145).

De acuerdo al modelo cognoscitivo de fijación judicial de los hechos, se plantea la cuestión de la valoración de la prueba. Son dos las opciones posibles al respecto: si se es cognocitivista, se asume un modelo de libre convicción judicial; mientras que si uno se encuentra más próximo al sistema de la prueba tasada o legal, acaba por aceptar un trasnochado formalismo. Parece claro que sólo el primer modelo da relevancia a la averiguación de la verdad; ahora bien, no hay que confundir «libre valoración» con «valoración libre», ya que lo primero conduce a la discrecionalidad y, en cambio, lo segundo a la mera arbitrariedad. Por este motivo, la autora postula que «*la libre convicción es, en suma, un principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye por ello una auténtica garantía epistemológica y –en el ámbito penal– también, derivadamente, una garantía de libertad.*» (pág. 158)¹⁶. Libre valoración es, por tanto, valoración discrecional no vinculada a la taxatividad probatoria de la ley.

Así, y de nuevo, a partir de una argumentación coincidente con la presunción de inocencia, y al no tratarse de un criterio positivo de valoración, sino de un principio negativo metodológico, la libre convicción judicial como garantía epistemológica puede quedar vacía de contenido, puesto que no dice nada sobre cómo valorar, o en qué medida son válidos los resultados de la actividad probatoria, lo que sí

¹⁶ En la nota 116 de esta misma página 158, la autora cita a L. Ferrajoli, que se refiere al principio de libre convicción como garantía de libertad, lo cual significa: «1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho a la defensa a refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba.» Vid. *Ibíd.*, pág. 139.

ocurre en el momento anterior de interpretación de los hechos¹⁷. Si realmente el modelo cognoscitivista proscribiera e indicara el tipo de criterios o reglas racionales que hayan de usarse para determinar la verdad de los hechos, ello no dista en exceso de un planteamiento consensualista que toma como referente la idea de aceptabilidad racional de las decisiones judiciales. La profesora Gascón observa que «*siendo la valoración un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos en que consisten los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se consideran aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo un enunciado fáctico ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos (...) la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos.*» (pág. 161). Por ello, aspecto sobre el cual ya me detuve con anterioridad, los criterios —no así su definición— sobre la verdad procesal, sólo pueden ser de carácter pragmático o consensuado a partir de una aceptabilidad racional que sirva de referencia a la justificación de la sentencia.

4. Un buen punto de apoyo sobre tales afirmaciones se encontraría en la motivación de los hechos, tema al que la autora dedica el espléndido capítulo cuarto y último del libro. Queda claro que motivación es sinónimo de justificación, a través de la cual el juez ha de exponer las razones de corrección o aceptabilidad de su decisión. Por ello, constituye una exigencia del Estado de Derecho frente a la arbitrariedad del poder. También de acuerdo con Ferrajoli, la motivación es el «valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional»¹⁸; así pues, tiene una dimensión política y jurídica de tutela de

¹⁷ Conviene matizar la distinción entre interpretación y valoración judicial de las pruebas, lo que no siempre se hace. Los errores pueden darse en ambos momentos procesales, con la precisión de que un error en la interpretación repercute siempre en la valoración; pero no sucede así a la inversa: un error en la valoración no tiene por qué afectar a la interpretación, ya que esta última es una fase previa. Tal y como afirma Montero: «1. Un error en la interpretación supone que no se ha captado por el juzgador el exacto contenido de lo dicho por el testigo, de lo que se desprende del documento, de la conclusión del perito, de lo reconocido por la parte en el interrogatorio, con lo que no se ha logrado el verdadero resultado de la fuente-medio de prueba (...) 2. Un error en la valoración de la prueba implica que se ha concedido una credibilidad indebida a una fuente-medio de prueba, de modo que se le ha dado un valor que objetivamente no le corresponde o que no se le ha dado el valor que sí le corresponde.» Cfr. MONTERO, J., «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)», cit., pp. 51-52.

¹⁸ Esta es, a mi juicio, la idea fundamental que se desprende de la extensa, compleja y excepcional obra de L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit.; y por extensión, en todos los sentidos apuntados, del libro de M. GASCON que estoy comentando: *Los hechos en el Derecho, Bases argumentales de la prueba*,

derechos; en este sentido, y en palabras de la autora: «*si la motivación no es directamente una garantía epistemológica, sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración. La exigencia de motivación es, pues, una garantía de cierre del sistema cognoscitivista.*» (pág. 199).

De esta manera, la motivación de los hechos tendría tres funciones básicas: a) extra-procesal, ya que posibilita un control público o externo de la decisión judicial, sobre fundamentos pedagógicos y democráticos; b) endo-procesal, al facilitar el control interno de las decisiones judiciales respecto a tribunales superiores (apelación y casación) y las mismas partes procesales, en especial hacia la perjudicada por el fallo; y c) en relación al propio juez, que ante la exigencia de motivar, se encuentra en mejores condiciones de descubrir errores o carencias de su razonamiento. Como corolario de ello, la motivación ha de extenderse, respecto a la premisa fáctica (*questio facti*) del razonamiento judicial, a todas las pruebas, sin excepciones, dentro del contexto de justificación, esto es, en relación a la llamada «motivación-documento»¹⁹, o conjunto de enunciados del discurso judicial en los cuales se esgrimen las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos²⁰.

Tal depuración cognoscitiva sobre la actividad judicial en la determinación de la premisa fáctica no cabe duda que resulta atractiva. Es más, comparto la idea de que el estilo de la motivación ha de ser «ana-

cit. También sobre ello, y en un sentido coincidente, puede verse, entre otros trabajos, IGARTUA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el Derecho penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995.

¹⁹ Cabría distinguir entre «motivación-actividad» y «motivación-producto» (o «motivación-documento»), ya que, de acuerdo con J. Igartua: «La “motivación-producto” no tiene por qué ser la transcripción gráfica de lo que ha movido al juez a tomar una decisión, es decir, de la “motivación-actividad”. Y, de cualquier modo, a nadie le consta que la sentencia sea o no el calco de lo que ha pasado por el caletre del juzgador, porque no hay manera de entrar en la mente de un juez para averiguar si ésta ha reflejado todo lo que pensaba, si se ha dejado cosas en el tintero o, llanamente, si todo lo que ha pasado por su cabeza tiene mucho o poco que ver con lo que se expresa en el texto de la sentencia.» Sobre tal distinción, véase COMANDUCCI, P., *Assagi di metaetica*, Torino, G. Giappichelli ed., 1992, pp. 199-200. Vid. IGARTUA, J., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., pág. 181.

²⁰ La actual legislación civil y penal española parece que confirma tales exigencias en la motivación de los hechos probados. También la sentencia laboral requiere hechos probados, pero no así la del ámbito contencioso-administrativo. Según lo dispuesto en el art. 209 de la LEC para la forma y contenido de las sentencias (frente al anterior art. 372 de la LEC de 1881), como complemento y desarrollo del art. 248.3.º de la LOPJ (que dispone que en las sentencias se expresarán «los hechos probados, en su caso»), en el proceso civil han de consignarse los antecedentes de hecho con la claridad y concisión posibles, y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes y otros requisitos, así como «los hechos probados, en su caso». Esta garantía procesal ya estaba recogida para el proceso penal por la LECrim en su art. 142.2.º, que viene exigiendo formalmente una «declaración expresa y terminante de los (hechos) que se estimen probados».

lítico» y no «holista», si se entiende que debe consistir en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas, y como bien dice Marina Gascón, de todas las pruebas sin excepción. En cualquier caso, yo le daría a la coherencia narrativa un papel algo más importante en la construcción del relato de los hechos probados del que parece desprenderse de las opiniones de la autora, a pesar de sus limitaciones y peligros, ya que, si no me equivoco, la concibe antes como método alternativo que coadyuvante a la explicación analítica de los antecedentes de hecho de la sentencia. Con ello admito que el narrativismo a ultranza es pernicioso ya que importaría más el discurso concatenado y global de los hechos, que los propios hechos en sí mismo considerados, incluso sería un acicate para la fácil ruptura de la presunción de inocencia. En cambio, un modelo narrativista «ligero» y no tan holista, próximo a la noción de «coherencia narrativa» de MacCormick²¹, como también sugiere, creo, la autora, puede ser útil si se entiende como presupuesto epistemológico auxiliar para obtener una mejor calidad de los hechos probados, en cuanto que la metodología narrativista sirve al *fact-finding* (búsqueda de los hechos), cuando no es posible acudir a pruebas directas, al razonamiento deductivo, ni a la percepción inmediata de los hechos, cual es la tónica general de la construcción de la premisa menor del silogismo judicial.

Ahora bien, y sin menospreciar la labor judicial, quizás como consecuencia de mi escepticismo –que a veces roza los límites del desencanto–, pienso que ardua tarea tiene aquel juez cognoscitivista al que se le exigen tales niveles de racionalidad, comprensión y paciencia, incluso de capacidad sintética para adquirir una «técnica» depurada de motivación en sus sentencias, si se pretende convertirlo en algo más –o menos– parecido a una de esas «estrellas» que brillan en el firmamento con mayor intensidad sobre las demás porque están más cerca de nuestro planeta, simplemente, a causa de un efecto óptico engañoso, al estar más próximas aunque sean más pequeñas. También la hipnótica lluvia de estrellas que suele verse en las cálidas noches de verano es confusa.

²¹ La coherencia narrativa pretende justificar creencias sobre el mundo, con independencia de nuestros valores y principios; incluso el test coherentista trataría de proporcionar un criterio de verdad sobre cuestiones de hecho que no aparecen lo suficientemente claras, y que pueden ser decisivas para la resolución de un caso difícil, en el que el razonamiento deductivo resulta insuficiente. Cfr. MACCORMICK, N., «Coherence in Legal Justification», en VV.AA., *Theory of Legal Science* (A. Peczenik, L. Undahl, y B. Roermund, eds.), D. Reidel, Dordrech-Boston-Lancaster, 1984; «The Coherence of a Case and the Reasonableness of Doubt», *Liverpool Law Review*, 2, 1980; así como en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 86 y ss.

Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz

Por MARINA GASCÓN ABELLÁN
Universidad de Castilla-La Mancha

En las páginas anteriores, Mario Ruiz ha planteado algunas cuestiones sobre el modelo cognoscitivista de la prueba que no puedo pasar por alto. Primero porque resaltan aspectos centrales, y desde luego controvertidos, de la reflexión sobre este punto crucial de la actividad judicial. Pero segundo, y sobre todo, porque las realiza al hilo de mi libro *Los hechos en el derecho*, que tan generosa como pacientemente comenta. Vaya, pues, por delante mi agradecimiento al autor por este gesto, pero especialmente por la ocasión que me ha brindado para repensar algunas cuestiones importantes del modelo que defiendo y para reparar en algún punto que me había pasado desapercibido.

Son varias las dudas que el autor plantea y las objeciones que (explícita o implícitamente) formula. No pretendo responder exhaustivamente a todas ellas, pero sí, al menos, a las principales. O a la principal, consistente en poner de manifiesto la insuficiencia de una concepción «estrecha» del cognoscitvismo y/o la necesidad de abrirlo a planteamientos internalistas. Por lo demás, me parece que esta idea, aunque planteada sólo en relación con algún punto, constituye el hilo conductor de todas las dudas y reservas que el autor manifiesta.

Sobre la contrastación empírica como criterio principal de verdad

A lo largo de su comentario, Mario Ruiz proclama varias veces su adhesión al modelo cognoscitivista, pero con algunas reticencias; reticencias que se manifiestan en las precisiones que realiza sobre los

presupuestos básicos en los que tal modelo se asienta o sobre sus implicaciones. Es más, el autor lamenta *in fine* el escaso papel que en el modelo cognoscitivistista que definiendo se atribuye a la coherencia narrativa y al consenso como criterios de verdad de las aserciones sobre hechos, o sea, justamente a aquellos criterios frente a los que el cognoscitivismismo se define.

Muy resumidamente, entiendo como cognoscitivistista aquel modelo epistemológico sobre la prueba según el cual ésta se dirige a la reconstrucción de los hechos litigiosos, tal y como sucedieron; o sea, a la formulación de enunciados fácticos sobre esos hechos que serán verdaderos si los hechos que describen han existido o existen en un mundo independiente. Por eso, el cognoscitivismismo presupone, de un lado, una tesis epistemológica mínimamente realista (existen hechos independientes que podemos conocer) y, de otro, el concepto semántico de la verdad como correspondencia (entre el enunciado y los hechos que describe), y no el sintáctico de la coherencia o el pragmático de la aceptabilidad justificada. No me detendré a justificar por qué el paradigma cognoscitivistista, basado en estos dos presupuestos, resulta más adecuado para dar cuenta de la fijación judicial de los hechos, que los modelos decisionistas o constructivistas, pues esto parece no cuestionarlo Mario Ruiz. Sí cuestiona, en cambio, otra de las notas distintivas del modelo: que el principal criterio de verdad de los enunciados asertivos que se esgrimen en el proceso de prueba (o sea, el criterio para aceptarlos como verdaderos) haya de ser la contrastación empírica, lo que significa que la verdad de los enunciados que registran experiencias inmediatas (los enunciados protocolares u observacionales, como los denominó el positivismo lógico) se obtendrá mediante la observación de los hechos a que hacen referencia y la del resto de los enunciados se obtendrá a partir de sus relaciones lógicas con éstos. Más exactamente, sostiene que el correspondencialismo está más próximo a una perspectiva internalista que a una externalista y que, por ello, en relación a los criterios de verdad, resulta más compatible con algunos coherentismos y con ciertos pragmatismos que con la contrastación empírica.

El principal problema que parece encontrar Mario Ruiz para aceptar que la contrastación empírica es el principal criterio de verdad es que, cuando nos enfrentamos a enunciados prescriptivos, «en los que resulta de fiabilidad harto discutible el registro y la comprobación de experiencias inmediatas sobre la realidad, habrá una gran dificultad para el establecimiento de relaciones lógicas entre enunciados directamente derivados de la percepción sensorial». Y además –se pregunta el autor– «¿es que acaso podrían asumirse pautas, creencias o juicios incoherentes o acuerdos no consensuados como criterios de legitimidad política, moral o jurídica?».

Creo que este recelo sobre la plausibilidad de la contrastación empírica como criterio de verdad es infundado, pues se basa en un malentendido sobre el alcance del cognoscitivismismo, al menos tal y

como yo lo concibo. El cognoscitivismo del que estamos discutiendo es tan sólo un modelo epistemológico de fijación judicial de los hechos; o sea, un modelo epistemológico sobre la prueba judicial. Pero el discurso sobre la prueba versa sobre el conocimiento de los hechos controvertidos que han dado origen al conflicto y de los que dependerá la decisión judicial, y no sobre el conocimiento de las normas jurídicas que disciplinan ese conflicto ni de los valores implicados. En otras palabras, el discurso sobre la prueba no tiene que ver con la verificación de enunciados normativos, sino de enunciados fácticos. Precisamente por ello, el cognoscitivismo, por cuanto modelo epistemológico sobre la prueba, se muestra inmune a la objeción planteada por Mario Ruiz sobre la inadecuación de la contrastación empírica como criterio de conocimiento de las normas o de verificación de los enunciados prescriptivos.

Por lo demás, despejado este malentendido sobre el alcance del cognoscitivismo, no veo dificultades para afirmar que la contrastación empírica ha de ser el principal criterio de verdad de los enunciados fácticos. Señala Mario Ruiz que su propuesta (la consistente en apelar a algún tipo de coherentismo o de consensualismo como criterios de verdad en lugar de a la contrastación empírica) «respondería adecuadamente a la distinción entre definición y criterios de verdad, dos nociones que no han de confundirse, pero que tampoco son independientes entre sí». Pues bien, precisamente porque, aunque diferentes, no son conceptos independientes, creo que la adopción de un concepto correspondencialista de verdad (y la subyacente tesis epistemológica realista) supone atribuir a la contrastación empírica el papel de criterio principal de verdad. Tal vez el coherentismo y el consensualismo puedan tener pleno sentido en el conocimiento de normas y valores, o incluso en relación con el mundo microscópico, pero en relación con el mundo macroscópico, como afirma Reichenbach, si no podemos confiar en la observación empírica como una de las fuentes de la verdad «estamos a un paso del misticismo». Me parece que si Mario Ruiz sostiene lo contrario (que la contrastación empírica ha de dar paso a algunos coherentismos o consensualismos) es porque, pese a lo que afirma en algunos puntos, no parte de una definición externalista de verdad (lo que hace verdadero un enunciado es distinto de —o externo a— las razones que podamos tener para creer en su verdad; por ejemplo, la correspondencia) sino de una definición internalista (lo que hace verdadero un enunciado son las razones que tengamos para creer en su verdad; por ejemplo, su aceptabilidad justificada o su coherencia con el conjunto de los demás enunciados). En concreto, afirma que «la verdad de un enunciado fáctico no está totalmente separada de su justificación, sino que debe existir una relación interna que permita sostener que, cuando se afirma algo, ha de pretenderse, a su vez, justificar esa afirmación». Esta definición de verdad (“más próxima a una perspectiva internalista que externalista”) se muestra

más compatible con algunos coherentismos y ciertos pragmatismos que con la contrastación empírica.

Sobre la adecuación del cognoscitivismo a la doctrina y a la praxis procesal

En la medida en que el modelo cognoscitivista sostiene que el fin de la prueba es la averiguación de la verdad, Mario Ruiz pone en duda su validez a la luz de cierta doctrina y praxis procesal que entiende que el objetivo del proceso es proporcionar una solución justa o correcta al litigio, aunque ello haya de hacerse al margen de la averiguación de la verdad de los hechos litigiosos. Más exactamente, lo que viene a decirse es que «si el juez acierta, tanto mejor, claro está, pero su objetivo primordial es que la decisión sea correcta». A mi juicio, esta manera de ver las cosas pone de manifiesto un mal entendimiento sobre el concepto de *decisión correcta* y sobre la virtualidad del modelo cognoscitivista.

El cognoscitivismo *no pretende describir cómo son las cosas en la práctica procesal*, pues si así fuera se manifestaría radicalmente falso, habida cuenta que muchas veces no se busca la verdad de los hechos litigiosos. El cognoscitivismo es un *modelo* epistemológico según el cual el proceso de prueba se endereza a la reconstrucción de los hechos de la causa, o sea, a la formulación de enunciados asertivos verdaderos sobre tales hechos. Más brevemente: en el modelo cognoscitivista el fin de la prueba es la averiguación de la verdad. Es cierto que se trata de un fin *instrumental*, porque el fin directo del proceso es aportar una solución al conflicto. Ahora bien, aunque se trate de un fin instrumental, constituye un requisito para que la solución pueda entenderse *correcta*, al menos en los sistemas regidos por el principio de legalidad. Ello es así porque la solución judicial a los conflictos exigida por el principio de legalidad es la que deriva de la aplicación de una regla jurídica que prevé una determinada consecuencia en presencia de ciertos hechos, de manera que si los hechos a los que se anuda esa consecuencia son falsos, la solución no será correcta: dentro del principio de legalidad, la solución justa o correcta es la solución basada en enunciados asertivos verdaderos. Y frente a ello no cabe decir que al menos en el proceso civil la prueba no se encamina a la averiguación de la verdad. Sucede simplemente que allí donde el proceso civil está regido por el principio dispositivo, sólo se consideran litigiosos (y por tanto necesitados de prueba) los hechos alegados por alguna parte y no admitidos por la contraria. En suma, que el objetivo «práctico» del proceso sea resolver el conflicto, y que a garantizar ese fin se enderecen numerosas reglas institucionales que no contribuyen a la averiguación de la verdad (por ejemplo, las numerosas reglas de limitación temporal, muchas presunciones *iuris tantum*, el efecto de cosa juzgada, algunas for-

mas de justicia negociada, etc.) no invalida el modelo¹. El fin del procedimiento de prueba sigue siendo la averiguación de la verdad, y la solución sólo será correcta si puede entenderse basada en enunciados asertivos verdaderos.

Por lo demás, la virtualidad principal del cognoscitivismo se cifra justamente en diferenciar los conceptos de verdad y prueba (o enunciado verdadero y enunciado probado); o, si se quiere, en poner de relieve las inevitables limitaciones que el conocimiento procesal de los hechos padece a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: algunas de ellas obedecen al propio carácter inductivo del conocimiento, y otras a las numerosas reglas institucionales que gobiernan el proceso. Pero ello no invalida el modelo. Al contrario, pone sólo de manifiesto que hay que ser conscientes de la relatividad de la verdad alcanzada y que, por ello, hay que potenciar las reglas epistemológicas a fin de que la declaración de hechos probados de la sentencia se aproxime lo más posible a la verdad.

Sobre el carácter superfluo de la presunción de inocencia como garantía epistemológica

Una de las reglas institucionales que gobiernan el proceso de prueba es la presunción de inocencia. La presunción de inocencia significa que sólo puede condenarse si la hipótesis acusatoria ha resultado suficientemente confirmada por pruebas y las eventuales contrapruebas han sido refutadas. En pocas palabras, el principio atribuye al estado de duda una decisión absolutoria. El carácter de tal institución resulta discutido: mientras que para algunos responde a un interés de tipo práctico (la tutela de los inocentes) y traduce por ello una garantía de libertad, para otros responde también a un interés de tipo cognoscitivo y traduce por ello una garantía de libertad y de verdad. A mi juicio, la oposición entre las dos interpretaciones apuntadas no es irreductible: desde la perspectiva epistemológica, el principio tiene dos vertientes. De un lado, al imponer una decisión absolutoria en caso de duda, la presunción de inocencia garantiza que sin conocimiento suficiente no puede haber condena, y en este sentido puede entenderse como una garantía (epistemológica) de que una decisión condenatoria sin pruebas o en presencia de contrapruebas sería inadmisibile. Pero, de otro lado, el principio no garantiza que la tesis fáctica que se conecta a la decisión absolutoria haya satisfecho esas exigencias epistemológicas,

¹ Como tampoco invalidan el modelo las numerosas reglas institucionales cuyo objetivo es, no ya la resolución del conflicto en un tiempo razonable, sino la preservación de otros valores que se consideran dignos de protección, incluso en detrimento de la averiguación de la verdad. Así sucede, por ejemplo, con la prohibición de prueba ilícita, que expresa la idea de que «la verdad no puede obtenerse a cualquier precio».

y en este aspecto es tan sólo una garantía (no-epistemológica) de libertad.

Ahora bien, Mario Ruiz cuestiona incluso el aporte epistemológico de la presunción de inocencia; es decir, se plantea si, por cuanto regla epistemológica, no resulta superflua. Creo que esta observación es atinada. Y es que, en efecto, si, por cuanto garantía epistemológica, la presunción de inocencia significa que las tesis fácticas de una decisión condenatoria deben estar probadas, o sea, deben cumplir con los requisitos epistemológicos de confirmación y no refutación, no parece que añada gran cosa al sistema probatorio, pues es evidente que, al margen de la presunción de inocencia, si la hipótesis acusatoria no está confirmada o las eventuales contrapruebas no han sido refutadas, tal decisión no podría entenderse ni conceptual ni jurídicamente probada, sino puro ejercicio de arbitrariedad. En otras palabras, la exigencia de que la tesis fáctica en que se basa una decisión (en este caso condenatoria) esté fundada en pruebas constituye por sí misma un requisito epistemológico, al margen de la presunción de inocencia.

Sobre la garantía epistemológica del principio de libre convicción y los criterios de valoración

Una de las principales reglas epistemológicas que derivan del cognoscitivismo (y que parten de la conciencia de que la prueba, por cuanto conocimiento de tipo inductivo, sólo proporciona un conocimiento probable) es el principio valorativo de la libre convicción. Mario Ruiz pone también en duda el carácter de garantía epistemológica de este fundamental principio probatorio, por cuanto trivial principio «negativo». En este caso, sin embargo, no puedo estar de acuerdo con él.

La valoración de las pruebas es el juicio de *aceptabilidad* de los resultados de la actividad probatoria. Más exactamente, valorar consiste en evaluar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden aceptarse como verdaderas (o probables en grado suficiente). El principio valorativo de la libre convicción consiste simplemente -es cierto- en el rechazo de las pruebas legales (es decir, de la valoración basada en reglas que establecen cuándo debe aceptarse un enunciado como verdadero) como suficientes para determinar la decisión: el juez no debe dar por probado un enunciado fáctico hasta que no se convenza de su verdad (de su alta probabilidad) a la luz de las informaciones existentes. Pero precisamente por eso, la libre convicción, aun cuando no diga nada sobre cómo valorar, o sea, sobre cómo determinar (en positivo) la aceptabilidad de los enunciados asertivos sobre hechos controvertidos, constituye una auténtica garantía epistemológica, por cuanto evita considerar como verdaderos enunciados que bien pueden ser falsos, por más que el legislador les haya atribuido valor de verdad. En otros térmi-

nos, la libre convicción, al permitir al juzgador desligarse de cualquier valoración preconstituida, propicia la averiguación de la verdad.

Por lo demás, y a propósito ahora de los criterios (positivos) de valoración de la prueba, Mario Ruiz insiste de nuevo en que el cognoscitismo debe apelar necesariamente a algún tipo de coherentismo o consensualismo. Más exactamente, lo que sugiere es que el cognoscitismo está más próximo a ciertos pragmatismos que a la contrastación empírica como criterio de verdad, y ello porque los principios de valoración racional indicados por el cognoscitismo se aproximan a un planteamiento consensualista que toma como referente la idea de aceptabilidad racional. Estoy de acuerdo con él en que el «consenso fundado» (y en esta medida cierto pragmatismo) puede considerarse el criterio (que no la definición) de la verdad procesal: un enunciado se considera verdadero si está justificado aceptarlo como verdadero en unas condiciones epistémicas ideales. Ahora bien, en palabras de Habermas, el consenso fundado hace referencia «a la práctica de la argumentación en general, pero en modo alguno a métodos determinados de obtención de enunciados verdaderos». Precisamente por eso, no creo que la idea de «consenso fundado» impugne —como parece sugerir Mario Ruiz— mi afirmación de que «el principal criterio de verdad ha de ser la contrastación empírica»: sigue pendiente la cuestión de cuándo un consenso está fundado, y por tanto, nada impide que pueda definirse como fundado el consenso que se manifiesta sobre criterios basados en la contrastación empírica.

Sobre la coherencia narrativa y la motivación

No obstante, Mario Ruiz insiste otra vez —ahora en relación con la motivación— en la tesis de la necesaria «moderación» del cognoscitismo mediante su apertura a (y por su mayor compatibilidad con) las teorías coherentistas y consensualistas de la verdad.

Mario Ruiz confiesa compartir la tesis de que el estilo de la motivación ha de ser el analítico, que se traduce en una exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas, y no el holista, que encuentra su expresión en la técnica del relato y que encierra, en rigor, una ausencia de motivación. Ahora bien, sentado esto, se lamenta del «escaso» papel que se confiere a la coherencia narrativa en este estilo de motivación, e insiste en que un modelo narrativista «ligero», próximo a la noción de coherencia narrativa de MacCormick, podría ser útil como presupuesto epistemológico auxiliar. Al respecto, dos observaciones.

En primer lugar, es cierto que el cognoscitismo no es incompatible con el recurso a la coherencia como criterio de verdad: que el principal criterio de verdad haya de ser la contrastación empírica no impide que pueda recurrirse a la coherencia como criterio subsidiario o auxiliar de verdad cuando, por las razones que sea, el criterio princi-

pal se muestre insuficiente o inseguro. Ahora bien, sólo como *criterio subsidiario* del principal de la contrastación empírica.

En segundo término, y en consonancia con lo anterior, el estilo analítico de la motivación, que es el más acorde con un modelo cognoscitivista y con el sentido de la motivación, no desprecia o prescinde completamente de algunas técnicas de valoración (y por ende de justificación) vinculadas al coherentismo. Prueba de ello es el conocido principio de apreciación o valoración conjunta de la prueba, tan ligado a algunas versiones de la *narrative coherence*. La técnica analítica no prescinde de la valoración conjunta. Tan sólo la priva de valor justificatorio si no va precedida de la exposición y valoración individualizada de las pruebas practicadas que, después, se valoran conjuntamente. Es más, la valoración conjunta no sólo no es despreciada, sino que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que la justificación de los hechos dista, por lo general, de ser algo simple. La mayoría de las veces son muchos los elementos probatorios de tipo diverso que concurren a favor o en contra de una hipótesis, y no todos tienen el mismo valor probatorio y, por tanto, justificatorio; la justificación de una hipótesis se ha de justificar entonces en la valoración conjunta de todos esos elementos. Además, muchas veces los mismos datos probatorios permiten justificar hipótesis o «historias» diferentes; en estos casos hay que confrontar esas hipótesis, dando razones de por qué se opta por una en detrimento de las otras, y este ejercicio de confrontación requiere justamente una valoración conjunta de todos los datos probatorios.

Observación final

Las consideraciones de Mario Ruiz sobre el modelo cognoscitivista parecen moverse entre una defensa del mismo y un soterrado rechazo de sus postulados básicos. Insistentemente dice compartirlo, pero no menos insistentemente manifiesta la necesidad de «mitigarlo» mediante su apertura a planteamientos más internalistas («una perspectiva internalista prudente es, a mi parecer, la más convincente» —apunta el autor ya desde el principio—). Tal vez en el fondo de estas vacilaciones se esconde una cierta desconfianza sobre la adecuación del cognoscitvismo en la prueba judicial; o quizá un cierto escepticismo sobre sus posibilidades de realización. Un escepticismo que asoma sin ambages en las observaciones sobre las exigencias del cognoscitvismo en la motivación de la decisión: «ardua tarea tiene aquel juez cognoscitivista —dice el autor— al que se le exigen tales niveles de racionalidad, comprensión y paciencia... para adquirir una «técnica» más depurada de motivación en sus sentencias». Sin embargo, ese escepticismo, a mi parecer, no está justificado. El cognoscitvismo impone al juez una tarea más racional y responsable, pero desde luego no «titánica». Como afirma Taruffo, «la justificación que exige rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal».

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

AÑÓN ROIG, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México D. F., 2002, 157 pp.

Existen materias –con seguridad en todos los ámbitos del pensamiento, pero también en el propio de la Filosofía política y jurídica–, especialmente centrales y, al tiempo, particularmente complejas. Éste es el caso sin duda de la noción «igualdad», de todas sus proyecciones y de todos sus sentidos posibles, algunos indeseables desde el punto de vista político. La historia de las ideas demuestra que se trata de una de las preocupaciones constantes de la filosofía política, junto a la libertad y a otros valores más recientes, sobre los que se ha dicho todo y muchas veces nada (Rousseau *dixit*). La igualdad es también una noción compleja, a pesar de que en no pocas ocasiones se ha presentado en términos excesivamente simples, tanto si se defiende como si se ataca, reducida a dicotomías sólo parcialmente explicativas: igualdad formal vs igualdad material, igualdad como *isonomía*, igualdad como equiparación o como no discriminación e igualdad como diferenciación, como igualdad de oportunidades educativas, como igualdad económica o como igualdad en los puntos de partida o de llegada, etc. Son adjetivos, atributos o peculiaridades de la igualdad que no agotan todas sus posibilidades y que, al tiempo, por sí solos/as y en términos excluyentes, no terminan de dar cuenta precisa del perímetro de este valor que, en su sentido más profundo, pertenece a la tradición democrática y socialista. No pienso, a estas alturas de nuestro tiempo, en el impensable *igualitarismo* leninista, que concibe a la igualdad como incompatible con la libertad; «¿Libertad para qué?», respondió el líder bolchevique a Fernando de los Ríos en el viaje de éste último a *la Rusia soviética*. Mala herencia ésta de una tesis marxista, equivocada por lo demás en su determinismo histórico, pero válida *todavía* en estos tiempos que corren de globalización económica y de patriotismo constitucional mal entendido, a saber: «la política –en palabras de Gerald A. Cohen– es que la tarea que el marxismo se impone, que es liberar a la humanidad de la opresión con la que el mercado capitalista la azota, no ha perdido su urgencia»¹. Si se prefiere, en su formulación negativa y utilizando unas bellas palabras de Fernando de los Ríos que

¹ COHEN, G. A.: *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, traducción de Luis Arenas y Oscar Arenas, Piados, Barcelona, 2001, p. 12.

tienen tanto de verdad como de riesgo si se hace una interpretación de las mismas cercana al mensaje leninista: «[...] no hay más posibilidad de hacer al hombre libre que haciendo a la economía esclava [...]»².

Todo esto no es más que una manera de decir, o de empezar a decir, si se quiere a contrario sensu en relación con alguna de las implicaciones descritas anteriormente no deseadas, lo que a mi juicio caracteriza principalmente al libro que presento de la profesora de la Universitat de València («Estudi General»), María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*. Se trata de un libro particularmente claro, de esos que «no sofocan la vida» como dirían Silvina Ocampo y Bioy Casares, riguroso desde el punto de vista analítico, profundo en términos filosófico-jurídicos y comprometido políticamente. Aunque la amistad y el afecto pueden sin duda trabar nuestro *juicio profesional*, invito desde ya al lector a verificar que en este caso esa aseveración no se produce, que mi amistad y mi deuda de gratitud, evidentes, con la profesora Añón no arrostran parcialidad y no han nublado mi juicio, que estimo, en lo dicho sobre este libro, certero.

Igualdad, diferencias y desigualdades es, en efecto, un libro claro y riguroso, con una importante capacidad explicativa. Estamos acostumbrados a confundir densidad lingüística con profundidad, oscuridad con rigor, cuando suele ser lo contrario. Es verdad que en ocasiones se quiere presentar como claridad lo que es sencillamente simple, amputaciones a la reflexión, pero no es menos cierto (y es más común sin duda en nuestro ámbito académico) hacer lo contrario y no siempre desde los que podríamos llamar *filósofos sintéticos* (*prima facie* más proclives a la confusión y a la verborrea metafísica), sino también, *malgré lui*, desde muchos de nuestros analíticos más cercanos, algunos buenos amigos, entusiasmados con nociones como la de *norma inexistente* o la de *enunciados anankásticos*, tan poco relevantes para los genuinos problemas iusfilosóficos (Calsamiglia *dixit*). Con muchos de los primeros, de los filósofos sintéticos, uno tiende a creer que mientras piensan abstractamente hay acuerdo; es cuando dan un ejemplo, cuando surge la incompatibilidad. Con algunos filósofos analíticos de estricta observancia, el entendimiento no se produce nunca, ni en la teoría general, ni en los supuestos casos paradigmáticos, ni en la selección de los temas, en la que materias como los derechos humanos (y, *a fortiori*, las nociones de libertad o igualdad) son consideradas *inaprehensibles* teórica y epistemológicamente, ficciones incompatibles con un realismo *hiperfactual* o con la *lógica de las normas*, únicos ámbitos susceptibles de *conocimiento científico* (y únicas perspectivas para dicho conocimiento). Cuando pienso en estas actitudes, no puedo evitar recordar una vieja descripción literaria sobre «esos espíritus marchitos por las supersticiones del positivismo científico del siglo XIX».

María José Añón, sin embargo, se sitúa en esa, por otra parte nada fácil, senda en la que los ejemplos (en su caso, «igualdad y diferencia a propósito de las mujeres» y «ciudadanía diferenciada y derechos») son expresión coherente de una teoría general (sobre la igualdad y la diferencia). Son además temas y problemas que nos atañen como filósofos del Derecho de manera acuciante, pero también como ciudadanos, al menos en una concepción de la ciudadanía, aquí sí, mínimamente republicana. Es una teoría general de la igualdad y la diferencia que *sirve para la práctica* y que bebe de fuentes bastante seguras y

² DE LOS RÍOS, F.: «Lo económico y lo ideal en la concepción socialista», en *Escritos sobre democracia y socialismo*, Taurus, Madrid, 1975, p. 154.

conocidas: desde Bobbio, Ferrajoli, Young, Kymlicka o Waldrom, hasta, en España, Perez-Luño, Peces-Barba, Prieto o Ruiz Miguel, y por supuesto Javier de Lucas, por sólo citar algunos de los *más citados* por nuestra autora. Es una teoría general en todo caso que puede resumirse en la respuesta, probablemente no definitiva, pero sí meditada y argumentada (y en este sentido más definitiva que otras), a la cuestión básica hoy de «cómo articular el principio de igualdad en relación con aquellas diferencias que generan desigualdades o ponen a los sujetos en situaciones de desigualdad o desventaja». Porque, en efecto, como señala María José Añón, hay que «distinguir entre diferencias que se deben tutelar y desigualdades que se deben corregir», entre las diferencias justificadas y aquellas injustificadas que generan desigualdades injustas. Y esto, sin duda, no admite una respuesta cerrada y a priori, sino que debe ser el resultado de un proceso complejo de (re)construcción racional, de justificación moral y política, en los casos concretos, aunque con pretensión de generalidad o de universalidad. Claro está que esta justificación no puede hacerse tampoco desde la nada, o desde cero, sino que parte, y así sucede en el planteamiento de nuestra autora, de unos presupuestos ético normativos que han ido asentándose, con todas las aristas y lagunas que se quieran, en nuestra cultura política y jurídica desde, en términos más inmediatos, la «gran ilustración» hasta nuestros días. Ahora bien, estos presupuestos son precisamente eso, presupuestos, puntos de partida y, al tiempo, en algunos de sus núcleos más consolidados, límites insoslayables. El liberalismo clásico, particularmente en su rama *igualitarista* (desde J. Stuart Mill hasta J. Rawls), pasando por el *mejor marxismo* (que conoce bien la profesora Añón desde los tiempos de su tesis doctoral), el socialismo democrático (desde Blanc y Bernstein hasta Fernando de los Ríos) y el *mejor cristianismo social* (por otra parte, poco dominante en la jerarquía de sus iglesias) son el asidero ideológico en el que se apoya críticamente nuestra autora en una síntesis compleja de partida que busca soluciones para viejos, pero también para nuevos, problemas en torno a la igualdad. Entre estos últimos revive con fuerza su imprescindible compatibilidad con el valor del pluralismo o, incluso, con el del multiculturalismo reapareciendo de nuevo la tensión entre igualdad y diferencia³. La igualdad como uniformidad económica, pero a estos efectos sobre todo como uniformidad moral, cultural o política (denunciada paradójica pero intensamente por Rousseau), la igualdad que necesita de la homogeneidad para *ser posible*, es una igualdad, seguramente *imposible* (vg., 1917-1989), pero sobre todo indeseable. Es verdad, por otra parte, como indica también la profesora Añón, que sociedades descompuestas, fragmentadas o invertebradas como diría Ortega, o en términos económicos, sin una *gran clase media*, en la que, de acuerdo con la mejor tradición *rusoniana*, *no haya demasiados ricos ni demasiados pobres*, puede promover la libertad para *algunos*, pero nunca será una *libertad igualitaria*, una libertad para todos. Ésta es, como puede apreciarse, una de las implicaciones, no mecánicas, sino justificadas, de la libertad con la igualdad o de la igualdad con la libertad, pero también, si hacemos caso a Javier de Lucas, de una y otra con la solidaridad⁴. Dicho de manera más precisa: se trata en última instancia de dar razones

³ Vid. AÑÓN, M.^a J.: «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en DE LUCAS, J. (Dir.): *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial VI-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 219-270.

⁴ Vide DE LUCAS, J.: *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1992, pp. 28-30.

a favor de «[...] la igualdad efectiva en derechos», al menos en aquellos que no están afectados por el proceso de especificación (Bobbio; Peces-Barba), de una «igualdad material entendida como igualdad de probabilidades de los individuos para decidir sobre su propia identidad, para desarrollar su propio plan de vida, para el disfrute real de los derechos fundamentales (Añón, p. 11) y, al tiempo, para comprometerse, no sólo con los intereses de los otros, sino con el interés colectivo, con el manoseado muchas veces bien común o interés general, con «lo que es de todos»⁵.

Si se quiere pensar sobre todo esto, y sobre mucho más, con conocimiento de causa, con información y con lo que es el resultado de la reflexión concienzuda de años (compatible con la discreción y la ausencia de estridencias arrogantes), léase este libro de la profesora María José Añón.

José Manuel RODRÍGUEZ URIBES
Universitat de València

⁵ *Ibidem.*

JABLONER, Clements & STADLER, Friedrich (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Springer, Wien-New York, 2001, 339 pp.

I

La época en que se fraguó la Escuela jurídica de Viena (*Wiener Schule*) representada por su gran figura, Hans Kelsen (1881-1973), y que se centra en los años veinte del siglo pasado, contempló en esa misma ciudad un extraordinario florecimiento de otras ramas del pensamiento, la literatura y las artes. Por esa razón, a la capital austríaca se la ha denominado la «Atenas del siglo XX». En el terreno filosófico fue durante esos años cuando se incubó uno de los movimientos intelectuales más poderosos de toda la centuria y cuyas consecuencias se prolongan con energía hasta nuestro presente. La figura central de dicho movimiento fue Moritz Schlick (1881-1936). En torno a él se constituyó una escuela, en el sentido amplio de esta palabra, que recibió el nombre de «Círculo de Viena» (*Wiener Kreis*) y también, en atención al contenido de sus doctrinas, «positivismo lógico», «neopositivismo» o «empirismo lógico».

Al grupo de Kelsen pertenecieron juristas tan destacados como el administrativista Adolf Merkl y el internacionalista Alfred von Verdross, además de otros, menos conocidos pero también importantes, como Fritz Sander, Leonidas Pitamic, Fritz Schreier o Rudolf A. Métall. Y al de Schlick, pensadores tan importantes como Rudolf Carnap, Otto Neurath, Edgar Zilsel, Hans Hahn, Friedrich Waismann, además de Kurt Gödel, Victor Kraft, Herbert Feigl, Philipp Frank. A Félix Kaufmann se le puede considerar del grupo, si bien su ascendencia neokantiana le alejaba algo de los planteamientos más estrictos del Círculo. Kaufmann fue un verdadero puente entre la escuela jurídica y la filosófica, pues fue el único que participó de las reuniones de ambas. Singular posición respecto del Círculo ocupan Ludwig Wittgenstein y Karl Popper, que en algún sentido se les puede considerar próximos, aunque no miembros integrantes. También ocupa un lugar especial el economista Ludwig von Mises.

Pues bien, el libro que reseñamos tiene por objetivo poner en contacto las dos Escuelas, autodenominadas ambas «positivistas», para de esa forma tratar de comprender sus similitudes y diferencias. No deja de ser curioso que, a pesar de su intenso «parecido de familia», sin embargo no mantuvieran vínculos efectivos durante la etapa vienesa, aunque sí tuvieron alguno en el exilio; pero ya no como tales grupos de científicos, sino más bien a título individual. En cierto modo, se trata de profundizar en los lugares comunes de dos tradiciones de pensamiento que, nacidas en la misma ciudad y con un aire intelectual similar, han permanecido de espaldas la una a la otra y sin que apenas hayan suscitado en los investigadores la necesidad de estudiarlas para compararlas y para comprobar su posible influencia recíproca.

La obra aporta 14 contribuciones que, después de una de ellas a modo de introducción, se dividen en dos grandes epígrafes: el primero se dedica a un análisis «histórico-sistemático» de comparación y recíproca influencia entre ambas corrientes; y el segundo se centra en actuales temáticas relativas a la

teoría del Derecho en su conexión con la lógica, la crítica de la ideología y la praxis jurídica. Aquí, como es lógico, no podemos hacer otra cosa que dar una breve noticia de cada estudio, dejando para el final la valoración general.

II

El estudio introductorio es obra de Friedrich Stadler y está centrado en las «similitudes de familia» de las dos escuelas. Subraya que ambos movimientos tuvieron, durante la primera República austríaca, un mismo papel de *outsiders* y también corrieron el mismo destino, el de la emigración, resultado ineludible de la ideología liberal y socialista (o, más bien, socialdemócrata) de sus respectivos componentes en un contexto político turbado por el fascismo. Al ser representantes de una mentalidad científicista, inspirada en las ideas del positivismo, fueron objeto de severas críticas provenientes tanto de ambientes intelectuales católicos como marxistas.

A pesar de ese talante común, y de la denominación compartida de «positivistas», sus diferencias filosóficas son profundas. Si bien ambas corrientes compartieron un similar credo científico e ideológico, a la escuela de Kelsen se la ve demasiado orientada hacia el neokantismo y la fenomenología de Husserl (p. xi). Parece desprenderse de esto que la *Schule* fue menos positivista que el *Kreis*.

Desde el punto de vista de las temáticas de interés común destaca Stadler que ambas escuelas coinciden en el rechazo frontal de toda metafísica, en centrar el debate ético en torno a la distinción entre *sein* y *sollen*, en el análisis histórico-científico (o crítico-ideológico) de las categorías y en sus aportaciones a la teoría de las normas. Y en el capítulo de las confrontaciones, destaca la crítica de Kelsen a la filosofía moral de Schlick. Véase en este sentido el capítulo 17 de Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (Wien, 1979) en relación con *Fragen der Ethik*, obra publicada por Schlick en 1930.

Después del estudio introductorio de Stadler, que es una invitación a abordar los distintos aspectos del «parecido de familia» entre la *Schule* y el *Kreis*, nos encontramos con el estudio de Robert Walter sobre «el positivismo de la teoría pura del Derecho». Walter es continuador, con aportaciones creativas propias, de la escuela kelseniana, en la que se formó de la mano de su maestro, Adolf Merkl. Concibe la teoría pura no como un conjunto de dogmas ya acabados sino como un programa de investigación abierto que hay que seguir perfeccionando y ensanchando.

Comienza Walter analizando el concepto de realidad o mundo, que para el Círculo pertenece exclusivamente al «ser» de la facticidad y que descansa en una «hipótesis» o «presupuesto» (que no es otro que la existencia de un mundo independiente de nuestras vivencias); mientras que el «mundo» de la teoría pura del Derecho (en adelante, TPD) es el «mundo del *sollen*», el «mundo de las normas». Claro es que Walter no dice que la teoría pura niegue la realidad fáctica, sino que su centro de interés lo constituye la normatividad, y no la facticidad. Redondeando la idea podría decirse quizás que mientras que el empirismo lógico (en adelante, EL) es «monista», en el sentido de que sólo acepta la realidad fáctica, la escuela kelseniana es «dualista», lo que supone la aceptación de dos «mundos»: el del ser y el del deber ser, tal como teorizó Kant, pero de los cuales el objeto de interés es el segundo, el mundo de las normas. Y también la TPD parte, según Walter, de un

presupuesto para analizar la realidad de las normas, de una hipótesis o «ficción», que es justamente una norma, la llamada norma fundamental o fundante (la *Grundnorm*). En esta divergencia de «mundos» se encuentra, sin embargo, un punto de encuentro: los actos de voluntad (*Willensakte*), los cuales, perteneciendo al mundo fáctico, son el origen de las normas.

Walter subraya que el carácter positivista de la TPD, en cuanto que su objetivo es «describir el Derecho positivo». De igual modo a como el científico de la naturaleza describe su objeto, que es lo que sucede en la realidad sensible, el jurista describe el suyo, que no es otro que las normas jurídicas. La actitud metódica es, pues, en el fondo la misma, aunque el objeto sea diferente. De ahí que la teoría pura rechace la idea de que el jurista, al interpretar, pueda crear Derecho. La ciencia no es creativa sino descriptiva. Para Walter, la interpretación consiste en indagar, «por medio de métodos empíricos», el «contenido de los textos» y «la voluntad real del creador de la norma» (p. 11); la «permanente tentación del jurista» es sustituir ese dificultoso cometido de carácter empírico (*empirische Aufgabe*) por «sus propias soluciones políticas» (pp. 11-12).

Otro de los puntos centrales del estudio de Walter es la relación entre norma y valor, que para Kelsen constituyen «conceptos correlativos», con la consiguiente crítica a la idea de Schlick de que las normas no sean otra cosa que «hechos». En conexión con este punto analiza la posición singular de Victor Kraft, que para Walter desemboca en una defensa del iusnaturalismo (p. 14).

Walter analiza brevemente la relación con Kant de los dos movimientos examinados. Declara que si bien el Círculo consideró a Kelsen un neokantiano, sin embargo no se puede sostener ni que el propio Círculo estuviera tan alejado de Kant, ni tampoco que Kelsen esté tan próximo a este filósofo. Pues, según Walter, «Kelsen habría aceptado cualquier filosofía que le permitiera recorrer el camino trazado» (p. 17), dando a entender así que lo prioritario en la postura del maestro de la Escuela de Viena era su programa de edificar una TPD y que el adoptar una filosofía u otra fue una decisión de carácter táctico y secundario. Sin embargo, hay que preguntarse si la misma pretensión de construir una teoría pura no venía ya orientada desde un kantismo previo, independientemente de que fuera o no consciente.

La conclusión a la que llega Walter es que es indudable el carácter positivista de la TPD, y que entre ésta y el EL hay, en el terreno filosófico, más puntos de unión que de separación.

Clemens Jabloner dedica su estudio a algunos aspectos de la «historia social de las formas de pensamiento», centrándose en la idea de «unidad de la ciencia», tan decisiva para el positivismo lógico y, se puede decir, para el positivismo en general. Recoge un importante testimonio de una carta de Kelsen a Henk Mulder, fechada el 5 de mayo de 1963, en la que dice: «En contestación a su carta del 31 de marzo, le respondo que yo nunca pertenecí propiamente al llamado “Círculo de Viena”. Tuve contacto personal con el Círculo por conocer al prof. Schlick, al dr. Otto Neurath, al prof. Phillip Frank y al prof. Victor Kraft. Lo que me unía a la filosofía de este Círculo –sin por ello estar influido por ella– era su tendencia antimetafísica. La filosofía moral del Círculo –tal como aparece expresada en el libro de Schlick, “Fragen der Ethik”– la he rechazado desde el comienzo. Pero los escritos de Philipp Frank y Hans Reichenbach sobre la causalidad han influido en mi concepción de ese problema...» (pp. 19-20). En este asunto del concepto de

causalidad Kelsen se sintió muy próximo a las tesis de los neopositivistas, manteniendo contactos con Neurath y participando en los congresos sobre la «unidad de la ciencia». En uno de estos congresos (Harvard, 1939) presentó su estudio «Causality and Retribution», precedente de su libro *Society and Nature* (1943).

Según Jabloner, es en estos temas «periféricos», relativos a la historia social de las formas de pensamiento, donde tiene lugar el encuentro entre la teoría pura y el empirismo lógico. Tres son los problemas de interés: la mentalidad primitiva y su relación con la magia, la historia del concepto de ley natural-causal y la emancipación del principio de causalidad de sus componentes normativos. Lo cual quiere decir, en mi opinión, que el punto de contacto entre ambas escuelas no está en la TPD propiamente dicha, sino en la sociología, y en concreto en la sociología de las representaciones mentales, que en cuanto se refiere al Derecho podemos designar como sociología del conocimiento jurídico.

El estudio de Edgar Morscher es un cuidadoso estudio de la dicotomía *sein-sollen* desde la perspectiva de comparar las posiciones de la TPD y el EL, para lo cual centra la investigación en Kelsen y Carnap. Subraya con fuerza que «no son escuelas homogéneas» (p. 46), por lo que interpretan de distinta manera la dicotomía mencionada. La conclusión a la que llega es que mantienen «tesis completamente diferentes». Viene a decir que, para Kelsen, lo sustancial es la separación ontológica, de origen neokantiano, entre ser y deber; esta tesis es, para el EL, una tesis metafísica. Para el EL el punto de partida no es ontológico, sino semántico: el criterio definidor del sentido.

Eric Hilgendorf (penalista) dedica su trabajo al «concepto de juicio de valor en la TPD». Según este autor, la incardinación de Kelsen en el neokantismo no resuelve el problema de cuál sea el marco filosófico general de la TPD, pues el propio Kelsen invoca el viejo «positivismo iuspublicista» (p. 117). Desde esa perspectiva aborda el problema de los juicios de valor, respecto del cual Kelsen ha mantenido una «remarcable continuidad». Su análisis, sin embargo, se centra en los escritos del «último Kelsen», esto es, a partir de la segunda edición de RR (1960). Llega a la conclusión de que si bien Kelsen sigue su propio camino, puede observarse algo el influjo del emotivismo de Carnap y de Ayer, aunque desconoce la teoría del valor de Victor Kraft. «En todo caso, el influjo del Círculo de Viena sobre Kelsen fue en este aspecto tan sólo marginal». Por otro lado, aunque Kelsen no abordó el problema directamente, sí puede afirmarse que el postulado de *Wertfreiheit* teorizado por Weber tuvo un influjo decisivo en la TPD (p. 130).

Paulson centra su análisis en la noción de «objetividad», aspiración de los dos movimientos comparados, que él personifica en Kelsen y en Carnap. A pesar de representar «dos mundos vieneses» distintos, el punto común de ambos es su «aspiración a la objetividad» y su consiguiente rechazo del irracionalismo. Paulson cree encontrar el elemento central de sus respectivos «programas de objetivización» en los «enunciados estructurales» de Carnap y en las «normas potestativas» de Kelsen. Tras un detenido análisis de ambas categorías, llega Paulson a la conclusión de que «ambos programas de objetivización, el de Carnap y el de Kelsen, tienen que considerarse como fracasados» (p. 189).

Sobre el no-cognitivismo y el problema de la ética vuelve Otto Pfersmann con interesantes reflexiones sobre el «realismo moral».

Hans-Joachim Dahms presenta un estudio de filosofía política sobre la concepción de la democracia de tres vieneses ilustres: Hans Kelsen, Leonard Nelson y Karl Popper. De los tres, el segundo es el menos conocido. Nelson fue dirigente de un partido de izquierda, el ISK («Internationaler Sozialistischer Kampfbund») y fue defensor de una sorprendente concepción del poder de cuño platónico.

El segundo grupo de trabajos comienza con el de Matthias Baaz, dedicado al estudio de la deducción jurídica desde el ángulo de la lógica matemática. Distingue entre la estructura lógica «local» y la estructura lógica «global», perteneciendo a la primera la elección de la lógica formal subyacente (y ahí distingue entre la lógica clásica, la intuicionista y la lógica de Lukasiewicz); y a la segunda, el problema de la formulación correcta del razonamiento analógico.

Le sigue el trabajo de Eckehart Köhler, titulado «Cómo Gödel refutaría el positivismo jurídico de Kelsen». El autor pone en relación el razonamiento matemático y el jurídico. Su tesis básica es que las normas, concepto en el que incluye tanto las reglas y axiomas matemáticos como las normas jurídicas, pueden ser fundamentadas por medio de la intuición. Para ello se apoya en las tesis de Gödel, un verdadero platónico dentro del Círculo. Este autor sostiene la equivalencia o analogía entre la intuición matemática y la observación propia de las ciencias naturales. Como crítico del neoempirismo criticó las tesis «naturalistas» de este movimiento, en atención al estatuto científico de las matemáticas. A partir de ahí pone en tela de juicio el anticognitivismo del Círculo. Köhler encuentra «asombrosos parecidos» (p. 251) entre el positivismo jurídico y el EL, en especial entre Kelsen y Carnap. Según el autor, siguiendo a Gödel, «lógica y matemática pueden ser consideradas como *doctrinas normativas*, lo que especialmente Kelsen rechazó» (p. 254). «Que la TPD realmente no es una doctrina normativa se demuestra muy claramente en su obstinada negativa a *recomendar* normas jurídicas dentro de la doctrina [...]. *Describe* ciertamente la fundamentación de la validez de las normas de acuerdo con una norma fundante, pero calla acerca de la fundamentación de ésta» (p. 256). Esto demuestra, según Köhler, la bancarrota de la teoría jurídica, pues «la tarea central de una ciencia normativa» consiste en presentar «recomendaciones sobre normas», de la misma manera que el lógico recomienda reglas de razonamiento deductivo, el estadístico reglas del cálculo estadístico y el teórico de la decisión recomienda modos de inversión en entidades financieras (ibídem). Además, el autor traslada el argumento de Gödel contra el convencionalismo de Carnap al campo del positivismo jurídico. La prueba de la ausencia de contradicciones de un sistema convencional presupone la validez material (*inhaltliche Gültigkeit*) de una lógica; lo que exige en el campo del Derecho positivo (convencional) la necesidad de «la validez material de un sistema normativo todavía más fuerte» (p. 263). Las convenciones presuponen la intuición y ésta es «fiable» y «prueba de una realidad objetiva»; «en ese sentido, el convencionalismo no es incompatible con el cognitivismo» (p. 269). En el campo del Derecho es lícito admitir el papel de la «intuición jurídica», análoga a la matemática, y en su virtud se concluye que «la adecuación a Derecho corporeiza un aspecto de la moral» y que en definitiva «el Derecho se fundamenta por la moral» (p. 270).

Sigue el estudio de Erhard Oeser titulado «La crítica de la ideología de Kelsen y la teoría evolucionista del Derecho». Después de unas interesantes páginas centradas en el darwinismo, biológico y social, con una referencia al

evolucionista Ihering, el trabajo se centra en la obra de Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, versión alemana de 1948 (reeditada en 1982 por Ernst Topitsch en la colección «Pensadores olvidados-Obras olvidadas») de la publicada en inglés en 1943, y a la que ya nos hemos referido antes. Kelsen demuestra en esta obra la conexión entre la idea de venganza o retribución con la interpretación social de la naturaleza y con la idea de ley causal. Oeser conecta esas ideas con las tesis de Darwin y Spencer, así como con las de Zilsel. Concluye recordando que tanto en Kelsen como en el EL, la crítica ideológica se lleva a efecto en conexión con las ciencias naturales (p. 290).

Horst Dreier se centra en «el significado del Derecho entre la normativización de la naturaleza y la naturalización de lo normativo, tomando como ejemplo el concepto de Derecho de Kelsen». El autor pasa revista a los principales puntos de la epistemología kelseniana. Partiendo de la diferenciación entre «ley natural» (*Naturlgesetz*) de carácter causal y «ley jurídica» (*Rechtsgesetz*), que a su vez refleja la distinción entre comprensión y explicación, ciencia natural y ciencia jurídica, en definitiva, dos métodos o perspectivas para ver el mundo, el autor se recrea en el juego de poner en relación esas realidades, todo ello de la mano de la obra de Kelsen. Estudia el fenómeno de la «normativización de la naturaleza» en el libro *Vergeltung und Kausalität*, ya citado, en el que Kelsen analiza la mentalidad primitiva, que concibe el mundo natural como una prolongación del social y, en consecuencia, contempla la realidad de la naturaleza física con ojos normativos. Dreier critica con razón a Talcott Parsons, quien en su día escribió una reseña contra el libro de Kelsen, tildándole de diletante y advenedizo en las cuestiones de antropología. En contra de esto, Dreier subraya el enlace «sistemático» de la obra mencionada con la TPD, que no es otro que el estudio de la evolución de la distinción entre *sein* y *sollen*. Del monismo de la mentalidad primitiva se ha pasado, tras no pocos esfuerzos intelectuales, al dualismo que defiende la TPD. Ese monismo, característico del pensamiento arcaico, es el que subyace al pensamiento mítico y a sus continuadores: la metafísica y la doctrina del Derecho natural (p. 299). La otra cara de la moneda la constituye para Dreier la «naturalización de lo normativo», que no es otra cosa que el dominio de la ciencia del Derecho por el sociologismo y el psicologismo. La autonomía de la ciencia jurídica radica en su capacidad para describir su objeto, que es el Derecho positivo, si bien reconoce que, en materia de teoría de la interpretación de las normas, no puede ofrecer otra cosa que la tesis del marco abierto a distintas posibilidades interpretativas.

El trabajo de Michael Thaler tiene un interés filosófico general; centrado en la ética, es también aplicable a la filosofía del Derecho y a la interpretación jurídica. Se cuestiona las tesis del no-cognitivismo del Círculo y la del relativismo de la Escuela. Después de definir lo que él llama «absolutismo», «relativismo» y «escepticismo», de la mano de un presunto diálogo entre tres juristas de distinto tipo, llega a la conclusión de que los dos primeros no pueden responder al problema de la pluralidad de opiniones en el ámbito de los valores y las normas, y que el tercero, el escéptico, mantiene un punto de vista externo. La solución no puede ser otra, según Thaler, que mantener un proceso abierto que desemboque en un «monismo dinámico» (p. 316) o evolucionista, cuya virtud consista en ir aceptando «resultados provisionales intermedios» que sean modificados progresivamente cuando surjan «mejores argumentos». Esta posición, que podríamos denominar pragmática, es la que representaría un cuarto tipo de jurista: el evolucionista (p. 313).

El libro lo cierra Heinz Mayer con su trabajo «Rechtstheorie und Rechtspraxis», en el cual se centra en la concepción de la ciencia jurídica defendida por la TPD. En su aspiración de exactitud, esto es, de definir con precisión su objeto, ve un punto de unión con el EL, aunque no duda en afirmar que difícilmente podría admitirse desde el EL una ciencia del Derecho que no es propiamente empírica. Siguiendo las teorías de Merkl y Kelsen, el autor desgana algunas ideas de la teoría de la interpretación propias de la TPD, defendiéndola de las críticas de Adomeit («nihilismo metodológico») y Bydliniski (inutilidad de la TPD en materia interpretativa). La interpretación se conecta con el proceso aplicativo del Derecho y, por tanto, con la estructura piramidal del orden jurídico. Dos elementos se entrelazan de manera inescindible: el conocimiento y la voluntad. Es en último término la decisión del juzgador, o sea, su voluntad, la que da el último paso. De ahí su responsabilidad moral y política, que no puede traspasar al legislador.

III

De la lectura y análisis del libro reseñado se desprende que estamos ante un tema de investigación de gran amplitud, del cual esta obra no pretende ser sino un avance que plantee algunos de los problemas que hay que indagar en el futuro. Es evidente que tanto la Escuela jurídica como el Círculo filosófico de Viena representaron ámbitos de discusión abiertos con un talante intelectual parecido. También resulta claro que ambos grupos de pensadores se proclamaron, en general, «positivistas» y que, en atención a ello, compartieron algunos puntos de vista centrales. Pero no hay que olvidar que mientras el empirismo lógico trata de ser una respuesta a los problemas filosóficos que plantean las ciencias naturales, y de modo muy especial la física, la Escuela de Kelsen se orienta a encontrar el fundamento y el método propio de la ciencia jurídica. Ahora bien, el Círculo tuvo que aceptar que las ciencias empíricas no agotan el campo de lo científico, pues, en caso de mantener la tesis contraria, habría que excluir a las matemáticas. Aunque se admitiera que éstas puedan ser «explicadas» en su génesis mental por medio del empirismo psicológico, mantienen, en sí mismas consideradas, una validez que es independiente de los hechos. La realidad matemática no es una realidad fáctica. La necesidad de ampliar el campo de lo científicamente cognoscible más allá de lo empírico, fue lo que llevó al Círculo a añadir al sustantivo «empirismo» el calificativo «lógico». Esta conexión con la matemática aproxima el EL a la TPD, no desde luego en el sentido estricto de que esta última sea una derivación de la matemática, sino en el más amplio de que la teoría kelseniana se quiere limitar a describir las formas puras del Derecho positivo, lo que en ocasiones Kelsen llamó la «geometría del fenómeno jurídico». Dentro de la tradición del pensamiento jurídico hay una corriente que tiende a concebir la jurisprudencia como una ciencia al modo de la matemática, como una expresión de la *mathesis universalis* de Leibniz. Hermann Cohen, neokantiano, y que influyó en los enfoques de Kelsen, sostenía que la ciencia jurídica es la matemática de la vida social. Creo que es éste un punto de unión muy importante entre el EL y la TPD. Lo podemos calificar de «logicismo». Ambas corrientes son logicistas a su manera; pretenden aplicar el análisis lógico a sus respectivos objetos. Y, precisamente, porque la TPD está escorada hacia el análisis lógico, y se puede decir incluso que roza el análisis

lógico-lingüístico, es por lo que no ha podido suministrar una teoría de la interpretación de los contenidos textuales de las normas. La TPD no resuelve el problema de la interpretación porque se mueve dentro de los estrechos márgenes del descriptivismo, renunciando a teorizar los problemas propios de la decisión «correcta». Éste es otro de los puntos de unión con el EL. Es cierto que Kelsen critica la concepción de la ética de Schlick, pero no lo es menos que ambos niegan carácter objetivo al discurso genuinamente ético, esto es, al que indaga no las condiciones existenciales o lógicas de la ética, sino al que tiene por objetivo la determinación de lo que es bueno y malo, justo e injusto.

Puede afirmarse, en consecuencia, que tanto el EL como la TPD mantienen una actitud estrictamente científicista. En efecto, ambas escuelas sostienen que el conocimiento auténtico, por no decir único, es el proporcionado por la ciencia. Bien es verdad que la TPD admite una dualidad en su campo: las ciencias causales (junto a las matemáticas) y las ciencias normativas, mientras que el EL tiene la tendencia clara a negar a estas últimas el *status* de ciencias, como no sea reduciéndolas a ciencias empiristas que estudian determinados hechos, lo que, en definitiva, las reconduce a las causales. Ahora bien, la admisión de las ciencias normativas por parte de la TPD no supone en modo alguno la apertura hacia el conocimiento práctico. Si se admite la existencia de ciencias normativas (dentro de las cuales se engloba a la ética, a la ciencia jurídica, a la lógica y a la estética; al menos el Kelsen de *Hauptprobleme* se expresa así de claramente), es sólo para determinar sus conceptos formales. Y esto constituye, obviamente, cierta manera de volver a la concepción positivista de la ciencia; pues aun admitiendo la existencia de las ciencias normativas, se descarta la idea de que pueda decirse algo científicamente sobre los contenidos de los valores que las normas encarnan.

Desde esas premisas comunes, que constituyen un «parecido de familia» bastante llamativo, se derivan consecuencias que ahondan en la similitud. El rechazo a la metafísica y el recurso al «pseudoproblema» y a la «ideología» como forma de eliminar cuestiones difíciles de contestar, son actitudes comunes al EL y a la TPD. La consigna «de lo que no se puede hablar, mejor es callar» (Wittgenstein), significa que tan sólo la ciencia tiene derecho a hablar, y que lo que no pertenece al terreno científico forma parte de lo opinable, o sea, de la vida íntima de cada cual. Lo que no es científico es irracional o, lo que es lo mismo, pertenece a la decisión, ya sea moral, política o de cualquier otro género. Éste es precisamente el gran obstáculo que encuentra la TPD para resolver los problemas de la dogmática jurídica y de teoría de la decisión. Al no poder quedarse ambas en el mero formalismo abstracto, ya que la finalidad de la primera es presentar en sistema coherente lo que viene dado en ordenamiento disperso, y la de la segunda, establecer criterios de validez plena (formal y material) de las decisiones concretas, en realidad quedan fuera del marco de la TPD. Se suele decir que la TPD es una «teoría de la ciencia jurídica», pero esta frase sólo tiene sentido si se entiende por tal una teoría formal de la estructura del Derecho, lo que en mi opinión es algo muy distinto. La TPD estudia la «anatomía» del Derecho, pero no aporta gran cosa sobre cómo ha de ser el método de la llamada tradicionalmente jurisprudencia o ciencia de los juristas. Sus limitaciones son muy fuertes y esas mismas limitaciones la aproximan al EL. Al fin y al cabo, ambas escuelas son plantas crecidas en un mismo suelo.

La corriente de pensamiento jurídico a la que más se aproxima el EL es la del sociologismo en cualquiera de sus versiones, y probablemente dentro de

éste, la versión más cercana es la del realismo jurídico escandinavo. No es casual que ambas tendencias conduzcan a la sociología, la cual en el planteamiento de los iniciadores del positivismo (Comte, Spencer) viene a ser el culmen de todas las ciencias empíricas, la más difícil de todas ellas, razón por la cual ha sido la última en aparecer y desarrollarse. No es, pues, ocioso que en el libro reseñado se preste especial atención a la cercanía que muestra Kelsen al Círculo en sus trabajos sociológicos, en concreto en sus estudios sobre la relación entre causalidad y normatividad. Pero es claro que precisamente en estos escritos es donde Kelsen abandona el campo de la TPD para centrarse en el sociológico, para más señas en el propio de la sociología del conocimiento. Puede sostenerse que en ese terreno Kelsen comulga plenamente con las ideas del EL.

En fin, de todo lo expuesto se deduce el gran interés del libro comentado, que concentra un conjunto de problemas en torno a los grandes grupos de científicos, si bien es cierto que, en lo que se refiere a la Escuela jurídica, es Kelsen quien monopoliza la palabra, pues fue él, en definitiva, quien más se interesó por los problemas filosóficos del positivismo.

Gregorio ROBLES
Universidad de las Islas Baleares

DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, 511 pp.

1. *Presentación de la obra.* Dworkin es un fabuloso creador de títulos. Se trata de una habilidad secundaria en un escritor de su nivel, pero nada despreciable. Buenos ejemplos de ello son *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle*, y, sobre todo, *Law's Empire* (nada más y nada menos que *El imperio del Derecho* o *El imperio de la Justicia*, como reza el criticado título de la traducción española). Al haber ganado con el paso del tiempo enorme prestigio las obras que nominan, esos títulos han consolidado su propio valor en la memoria colectiva académica. Latentes en los libros de Dworkin está el carácter impactante, singular, solemne, conciso y literario de sus títulos.

Sovereign Virtue da de nuevo en el clavo. Con la salvedad de que ya no será necesario que pase el tiempo ni que lleguen las críticas para que esta obra alcance prestigio y para que su título se convierta en una llave privilegiada de acceso al pensamiento político contemporáneo. Porque *Sovereign Virtue* desprende la suficiencia de esas pocas obras de las que se sabe que serán fundamentales ya antes de su publicación. Ello se explica en parte por la estructura del libro. Cada uno de los capítulos de *Sovereign Virtue* corresponde a un artículo aparecido previamente. De esta forma algunos de ellos, como el capítulo segundo, en el que se describe la famosa ficción de la subasta con valvas de almeja en la isla desierta, han sido objeto de múltiples análisis, críticas y valoraciones, y son ya lugares comunes de la filosofía política de nuestros días. Por cierto que a diferencia de muchas otras recopilaciones de artículos *Sovereign Virtue* posee una gran coherencia interna. Teniendo en cuenta que las fechas de publicación original de los diferentes capítulos abarcan casi dos décadas y que, según declara expresamente el autor, tan sólo se han hecho sobre los mismos correcciones estilísticas, esa armonía sustancial de la obra que le permite disimular su carácter recopilatorio es síntoma de la coherencia de la propia carrera intelectual de Ronald Dworkin.

Sovereign Virtue, subtítulo *The Theory and Practice of Equality*, es una exposición exhaustiva del pensamiento político de Dworkin. Su discurso gira en torno a la igualdad: la virtud soberana de la comunidad política (p. 1). La obra se divide en dos grandes bloques. En el primero (*Theory*) se retoman y sistematizan las líneas básicas del desarrollo teórico que sobre la igualdad realiza Dworkin: se perfila, en definitiva, su concepción de la igualdad. El segundo (*Practice*) trata sobre diversos temas que son objeto de apasionada discusión, abandonando el carácter especulativo del primer bloque aunque en perfecta coherencia con lo expuesto en el mismo. La simbiosis teoría/práctica es siempre deseable y muchas veces ensayada pero resulta muy difícil llevarla a cabo sin limitarse a una mera retórica efectista. Dworkin nos enseña cómo para lograrlo hay que evitar, ante todo, trazar una línea rígida que separe las dos dimensiones. Entre ambas partes del libro hay constantes influencias y el segundo bloque no es sólo una aplicación del primero sino que también es por momentos una concreción, matización e incluso desarrollo de la dimensión más especulativa. O planteamos la relación teoría/práctica de forma dialéctica o tendremos una teoría inútil y una práctica ciega.

2. *Teoría de la igualdad.* *Sovereign Virtue* es una obra cuya lectura es en todo caso imprescindible para los que se dedican a la filosofía política y a

la teoría de la Justicia. Pero es también valiosísima para aquellos que trabajan sobre teoría del Derecho o teoría de la ciencia jurídica, quienes encontrarán en ella el reflejo de algunos de los puntos principales de la teoría jurídica de Ronald Dworkin. Así, por ejemplo, su bien conocida teoría de la interpretación, sobre la cual pivota toda su teoría del Derecho, constituye el trasfondo metodológico de esta obra. Dworkin parte de la aceptación del principio abstracto de igualdad: el gobierno debe actuar para lograr que las vidas de aquellos a los que gobierna sean mejores, y debe mostrar una igual consideración (*equal concern*) por la vida de cada uno (p. 128). A partir de aquí caben distintas interpretaciones que se constituyen como concepciones en competencia de ese principio. El autor no se limita a dar cuenta de la que él considera que es la mejor concepción sino que compara distintas posibles concepciones, argumentando que la suya es el resultado de la mejor interpretación posible que puede hacerse del principio abstracto de igualdad. Así, Dworkin dedica un capítulo a rebatir todo un grupo de teorías de la igualdad que agrupa bajo el título de *equality of welfare*. Además, trata a lo largo de la obra sobre otras concepciones de la igualdad propias del panorama de la filosofía contemporánea: de esta forma sitúa su teoría en relación con las de Rawls, Cohen o Sen.

El estilo analítico, que Dworkin lleva hasta su extremo en esta obra, se concreta en la densidad, claridad y carácter sistemático de la exposición. Ya en el comienzo Dworkin establece una distinción entre la igualdad distributiva (*distributional equality*), que es la igualdad en la distribución de recursos, y la igualdad política (*political equality*), que es la igualdad en la distribución del poder político entre los miembros de la comunidad (p. 12). Si bien la primera no agota el problema general de la igualdad sí lo domina. La concepción que defiende Dworkin de la igualdad política (*dependent conception*) no considera a ésta de forma independiente (como lo haría una *detached conception*). Así, la justicia (*fairness*) del proceso político no se mide en atención a las características de ese proceso aisladamente considerado, sino en atención a que produzca decisiones y resultados sustantivos que redunden en el trato igual, globalmente considerado, de todos los miembros de la comunidad (p. 186). La manera en que se concrete la igualdad política deberá siempre tener en cuenta cómo afecta a la igualdad distributiva.

Dworkin defiende una concepción de la igualdad distributiva como igualdad de recursos (*equality of resources*). En el capítulo segundo de la obra encontramos su figura de la subasta en la isla desierta, privilegiada ilustración del uso de la ficción con fines epistémicos en el pensamiento jurídico-político. El sistema de distribución de riqueza se perfila con el doble objetivo de ser insensible a los talentos y condiciones naturales de los individuos y sensible a las ambiciones y planes de vida que cada cual elige libremente. La garantía de un comienzo en plena igualdad en la hipotética subasta y el (también hipotético) mercado de seguros contra contingencias azarosas (desde accidentes y catástrofes hasta enfermedades o simplemente carencia absoluta de talentos) son los mecanismos teóricos que sirven a aquellos dos objetivos. Subasta inicial en condiciones de igualdad, seguida por la libre producción y el libre intercambio, limitados éstos por un sistema impositivo que reproduce de forma mimética los mercados hipotéticos de seguros: ésa es la concepción que Dworkin sostiene de la igualdad distributiva (p. 109).

3. *Liberalismo igualitario*. En ese modelo de comunidad política basado en la primacía de la igualdad (y a su vez, tal como expliqué anteriormente, de la igualdad distributiva sobre la igualdad política), ¿qué papel juega la libertad? Es habitual explicar la filosofía política a partir de un eje en uno de cuyos extremos se halla el valor libertad y en el otro el valor igualdad. Las diferentes doctrinas se sitúan en distintos puntos a lo largo de esa línea en función de la ponderación que hacen de esos dos valores. Dworkin pretende eludir este esquema explicativo, que considera engañoso (p. 128). Que el valor supremo de una comunidad política sea la igualdad no anticipa, según este autor, un detrimento de la libertad. El error de esta opinión tradicional se halla en contraponer necesariamente los dos conceptos. Partiendo de determinadas interpretaciones de la igualdad sí estamos abocados al conflicto entre esos valores. Pero la concepción de la igualdad que Dworkin defiende neutraliza tal oposición. De hecho ni siquiera acepta que libertad e igualdad se consideren valores independientes. Esto lo concreta de la siguiente manera. La subasta ficticia requiere una determinada línea de base (*baseline*) de libertades y restricciones, siendo preferible la que dote de mayor plausibilidad a la pretensión de que una subasta realizada sobre ella cumple con el principio de trato igualitario (p. 148). Para lograr ese objetivo, la línea de base debe ser dominada, según Dworkin, por el principio de abstracción: la subasta debe ser lo más abstracta posible, es decir, lo más sensible a la diversidad de los planes y proyectos de la gente, lo cual requiere del mayor grado de libertad en la elección que sea compatible con el principio de seguridad de las personas y las cosas, que es por su parte la restricción más importante. El valor libertad (y los mecanismos que lo potencian) queda integrado en el valor igualdad (y en los mecanismos que organizan la sociedad conforme al mismo). Por ello puede decir Dworkin que la igualdad de recursos (como mejor interpretación posible del principio abstracto de igualdad) es una concepción de la igualdad inherentemente liberal (p. 183).

Este punto, de esencial trascendencia para valorar en justo término su teoría, lo apoya Dworkin con otras dos consideraciones. La primera aclara que el lugar fundamental que la libertad debe ocupar en toda comunidad política puede también justificarse (y él cree que se justifica) a partir de otros argumentos que nada tienen que ver con la igualdad. En esta obra, él se limita a aquellos que desde la perspectiva de la igualdad justifican el valor de la libertad: una comunidad que no protege las libertades de sus miembros no puede tratarlos con igualdad (entendida en la mejor interpretación que puede hacerse de ella), y eso independientemente de que además la libertad sea valiosa por otras razones (pp. 181-182). La segunda consideración se refiere a la concepción de la comunidad política que Dworkin plantea explícitamente en la obra, una concepción liberal. Con guiños hacia el comunitarismo que no pasan de lo retórico, Dworkin hace girar su discurso sobre la comunidad en torno a la concepción más clásica de tolerancia basada en la distinción entre ética pública y ética privada (para utilizar una concepción que nos resulta familiar como es la acuñada por Peces-Barba). En efecto, la comunidad es valiosa para el individuo, pero lo es a partir de las prácticas comunes que la definen, que son las prácticas políticas formales y no las religiosas o las propias de la moralidad privada (sobre esto se extiende Dworkin en la segunda parte de la obra, donde examina cuestiones como las relativas a las tendencias sexuales o a la elección de la propia muerte). La gente con convicciones éticas fuertes puede ser liberal a la vez que puede tratar de persua-

dir a los otros de su posición, pero sin recurrir al Derecho para prohibirles llevar la vida que deseen por considerarla incorrecta: en eso consiste la tolerancia. Así pues, además de centrarse en la igualdad, Dworkin deja apuntadas en esta obra las principales líneas de su concepción liberal de la comunidad política. *Sovereign Virtue* presenta así un cuadro completo de la más sofisticada versión del liberalismo igualitario, bajo el cual libertad, igualdad y comunidad no son concebidas como tres virtudes en competencia sino como aspectos complementarios de una misma visión política (p. 237).

En cualquier caso, el equilibrio entre libertad e igualdad se me antoja como uno de los puntos más complejos de la obra y no exento de polémica. Complejidad y posible polémica que son especialmente graves ya que de tal equilibrio depende que lo que llamamos liberalismo igualitario sea algo digno de tal nombre. Y es que al tiempo que nos convence de que bajo su propia concepción igualdad y libertad no pueden oponerse, Dworkin asegura que ésta cederá frente a aquélla cuando a pesar de todo un conflicto genuino se produzca. Quizás haya aquí confusión o quizás una meritoria capacidad de adaptación de la teoría a la práctica. Porque Dworkin cierra el capítulo dedicado a la libertad descendiendo al mundo real, con todas sus miserias técnicas y políticas, y toma allí el pulso a los verdaderos conflictos aventurándose en los entresijos del sutil equilibrio entre los valores. Su descenso es breve y no resulta lo concluyente que hubiera podido esperarse. Pero sí lo suficientemente esclarecedor como para confirmar las palabras que el autor ha formulado previamente en su especulación al respecto de la relación entre igualdad y libertad: «*there is a dark side to the issues we are exploring, a shadow hanging over liberty*» (p. 130). En definitiva, el modelo explicativo sobre la base del eje libertad-igualdad es sin duda muy simple e intuitivo pero su amplio predicamento y poder persuasivo no es casual. No parecería, por eso, tan extraño que más de uno siguiera encontrando en el mismo un punto en el que situar la teoría dworkiniana.

4. *Implicaciones prácticas: utopía y Estado social.* Ya en la presentación de la obra destacué como *Sovereign Virtue* se mueve a la vez en las dimensiones teórica y práctica. Esta voluntad transversal no es original: muchos autores la expresan a menudo. Pero en no pocas ocasiones resulta en una mera vestimenta retórica. No es el caso que nos ocupa en esta reseña. De la maestría de Dworkin para establecer la conexión entre los ámbitos teórico y práctico obtiene esta obra uno de sus valores principales. Ya en la introducción enfatiza el autor la interdependencia de la teoría política y la controversia práctica, sentando con ello una auténtica declaración de principios que ilumina la obra entera (p. 4). Las dos partes en que divide su libro, como comenté anteriormente, no constituyen dos obras independientes sino que en la segunda se completan, matizan y especifican las líneas teóricas elaboradas en la primera.

Pero no es sólo la estructura de la obra la que determina la relación teoría/práctica. Dentro de la primera parte, de carácter netamente especulativo, Dworkin se preocupa también por la utilidad y posible aplicación de sus teorías. El filósofo estadounidense realiza un tránsito desde la situación de lo que él llama el *ideal ideal world* al *real real world*. En el primero se permite el libre juego de la ficción para diseñar el esquema conceptual de la teoría. En el segundo, Dworkin se enfrenta con las verdaderas comunidades humanas, en las que sus postulados de la sociedad igualitaria encuentran no sólo

obstáculos técnicos sino también políticos. Dworkin completa su concepción de la igualdad, fraguada en el mundo ideal, con su *theory of improvement*, en la cual la utopía goza de una posición privilegiada que la protege de la no por más repetida menos lamentable acusación de ingenuidad. En efecto, en *Sovereign Virtue*, Dworkin recupera el sentido más sublime y auténtico del término utopía, que se erige en guía de la práctica política. La sociedad plenamente igualitaria (no como concepto abstracto sino muy bien determinado a partir de los requerimientos que exige la concepción que Dworkin sostiene de la igualdad) es fin, objetivo, ideal y, en definitiva, razón de ser de la acción política. Pero jamás puede revolverse contra la práctica misma que es diseñada en pos de su consecución. Dworkin evita ser pasto de los mezquinos críticos que rechazando el cambio por lo ambicioso de sus objetivos mantendrían de buen grado el *status quo*. Y para ello decide mostrar parte de su juego desde el comienzo de la obra: las sociedades actuales son alarmantemente desiguales. Si la igualdad es la virtud soberana de las comunidades la desigualdad es el azote moral de nuestro mundo. Incluso aquellos Estados ricos, aquellas naciones que se presentan a sí mismas como modelos de organización política, son manifiestamente injustos pues en su seno reina de manera fatal la desigualdad. La *theory of improvement* nos orienta en la acción concreta: cada uno de nuestros pasos debe tener como objetivo la reducción de los déficit de igualdad. El camino está marcado y sólo cabe recorrerlo en una dirección: hacia la utopía, tratando de que nuestras sociedades se acerquen más al ideal de sociedad igualitaria. Todo lo demás es perpetuación de la injusticia. Las consecuencias del liberalismo igualitario no son moderadas: su aplicación exigiría cambios radicales. Ello contrasta con la opinión común según la cual esta teoría es la que ilumina la práctica política de nuestras sociedades. Opinión que después de leer a Dworkin parece errónea. Quien la sostenga deberá concluir con cierta ironía que la práctica de la igualdad liberal le hace un flaco favor a su teoría, lo cual no es más que decir que los principios de la igualdad liberal no son de hecho llevados a la práctica.

La lectura de la obra de Dworkin cobra su mayor relevancia si se la considera no tanto desde el terreno de la ética individual como desde el ámbito político mundial. Dworkin se sitúa en el ojo del huracán y formula una teoría de los valores políticos para la época post-comunista (incluso aun cuando algunos de los capítulos del libro fuesen publicados originalmente antes del colapso de la Unión Soviética). En el pulso de su provocador estilo literario rezuma la gran masa conforme y descreída y la política embaucadora de eslóganes retóricos y huecos, todo ello sobre un trasfondo de colosal sufrimiento humano. Ante este contexto Dworkin puede permitirse llevar sus reflexiones al nivel de la controversia política práctica más actual y hablar, por ejemplo, de la tercera vía. Y es que en cierta manera *Sovereign Virtue*, o, lo que es lo mismo, la teoría política de Dworkin, es una justificación filosófica de la tercera vía. O quizás mejor sería decir de una tercera vía. Porque con su inteligente prudencia, el norteamericano pone el dedo en la llaga: si los conceptos políticos tradicionales son ambiguos, los de nuevo cuño (como la tercera vía) son auténticas cajas vacías. Por eso nos dice que si su teoría de la igualdad es lo que llaman tercera vía, adelante con ella.

Los fundamentos superiores de la teoría política de Dworkin se remontan a dos principios básicos de individualismo ético a los que se refiere repetidamente a lo largo de la obra. El primero (*equal importance*), que toda vida humana es valiosa y que todas las vidas humanas son igualmente valiosas. El

segundo (*special responsibility*), que sobre cada persona recae una responsabilidad específica respecto del éxito de su propia vida. El primer principio requiere que no se tengan en cuenta las circunstancias iniciales de la gente, las condiciones que los distinguen y por las que ellos no son responsables, tales como sus cualidades físicas o su riqueza de origen. Es el valor principal de la izquierda tradicional: sublima la necesidad de ser insensible a las condiciones de partida de las personas. El viejo liberalismo, la derecha tradicional, hace pivotar todo sobre la idea de responsabilidad comprendida en el segundo principio. Sublima la necesidad de ser sensible a las ambiciones de los individuos, de respetar sus gustos y sus elecciones libremente tomadas. Desarrolladas de forma independiente, ambas tendencias terminan por desfigurar la línea que distingue el azar de la elección, se borra el relieve de la pareja *chance/choice*.

Dworkin dibuja una tercera vía porque toma en cuenta los dos principios anteriores de forma absoluta, sin ponderaciones. Por una parte, la comunidad justa debe ser insensible a las condiciones, lo que se logra a través de un sistema impositivo que tiene como punto de mira las condiciones igualitarias de la subasta y se construye en imitación lo más perfecta posible del mercado hipotético de seguros. Por otra parte, la comunidad justa debe ser sensible a las ambiciones y elecciones personales, lo que se logra a través del funcionamiento del libre mercado (que es el reflejo del principio de abstracción que debe reinar en la subasta inicial) y de sistemas democráticos garantes de un amplio rango de libertades. La clave se halla en el establecimiento de esa línea de distinción entre azar y elección. Debemos ser insensibles a aquello que sea *chance* pero sensibles a aquello que sea *choice*. Ahora bien, ¿dónde situar esa línea? Aunque Dworkin no evita la cuestión [la aborda, por ejemplo, en su consideración de la teoría de Cohen (pp. 287-296)] pudiera ser que aquí su sólida construcción teórica tuviera un punto de fuga. La distinción entre el azar y la elección es, en definitiva, una cuestión de indudable trascendencia filosófica que va más allá de las implicaciones que tiene para la filosofía política. Y es también un buen hilo del que tirar para descubrir en toda su riqueza la madeja conceptual de Dworkin.

Ya, para acabar, creo que merece una referencia el hecho de que esta obra esté escrita bajo un prisma marcadamente anglosajón, léase estadounidense (con concesiones a Gran Bretaña más simbólicas que relevantes). Esto tiene en cuanto al contenido una significación mayor de lo que pudiera pensarse. La introducción de conceptos y formas racionales propias de la ciencia económica en la reflexión jurídica y política corresponde a una tendencia de pensamiento que irradiando desde Estados Unidos se extiende por el mundo entero. Es una invasión polémica pero innegable y no sería extraño que al lector continental le chocara los extremos a los que Dworkin la lleva en esta obra: ¿es necesario poseer un conocimiento técnico detallado del mercado de seguros para ser capaz de formular una teoría política justa? Puede que lo sea, puede que no: lo que pretendo aquí es poner en contacto este hecho con el contexto desde el que Dworkin escribe e incidir en la trascendencia práctica de su obra en el terreno geopolítico post-comunista. El hecho de que en Estados Unidos no exista una tradición de Estado proteccionista como la europea explica en gran medida el porqué del recurso de Dworkin a los mecanismos del mercado de seguros privados. Posiblemente desde una Europa que vive al ritmo de los debates sobre la Seguridad Social, sobre su necesidad, eficacia, salvación o definitiva destrucción, jamás se hubieran seguido

los pasos que da Dworkin. El juego intelectual que desarrolla sobre el mercado de seguros es un juego para nosotros neutralizado históricamente por el Estado social. Partiendo de ese contraste, ¿qué connotaciones posee la teoría dworkiniana en una Europa en la que vivimos el colapso de los sistemas de protección e igualdad social? Para ir dibujando una respuesta les adelanto la solución que propone Dworkin para que en el alba de la era biotecnológica su país empiece el urgente camino hacia la igualdad justa: la nacionalización del sistema de seguros médicos (p. 452). Más claro, agua.

5. *Consideraciones finales.* Distingamos dos dimensiones valiosas de *Sovereign Virtue*. La primera nos muestra la obra como un punto culminante de la doctrina política del liberalismo igualitario y, por lo tanto, como un lugar de referencia ineludible para la filosofía política (y también jurídica) contemporánea. El libro se configura, ya lo he indicado antes, como una recopilación de los escritos que han definido el pensamiento político de Dworkin a lo largo de su carrera. Aunque ofrece una visión unificada y sistemática de los mismos, el especialista no encontrará novedades, lo cual, por cierto, garantiza la categoría de la obra. La segunda dimensión nos sitúa en las resonancias que produce *Sovereign Virtue* en el mundo del aquí y del ahora y nos muestra a un Dworkin comprometido. Y es de agradecer que el que se comporte así sea un autor como el estadounidense, admirado, seguido y mayoritariamente reconocido. Porque quien desee contradecir las implicaciones prácticas de su obra deberá estar dispuesto a rebatir sus tesis teóricas o el nexo establecido entre éstas y la práctica. Es decir, que comprometiéndose él mismo, Dworkin compromete al gremio intelectual en su conjunto, huyendo de cómodas ambigüedades y de actitudes autocomplacientes, y provocando así la evolución siempre iluminada por la restaurada utopía. Dworkin habla *de* lotes ideales de bienes en subastas ficticias, de talentos innatos y habilidades cultivadas, de azares y seguros hipotéticos; Dworkin habla también *de* los sistemas de atención sanitaria, de la discriminación racial, de la eutanasia y de la clonación humana; pero, sobre todo, Dworkin habla *para* un mundo de globalización, de pobreza y hambrunas masivas, de fusiones transnacionales y privatizaciones. En definitiva, Dworkin nos enseña a apostar con valvas de almeja en la cola del paro.

César ARJONA
Universitat Ramon Llull (Barcelona)

HINKELAMMERT, Franz J., *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, 404 pp.

Debemos congratularnos de que la Editorial Desclée de Brouwer, dentro de la colección *Palimpsesto*, admirablemente dirigida por Juan Antonio Senent de Frutos en la sección «Derechos Humanos y Desarrollo», se haya atrevido a publicar una nueva edición de la *Crítica a la razón utópica* del economista, filósofo y teólogo alemán, residente en Costa Rica, Franz Hinkelammert, ampliada y revisada por el mismo Juan Antonio Senent con la no pequeña colaboración del filósofo del Derecho costarricense Norman Solórzano Alfaro en el capítulo VI, titulado «Del cautiverio de la utopía por las utopías conservadoras y el espacio para las alternativas», texto refundido de dos trabajos del autor que ahora aparece como una de las principales novedades, entre otras, del libro. Del resto, se puede destacar: con respecto al título, la sustitución de la preposición «a» por la «de» para acercarse más a la traducción que en castellano se hace de la *Crítica de la razón pura* de Immanuel Kant, tal como el mismo autor señala en el prólogo del libro. Además, nos encontramos con la alteración del orden de aparición de algunos capítulos junto a la inclusión de algunas modificaciones y nuevas aportaciones: es el caso de la Introducción de la primera edición, titulada: «El realismo político como arte de lo posible», que pasa a ser el capítulo VIII y último, a manera de conclusión, en la nueva; así como el capítulo dedicado al pensamiento de Popper, que si era el capítulo V en el año 1984, ahora es el primero en la edición de Desclée. Subrayar también la inclusión al final de los índices de autores y el analítico o de conceptos, que facilita el acceso a una lectura más selectiva. Como resultado, sale a la luz un libro fundamental que ha sido poco conocido tanto por el público europeo como por gran parte del latinoamericano, debido a distintas razones, la mayoría de ellas de índole política e ideológica, además de la poca difusión que han tenido y tienen los libros editados por el admirable Departamento Ecuménico de Investigaciones (DEI), centro al que pertenece el autor como docente e investigador desde 1981.

Múltiples son los comentarios que pueden realizarse sobre *Crítica de la razón utópica* (en adelante, *CRU*). Teniendo siempre presente que toda interpretación de la realidad y, más aún, todo resumen sobre una obra, acentúa la parcialidad y sesga su gran riqueza, varios elementos pueden comentarse y subrayarse.

Una de las obsesiones del pensamiento moderno ha sido descubrir, delimitar y superar los límites de las posibilidades de uso que tiene la razón para captar la realidad. Como muy bien señala el filósofo y teólogo cubano-germano Raúl Fornet Betancourt, Kant se ha dedicado permanentemente a establecer cuáles son esos límites desde el concepto de «crítica». En esta misma línea se sitúa Franz Hinkelammert, pero con relación a la razón utópica y en el contexto del pensamiento social moderno. Si tuviéramos que decir, en pocas palabras en qué consiste y de qué trata esta fascinante, profunda y sugerente obra, hemos seleccionado dos frases interrelacionadas que sintetizan no sólo el libro sino gran parte del pensamiento del autor: a) *De la tierra al cielo parece existir una escalera y el problema es encontrarla*; y b) *La política como arte de lo posible*.

Con relación a la primera frase, entendiéndola en un sentido metafórico, se denuncia cómo por medio de ideales de perfección, de pureza, de justicia infinita, construimos la realidad. Cuando nos enfrentamos a ella, descubri-

mos defectos, carencias y obstáculos que limitan y sacuden nuestro quehacer y nuestro convivir diarios. Reaccionamos intentando superarlos, pulirlos y depurarlos. Mediante ideales de perfección, de mejoras totales y sin defectos, transformamos esas ausencias e incompletudes con la intención de solucionar armónicamente nuestras relaciones. De esta forma pensamos en mercados perfectos, en estados perfectos, en máquinas perfectas, en teorías, normas y en leyes perfectas, en utopías perfectas... Y creemos que lo logramos intentando llegar a ello cueste lo que cueste. Pero resulta que lo hacemos de tal manera que, con esta imaginación de una aproximación infinita y sin fin –asintótica– a esas situaciones ideales, invisibilizamos y velamos no sólo la compleja estructura de la realidad, sino también los límites, la contingencia y la subjetividad de quienes elaboramos esas mediaciones y que bien reflejan la condición humana.

En cuanto a *la política como arte de lo posible*, en la misma línea, esta idea entra en la conciencia actual en el instante en el cual empezamos a modelar la sociedad según proyectos de una sociedad por hacer, inventando y utilizando leyes sociales. Principalmente con la Ilustración, la ciencia social normativa se entiende como el arte cuya principal finalidad es el gobierno de la sociedad (por ejemplo, Condorcet). En el mundo de las relaciones y de la convivencia humanas pretendemos obtener situaciones de control, de armonía y de plenitud que resuelvan y den cuenta de los conflictos sociales y de los problemas de la producción, la distribución y la satisfacción de las necesidades humanas. Dentro del contexto de nuestras sociedades occidentales, se han buscado alternativas que en la mayoría de las ocasiones han sido consideradas incompatibles unas y otras, de forma maniquea: han sido la utopía de la asociación libre de productores (marxismo), la utopía del plan total (pensamiento soviético) y la del mercado total (neoliberalismo) los medios con los que afrontar la realidad precaria. Nos encontramos con realidades idealizadas, que se pretenden lograr y que aparentemente nos garantizan un supuesto realismo más verdadero que aquel en el que estamos insertos y que nos supera, a pesar de pretender encorsetarlo y reducirlo. Surge entonces la distinción, y además la contradicción, entre lo que se hace y lo que se cree hacer, entre actuación real e imaginación. Esta última es necesaria para buscar la mejor sociedad concebible, de ahí que lo imposible sea necesario como punto de orientación y de brújula de la praxis y el conocimiento humano. Lo posible, su definición, sólo puede descubrirse dándonos cuenta de lo que nunca y jamás se podrá conseguir. Si caemos en la ilusión de poder realizar lo inalcanzable, resulta que la realización de lo posible se vuelve en su contrario. Por medio de varias plenitudes imposibles y los caminos de su aproximación en términos de «lo mejor posible», distorsionamos lo que es factible para nuestras vidas, nuestras condiciones de posibilidad para seguir actuando desde nuestra contingencia. Siendo la utopía necesaria, a través de las mediaciones imaginadas modelamos la realidad para obtener de ella lo mejor, moviéndonos por fines de máxima perfección. Con instituciones como el mercado total o el estado total pensamos que, afinándolas en su más elevada expresión, podremos obtener la solución a todos nuestros problemas. Tenemos toda una empresa de una sociedad por hacer. Si perdemos el referente de lo que es factible, el marco de lo posible, creyendo que vamos a lograr llegar a ella pese a ser imposible, sucumbimos a un proceso de mala infinitud.

En *CRU* se analizan los marcos categoriales y la ingenuidad utópica en la que incurren determinadas expresiones muy significativas del pensamiento

social moderno y sus principales manifestaciones: desde el conservadurismo (a través del análisis de la obra de Peter Berger, en el capítulo II), pasando por el neoliberalismo (con Hayek, en el capítulo III), el anarquismo (entrando en los aportes del mexicano Ricardo Flores Magón en el capítulo IV, cuyo mundo imaginario de relaciones humanas armónicas y de plenitud que se puede obtener y conseguir sin instituciones también es ingenuo) y, finalmente, el socialismo (dentro del contexto soviético de discusión sobre el comunismo durante el periodo de Kruschef, sobre la ideología tecnocrática y la mística del crecimiento económico, en el capítulo V). Se hace toda una crítica a la racionalidad utópica presente en todos los ámbitos de la vida social y, además, en la constitución de los conceptos base de las propias teorías científicas. Se describe y se denuncia detalladamente cómo la ciencia empírica moderna también está inmersa en un pensamiento utópico que adolece de los mismos síntomas enfermizos: confrontando la adversidad de la realidad, intenta controlarla, manipularla y excederla. Para ello se mueve también por la consecución de lo imposible, de modelos ideales, de fórmulas o leyes perfectas que, bajo una sensación de acaparar la totalidad de las cosas, sólo son expresión de nuestros límites fronterizos. El problema aparece cuando las ciencias empíricas olvidan y abstraen no sólo la realidad sino también la misma condición humana. Si la realidad nos excede, tratamos de abordarla desde imaginarios e ideales, no para convivir en ella, sino para moldearla en función de los patrones que fabricamos para fagocitarla y encasillarla. En ese instante, la realidad aparece como una deformación de las idealizaciones fabricadas que hay que depurar para llegar a ellas. Se pierde entonces el referente: el ser humano y su inescindible vínculo con el circuito natural de la vida, quien nos indica qué es y qué no es imposible, aquello que es posible expresado en términos de factibilidad.

El hilo conductor de todo el libro lo establece el capítulo I, titulado «La metodología de Popper y sus análisis teóricos de la planificación, la competencia y el proceso de institucionalización», por medio del análisis de los marcos categoriales del pensamiento liberal del Karl Popper, quien, según el filósofo tico-alemán, fue de los primeros que realizó una crítica de lo utópico, pero incurriendo en el error de caer en la misma ingenuidad que cuestiona, a pesar de considerar que sus planteamientos van más allá de todas las utopías. En este capítulo, además, Franz Hinkelammert pone a prueba la teoría de la falsabilidad y la consistencia metodológica de los análisis empíricos que Popper emplea en el ámbito tanto de las ciencias sociales como naturales. Aparecen en los análisis y exposición de los hechos de este último, dos metodologías distintas y excluyentes: por un lado, una metodología explícita, que se asienta en la aseveración de que la validez de las teorías empíricas descansa única y exclusivamente sobre enunciados falsables, sólo así se mantiene el carácter científico de las mismas. Y, por otro, unos principios metodológicos no explícitos que contradicen y que no son compatibles con esa metodología explícita: son *los principios generales empíricos de imposibilidad referidos a la capacidad y a la acción humanas*. Lo paradójico de todo esto es que las ciencias empíricas serán más consistentes si se asientan no sobre la metodología explícita popperiana, sino sobre la metodología no explícita que parece ignorar y que no reconoce el autor, pese a ser la más adecuada.

Hay que resaltar, y tener muy en cuenta, la noción de «crítica» y el sentido que Hinkelammert le da a ésta en sus trabajos, y que perfectamente queda reflejado en el libro. No se trata de desechar, destrozar, rechazar e ignorar parte o la totalidad de un pensamiento: lo criticado y cuestionado el autor lo

considera como algo recuperable una vez que se determina su marco de validez, estableciendo y señalando sus límites, abriendo sus horizontes e impidiendo su cierre y la caída en los dominios de lo tautológico. Esto mismo es lo que hace con los pensamientos no sólo de Popper, sino también de Carlos Marx, Max Weber y de F. Von Hayek. Intenta ir más allá de sus estudios para poder dar sentido a los aportes que hacen, y lo consigue. En el análisis de los mecanismos internos de producción del pensamiento social realiza una crítica trascendental, enfocada a los presupuestos y a los límites del conocimiento humano teórico y práctico. No en sentido formal y estrictamente kantiano, sino en el material y corporal. Se trata de una crítica interna que consiste en que partiendo del propio marco categorial, y el conjunto de la obra de cada autor, surge la propia crítica y la necesidad de trascender ese pensamiento cuando olvida el ámbito de lo real y de la condición humana.

Así hay que entender el enfoque cuestionador y recuperador que se aplica e implementa en el curso de *CRU*. En la teoría de Popper, nos encontramos con análisis, afirmaciones y descubrimientos importantes, dignos de mención y de gran virtualidad que básicamente se centran en los principios generales empíricos de imposibilidad. Por ejemplo, retomando reflexiones de Hayek, con la utilización del principio de imposibilidad de un conocimiento ilimitado en los procesos de institucionalización en general, y en la planificación y la competencia del mercado en particular. Toda acción humana está limitada por el hecho de que el conjunto de conocimientos humanos no es centralizable en una sola persona, cabeza o instancia. Resulta imposible un conocimiento perfecto de todos los hechos de las relaciones humanas. Lo mismo sucede con el «método cero» de la teoría del equilibrio del mercado y con la imposibilidad de la ciencia por conocer el futuro: no puede tener un saber de futuro y realizar predicciones exactas sobre él. Estos principios Popper los adopta en términos categoriales, no hipotéticos o de un «todavía no» que en algún futuro dejará de ser inalcanzable.

Hinkelammert también destaca el análisis y la denuncia de Popper, que ya Hegel anticipara en cierto sentido, sobre los progresos infinitos frustrados y los procesos de mala infinitud contenidos en las diferentes opciones y/o dimensiones de la institucionalidad: el equilibrio del mercado, el intervencionismo, el anti-intervencionismo y la planificación. Pero si nos quedamos en el marco metodológico popperiano, incurrimos en una serie de incoherencias y contradicciones que hay que tratar de superar. Tenemos que ir más allá de sus planteamientos para dar sentido a los aportes que realiza.

En primer lugar, reconociendo la no falsabilidad de los principios generales empíricos de imposibilidad sobre los que se construyen las ciencias, frente a la afirmación de que todos los enunciados científicos son falsables. La acción humana choca con imposibilidades fácticas que nunca podrá superar. El conocimiento de la realidad parte de un sujeto humano actuante que desarrolla finalidades más allá de lo inmediato. En este proceso crea categorías con la intención de trascender la realidad. Y resulta que las categorías del pensamiento teórico se derivan de los límites de la acción. Estos límites de la acción determinan, por tanto, las formas del pensamiento. Los marcos categoriales de las ciencias empíricas se derivan de las imposibilidades de nuestras acciones. Se formulan principios empíricos generales de imposibilidad que no son falsables. Como las ciencias empíricas no pueden hablar de la realidad sin utilizar los principios de imposibilidad que se refieren a las imposibilidades con las que choca la acción humana, sus marcos categoriales derivan de estos princi-

pios. Además, sobre ellos se construyen también las leyes empíricas. El problema y la contradicción aparece cuando sobre este mismo esquema popperiano se ignora la no falsabilidad, tanto de los principios generales de imposibilidad como de las leyes empíricas generales, que se derivan analíticamente de ellos y sobre los cuales se construyen las teorías científicas. El análisis de los principios de imposibilidad obliga a ver todo el conocimiento de las ciencias empíricas en términos de una estrecha vinculación entre la acción y la teoría. No estamos ante imposibilidades lógicas sino empíricas. El utopismo popperiano aparece cuando afirma que estos principios son falsables y para ello utiliza unos falsadores que interpreta como metas que pueden ser logradas algún día, como un «todavía no posible» que el progreso técnico puede alcanzar. De esta manera *traslada la fuerza utópica a la tecnología y a la inercia objetiva de su progreso*, yendo en contra de la propia libertad humana.

En segundo lugar, muy vinculado con lo anterior, tenemos la confusión de Popper al no distinguir entre regularidades de los hechos empíricos o enunciados básicos —entendidos como enunciados que afirman que un evento observable acontece en una región individual del espacio y del tiempo— (por ejemplo, «el sol saldrá mañana y se pondrá cada veinticuatro horas») e imposibilidades empíricas y fácticas de validez inductiva y de carácter afirmativo-apodíctico, que son límites de la acción humana (por ejemplo, «es imposible que haya un hombre inmortal» o el *perpetuum mobile*).

En tercer lugar, hay que superar la separación y la polarización que el autor de *La sociedad abierta y sus enemigos* realiza entre las metas concretas y posibles y las utopías imposibles. El hecho de que tengamos que acudir a imposibles no obliga a tener que prescindir de ellos por ser eternamente irreales. No se puede prohibir pensar lo imposible porque es inseparable de la capacidad que tenemos para saber lo que sí es posible. Ambas dimensiones se coimplican permanentemente. Popper es incapaz de analizar la relación que las utopías tienen con las metas posibles. Curiosamente la imposibilidad que para él más hay que eliminar es la de la planificación perfecta. No sucede lo mismo con la imposibilidad utilizada en el modelo de equilibrio perfecto del mercado. Lo que Popper parcializa y reduce con relación a los peligros de la planificación, también hay que extenderlo a todas las mediaciones e instituciones humanas que se ciegan por procesos de absolutización. Pero para ello necesitamos criterios de inteligibilidad que permitan enjuiciar cuándo esto sucede sin tener que polarizar de manera excluyente y maniquea las idealizaciones sobre la realidad. Tenemos que saber los momentos en los que, bajo una apariencia de realismo, las categorías, las teorías y las instituciones pretenden convertirse en la única realidad.

Estos mismos esquemas, pero condicionados por la particularidad de cada teoría, proyecta en los sucesivos capítulos sobre el pensamiento social conservador, neoliberal, anarquista y socialista. La esencia de la modernidad es la ilusión trascendental de progresos infinitos. Pese a ser una ilusión inevitable y necesaria, hay que tomar distancia crítica frente a ella. De una u otra manera, todas esas expresiones analizadas incurren en progresos de mala infinitud. En Peter Beger (capítulo segundo) aborda su consideración de la función social de legitimación del orden a partir de una realidad precaria, y una realidad idealizada por medio de la facticidad autolegitimadora de las instituciones cuyas deficiencias y defectos se complementan con la función social de legitimación. El *statu quo* se mantiene a costa de impedir, como sea, cualquier expresión discrepante y cuestionadora; con Hayek (capítulo

tercero), en tanto pensamiento de legitimación de una sociedad específica, la burguesa, que reduce la realidad a elementos institucionales propios del mercado perfecto; sobre el anarquismo (capítulo cuarto) subraya la ausencia de un concepto de praxis y de construcción de futuro explicitado por la fuerza espontánea y la acción directa de los seres humanos sin autoridad y sin instituciones. Hay que destruir a las mediaciones y a sus defensores para que lo nuevo pueda nacer; finalmente, con el socialismo soviético (capítulo quinto) entra a analizar la teoría de la planificación económica perfecta y el criterio de maximización de la tasa de crecimiento económico.

Pero, ¿de qué forma podemos evitar esta ceguera de las imaginaciones de aproximación infinita? Para no caer en soluciones perfectamente míticas, hay que buscar otro tipo de aproximación que permita introducir fuerzas compensatorias que den cuenta de aquello que impide el éxito de la aproximación infinita asintótica y que den realismo a las idealizaciones. Se trata de un concepto práctico de verdad que pretende no saber lo que la realidad es, sino que se limita a saber cómo ésta se revela en cuanto que espacio para la acción humana. El baluarte de enjuiciamiento y el referente de valoración que aparece en todo el pensamiento de Franz Hinkelammert será el *criterio de la reproducción de la vida humana corporal y concreta*, criterio fundamental tanto de los análisis de los sistemas y subsistemas sociales como de juicio sobre los distintos sistemas de conocimiento y teorías. Lo posible y lo imposible se relacionan desde la factibilidad de la vida de los seres humanos en su relación con la naturaleza. La reproducción de la vida real es la condición de posibilidad de la libertad. Nos encontramos con un juicio de hecho con el que se dilucida cuándo las instituciones y sus idealizaciones están o no están en función de la vida de los sujetos. La ética es entendida no como un deber formal o un deber funcionalizado y supeditado a las obras y los resultados humanos, sino la interpreta como la dimensión constitutiva de la vida humana, de la organización social, de la teoría y del pensamiento social. De ahí la prioridad de satisfacer las necesidades humanas.

Finalmente, la importancia de los aportes que nos ofrece esta obra es fundamental y hoy se hacen más necesarios por el peculiar y particular contexto en el que vivimos, caracterizado por los procesos de globalización. En su versión más ambiciosa y con las pretensiones más hegemónicas reforzadas por la ideología neoliberal, nos encontramos con el predominio de una racionalidad cínica y calculadora de medios y fines que elimina a los sujetos corporales y necesitados, incluso reconociéndolo con toda frialdad. Despliega toda una racionalidad instrumental, que también incurre en una ingenuidad utópica, la del mercado total, un imposible que provoca regueros de sangre bajo un supuesto realismo que se considera antiutópico, porque es una consecuencia normal de un proceso de desarrollo espontáneo y natural de los hechos a los que todo ser humano debe plegarse sin ningún tipo de oposición. Cualquier conato de rebeldía será un error y una distorsión que provocará el fracaso. Por tanto, no se puede permitir, hay que impedir su aparición, utilizando los medios que hagan falta, cueste lo que cueste y a costa de las vidas y de la naturaleza que sean (in)necesarias. Frente a ésta y otras actitudes prepotentes, destructivas y fomentadoras de nihilismos, *CRU* interpela y ofrece materiales de análisis, enjuiciamiento y resistencia.

David SÁNCHEZ RUBIO
Universidad de Sevilla

LALUEZA, Carles, *Razas, racismo y diversidad. La ciencia: un arma contra el racismo*, Bromera-Algar Editorial, Valencia, 2002, 173 pp.

Confieso que la lectura del libro del profesor Carles Lalueza, *Razas, racismo y diversidad. La ciencia, un arma contra el racismo*, «Premio Europeo de Divulgación Científica Estudi General 2001», instituido por la Universitat de Valencia y el Ayuntamiento de Alzira, no era una de las lecturas que tuviera entre mis preferencias, por dos motivos. El primero, por el excesivo número de libros que están en la lista que uno «tiene» que leer o quiere leer y no puede. La segunda razón, es la prevención, obviamente irracional de acercamiento a la Ciencia «más científica», aunque tenga el carácter de «divulgativa», que a veces tenemos algunos, no todos, los que estamos al otro lado de la Ciencia, «menos científica».

Romper este y otros prejuicios es uno de los motivos, también, de la recensión de este libro desde la Filosofía del Derecho. Con ello se trata de acercar la Ciencia «más dura» a las otras Ciencias («¿seguro que menos duras?»).

Trataré de responder una serie de cuestiones utilizando los argumentos del libro del prof. Lalueza: preguntas como ¿Para qué sirve un libro sobre el pensamiento científico racista, hoy? ¿Es útil? ¿Qué es el racismo y por qué persiste el recurso a la noción de raza? ¿Qué tesis defiende el libro? O, ¿qué más se le podría pedir al libro? Por último, ¿qué se puede hacer frente al racismo?

La respuesta a la primera pregunta que uno puede hacerse cuando termina de leer un libro para recomendar su lectura a otros amigos o a los estudiantes, es si te ha servido para aprender algo. Esta sería una primera aproximación al conocimiento, a la información que proporciona el libro. Este es el primer valor del libro de Lalueza. Con él se entra en contacto con mucha información sobre la Historia de la Ciencia racista, del racismo nazi, o del racismo de los test de inteligencia. Sin que atosiguen la cantidad de datos, autores y problemas que allí se plantean. Esto además incita a seguir otros caminos de lectura hacia autores y temas conexos.

Este es uno de los fines del premio de divulgación y de la colección, que el libro consigue ampliamente. Además, tiene la virtud de mostrar los asuntos y autores más conocidos, junto a otros que siéndolo menos tienen un papel importante en esta historia del racismo científico.

¿Cómo podríamos definir el libro? Este no es un libro sobre el racismo, sobre la ideología que lo fomenta, sino sobre el pensamiento racial, sobre la ciencia que sostiene las clasificaciones raciales, para demostrar que desde el punto de vista biológico, científico, las razas no existen.

Esto nos lleva a preguntarnos para qué sirve un libro sobre el pensamiento científico racista, hoy. ¿Es útil? En primer lugar, no sólo es útil sino que es necesario porque como se han cansado de repetir las instituciones internacionales, los pensadores... y como se recuerda en el libro, el mayor antídoto contra el racismo es la educación. En segundo lugar, porque muestra el pensamiento racista desde una perspectiva distinta, la científica, que a veces ha servido de apoyo a otras.

Pero, entrando en materia, ¿qué es el racismo? Como señala en el libro (pp. 9-10): «*El racismo se define como la creencia, no sólo de que la humanidad está dividida en grupos o razas definidas biológicamente, sino de que*

algunos de estos grupos son superiores a otros de modo innato. El racismo se hermana con otra doctrina llamada determinismo biológico que se basa en la creencia de que las desigualdades de nuestra sociedad (entre razas, entre sexos o sencillamente entre individuos de distintas clases sociales), no son una construcción social, sino que tienen una base biológica inalterable.»

El concepto de raza que utiliza se basa en la idea de que los seres humanos se pueden clasificar en categorías, basándose en rasgos físicos externos como la altura, el color del pelo, los ojos, la pigmentación... Esta idea que perdura hasta la actualidad presupone que los rasgos físicos externos tienen un significado trascendente, y por tanto, un papel muy importante en la historia evolutiva de nuestra especie.

Pero, ¿por qué persiste el recurso a la noción de raza? Esta evidencia científica: la raza como base biológica inalterable, nos lleva a la necesidad de exponer, explicar y criticar los elementos científicos que han asumido la idea de raza como elemento explicativo de las diferencias humanas y le han proporcionado una proyección social esencial, configurando las bases de una concepción del mundo. Pero una cosa es la ciencia racial, es decir, dedicarse a estudiar la humanidad y dividirla en razas. Que científicamente parece ser inútil y está mal planteado. Y otra, ser racista, que además consiste en creer que hay algunas razas superiores a otras. Y aunque son dos temas diferentes, se encuentran conectados.

El racismo, o los «racismos» son conceptualizaciones que han proporcionado/justificado la posición de dominio de sus sustentadores, incluso con importantes transformaciones, como la evolución semántica de la noción de raza, que explica Lalueza en los tres primeros capítulos: *Dos siglos de ciencia racial* (cap.1); *El establecimiento de la jerarquía racial* (cap. 2); y *Apogeo y decadencia de la craneometría* (cap. 3).

Aquí resulta interesante el debate entre monogenismo, esto es «*que existía un único origen para todas las razas*» y el poligenismo, los que creían que las razas tenían orígenes diferentes (p. 37) El poligenismo, como demuestra, «*tuvo un gran éxito científico en los Estados Unidos por el hecho de constituir una posible justificación al esclavismo africano*» y se aducía «*como prueba de la inferioridad de los africanos, que a lo largo de la historia, "siempre han sido sirvientes y esclavos"*» (p. 38).

Los rasgos utilizados por los racionólogos eran «*rasgos fenotípicos*»: «*El fenotipo es el conjunto de rasgos que configuran el aspecto externo de un organismo y que son el producto de la información genética (o genotipo) y de las modificaciones ambientales (que incluyen los relativos al entorno ambiental y también los del ambiente celular e intrauterino).*» (p. 47)¹ Como dice en el libro: «*Los rasgos físicos siempre causarán problemas si queremos interpretarlos a la luz de la historia, la evolución o la genealogía de los individuos y de las poblaciones, pues las interacciones entre genes y ambiente son tan complejas que con frecuencia no sabemos desligarlas. Por eso, si queremos conocer la historia de nuestra especie, lo mejor es recurrir a los rasgos genotípicos relacionados con el análisis directo de nuestro material*

¹ «La proteína representa la química, la vida, la respiración, el metabolismo y la conducta, lo que los biólogos llaman fenotipo. El ADN representa la información, la replicación, la procreación, el sexo, lo que los biólogos llaman genotipo.» M. RIDLEY, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*, Madrid, Santillana-Suma de Letras, 2001, p. 43.

genético.» (p. 47) Y esto es lo que nos propone en los dos últimos capítulos, el 7 y el 8.

Los dos ejemplos del racismo aplicado se encuentran en los capítulos 4 y 5: el que denomina *Una política de biología aplicada: Alemania 1933-1945* y el resurgimiento del racismo científico, con la utilización perversa de los test de inteligencia.

Como dice: «*El resurgimiento del racismo científico parece basarse en dos fenómenos sociales: por una parte, la concepción hereditaria de la inteligencia, por otra, la idiosincrasia de un grupo particular de científicos formados en la psicología evolutiva.*» (p. 102) Frente a esta perspectiva: «*La psicología moderna tiende a defender la existencia de al menos tres clases de habilidades en el concepto de inteligencia: la analítica, la creativa y la práctica, que pueden llegar a ser excluyentes entre sí.*» (p. 103) Además, la inteligencia cambia con la edad, de la misma forma que su heredabilidad: «*las influencias genéticas no se detienen en la concepción y las influencias ambientales no son inexorablemente acumulables. La heredabilidad no significa inmutabilidad.*»² El racismo biológico es actual, persiste, y no sólo en los discursos de políticos como Le Pen.

En el capítulo 5.º destacaría el análisis del libro *The Bell Curve: Intelligence and Class structure in American Life* (1994) de Herrnstein y Murray, que utiliza el test de inteligencia para establecer gradaciones sociales y sexuales; y la crítica de Lewontin: «*los test de inteligencia no son más que instrumentos diseñados para proporcionar un apoyo científico a los prejuicios previos de las instituciones educativas, señalando a los alumnos ya discriminados por el sistema. Si se siguen utilizando, dice Lewontin, es porque interesa encontrar justificaciones biológicas para legitimar las desigualdades sociales.*» (p. 104) Como diría Sádaba: «*la única manera verdaderamente moral de aproximarnos a cualquier ser humano es desde la perspectiva del respeto (Einstellung, fue la palabra que utilizó Kant). O lo que es lo mismo, sea la que sea la media de la humanidad en cuanto a sus capacidades cognitivas o volitivas, no hay más remedio que encararnos con los demás considerándolos como a uno mismo. Y uno, si se estima a sí mismo, no es que se considere un genio pero, no obstante, se contempla como un sujeto de derechos; y, por tanto, como alguien con habilidades, posibilidades de aprender y, en potencia, un perfecto ser humano.*»³

En el libro se defiende la tesis de que «*La diversidad biológica y cultural es una de las características fundamentales de nuestra especie. Sin embargo, la globalización no contribuye a conservar esa diversidad, antes al contrario, el efecto final del proceso de contacto entre poblaciones humanas ha supuesto una pérdida constante de diversidad biológica y cultural a consecuencia de la desaparición de numerosos grupos aborígenes.*» (p. 22) Podríamos decir que esto es un hecho. La cuestión es dónde se encuentran los límites de garantía de esa diversidad para el Derecho y la Política. ¿Tiene que protegerse todo lo que sea cultural y biológicamente diverso?

La diversidad y el pluralismo son valores que tienen que ser protegidos, y no tan solo de la extinción, también del conflicto, la dominación, el daño... La referencia a J.S. Mill (p. 23) pienso que es iluminadora: la falta de plura-

² M. RIDLEY, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*. cit., pág. 159 y ss.

³ J. SÁDABA, *La vida en nuestras manos. La eterna disyuntiva entre ciencia y ética*, Madrid, Ediciones B-Suma de Letras, 2001, p. 288.

lidad y diversidad favorece el control, y por tanto, la falta de libertad. Además Mill también decía que el pluralismo permitía conocer mejor la realidad y la búsqueda de la verdad desde diversas perspectivas.

Además, desde una perspectiva científica, lo *normal*, si se puede utilizar en este contexto la palabra, es la *diversidad*. Así por ejemplo: «El gen de los ojos azules no es una versión estropeada del gen de los ojos marrones, ni el gen del pelo rojo es una versión estropeada del gen del pelo castaño. Existen, según la jerga, diferentes alelos, versiones alternativas del mismo «párrafo» genético, todos igualmente adecuados, válidos y legítimos. Todos ellos son normales; no hay una única definición de normalidad⁴.

Entonces, ¿cómo entender la diversidad humana? Esto nos lo muestra en el capítulo 6, *La variación humana como reflejo de la adaptación ambiental*. Aquí aparece la noción de *clinas*, anglicismo que podríamos definir como a secuencia graduada de las diferencias: «A pesar de las limitaciones existentes para interpretar los rasgos fenotípicos, el estudio de las clinas morfológicas permite realizar una aproximación no racial al estudio de la variación humana.» (p. 110) Por ejemplo, «El rasgo más utilizado en las clasificaciones raciales ha sido la pigmentación, sin duda por tratarse de un rasgo que ha llamado poderosamente la atención desde la antigüedad.» (p. 112) «Aunque es difícil investigar la variación morfológica desde un punto de vista adaptativo, parece probado que existe una relación ambiental, básicamente climática, entre muchos de los rasgos morfológicos de la variación humana y el área geográfica que ocupan esos grupos humanos.» (p.126) «Lo que es evidente es que la variación morfológica no está restringida a poblaciones ni áreas geográficas concretas, sino que cruza los límites de los grupos raciales descritos tradicionalmente. Más aún, los rasgos morfológicos forman parte de patrones clinales que pueden ser diferentes entre sí, dependiendo del rasgo estudiado. Hemos de concluir, por tanto, que poder clasificar a la humanidad a partir de patrones de variación morfológica es una esperanza vana. Los rasgos morfológicos no sirven para caracterizar razas, sino clinas.» (p. 128).

En los dos últimos capítulos, el 7.º y el 8.º, *El alma genética de la humanidad* y *El proyecto de diversidad genética del Genoma Humano*, demuestra que, aunque cada individuo sea único, no hay genes particulares de una u otra población: «todos pertenecemos a la misma humanidad» (p. 164).

El cientificismo racial contrasta, a finales del siglo veinte, con el Proyecto Genoma Humano, esto es, el estudio de nuestra especie a nivel genético, de forma que hay una contradicción entre la importancia que se presuponía de los rasgos físicos externos y lo que los genes dicen de nosotros. Lo que los genes dicen es que somos una especie muy uniforme a nivel genético, y que no tiene sentido la suposición de la ciencia racial de que había una estructura evolutiva profunda dentro de nuestra especie. Como dice: «Considerando el bajo porcentaje de la variación genética total que se corresponde con diferencias entre grupos humanos, no tenemos, a priori, ninguna razón para pensar que puedan existir diferencias significativas entre las poblaciones para rasgos de importancia social como el comportamiento o la inteligencia.» (p. 164)

Utilizando la imagen del libro de Zadie Smith: todos tenemos los *dientes blancos* (Barcelona, Salamandra, 2001); la cita de Stringer en el libro: «Todos somos africanos bajo la piel» (p. 138).

⁴ M. RIDLEY, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*, cit., p. 144.

Aunque realmente el Genoma Humano, equilibrado y estable, no existe. El que se descifra en este momento, «en esta generación no es más que la instantánea de un documento que cambia constantemente. No hay una edición definitiva.» Una parte importante de la función de los genes es que no debe ser la misma en todo el mundo, ya que la variación es inherente al genoma humano. «El genoma trata de la tensión entre las características universales de la raza humana y los rasgos particulares de los individuos. El genoma es en cierto modo responsable tanto de lo que compartimos con otras personas como de lo que experimentamos en nosotros mismos de manera específica. (...) Todos tenemos genes que los acontecimientos externos activan y desactivan de esta manera. Pero, por otra parte, todos somos únicos»⁵.

Como hemos visto: «*El nuevo racismo científico es un racismo más sutil, que se apoya en la idea de que hay diferencias en genes que controlan habilidades fundamentales, como la inteligencia o el talento, que son en definitiva las que nos hacen humanos.*» (p. 106) Pero hasta aquí la descripción de lo que llamaríamos «racismo biológico», aunque ahora adopte formas sutiles. El racismo biológico, como se ha dicho, sostiene el vínculo entre patrimonio genético y ciertas características morales e intelectuales; que esa herencia genética es propia de algunos grupos, razas o etnias; y que algunas razas son superiores a otras⁶.

Al final triunfa la visión de que frente al racismo puede ser suficiente con la denuncia científica. Se encuentra aquí un cierto «optimismo científico», por señalar un punto crítico en el propósito del libro de Lalueza: destruir los fundamentos «científicos» del pensamiento racial. Pero esta pretensión científica no nos libra de la plaga del racismo: y la prueba está en que hoy vuelve bajo el discurso del *diferencialismo cultural*⁷, porque aquello que es lo peor del racismo es la ideología de justificación de la discriminación, de la subordinación, de la dominación de otros individuos y grupos sociales. Por eso, el *antídoto* no es suficiente. Es tan solo un instrumento del que se sirven los sistemas de dominación, y en ocasiones una «coartada» que esconde situaciones de subordinación económica, política,... y también ideológica.

El «racismo diferencial» es una estrategia para ocultar la pervivencia del viejo mensaje racista. Es el racismo «sin raza» que insiste en la afirmación de la incompatibilidad de los grupos o comunidades caracterizados como

⁵ M. RIDLEY, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*, cit., pp. 294 y 266-269. Por ejemplo, podemos determinar la función que tienen unos genes según dónde estén, en un lugar de un cromosoma determinado, pero no podemos predecir qué aplicación de la función van a realizar. Así, sabemos dónde están los genes de resistencia a la enfermedad, pero no a cual (malaria, colera...) ya que esto dependerá de lo que ocurrió en el pasado y lo que ocurrirá en el futuro.

⁶ Por ejemplo. C. LÉVI-STRAUSS, «Raza e Historia», en *Lecturas de antropología social y cultural: la cultura y las culturas*, comp. H.M. Velasco, Madrid, UNED, 2000.

⁷ Lo que sigue puede verse en Javier DE LUCAS, *Europa ¿convivir con la diferencia? (Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías)*, Madrid, Tecnos, 1992; «Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo», *Sistema*, 106, 1992, pp. 13-28; «Razismo e Xenofobia: le risposte del diritto», *Ragion Pratica*, 2-1994, pp. 96-123; «El racismo como coartada», en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Fundación ONCE-Escuela Libre Editorial, 1994; «El antirracismo fácil», *SOS RACISME*, número 4/1995, pp.17-19; «La xenofobia y la condición del extranjero ante el Derecho», en (J.Blázquez, ed), *10 palabras clave sobre racismo y xenofobia*, Pamplona, Verbo Divino, 1996, pp. 167-197; «El buen antirracista», *Claves de Razón Práctica*, número 76/1997, pp. 36-46; «Contra el racismo institucional», en VV.AA., *Neoliberalismo vs. democracia*, Madrid, ed. La Piqueta, 1998, pp. 328-353.

«diferentes» por razón de su etnia, raza, religión, cultura... en comparación a nuestra identidad. La identificación de la diferencia y su defensa es la clave para la discriminación característica del racismo. Se trata de un paso más en la retórica de la exclusión.

Por tanto, ¿qué más se le podría pedir al libro? El problema se encuentra en que el racismo es una excusa para perpetuar una estrategia de dominación. Pongo un ejemplo del libro. Lalueza nos cuenta como una incoherencia la actitud abolicionista del «Padre» de la Revolución americana, Thomas Jefferson, que tuvo descendencia con una de sus esclavas. Sin embargo, el «racismo» de Jefferson no va unido a justificaciones etnoculturales, como podría parecer de una primera lectura de sus posiciones, sino que, como otros autores, une la idea de ciudadanía a la de propiedad. O dicho de otra manera, justifica la subordinación económica, social y política en relación a la posesión o no de la propiedad. En un fragmento conocido de sus «Notas sobre Virginia» (1781) diría:

«Probablemente se preguntará por qué no retener a los negros e incorporarles al Estado, ahorrándonos suplir por importación de colonos blancos las vacantes que dejasen. Prejuicios profundamente arraigados entre los blancos, diez mil recuerdos de los negros en cuanto a ofensas sufridas, nuevas provocaciones, las verdaderas diferencias hechas por la naturaleza y otras muchas circunstancias nos dividirían en facciones y producirían convulsiones que probablemente no habrían de cesar hasta el exterminio de una u otra raza. A estas objeciones, que son políticas, podríamos añadir otras físicas y morales. La primera referencia que nos llama la atención es el color. Ya sea que el color oscuro del negro resida en la membrana reticular situada entre la dermis y la epidermis, o en la epidermis misma, o proceda del color de la sangre, el color de la bilis, o de cualquier otra secreción, la diferencia está adherida a la naturaleza y es tan real como si su fundamento y su causa nos fuesen mejor conocidos. ¿Carece de importancia esta diferencia? ¿Acaso no es el principio de una proporción mayor o menor de belleza en las dos razas? ¿No son las delicadas combinaciones de rojo y blanco, las expresiones de cualquier pasión por mayor o menor afluencia de color, preferibles a esa eterna monotonía que reina en los semblantes, ese inamovible velo de negrura que cubre las emociones de la otra raza? (...)

Además del color, la figura y el pelo hay otras distinciones que proporcionan una referencia de raza. Tienen menos pelo en el rostro y en el cuerpo. Segregan menos por los riñones y más por las glándulas de la piel, cosa que les da un olor muy fuerte y desagradable. (...) Parecen necesitar menos sueño. Tras un duro trabajo diurno, un negro será inducido por los más leves pasatiempos a quedar despierto hasta medianoche o después, aun sabiendo que deberá estar en pie a las primeras horas del alba. (...) Son más ardientes con sus mujeres, aunque el amor parece en ellos más un ávido deseo. Y que una mezcla tierna y delicada de sentimiento y sensación. Sus aflicciones son pasajeras. Los innumerables pesares que hacen dudoso si la vida nos fue otorgada por el cielo en virtud de misericordia o en virtud de ira, les duelen menos y se olvidan antes. En general, su existencia parece participar más de la sensación que de la reflexión. A esto debe atribuirse su disposición a dormir cuando están separados de sus diversiones y sin trabajo inmediato. Un animal cuyo cuerpo descansa y que no reflexiona debe sin duda hallarse dispuesto al sueño. Comparándolos por sus facultades de memoria, razón e imaginación, me parece que en memoria son iguales a los blancos, en razón

muy inferiores (creo difícil encontrar uno solo capaz de seguir y comprender las investigaciones de Euclides), y en imaginación romos, sin gusto y anómalos.» (T. JEFFERSON, «Notas sobre Virginia», *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 261-263).

Sin embargo, a pesar de estas reflexiones profundamente racistas de uno de los padres de la historia de los derechos humanos, hay que decir que Jefferson, como otros autores, como D'Holbach, montan la idea de la ciudadanía sobre las espaldas de la propiedad, como instrumento de subordinación, y no sobre determinaciones etnoculturales. La idea de ciudadano, y la exclusión de la ciudadanía, históricamente se apoya en las funciones y necesidades económicas⁸.

También resulta curioso como históricamente la pretensión de exclusión del extranjero, como no ciudadano, ha estado unida al entusiasmo por la eugenesia, por la purificación de la raza. Como se nos recuerda, la Ley de restricción de la inmigración aprobada por los Estados Unidos en 1924, fue una consecuencia directa de la campaña eugénica de purificación de la estirpe anglosajona frente a los emigrantes del sur y el este de Europa. De manera paralela los eugenistas presionaban para que los estados autorizaran la esterilización forzosa de los discapacitados mentales. Incluso se realizaron sesgadas pruebas de inteligencia a los inmigrantes y establecieron «cuotas estrictas para los europeos del sur y el este por la razón de que eran más estúpidos que los tipos nórdicos que habían dominado la población americana anterior a 1890. El propósito de la ley tenía poco que ver con la ciencia. Era más una expresión del prejuicio racial y del proteccionismo sindical, pero encontró la excusa en la pseudociencia de las pruebas de inteligencia.»⁹.

¿Qué se puede hacer frente al racismo? La propuesta del libro es un camino, una posibilidad, aunque insuficiente. La ciencia es una de las armas contra el racismo, pero son necesarias otras, complementarias. En el ámbito nacional e internacional, tanto Estados como otras instituciones, prohíben las prácticas racistas en todos los ámbitos. La discriminación racial se persigue en textos internacionales, constituciones, en el ámbito laboral, el penal... e incluso el compromiso de los jueces y tribunales toma esa misma senda¹⁰.

El argumento de la raza ha sido desarmado desde la Ciencia y la Razón, como se señala en el último capítulo del libro, a través del conocimiento del Genoma Humano. Así, por ejemplo, el artículo primero de la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, adoptada por la conferencia general de la UNESCO en 1997, proclama que «el genoma

⁸ Por ejemplo, J. M. BERMUDO «Ciudadanía e inmigración», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (32), 1 de agosto de 2001. <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-32.htm>

⁹ Sobre esto puede verse M. RIDLEY, *Genoma. La autobiografía de una especie en 23 capítulos*, cit., pp. 147-150 y 519-521

¹⁰ Aunque en ocasiones hay decisiones que puedan parecer dudosas. Por ejemplo, el caso Williams Lecraft, STC 13/2001, de 29 de enero de 2001 (RA 490/97), que es un supuesto de identificación de sospechosos en función de sus rasgos, como una prueba indiciaria. Desde la perspectiva jurídica se encuentra la consideración de esta conducta, por parte de la policía, como un supuesto de comportamiento discriminatorio por la condición racial. Entiendo que nos encontramos, más bien, ante lo que podrían considerarse como indicios de una conducta racista y la sospecha de la raza diferente como indicador de criminalidad. Estos argumentos no fueron tomados en cuenta por la mayoría del tribunal. Véase, por el contrario, la posición ejemplar del voto particular del Magistrado González Campos.

humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad.» Se podría decir, el racismo está oficialmente prohibido, la discriminación perseguida... no obstante, la diversidad de nuestras sociedades no se refleja en los ámbitos intelectuales, políticos, económicos... Nadie se proclama racista o xenófobo, pero los extranjeros realizan los trabajos que nadie quiere hacer, y tan solo los queremos para eso, para trabajar donde nosotros no queremos trabajar. El racismo ha sobrevivido y sobrevive a la refutación científica de la noción de raza e intenta legitimarse con el argumento de la desigualdad de las culturas: la diferenciación cultural.

Podemos tomar como ejemplo de esto la generalización de la violencia «racial» más o menos explícita: la argumentación xenófoba de los votantes de Le Pen en las elecciones francesas o el argumento del gobierno español que liga de forma acrítica y sin fundamento inmigración y delincuencia para justificar la «situación de inseguridad». Podríamos extendernos más con la referencia a la existencia de «depuraciones étnicas» y genocidios en muchos lugares del mundo. Desde Palestina, el pueblo kurdo, Tibet... O el silencioso e invisible «apartheid» social y urbano hacia los gitanos e inmigrantes. O «explícito», como se ha denunciado recientemente, por poner un ejemplo, con la segregación como instrumento pedagógico para los menores gitanos e inmigrantes más conflictivos de algunos colegios de Alicante por parte de la Conselleria d'Educació de la Generalitat Valenciana («El País», 19-5-2002).

El problema no es tanto un prejuicio, un sentimiento subjetivo, como denunciar un sistema productor de exclusiones y generador de discriminaciones basadas no sólo en la raza, la procedencia, ... también en el sexo, la edad... Por eso, el racismo no es sólo un problema de discriminación (de prejuicio y persecución por la raza) sino una manifestación del más viejo problema: ¿quién domina?

La solución es compleja y, al menos, triple, como el problema: la educación y formación en el pluralismo; la garantía de la igualdad en normas e instituciones (como *igualdad compleja*, teniendo en cuenta las diferencias); y la participación de los agentes sociales (ciudadanía, ONGs...) para denunciar el racismo como una práctica cotidiana.

Para terminar mencionaré la cita conocida y utilizada en el libro (p. 22), del discurso del judío Shylock en *El Mercader de Venecia* de W. Shakespeare: «Si nos pincháis, ¿no sangramos? Si nos hacéis cosquillas, ¿no reímos? Si nos envenenáis, ¿no morimos?» Como nos recordaba Kelsen, aunque cualquiera lo puede decir: hay verdades que no podemos cansarnos de repetir.

José GARCÍA AÑÓN
(Universitat de València)

PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Editorial Comares, Granada, 2000. Traducción y prólogo de José Calvo González, XXIV + 141 pp.

También la rutina del uso debilita los conceptos, los avasalla y consagra malentendidos, y perversiones. A conjurar tal riesgo se postula *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, el libro del profesor Gianluigi Palombella, de la Universidad de Parma: una valorización del sobre qué de la soberanía, como acertadamente el traductor, José Calvo González, de la Universidad de Málaga, señala en su atinado y esclarecedor prólogo. Una nota respecto a éste, y también acerca del clásico aserto italiano *traduttore, traditore*: en el presente caso, la traducción de Calvo, responsable igualmente de otra obra anterior del mismo autor (*Filosofía del Derecho Moderna y Contemporánea*, Tecnos, Madrid, 1999) viene definida por una notable complicidad que niega la traición, desde el mismo prólogo a las acertadas notas respecto a la elección de un concepto determinado para la traducción, a las aportaciones y las oportunas actualizaciones bibliográficas. Calvo, semejando la labor del traductor a la de un «lector privilegiado», se muestra así partidario de las reflexiones que sobre la traducción en el pasado siglo XX la han definido como un acto de creación autónomo respecto de la creación *originaria* del texto (ideas rastreables en Nabokov, Benjamin, Octavio Paz, incluso Steiner pese a que éste a veces parezca propenso a sostener cierta indiferenciación entre creación-traducción); texto y traducción, autor y traductor, acaban, tanto en el prólogo como a lo largo de la obra, dialogando, y en tal diálogo merecen señalarse dos aportaciones al mismo del traductor desde su prólogo: una, la sugerente idea respecto a en qué *sentimiento* se desenvuelven las relaciones entre soberanía popular, poder constituyente y Constitución, cuando habla de lo que denomina la nostalgia civil, la añoranza no simplemente melancólica de que la participación popular en la toma de decisiones no se vea reducida a optar entre constituciones, sino sentida como regreso a intervenir de manera permanente y presencial, decisiva y democráticamente legitimadora, en la redefinición constante de los valores y los derechos. Calvo acude, asimismo, a la idea de «especies de espacio» para sondear y desentrañar las relaciones entre soberanía popular y poder constituyente, y la Constitución, una relación *de sentido*, en la que la Constitución responde de definir el límite, el borde perimetral de soberanía popular y poder constituyente, y éstos de ir ensanchando aquella conforme a sus nuevas necesidades. Así, la anotación sobre el prólogo en sí mismo, que arriba dejé pendiente, debe ser ahora expresada con la feliz certidumbre de haberlo desarrollado, en efecto, como un consecuente ejercicio de «deriva reflexiva». Y regresando ya a la obra del profesor Palombella, *Constitución y soberanía*, sintetizar su pretensión y alcance principalmente en la necesaria revisión de tradicionales conceptos como soberanía, poder constituyente, democracia y Constitución. En el segundo de los capítulos del libro, *Poder constituyente, ¿fin de una categoría?*, el autor sostiene que, contra la tradicional tesis de que lleva en sí mismo el germen de su agotamiento, el poder constituyente no puede responder a ese planteamiento, pues ello nos situaría frente a la idea, casi intolerable, de una especie de absoluto *exfuturo* constitucional, de la imposible elaboración de nuevas Constituciones, negando además la moderna tendencia constitucional de construirlo sólo como mero poder de revisión. Ello

conduce al A., en el siguiente capítulo, a plantear el poder constituyente, definido sobre dos pilares, jurídico y político, como una suerte de autolegislación popular: la Constitución nace válida, jurídicamente, con la posterior aquiescencia popular de su vigencia. De especial interés, a nuestro juicio, resulta el capítulo quinto, *Generaciones*, cuando apunta al modo y fenómeno del surgimiento de los nuevos derechos –hoy, en epifanía cada vez más clara, los derechos culturales, señala el prologuista– que deban encontrar acomodo constitucional, encajando el mismo en la tesis de que los conceptos de democracia y constitucionalismo son conceptos transmisibles, heredables. Ello desde el mantenimiento de que democracia y constitucionalismo no son antinómicos, sino simbióticos el uno del otro. El fenómeno del nacimiento y consagración constitucional de nuevos derechos, cabe desprender y concluir, se hace necesario para evitar dejar sin contenido el concepto soberanía y las posibilidades autolegislativas de las generaciones posteriores. La soberanía está latente, el corazón jurídico y político de la soberanía popular no se ha parado. Ello nos devuelve a la aludida metáfora de Calvo de «especies de espacio», allí donde apunta cómo Constitución, soberanía y poder constituyente, irán concediéndose mutuamente nuevos espacios de crecimiento. Una idea que se antoja básica, repito, para lo concerniente a los nuevos derechos en embrión, al constitucionalismo naciente. Soberanía y poder constituyente como argumentos maestros reconstituyentes del sentido democrático de la Constitución. En los sucesivos capítulos Palombella se centra, desde el análisis de la situación italiana en la reforma de la Constitución de 1948, en las relaciones conflictivas entre soberanía y *derechos*, y en la fuerza normativa que los *principios* posean; de esa manera llega en desembocadura, durante el capítulo noveno, *Pluralismo y soberanía*, al examen de las tiranteces a que se ven sometidas soberanía y pluralismo de valores constitucionalmente protegidos. En el último capítulo, *Pueblo y pueblo constituyente*, el autor se aborda la cuestión –tantas veces espinosa en su enunciación– de las decisiones de los jueces y su enlace con la soberanía popular, la función conservadora y garante que en sus decisiones aquellos asumen de la elección constitucional, y de la democracia como *deliberative democracy*. No se ignora aquí lo que sin duda debe reconocerse a la contribución que para con «los derechos» existentes, y asimismo los tendencialmente emergentes, ha tenido y continúa teniendo la acción (y hasta activismo) judicial en general y, en particular, la virtual interpretación creativa de los Tribunales Constitucionales. Pero tampoco se desconoce el margen de riesgo, que Calvo explicita, derivado del abandono a una versión jurisdiccionalizada del Estado constitucional de Derecho. Palombella va a cerrar su estudio con la imagen de los Griegos portadores de ofrendas, asumiendo quizás con ello, con este libro, otra imagen clásica: la de los sirvientes a la espalda de los generales triunfadores, repitiendo a cada vitor del pueblo, un recuerda que eres mortal; Palombella nos recuerda cómo los conceptos de soberanía popular y constitución, y en general cualquiera otros conceptos, deben ser sometidos periódica, necesariamente, a cuidado y revisión. Una obra inteligente, sugestiva y refrescante, ágil, y de muy oportuna provocación intelectual tanto para el jurista como para el político.

Felipe NAVARRO MARTÍNEZ
Universidad de Málaga

QUEROL FERNÁNDEZ, Francisco, *La filosofía del derecho de K.Ch.F. Krause. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Colección del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, núm. 17, 2000, 492 pp.

La colección del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería ofrece con su volumen diecisiete otra aportación fundamental a los estudios de la filosofía y la obra de Krause; en este caso, de una de sus dimensiones más ricas e influyentes: la filosofía del derecho. La presente obra logra por primera vez, como señala Enrique M. Ureña en el prólogo, una visión conjunta y detallada de la filosofía jurídica krausiana a la vista de toda la obra, y en este sentido está llamada a ser un punto de referencia indiscutible. Este mérito principal no se queda en la detallada exposición del pensamiento krausiano, sino que a partir del análisis riguroso y crítico de los textos, se desvelan con nitidez los aspectos que llevaron al krausismo a un puesto merecido, entre otras cosas, dentro de la filosofía del derecho, por ejemplo por su avanzada concepción del Derecho penal o por la profundidad de la reflexión sobre la relación Derecho-Estado-Sociedad. La obra analiza otros elementos de gran actualidad que aporta Krause, como son los derechos de los animales y la cuestión ecológica, la igualdad hombre-mujer, los derechos de tercera y cuarta generación o la integración europea.

El pensamiento de Krause fue sin duda original y visionario en muchos sentidos, y esto se nos descubre en el presente estudio no como una serie inconexa de intuiciones, sino como los frutos consecuentes de una reflexión sobre la esencia, fundamento y funciones del derecho, dentro de un sistema filosófico, y pensando en una sociedad iluminada desde una visión universalista de la humanidad y una sensibilidad inusitada para concebir dentro de ella los matices más plurales dentro de sus grupos, sus acciones, su historia y su relación con el medio natural. Desde sus primeras obras, la filosofía del derecho se contó entre las preocupaciones y temas fundamentales de Krause, quizá por constituir una necesidad, un remate esencial de un pensamiento filosófico orientado desde su raíz al servicio a la humanidad y a la articulación práctica y posible de los ideales.

El libro toma como punto de partida la importancia de la filosofía del derecho krausiana, debida a la originalidad y actualidad de sus tesis y a la influencia posterior que tuvo en la misma escuela krausista, cultivada por importantes discípulos como el propio Leonhardi, Ahrens y Röder, y en España, por nombres tan relevantes para el krausismo como Giner de los Ríos, A. Posada o J. Costa. En los siguientes capítulos (del 2.º al 6.º y 8.º) se aborda la demarcación y fundamentación krausiana de la filosofía del Derecho y el original concepto de derecho que de ella se deriva. Krause opta decididamente por un fundamento no histórico y suprapositivo de lo jurídico, pues una renuncia positivista a la pretensión de universalidad de la ley supondría como tal la muerte de la ciencia jurídica. Esta opción por un derecho natural, que Francisco Querol caracteriza como un *iusnaturalismo comprometido* (cfr. p. 45), no descansa en un simple afán teórico, sino en la necesidad práctica y vital de recuperar, por la vía del conocimiento y la filosofía, el *ideal* del derecho como único método para evaluar la justicia y la legitimidad de una ley y para poder determinar hacia dónde debe evolucionar el derecho como tal. Krause sitúa la pregunta por la función del derecho en un punto de

gran actualidad. A saber: si el Derecho debe limitarse a propiciar una esfera de seguridad jurídica, dentro de una legalidad vigente, o si más allá de esto debe comprometerse con la realización de un ideal de la justicia. Krause opta claramente por esta segunda alternativa.

Desde estos presupuestos se entenderá la fundamentación de un principio asistencial del derecho, basado en la misma idea del Derecho y del sujeto jurídico, que considera una serie de obligaciones y acciones del Estado y del ordenamiento jurídico muy cercanos a lo que será el Estado social de Derecho. Todo ello sin mermar en ningún momento las libertades de los individuos, antes bien, el entendimiento del derecho como realización interna y externa de las condiciones de humanidad en todos los hombres, encuentra un suelo común lógico y consecuente, tanto para lo que hoy entendemos como intervención y asistencia, como para lo que denominaríamos derechos de la persona. Y es que el sujeto jurídico para Krause, basado en una amplia noción de la condición humana, posee una coherente amplitud, tanto individual, atendiendo a los derechos según edad, sexo, condición social, física, etc.; como grupal (derechos de la vida asociativa, derecho al trabajo, educación, expresión, etc., dentro de la comunidad). Estos aspectos quedan sistemáticamente ubicados en los capítulos 7.º y 9.º, constituyendo un completo panel temático de las aportaciones más específicas de la filosofía krausiana del derecho. Dentro de éstos, en el capítulo séptimo, se desarrolla la influyente concepción krausiana del Derecho penal, que reivindica el delincuente como sujeto de Derecho, y que otorga a la pena, de modo muy innovador para su época, funciones preventivas y terapéuticas, orientadas a la reinserción. La actualidad de estas tesis, hoy ya conocidas y asumidas por la teoría general de la pena, residiría, como sabe ver bien F. Querol, en que no se basan simplemente en una petición moral de principios, sino en una investigación e interpretación del delito como hecho social; en una «arqueología del delito», en expresión del autor (cfr. pp. 247 ss.)

El libro se cierra con un apéndice sobre el proyecto krausiano de una federación de Estados europeos, presentado por el filósofo en el congreso de Viena de 1814. El autor analiza acertadamente el contexto político de la época y ubica con coherencia este proyecto dentro de la filosofía krausiana del derecho y de su concepción del Estado. A este respecto encontramos en Krause un precursor decidido de un europeísmo pacífico, adverso a todo dominio de un Estado sobre otro y abierto a la universalidad de lo humano, verdadero territorio y horizonte del pensamiento práctico-jurídico krausiano.

A lo dicho habría que sumar un mérito especial del presente libro. El autor maneja con conocimiento experto numerosas fuentes actuales de derecho positivo, dando pertinente cuenta de numerosos informes de instituciones comunitarias y otras organizaciones internacionales (cfr. pp. 489 ss.). Todo este material le sirve al autor para demostrar fehacientemente la actualidad y el carácter precursor de muchas tesis krausianas; y colocar el pensamiento filosófico-jurídico de Krause en la primera línea de discusión y dilucidación de muchas cuestiones todavía inéditas y novedosas en el mundo del derecho. Entre otros ejemplos, podría citarse el caso de los derechos de los animales y la cuestión ecológica, en donde los planteamientos de Krause gozan de una profundidad de pensamiento ausente a veces en los debates actuales.

Ricardo PINILLA
Universidad Autónoma de Madrid

ROBLES, Gregorio, *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*, Civitas, Madrid, 2001, 132 pp.

¿Es la sociología una ciencia cuyo sentido último sea la sustitución del tradicional pensamiento político y jurídico por una disciplina «científica» al servicio del control de los grupos sociales? Tal vez sería conveniente que consideráramos en la aproximación científica a la realidad (o mejor, en la aproximación propia de la ciencia positivista nacida del racionalismo) la posibilidad de una presencia constante de una «pulsión dominadora» de aquélla, que da a la ciencia su sentido pleno. Ello no quiere decir, sin embargo, que la ciencia construida *para* dominar el mundo quede por ello mismo e *ipso facto* inhabilitada para proporcionar un conocimiento exacto del mismo. Precisamente eso, conocimiento *exacto*, es lo que nos suministra, y en la propia exactitud de nuestro conocimiento del mundo se hallaría la clave de nuestra capacidad para dominar éste.

En este sentido, tal vez pueda proponerse la idea de que la sociología nació, en pleno siglo XIX, para proporcionarnos un conocimiento *exacto* de nuestro entorno social, y convertirlo así, por fin, en verdaderamente controlable, gracias al mayor refinamiento que nuestro instrumento de control de la misma alcanza con la aportación de la ciencia positiva. Este paso de lo inaprensible a lo controlable en lo social dejaría entonces, en la práctica, fuera de juego a todos los cuerpos doctrinales nacidos con la misma finalidad, pero contruidos sobre una concepción no dominadora ni objetivista de la sociedad, sino sobre una concepción de la sociedad como *suma de individuos*, como un conjunto de *sujetos*, al cual nos dirigimos a través de técnicas comunicacionales, pero que no puede ser controlado del modo en que lo es el mundo natural. El *corpus* formado por la religión y el derecho, nacidos ambos de una concepción trascendental de la realidad en la que el hombre es sujeto de un diálogo en dos direcciones (la vertical, con Dios; la inferior, horizontal, con los demás hombres) estaría entonces llamado a desaparecer, *sustituido* por un nuevo *corpus*, de naturaleza científica, y en el que la concepción de la realidad subyacente es una en la que el sujeto cognoscente se relaciona científicamente con un conjunto de *objetos cognoscibles*, entre los cuales incluye la sociedad y el hombre mismo.

Estas reflexiones asaltan al comentarista al hilo de la lectura de *Crimen y Castigo-Ensayo sobre Durkheim*, trabajo en el que el profesor Robles hace un sintético y esclarecedor repaso de la sociología jurídica y, particularmente, de la sociología del Derecho penal de Émile Durkheim. El padre francés de la sociología es presentado a la vez como sociólogo, moralista y reformador social, interesado en el conocimiento científico de la sociedad como vía de salida de la crisis social global en que Francia incurre tras la guerra franco-prusiana. Fiel al positivismo científico, Durkheim pone el máximo empeño en diseñar una nueva ciencia presidida por un método objetivista, en el que los caracteres peculiares del objeto investigado –la sociedad– impongan al investigador los pasos que hay que dar, con independencia del enfoque que desde otras disciplinas se daría a los mismos problemas investigados por la sociología.

Pero la ciencia sociológica positiva –o positivista– de Durkheim ha de servir, como él mismo dice y Robles expone en su trabajo, para cambiar o dirigir la sociedad, o de lo contrario su cultivo carecería de sentido. Nos hallamos aquí ante una trascendental reflexión a propósito del sentido de la

ciencia, que Robles resalta acertadamente, porque nos pone sobre la pista del papel reservado a la ciencia sociológica: ésta ha de servir para *dirigir* y para *cambiar* la sociedad. Pero, ¿no es éste el papel que corresponde a la noble arte práctica de la política? ¿Y no es el Derecho, en buena medida, el resultado de la cristalización de políticas?

La cuestión que aquí se plantea, y que late en el trabajo del profesor Robles, al hilo de su exposición de la sociología del Derecho penal de Durkheim es, por tanto, si la sociología tiene un carácter instrumental, es decir, está al servicio de metas diseñadas de forma independiente y que le son impuestas al sociólogo como *perspectivas* necesarias para seleccionar el material empírico y el campo de trabajo, o si, por el contrario, es la sociología la que impone al investigador y al gobernante, al político y al burócrata, no sólo la perspectiva, el objeto de su atención, sino, además, la tabla de metas que hay que alcanzar. Esto último es lo que ocurre cuando el modelo de ciencia sociológica que se propone parte metodológicamente de un concepto empírico, imbuido de concepciones valorativas, de sociedad.

La posición instrumental de la ciencia sociológica, al servicio de fines apuntados al margen de ella, implica una peculiar concepción de las relaciones entre moral, política, ciencia jurídica y ciencia social, muy distinta de la que, como expone el profesor Robles, parece profesar Émile Durkheim. Para éste, la autonomía buscada para la sociología la convierte, a la postre, en una especie de cuerpo doctrinal que, so pretexto del estudio de los elementos externos de un grupo social que nos proporcionan claves para conocer los sentimientos morales prevalentes en la misma, alcanza conclusiones que parecen tener una pretensión de otro orden: concretamente, de orden moral. Así, por ejemplo, son especialmente interesantes los capítulos del trabajo que aquí reseñamos, dedicados a exponer las tesis de Durkheim sobre el delito como fenómeno social «normal» y, dentro de ciertos límites «positivo». La «normalidad» del delito, definida en términos de presencia generalizada en las sociedades de un tipo determinado, e índice, siempre que la misma no desequilibre la sociedad, de flexibilidad y, por tanto, de *salud* de la sociedad, sugiere una falta de discriminación entre valoración y descripción. Durkheim no puede evitar identificar equilibrio y salud, con las obvias connotaciones valorativas que ambos términos ofrecen. Se aprecia en el pensamiento de Durkheim, por tanto, esa característica peculiar que se ha observado y criticado en todo el funcionalismo en sociología, esto es, la incorporación de elementos valorativos en el concepto clave de esta ciencia: el concepto de «sociedad». Dichos elementos valorativos teñirán así, inevitablemente, e incluso sesgarán, la pretendida objetividad y el carácter puramente «descriptivo» de las leyes sociológicas.

Robles dedica el capítulo final de su trabajo a esbozar una crítica de la sociología jurídica durkheimiana, basada fundamentalmente en una acusación de *sociologismo*, esto es, de invasión conceptual de la ciencia jurídica y la teoría del derecho por la sociología: es decir, por una «apropiación indebida», perpetrada por la sociología, de conceptos que en su origen y por su propia naturaleza son conceptos jurídicos (así, v. gr., los conceptos de «delito», «sanción» y «pena», tal y como Durkheim los define). Defiende Robles la separación terminológica, como consecuencia que se sigue del paralelismo metodológico necesario para construir una sociología jurídica, verdaderamente autónoma en el plano epistemológico, pero a la vez instrumental y complementaria de una ciencia jurídica a la que no

se puede negar carácter científico, dentro siempre de un concepto de ciencia que supere las estrecheces y limitaciones que el positivismo decimonónico le impuso. Y ello en línea con la posición sin duda bien conocida del autor, acerca del estatuto epistemológico de la teoría del derecho, de la ciencia jurídica y de la sociología jurídica, desarrollada de forma consistente a lo largo de su obra.

Pero la discusión epistemológica, que está implícita en todo este libro, y explícita en el capítulo final del mismo, no debe hacernos olvidar que éste es, ante todo, una exposición de la sociología general, jurídica y del delito de Durkheim. Así, encontraremos en él una breve exposición de su biografía y de su sociología general, en los capítulos 1 a 4: el método sociológico, el concepto de «hecho social» y el papel general del derecho en la sociología de Durkheim centran aquí la atención del lector. Los capítulos 5 a 8 contienen una exposición de la sociología general del derecho de Durkheim: se presenta el concepto sociológico de Derecho del pensador francés y se destaca su gran utilidad, como elemento «exterior» y «visible» de la sociedad, para proceder a la averiguación de otros elementos «interiores», los «sentimientos morales»; se exponen las ideas de Durkheim sobre las relaciones entre tipos de solidaridad social (mecánica y orgánica) y de Derecho (represivo y restitutivo), partiendo de un concepto de norma jurídica importado directamente de la ciencia jurídica francesa, imbuida de legalismo, y en el que la sanción se torna criterio esencial de distinción; se diferencia entre sanciones positivas y negativas, y se sitúa dentro de esta última categoría la distinción entre derecho represivo y restitutivo.

En los capítulos 9 a 19 se contiene el cuerpo principal de este trabajo, que no es sino una exposición de la sociología del Derecho penal de Durkheim. Se presenta en los mismos el concepto durkheimiano de delito, entendido como atentado grave contra los «estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva», y que como tal es relativo a cada cuerpo social, y no universal; se exponen las ideas del autor francés sobre la «normalidad» y «carácter positivo» del delito entendido como fenómeno social, a las que ya hemos hecho referencia; se presenta la teoría durkheimiana sobre las funciones sociales del delito y de la pena, fundamentalmente de reforzamiento de los valores sociales, y con una curiosa inversión del punto de vista en lo que respecta al delito, puesto que para Durkheim tanto éste como la pena cumplen una función de reforzamiento de la cohesión social.

El profesor Robles dedica varios capítulos de su libro a la exposición de la dinámica social del Derecho penal en la obra de Durkheim: los efectos de la trivialización del castigo y de su carácter desproporcionado, la evolución del Derecho penal, paralela a la de las formas de solidaridad social, y la proliferación del delito en situaciones de anomia, vinculadas al cambio social, reciben la atención del profesor Robles en este trabajo.

Particularmente interesante resulta la exposición de las «dos leyes de la evolución penal» de Durkheim: la «ley de la variación cuantitativa» y de la variación cualitativa» de las penas, según las cuales éstas disminuyen en su crueldad conforme avanza la sociedad y desaparece el absolutismo político, y tienden a convertirse en penas exclusivamente privativas de libertad por períodos determinados. Aquí puede también apreciarse el inesquivable sesgo valorativo implicado en nociones tales como «sociedad avanzada», si bien es cierto que esta evolución se presenta en términos descriptivos como resultado de la división del trabajo social.

En fin, en este breve pero denso trabajo, el profesor Robles busca, y en buena medida logra, un esclarecedor acercamiento del lector a la crucial aportación a la sociología jurídica de una de las figuras clave del pensamiento sociológico, padre de la sociología y precursor directo del funcionalismo. Examinando el pensamiento de Durkheim a través de las páginas de este libro, es posible plantearse, además, cuestiones fundamentales acerca de las relaciones entre los distintos enfoques científicos que son posibles sobre el Derecho, como lo hace el autor. Ello convierte su trabajo en una nueva contribución al debate, de ningún modo conclusivo, sobre el lugar que ocupa la sociología del Derecho en el seno de las disciplinas jurídicas.

Félix Francisco SÁNCHEZ DÍAZ
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SOLANES CORELLA, Ángeles, *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*. Prólogo de Mario G. Losano, Dykinson, Madrid, 2001, 273 pp.

En el momento de escribir estas líneas (mayo 2002) el presidente del gobierno español acababa de dejar caer entre sus declaraciones (que seguramente es una forma de anunciar) una posible reforma de la vigente Ley de extranjería 8/2000 cuando hace prácticamente un año que entró en vigor. Como ya se sabe, la vigente Ley 8/2000 vino a reformar la Ley 4/2000 —que, a su vez, venía a derogar la Ley de 1985— antes de que pudiera desarrollar sus efectos. De ahí que aunque pueda saludarse positivamente la intención de reforma, el hecho de que prácticamente en sólo dos años podamos llegar a disfrutar (o a padecer) tres leyes distintas sobre la misma materia (sin contar con el posible pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que admitió diversos recursos de inconstitucionalidad a la Ley 8/2000 en mayo de 2001 cuya resolución aún se encuentran pendiente) pone de relieve el carácter errático e improvisado que han tomado las políticas de extranjería en nuestro país así, como el hecho de que en general, como dice muy acertadamente Ángeles Solanes en su libro, en lugar de hacer política *de* la inmigración se ha hecho (y se hace) política *con* la inmigración, llevando el fenómeno migratorio a un terreno del debate y la discusión política más bien electoralista en el que la imagen pública y el número de votos es lo que acaba por determinar las preocupaciones de los partidos. «Esta política de *clientelismo* —dice A. Solanes— no resulta beneficiosa para los inmigrantes, pues con ella acaba olvidándose que los extranjeros deben ser *sujetos* de derechos y no meros *objetos* de diversos tipos de intereses».

La similitud entre España e Italia es el punto de partida del interés de Solanes por la normativa italiana. En ambos casos se trata de países del Sur europeo, con muchos kilómetros de costa. Y rodeados en su mayor parte con altos índices de emigración. Y, en ambos casos, marcados por la fuerte presión de su situación geográfica y por las tendencias europeas, los dos países han endurecido en los últimos años los contingentes de entrada apuntando así a una política de inmigración centrada fundamentalmente en lo que la autora califica de «obsesión» por el control de fronteras, ya que el papel fundamental de la política italiana (como de la española) en el contexto europeo reside precisamente en el cierre de fronteras. Ese paralelismo en el punto de partida lleva a Ángeles Solanes a estudiar el caso italiano como un espejo en el que mirarse y en el que la legislación española podría verse en algunos casos, para bien y para mal, reflejada. Pero también en el que, como subraya expresamente Solanes, el legislador español puede aprender de las novedades introducidas por la política italiana (por ejemplo, en la regulación de la entrada en Italia para búsqueda de empleo, o en la definición de los parámetros de la reagrupación familiar, o en el establecimiento de un permiso por motivos de protección social, entre otros aspectos). Aclaremos, de todos modos, que no se trata de un estudio comparativo, sino de un análisis de la normativa italiana, aunque la referencia al caso español está presente a lo largo del texto (precisamente por la similitud entre los dos países). Y de un análisis que combina la descripción de la normativa italiana con la reflexión crítica sobre la misma a partir de los tres principios que inspiran la normativa italiana: el control de los flujos migratorios, la lucha contra la inmigración clandestina y la integración.

El libro está estructurado en su exposición de acuerdo con la propia lógica del itinerario migratorio (entrada, residencia y salida), y ciñéndose al esquema de la Ley 40/98 italiana, que se toma como punto de partida. La autora hace una exposición completa, didáctica y muy bien documentada de la normativa sobre extranjería de uno de los países europeos claves para entender el fenómeno de la inmigración en Europa. El resultado es un trabajo enormemente útil para los interesados por el fenómeno migratorio y las políticas públicas relacionadas con él. Pero no se trata simplemente de un análisis meramente dogmático de la legislación italiana. A mi modo de ver (o de leer) hay una intención fundamentalmente ética y política (o incluso sociológica) que recorre la escritura del libro y que apunta a descubrir no sólo los efectos de naturalización que operan las normas al hacer del extranjero algo casi biológico, o la falsa universalización que se produce al identificar el extranjero con el inmigrante económico, sino también el problema moral fundamental que subyace en la consideración del extranjero no como sujeto de derechos sino como objeto del derecho; un problema que adquiere su máxima expresión en el caso de los inmigrantes indocumentados, o irregulares, y cuya problemática como sujetos al margen del ordenamiento (o como «no sujetos de derechos», como se dice en el libro) ha sido también estudiada por Ángeles Solanes en otros trabajos.

En efecto, la cuestión nuclear a la que apunta el estudio de Solanes sobre la legislación italiana (y que sirve de espejo para otras legislaciones, como la española) es la que se refiere a la doble ciudadanía (o *infraciudadanía*, podríamos decir), que surge de la regulación de la inmigración y que, como dice la autora, «potencia la imagen del extranjero como *ciudadano de serie b*». No en vano, y como sabe la autora del libro, en el caso de los inmigrantes (extracomunitarios, claro, que es de lo que se habla aquí), confluyen las dos principales modalidades de la exclusión en las sociedades contemporáneas: la del mercado y la del Estado. Esa consideración del inmigrante extracomunitario como un ciudadano de segunda está presente tanto en la regulación de la entrada y la residencia en Italia como en el tratamiento de los derechos sociales y políticos de los inmigrantes y en algunos casos, como en el de los centros de internamiento (una figura que el legislador italiano ha copiado de legislaciones como la española), afecta a los derechos humanos más elementales.

De ahí que las propuestas de integración que hace la legislación italiana queden reducidas a pura retórica vacua en un marco normativo en el que lo que priman son las medidas segregacionistas: «¿Dónde están los principios universales (libertad, igualdad, etc.) —se pregunta Ángeles Solanes al estudiar el concepto de integración— en una norma que permite expulsiones sin apenas garantías?, ¿dónde queda esa dignidad de la persona en el caso, por ejemplo, de los extranjeros internados? Esta definición [de integración] no es más que una declaración de buenas intenciones, un *añadido* que no se corresponde sino que contradice muchos de los planteamientos legales». O una más de las contradicciones que Solanes descubre en el entramado jurídico del espejo italiano: por ejemplo, en lo relativo a las regularizaciones (paradigma de una política de remiendos que también serviría para caracterizar el caso español); en el recurso constante a la política de cuotas (que habiendo quedado demostrada su ineficacia, más que como una solución real parecen ser una respuesta a las presiones xenófobas); en materia de lucha contra la inmigración clandestina (articulándola sobre los propios inmigrantes más que sobre las redes de tráfico de personas, y contribuyendo a acentuar a tra-

vés de controles policiales la precariedad de los extranjeros); en la regulación de los procedimientos de expulsión (al favorecer de hecho el internamiento de los extranjeros que entraron regularmente en el país frente a quienes entraron clandestinamente), etc.

En realidad, como pone de relieve A. Solanes, el del espejo italiano es un modelo en el que las buenas intenciones no alteran lo que podríamos considerar los dos ejes que articulan la legislación sobre inmigración: el eje económico y el eje gubernativo. En primer lugar, porque, como dice la autora del libro, la finalidad básica a la que se supeditan todas las medidas de la legislación italiana es garantizar la productividad del inmigrante a través de una serie de medidas *a priori* y *a posteriori* que aseguren en todo momento su solvencia. La normativa italiana es un ejemplo más de «la perpetuación del más puro modelo alemán de *trabajadores huéspedes*, en todos los sentidos, incluyendo, por supuesto, la ausencia de un reconocimiento de derechos más allá de los que podrían considerarse estrictamente fundamentales». E incluso, como puede verse en el libro, a veces afectando también a éstos. El inmigrante queda reducido, como en el modelo del *gastarbeiter* alemán, a mera pieza de un ejército de reserva que deja de ser considerado fin (sujeto de derechos) y pasa a ser utilizado como un medio (u objeto) de la regulación económica y del empleo. Y, en segundo lugar, porque la legislación italiana responde también a una percepción del fenómeno migratorio como una cuestión de orden público, lo que contribuye a alimentar la relación entre inmigración y desviación social y a la criminalización del inmigrante cuando en realidad, como plantea Solanes, y alude también Mario G. Losano en el prólogo del libro, carece de fundamento la idea de que la inmigración es la causa principal del extraordinario aumento de la criminalidad; un debate que, por cierto, hace ya tiempo que los responsables públicos en materia de inmigración vienen promoviendo en España.

Es cierto que en el caso italiano, como en el español, la orientación de las políticas de inmigración está en gran medida condicionada por el contexto europeo. Pero también en este punto, matiza Solanes para el caso italiano, habría que distinguir lo que supone el contexto de lo que es mera excusa o *pretexto* europeo. Entre otras cosas porque, como dice la autora en las primeras páginas del libro, «no debe perderse de vista que la política europea en materia de inmigración no constituye un *a priori* inmodificable sino una realidad futura que debe surgir del concurso de todos los Estados miembros que con sus legislaciones han de marcar las líneas directrices que vayan más allá del mero control, atendiendo a la realidad para la que surgen».

Dice Mario Losano, en el prólogo del libro, que «frente a la inmigración extracomunitaria, los italianos reproducen los prejuicios y el miedo que otras naciones tuvieron en relación con los inmigrantes italianos». Lo mismo puede decirse, y se ha dicho, del caso español. Por eso, mirarse no sólo en el espejo de la inmigración (que nos devuelve la imagen de lo que somos como sociedad) sino en el de otras experiencias y otras políticas, como la italiana, puede ser un buen ejercicio para analizar, reflexionar y hacer propuestas de regulación, más allá de las etiquetas y los estereotipos con que se alimentan, en ocasiones las retóricas gubernamentales. El libro de Ángeles Solanes es, indudablemente, una buena oportunidad para ello.

Andrés GARCÍA INDA
Universidad de Zaragoza

VV.AA., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*; Christian COURTIS (compilador), Eudeba, Buenos Aires, 2001, 421 pp.

En un sentido amplio, criticar es cuestionar, poner en duda las representaciones sociales asentadas en la naturalización de lo contingente, detectar las mediaciones incritas en la trama de lo que se nos aparece como inmediato, pero también es, según su etimología griega y latina (κρίνω, κριτικός, *cernere*), discernir, observar, distinguir, disponer, en suma, de «otra mirada» capaz de aprehender la realidad de las cosas (o mejor, las cosas de la realidad, por ejemplo el derecho) de una forma menos complaciente y más fértil, menos edificante y más lúcida, menos esquemática y más compleja, menos armónica y más conflictiva. El primer acierto de este volumen, compilado con buen criterio por el profesor Christian Courtis y editado pulcramente por Eudeba es, pues, su título. El libro confirma, además, la consolidación de una tendencia presente en los estudios críticos (teóricos, sociológicos, dogmáticos y filosóficos) del derecho desde hace ya bastantes décadas: el refinamiento de esa «otra mirada» y el relativo abandono de la ya vieja actitud apriorística y despectiva que no veía en los ordenamientos jurídicos nada más que un «reflejo» superestructural del modo de producción capitalista. Las limitaciones a que abocaba tal actitud determinaron, en buena medida, la apertura de la Crítica jurídica hacia ámbitos tradicionalmente no estimados como relevantes para la conformación del discurso jurídico, una ampliación de la mirada que caminó en paralelo a los sucesivos «giros» habidos en el pensamiento del siglo veinte. Adicionalmente, y como si de una suerte de proceso análogo al de la ruptura de géneros literarios o artísticos se tratara, la Crítica jurídica extrajo todas las consecuencias de las dificultades que trae consigo la pretensión de blindar y aislar los análisis del fenómeno jurídico de toda contaminación «no científica», explicitando, gracias a un instrumental proveniente de muy diversas disciplinas, los múltiples factores (simbólicos, sociales, lingüísticos, psicológicos, políticos, narrativos, ideológicos y, obviamente, económicos) que intervienen en la imagen de la validez, la legitimidad y la eficacia de las normas.

Una fecunda ambivalencia permea de una forma u otra este agregado de estudios. Por una parte, resulta ya difícil discutir que el derecho (o el ordenamiento, o, si se quiere, el sistema jurídico) es una construcción social que legitima, perpetúa y reproduce relaciones de poder y de dominación entre sujetos que él mismo constituye y cuyo punto de cierre es, en última instancia, la violencia. Sin embargo, es igualmente cierto que, comenzando por los textos constitucionales, el derecho representa una promesa de felicidad, un instrumento de posible transformación social vehiculable a través del cabal cumplimiento de la promesa positivamente normada. La legalidad, en suma, es o puede ser un arma en poder de los sin poder, y el reconocimiento de este hecho, lejos de implicar una claudicación ante el *statu quo*, imprime un inusitado vigor al conjunto de discursos (constructivos, reconstructivos o deconstructivos) que problematizan la comprensión convencional de la teoría y la práctica jurídicas y tratan de explicitar propedéuticas para «otro derecho» posible.

El bloque central del libro está compuesto por un conjunto de artículos de temática varia realizados por autores argentinos. Más allá del interés intrínseco de los textos, esta primera sección tiene una notoria dimensión informativa, atendido que proporciona un conocimiento de primera mano de la teoría, filosofía y sociología jurídicas que practica en Argentina una fértil «segunda generación» de jóvenes críticos que sigue la estela dejada por Enrique Marí y otros «veteranos» (Entelman, Cárcova, Alicia Ruiz). Estos dos últimos aportan sendos estudios introductorios sobre los motivos recurrentes de la Crítica jurídica (la implicación del teórico en la construcción de su objeto; la recepción en el campo del derecho de la noción kuhniana de «cambio de paradigma» epistemológico; la necesidad de complejizar los análisis de las reglas de producción del discurso jurídico; la desocultación de las relaciones entre derecho y poder; la apertura del «universo propio» de la teoría jurídica a otras disciplinas para captar el «resto» de la interacción humana; el distanciamiento de los dos grandes modos de concebir el fenómeno jurídico –iusnaturalismo y positivismo–; el cuestionamiento de la *rational choice* en un contexto de crisis de las filosofías de la conciencia y la importancia conferida al fenómeno de la «ideología», entre otros). Cárcova menciona las múltiples influencias «externas» que han recepcionado las teorías críticas del derecho (del materialismo histórico a la genealogía postestructuralista de matriz nietzscheana, de la primera escuela de Frankfurt a la hermenéutica postheideggeriana, de la filosofía del lenguaje ordinario o de las «formas de vida» al textualismo deconstructivista de Derrida, de la teoría de sistemas al psicoanálisis) y ofrece un estructurado cuadro explicativo de las corrientes señeras de la crítica jurídica: en Europa continental, la *Critique du droit* francesa y el *Uso alternativo del diritto* italiano, más ceñidas al campo dogmático o a la práctica jurisdiccional y más apegadas al marxismo o a un liberal-izquierdismo crítico; en el ámbito anglosajón, los *Critical legal studies*, mucho más abiertos a las influencias teóricas arriba señaladas. Es de especial interés el relato de la configuración de una teoría crítica del derecho en latinoamérica, muy en particular en Argentina, un país que ha «exportado» iusfilósofos de orientación analítica y escuela positivista –autores, por lo demás, de primera línea– con mucha mayor intensidad de lo que lo ha hecho con los de otras procedencias teóricas. Y es igualmente interesante la nómina de autores con los que, al decir de Cárcova, la Crítica jurídica dialoga con mayor frecuencia, un listado que dice mucho de la recepción desprejuiciada e inclusiva de los diferentes posmodernismos en la academia argentina.

Enrique Marí y Claudio Martyniuk contribuyen al volumen con los dos artículos menos convencionales. Marí explora, a partir de las aportaciones de Pierre Legendre, los modos de articulación entre derecho y psicoanálisis en un bello texto que, por su tema, recuerda a aquel que Paul Veyne escribiera para el coloquio de Royaumont en 1985 («El individuo herido en el corazón por el poder público»). El añorado «padre» (ya que se habla de psicoanálisis) de la crítica argentina se pregunta por la proverbial desatención de los juristas hacia esa instancia constitutiva de la subjetividad humana, la parte de la psique no idéntica a la conciencia cuyo permanente sustraerse al control racional del sujeto Freud acertó a caracterizar con una frase memorable: «el yo no es amo y señor de su propia casa». Allí, en la «otra escena», en el inconsciente, se ponen en movimiento los nexos entre el poder (asentado en el temor y las leyes) y el amor, los resortes del impulso de sometimiento y del afán placentero de acatar al revestido de dominio. Marí muestra con eru-

dición que la literatura bajomedieval está atravesada de significativos ejemplos de «amor político», y rescata luego, con total pertinencia, un artículo, «Dios y Estado», que *el otro* Kelsen redactara bajo el influjo inequívoco de Freud a comienzos de los años veinte. El autor de la *Teoría pura* equipara allí la teoría del Estado a la doctrina de Dios, pues los polos de trascendencia (el Estado respecto al derecho y Dios respecto al mundo) responden a una misma estructura lógica y, tanto la actitud social como la religiosa, remiten a una misma experiencia psíquica fundamental, la relación paterno-filial. Experimentada como padre, toda autoridad es capaz de manipular, en beneficio propio, las emociones de aquellos a quienes anula la voluntad. Convertidos en niños, estos últimos quedan a expensas del anhelo de sumisión, un sentimiento ambiguo que en cualquier momento puede trocar en afán de someter a otros. El amor político alcanza cotas paroxísticas en la veneración de los cuerpos de los muertos, convertidos en soporte material de pasiones personales, políticas y sociales o en templos de expiación. Las liturgias y rituales tendentes a aplacar la furia del poderoso muerto o a aureolar su paso por el mundo son, como muestra Marí, una constante histórica desde el mundo grecolatino hasta nuestros días (no por azar, el más significativo ejemplo latinoamericano del que echa mano Marí es el del disparatado periplo del cadáver embalsamado de Eva Perón, una figura, lo escribo sin afán de bromear, que daría para varios volúmenes de psicoanálisis político de Argentina). La interpretación psicoanalítica aporta originales coordenadas para explicar la fascinación por el poder: es en los puntos de conexión entre las coacciones de la ley, que regulan el comportamiento transparente del hombre en la escena visible, y la constricción de la Ley del padre como límite del deseo absoluto en la escena invisible donde, a juicio de Marí, psicoanálisis y derecho pueden esclarecer conjuntamente el vínculo entre el poder y el amor.

Por su parte, Claudio Martyniuk se adentra en los terrenos de la hermenéutica, ese modo de concebir la razón jurídica que liga el conocimiento de la normatividad del derecho a la exégesis narrativista del texto legal, la historicidad, la pertenencia comunitaria y los acuerdos preinterpretativos que, en contraste con el método explicativo y la *Erklären*, determinan la reconducción de toda forma de conocimiento o experiencia a un caso particular de *comprensión* (*Verstehen*). Sirviéndose de un denso aparato bibliográfico en el que caben desde Hans Albert hasta Stanley Fish, Martyniuk desgrana los puntos clave del «giro interpretativo» y de la comprensión del derecho como «novela razonable», y elige como interlocutor a Dworkin, con quien comparte tesis conocidas como la indistinción descripción/prescripción, la inevitable dimensión moral que impregna las normas y las decisiones o la caracterización del descriptor del derecho como partícipe autorreflexivo, entre otras. Sin embargo, Martyniuk no parece compartir el «noble sueño» de la única solución correcta que postula el autor de *Los derechos en serio* (una suerte de *integración del ordenamiento por otros medios* paradójicamente homologable al formalismo paleomecanicista) y opta más bien por detenerse en los territorios de la indeterminación. De ello deja constancia en la última parte de su trabajo, en el que, partiendo de la retórica jurídica, explicita la «imposibilidad de leer» un texto de una vez por todas o, si se quiere, la problematicidad intrínseca a toda lectura de una norma.

Uno de los temas más debatidos por iusfilósofos y constitucionalistas es el de la justificación del control de constitucionalidad. Una vez supraordenados jerárquicamente determinados contenidos normativos –no sólo formales,

pace Kelsen— en el sistema de fuentes, el hecho de que un poder ajeno al parlamento tenga atribuido el control de la adecuación de la ley a las normas constitucionales es objeto de un debate que, como sostiene Paula Víturro, será tanto más refinado en la medida en que se reconozca que la interpretación de la constitución no puede reducirse a una mera cuestión de técnica jurídica y que lo que subyace a las diferentes opciones teóricas de la discusión es, en última instancia, una concepción de la democracia. Su artículo —complementario, según creo, al de Ferrajoli—, orientado a tematizar el carácter político del control de constitucionalidad, expone detalladamente, tras una brillante introducción, la histórica polémica entre Schmitt y Kelsen sobre la instancia que debía ser garante de la Constitución.

Roberto Gargarella dedica su contribución a analizar el itinerario intelectual de Jon Elster, el prolífico profesor de Chicago que en su día fundara con otros el denominado marxismo analítico y que ha dedicado parte de su obra reciente al análisis de procesos constituyentes. Gargarella define esa evolución como un «camino de descreimiento», una trayectoria caracterizada por el paulatino alejamiento del autor noruego de determinadas macroconstrucciones omnicomprendivas (de ahí su lectura crítica de Marx), pero también de algunas herramientas teóricas claramente insuficientes (de ahí sus críticas a la teoría de la elección racional). Elster se sirve de un individualismo metodológico heterodoxo que presta especial atención a los microfundamentos de la acción, a los déficit de racionalidad y a los flecos emotivos del comportamiento humano. Nociones como «precompromiso», «preferencias adaptativas y contra-adaptativas», «debilidad de la voluntad», «normas sociales» o «emociones» se han ido agregando al bagaje elsteriano a lo largo de un camino que, si bien es un camino de descreimiento, no lo es de pesimismo o escepticismo radical. Gargarella subraya que Elster únicamente pide modestia teórica, prudencia explicativa y humildad predictiva, unas demandas que no implican la cancelación del debate sobre la justicia.

Los modos de interacción de los nuevos movimientos sociales (*nms*) con el Estado y el derecho en la etapa de hipertrofia del mercado es el tema desarrollado en el trabajo de Diego Duquelsky. Duquelsky refiere los orígenes y las notas distintivas de los *nms* y explica con finura la ambigüedad que impregna su relación dialéctica con el poder. La dinámica común pasa por la articulación del conflicto por parte de los *nms* a través de diversos medios no convencionales. El Estado y el derecho responden con estrategias neutralizadoras orientadas a desarticular (o tecnificar jurídicamente) el conflicto social. A su vez, los *nms* pueden replicar con contra-estrategias de signo contrario para repolitizar la cuestión controvertida, para mantenerla viva o, simplemente, para ser reconocidos. Sin embargo, hoy se verifica una segunda dinámica complementaria, caracterizada por la alteración de los roles descritos. Por un lado, un Estado «laxo» puede entrar en el juego y negociar (obviamente, al modo estratégico), puede permitir lisa y llanamente la apropiación de funciones de gestión de determinado bien público promovida por los *nms* y puede, por último, integrar sistémicamente a los *nms*, colocándolos en el siguiente dilema: o asumir una cuota de poder renunciando a su independencia, o conservar su alteridad política al precio de no tener poder decisorio en las agencias públicas. Por su parte, los *nms* no se limitan a impugnar *in toto* el sistema, sino que «redescubren la legalidad» (en particular la legalidad constitucional y el derecho internacional de derechos humanos) y cobran conciencia de las potencialidades que tiene la lucha por acercar la normativi-

dad a la efectividad para satisfacer necesidades e intereses ligados a sus reivindicaciones.

Es inevitable hacer una lectura coyuntural de la contribución de Laura Pautassi. Su texto aporta muchas claves para comprender uno de los hilos rojos que condujeron al estallido de fines de 2001 en Argentina, mera punta de un iceberg que nadie pudo, supo o quiso detener a lo largo de diez años y que terminó trompicando contra un país entero. Iniciadas a fines de los ochenta, las «reformas estructurales» no han supuesto, según Pautassi, una transición o una adaptación del Estado del bienestar argentino (un modelo híbrido de corte corporativo), sino una verdadera mutación hacia un diseño residualista, una transformación tutelada por las agencias internacionales de asistencia crediticia e instrumentada por determinados sectores nacionales que, si en su día se beneficiaron del desarrollo de las instituciones bienestaristas, en la época del ajuste obtuvieron prebendas de su desmantelamiento. El orwelliano lenguaje intransitivo de la «estabilidad» y la «modernización del Estado» apenas logró encubrir la divergencia entre las reformas de las políticas sociales efectivamente puestas en marcha y los principios que, se aseguraba, las inspiraban. Estos principios derivaban de la amplia positivación de derechos sociales y de tratados internacionales que tuvo lugar tras la reforma constitucional de 1994, un proceso que, por sus específicas características, generó, ciertamente, poco entusiasmo popular. Como explica minuciosamente Pautassi, la traducción práctica del mensaje reformista en materia previsional, sanitaria y educativa estuvo informada por la desuniversalización y la «focalización» minimalista, pero fue sin duda el ámbito laboral donde la disciplina pro-mercado se dejó sentir con mayor intensidad. Una Corte Suprema dócil y una escasa participación ciudadana hicieron el resto. La «herida argentina» es, sin duda, compleja y pluridimensional. El texto de Pautassi explica convincentemente que los experimentos neoliberales de los noventa fueron una de sus causas.

La pregunta por el sujeto (ontológico, gnoseológico, ético) ha sido una constante de la filosofía moderna desde que, inmediatamente después de Kant, empezara a ser cuestionada su pretendida autotransparencia. Por su parte, la subjetividad jurídica moderno-clásica nace con una contradicción seminal: por un lado, la poderosa construcción iluminista prometió trocar el destino del *status* en la carrera de talentos del contrato, el honor medieval en dignidad igualitaria y la sujeción en igualdad formal; por otro, el molde del sujeto llamado a protagonizar la gesta operó como un mecanismo generador de repetidas exclusiones que ni siquiera el transcurso de dos siglos ha podido reparar. Sebastián E. Tedeschi relata, en un trabajo espléndido, los avatares y las quiebras de la subjetividad jurídica moderna, ubicando el análisis en el terreno del derecho privado. Para ello describe genealógicamente los impulsos e ideologías que coadyuvaron a consolidar la codificación, un movimiento sustentado en el afán de diseñar un traje legal para la clase triunfante de las revoluciones burguesas caracterizado por la armónica ausencia de lagunas y antinomias en el sistema, la simplicidad, claridad, escasez, concisión, generalidad, abstracción y brevedad de las leyes, la previsibilidad y la confiabilidad del marco en que los individuos habían de perseguir sus fines privados, un marco protegido por un derecho público puramente limitador o «negativo». La representación del sujeto del derecho moderno ha sido el individuo libre, racional, autónomo, dotado de conciencia y voluntad y dueño de sus decisiones, una figura alegórica insostenible que, sin embargo, triunfa

cada veinte segundos en los anuncios televisivos. Tedeschi se ocupa, en la segunda mitad de su trabajo, de explicar las diferentes transformaciones de los ordenamientos que han puesto en crisis el modelo clásico liberal, unos cambios debidos al impacto que sobre el derecho civil han generado algunos procesos como la expansión del derecho público característica del desarrollo de los estados del bienestar y lo que podría llamarse el «constitucionalismo de derecho privado». Lejos de suscribir diagnósticos apresurados que sancionan «la era de la descodificación», el autor propone una nueva agenda para el derecho privado que profundice en la dimensión ciudadana del derecho civil y otorgue visibilidad a todos sus sujetos.

El primer bloque del libro se cierra con un trabajo conjunto de Alberto Bovino y Christian Courtis dedicado, en su primer tramo, a reconstruir el estatuto de la dogmática jurídica a partir de una crítica de determinadas posiciones sostenidas desde la filosofía del derecho en torno a sus presupuestos y sus funciones. Para Bovino y Courtis, cuando se habla de adhesión «dogmática» de los dogmáticos al derecho, habría que precisar, por una parte, de qué derecho se habla, siendo así que la determinación del contenido real del derecho positivo enfrenta múltiples puntos no pacíficos que convierten a esa determinación en un *prius* en el que el jurista doctrinal ya ha de tomar partido, y, por otra, de qué tipo de adhesión se habla, ya que no se puede ignorar el alcance real de determinadas funciones que singularizan la tarea de los dogmáticos. A pesar de que los problemas de determinación señalados tornan difusa la frontera entre las funciones descriptiva y creadora de la dogmática, los autores distinguen a) una función pedagógico-expositiva (ordenadora y sistematizadora del contenido de los diferentes sectores del ordenamiento), b) una función de suministro de criterios para interpretar el derecho positivo, no desprovista de contenido prescriptivo (*de lege lata*, pero, igualmente, de elaboración de una política *de sententia ferenda*), y c) una función crítico-prescriptiva (*de lege ferenda*) resuelta en la crítica del derecho vigente, pero también de decisiones jurisprudenciales, y en la propuesta de reemplazo de la norma o de la modificación de la decisión. Los autores discuten algunas ideas como la supuesta necesidad de que el dogmático oculte sus presupuestos epistemológicos, filosóficos o ético-políticos para que su actividad pueda ser calificada como dogmática, o que las soluciones sugeridas con el fin de salvar las impurezas de los ordenamientos hayan de descansar en la hipótesis del legislador racional. Si se aceptan determinadas notas distintivas de la actividad doctrinal (su carácter de guía para la toma de decisiones y para generar cambios en el derecho, su fuerte dependencia de contextos pragmáticos no estáticos, su naturaleza esencialmente polémica y la inevitable presencia de contenidos valorativos aunque no necesariamente extranormativos en toda discusión), se comprenderá que el *desideratum* formulado por Bovino y Courtis sea el de un jurista consciente de que la tarea de la dogmática consiste en «completar coherentemente la solución de casos problemáticos a partir de cierta reconstrucción ideológico-política del orden jurídico-positivo». Una dogmática «conscientemente política» estará en mejor situación para reformular y/o estructurar el orden deseado o el «proyecto utópico» que, como afirman los autores, está contenido en los textos legales.

Pero esto no basta. Es preciso, además, que el dogmático tenga presente la especificidad y la lógica particular de la práctica judicial a fin de no engañarse sobre el «rendimiento» y la influencia de sus soluciones en esa sede,

dado que no existe uniformidad semántica entre el discurso teórico y la sentencia como producto del proceso. Este último es, precisamente, el ámbito de «lucha» donde se pone en evidencia la tensión entre la teoría y la práctica y, sobre todo, donde aparecen explícita e implícitamente las circunstancias extranormativas que influyen en la adopción de las decisiones judiciales. Para realizar el orden deseado (o el «programa utópico») es insuficiente (e incluso fútil) limitar el trabajo dogmático a los textos legales o a su reformulación, sin ampliar el objeto de estudio a otros elementos que determinan las condiciones de producción del discurso jurídico. Reconocer y tener presentes esos condicionamientos externos para tratar de disminuir su influencia exige, para Bovino y Courtis, la necesaria apertura de la dogmática a una orientación sociológica en todas las ramas del ordenamiento. En la medida en que así lo haga, la doctrina podrá esperar una mayor influencia de su actividad en la práctica judicial y, al mismo tiempo, cumplirá con la tarea de mostrar en toda su extensión los criterios que efectivamente informan la aplicación del derecho.

* * *

El segundo bloque del libro reúne varios trabajos de algunas cabezas visibles del movimiento *Critical legal studies*. A modo de transición, el compilador ha tenido el acierto de incluir artículos de dos reputados sociólogos críticos del derecho en lengua portuguesa de ambas orillas del Atlántico (José Eduardo Faria y Boaventura de Sousa Santos), además de un trabajo de Luigi Ferrajoli, uno de los más interesantes teóricos del derecho de la siempre pujante cultura iusfilosófica italiana.

Faria propone una reevaluación del papel de la magistratura brasileña en un contexto de consolidación de una cuestión político-social caracterizada por la emergencia de nuevos movimientos de contestación y actores sociales sin tradición previa que plantean demandas de dimensión grupal y colectiva para tutelar intereses difusos no reconducibles a los parámetros contenciosos de corte individualista. En un largo texto que repasa los puntos clave para construir una jurisdicción sensible a tales reclamos, Faria presenta dos grandes modelos de praxis judicial y de comprensión del derecho: el de «tecnología de control social» y el «crítico-alternativo», abundando en un aspecto trascendental como es el de la formación (académica y práctica) de los jueces. Por su parte, Boaventura de Sousa Santos acredita, una vez más, su probada habilidad como diagnosticador epocal de la cultura jurídico-política y su pericia para conceptualizar las megatendencias verificables en esta fase de transición que, *à tort ou à raison*, ha dado en llamarse posmoderna.

Luigi Ferrajoli contribuye al volumen con un texto que sintetiza sus conocidas ideas sobre la divergencia existente entre la democracia constitucional (disciplinada por vínculos y límites sustanciales) y lo que denomina democracia plebiscitaria. Como se sabe, el autor de *Diritto e ragione* ha redefinido y perfeccionado críticamente el normativismo kelseniano partiendo de la alteración interna del paradigma positivista clásico, una mutación derivada de la positivación jerárquicamente supraordenada a la ley ordinaria de los derechos fundamentales (liberales y sociales) en las constituciones rígidas. Ferrajoli no utiliza la expresión «cambio de paradigma» en el sentido que en su día T. S. Kuhn diera a esta expresión. No hay, para él, cambio de paradigma *de o en la teoría*, sino cambio de paradigma *del derecho*, es decir, de la

estructura de los ordenamientos y, correlativamente, de la condición de validez de las leyes, del papel de la jurisdicción, de la función de la ciencia jurídica, de la naturaleza de la democracia y de la relación entre política y derecho. En su texto explicita estos cambios y aboga por una expansión del constitucionalismo garantista al ámbito internacional.

No sin ironía, Robert W. Gordon denomina «nuestra caprichosa herejía» a *Critical Legal Studies* (CLS), un conspicuo agregado de prácticas, discursos específicos y métodos alternativos de crítica de la teoría y la práctica del derecho dominantes en los Estados Unidos que, a falta de mejor denominación, han quedado agrupadas bajo el rubro «movimiento». Como se sabe, se trata de una corriente de la que, exceptuando algunos estudios específicos (por ejemplo, el completo e informativo libro de J. A. Pérez Lledó), en España sólo hemos conocido de un modo disperso, tangencial y fragmentario. No es equivocado calificar los CLS como un movimiento crítico «local» para cuya comprensión es preciso conocer, siquiera de un modo aproximado, la tradición cultural, política y jurídica norteamericana. Aunque es cierto que el juez del sistema de *common law* está más vinculado de lo que parece y que el juez continental es más creador de lo que se dice, aunque el derecho escrito o legislado forma ya parte de los sistemas anglosajones y el derecho «judicial» gana terreno en los sistemas de derecho codificado, aunque, en fin, normativismo y empirismo no puedan distribuirse en un mapamundi rígido, todavía subsiste la gran división de la cultura jurídica occidental en dos grandes tradiciones, de modo que se debe partir de esa diferencia para comprender qué hace CLS, pero sobre todo contra qué dirige sus críticas.

El filón teórico-jurídico que nutrió a la corriente desde su emergencia fue el «redescubrimiento» de los clásicos del realismo jurídico norteamericano, mientras que las influencias europeas (desde Gramsci y Lukács hasta los posmodernismos, pasando por el neomarxismo y la primera teoría crítica), aun siendo trascendentales para comprender el trabajo de CLS, son relativamente extrañas al campo del derecho.

Acaso el conocido lema «el derecho es política» (derivado de «todo es política»), así como la ubicua presencia de la tesis de la indeterminación (no ya de las reglas, sino *también* de los principios o estándares) como «herramienta de trabajo» sean dos de las notas definitorias de un movimiento «sin doctrina» que emergió a fines de los sesenta y principios de los setenta. Al proyecto originario, que, tras una modesta pero impactante expansión, quedó algo deconstruido después de la «batalla de Harvard» de 1986, se fueron agregando otras orientaciones y enfoques (*Postcolonial studies*, *Critical race theory*, *Feminist jurisprudence*, etc.) que interseccionaron con sus preocupaciones. Una vez más, el compilador ha atinado en la selección de los cinco textos que cierran el volumen, cuyas logradas traducciones captan perfectamente los rasgos peculiares que caracterizan la literatura de los *Crits*. Aunque los trabajos no son recientes, ofrecen una cumplida panorámica introductoria de las intenciones y los temas del «movimiento», así como de su heterogeneidad interna.

En el primer trabajo, Frances Olsen traza un mapa de las corrientes del feminismo jurídico. A partir de algunos dualismos (razón/emoción, poder/sensibilidad, pensamiento/sentimiento, etc.) que, según Olsen, han estructurado el pensamiento común y de las características que definen esos dualismos (sexualización, jerarquización, creación masculina del derecho), la autora identifica tres grandes corrientes feministas, singularizables por su

rechazo de la sexualización, de la jerarquización o de ambas cosas al tiempo. A su juicio, el feminismo igualitario (liberal, pero también izquierdista y marxista) rechaza la sexualización, pero acepta la jerarquía: las mujeres, simplemente, deben ganar el polo tradicionalmente considerado masculino de los dualismos. Por su parte, el llamado feminismo de la diferencia rechaza la jerarquía, pero acepta la sexualización: las mujeres deben preservar su diferencia, pero la jerarquía debe virar hacia el polo de los dualismos considerado femenino. Finalmente, las *fem crits* (donde se ubica Olsen) rechazan tanto la sexualización como la jerarquía, abogando por el cuestionamiento de los dualismos y por una estrategia «andrógina» de crítica jurídica que persiga la alteración de los roles tradicionales.

La lectura de los dos artículos de Robert W. Gordon contribuirá, quizás, a disipar la imagen un tanto estereotipada que de CLS se ha transmitido alguna vez en Europa. De nuevo, el impulso genérico no es otro que el de controvertir lo normalmente indiscutido. La ideología (o, si queremos, las ideas hegemónicas, el sistema de creencias, el *habitus* o los «aspectos blandos» o superestructurales) ha reificado o, según la metáfora preferida por Gordon, ha «congelado» el sistema legal, confiriéndole la apariencia de neutralidad, de bondad y, sobre todo, de inevitabilidad. Los discursos comunes sobre el derecho son discursos de poder sostenidos por un aparato tecnocrático de legitimación. Esos discursos estructuran nuestra percepción de la realidad hasta el punto de reprimir visiones alternativas de la vida social. El trabajo de CLS consiste, para Gordon, en «descongelar» la realidad legal, prestando especial atención a los presupuestos metajurídicos que la doctrina y los tribunales asumen de modo implícito al teorizar o decidir. Las formas de llevar a cabo el trabajo son múltiples: utilizando las armas que proporciona el sistema contra el propio sistema, redescubriendo y reinterpretando la teoría y la práctica jurídicas con el fin de quebrar la fuerza de los sistemas de significados que dominan la realidad jurídica, esclareciendo el carácter histórico, contingente y, por tanto, revocable de determinadas prácticas de razonamiento jurídico, etc. «Uno de los objetivos de los métodos de los CLS —escribe Gordon— es tratar de rescatar y dar contenido a las visiones alternativas reprimidas».

El autor ofrece un ejemplo de aplicación de esos métodos de interpretación a un caso real de acción para obtener la rescisión de un contrato fundada en fraude. La relectura de la sentencia de segunda instancia que lleva a cabo Gordon persigue mostrar que la tutela del interés del estafado vehiculada como «excepción» al régimen de funcionamiento «normal» del derecho de contratos no hace sino reafirmar y reforzar la representación *laissez-fairista* y decimonónica del mercado como mecanismo natural de asignación. Y muestra (con bastante gracia) hasta qué punto algunos de los pilares sobre los que se asientan las transacciones privadas (v. gr. la idea del «consumidor racional») son puros fetiches ideológicos carentes de base empírica. A partir de un caso concreto y de un contexto particular, la finalidad de Gordon es suscitar en su audiencia la idea de que el derecho contractual puede ser como es (reglas formales que especifican estrictamente las obligaciones), pero que también puede ser de otra manera (régimen informal de estándares con deberes indeterminados basados en la confianza). Lo que interesa es que estos dos modelos corresponden a sendas maneras de concebir la sociedad y sus sujetos: el primero, individualista y neo-hobbesiano, se parece bastante a las sociedades actuales; el segundo, «altruista», corresponde al que desearía Gordon.

Leyendo el artículo de Gordon se comprende el significado que CLS ha atribuido a la llamada tesis de la indeterminación. Como se sabe, los realistas ya subrayaron el carácter impreciso de las reglas (derivadas de los precedentes) y, sobre todo, el inevitable conflicto entre las reglas aplicables a un caso judicial. La existencia de soluciones divergentes desplaza la decisión judicial al terreno de los principios y objetivos políticos subyacentes a tales reglas, de suerte que: a) el conocimiento del derecho depende sólo del análisis empírico de la praxis judicial y b) esa praxis está siempre condicionada por la política. CLS radicaliza, por así decir, esta tesis. Igual que los realistas, afirman la inexistencia de reglas preconstituidas, pero además, niegan que existan principios de *policy* o estándares preconstituidos. No existiría un sistema más o menos coherente de principios o estándares que proporcione pautas o esquemas justificatorios regulares de decisión. Tales pautas son convenciones generadas por la cultura jurídica a partir de determinada visión de los principios que informan el sistema de reglas, pero (y esto es lo que trata de mostrar Gordon con algunos principios del derecho contractual) sobre ese mismo derecho pueden generarse convenciones distintas, inspiradas por principios opuestos, pero que estarían igualmente justificadas jurídicamente. ¿Cuál es, en resumen, la tesis? Que la práctica jurídica puede jugar un papel interesante para forjar cambios políticos y sociales.

Uno de los rasgos distintivos de CLS ha sido su constante reflexión sobre los diferentes aspectos de la formación que reciben los estudiantes (diseño de los programas, metodología didáctica, organización docente, modos de evaluación, orientación preprofesional, etc.). Duncan Kennedy, uno de los autores más conocidos de CLS, traza un cuadro diagnóstico bastante sombrío de la educación legal transmitida en las facultades de derecho norteamericanas. Que esa preparación esté, a su juicio, plagada de mensajes absurdos y carentes de sentido sobre la profesión del jurista en general (y del abogado en particular) no es casual. Responde, según Kennedy, a la necesidad de presentar como natural, eficiente y justo el hecho de que los abogados presten sus servicios a una sociedad regida por los patrones de la jerarquía y la dominación. Para Kennedy, los elementos alrededor de los cuales se estructura la licenciatura en leyes (el programa del primer año, básicamente nucleado en los sectores del derecho y las normas que constituyen la base del capitalismo americano, la preeminencia, también en el primer año, del «método socrático», una técnica pseudoparticipativa e intimidatoria, la selección de los materiales de los *casebooks*, el reiterado mensaje de la separación derecho/política sustentado en la cientificidad del razonamiento jurídico en los «casos fáciles», la promoción de un ambiente competitivo por medio de una evaluación basada en el *ranking*, el tipo prevalente de profesorado, las relaciones entre el personal universitario, el sistema de recluta de los despachos jurídicos, etc.), así como los diferentes modos de inhabilitar a los estudiantes para el desarrollo futuro de prácticas jurídicas alternativas (v. gr., la abogacía de interés público) consolidan un sistema académico que, simplemente, entrena a los estudiantes para la obediencia y la dominación: «[...] la educación jurídica es una de las causas de la jerarquía jurídica. La educación jurídica sostiene la jerarquía por analogía, le aporta una ideología que la legitima justificando las normas que subyacen a ella, y le ofrece una ideología particular que mistifica el razonamiento jurídico». Todo esto es, sin duda, bastante cierto. Salvadas todas las distancias, es un diagnóstico allegable también a nuestras facultades. Es obvio que no se puede reclamar a priori que los profesores

de las distintas materias adhieran a determinada opción metodológica. Es el caso, sin embargo, que la enseñanza del derecho está cada vez más condicionada por un poderoso sistema de ideas (explícitas en los informes de expertos, planes de renovación y calidad, etc., e implícitas en el desenvolvimiento rutinario de la docencia) que cercena, o al menos limita, el estudio de aspectos trascendentales de la producción y, sobre todo, la aplicación del derecho en cualquiera de sus sectores.

El último texto del libro es una interesante entrevista realizada al propio Kennedy en la que éste habla sobre los orígenes, el desarrollo, los objetivos, los debates, los enemigos y las «persecuciones» de que ha sido objeto CLS. La mayoría de las respuestas de Kennedy (en especial, las que atañen a la justicia social) son sorprendentemente sensatas. Quizá para comprender cabalmente la naturaleza polémica (y aun muy polémica) de CLS sea preciso alejarse de los fértiles debates teóricos y metateóricos que han generado y ubicarse en el plano de las implicaciones sociológicas y culturales de la presencia de un movimiento de esta naturaleza en la academia norteamericana. En todo caso, una mirada europea (más saludablemente alejandrina y, si se quiere, más senil) debe tender, me parece, a ser más indulgente con los elementos ornamentales que conforman el *atrezzo* de combate de CLS (el estilo irreverente, las afirmaciones sumarias, la insistencia en el *élan* destructor o demolidor del movimiento, la propensión a descubrir mediterráneos, la recepción deslumbrada de determinados *dernier cri* filosóficos provenientes de Europa, etc.) y valorar en su justa medida tanto los brillantes análisis de las instituciones del derecho norteamericano como las conclusiones y los resultados de sus investigaciones.

Ni el escepticismo conduce sin más a la apología del más desnudo decisionismo, ni el afán problematizador (o deconstructor) puede identificarse con el nihilismo político. En mi opinión, CLS es una corriente bastante más «constructiva» de lo que sus miembros afirman (e incluso de lo que creen).

* * *

Desde otra mirada es un volumen imprescindible para el lector en castellano interesado en los desarrollos recientes de la crítica jurídica. Es cierto que se pueden discutir algunos aspectos generales del libro. Por ejemplo, la tendencia, presente en algunos de los textos, a identificar (de forma tal vez «reductiva») la Crítica jurídica con una determinada elección epistemológica. Como sea, todos los trabajos reunidos muestran con solvencia que el espíritu crítico es un elemento indispensable a la hora de abordar las múltiples dimensiones del fenómeno jurídico. Ya como crítica del derecho, es decir, como metadiscurso cuyo discurso objeto es el derecho legislado, aplicado, sistematizado o enseñado, ya como crítica de la teoría del derecho, es decir, como (meta)-metadiscurso cuyo discurso objeto son los metadiscursos teóricos sobre el derecho, la Crítica jurídica evidencia que la desconfianza hacia las imágenes edificantes y encomiásticas del orden (o el desorden) jurídico es un arma a la que el jurista no puede renunciar si no quiere pagar el precio de la ingenuidad, la irresponsabilidad o, peor todavía, la complicidad con el estado de cosas no precisamente prometedor en que nos toca vivir.

Pablo MIRAVET
Universitat de València

VV.AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo* (Javier DE LUCAS *et al.*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 502 pp.

Este heterogéneo libro reúne todas las ponencias y buena parte de las comunicaciones que fueron presentadas en las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política celebradas en la ciudad de Valencia los días 15 y 16 de abril de 1999. Abre el libro una introducción a cargo del profesor Javier de Lucas donde ya se adelantan los desvelos que movieron a los autores a preocuparse primero y ocuparse después de algunos de los problemas que de modo directo atañen a nuestra democracia. Y es que dar la llamada por respuesta ya no resulta ni posible ni oportuno cuando algunos de los conceptos clave de nuestro sistema jurídico-político parecen tener los pies de barro: los embates sufridos por la soberanía clásica, un modelo de ciudadanía que da la espalda a quienes ha decidido no otorgar la carta de ciudadano y una protección social capitaneada por el Estatuto de los Trabajadores de la que quizás habrán de protegerse. Y como telón de fondo un pluralismo social para el que no siempre el ordenamiento tiene prevista una respuesta igualitaria y que sin embargo está abocado a la multiculturalidad por lo democrático. Aunque es verdad que sobre eso tozudas teorías se empeñan en dar cobertura especulativa a las más desigualitarias respuestas jurídicas.

La reflexión en torno al vínculo social es el eje que vertebra todas las contribuciones, contribuciones que se agrupan en cuatro grandes capítulos encabezado cada uno de ellos por una ponencia a la que siguen las comunicaciones que comparten un mismo interés temático.

De «El patriotismo y la ciudadanía en la era de las identidades posnacionales» se ocupa la primera sección de la obra, cuyo comienzo corre a cargo del artículo titulado «Tiempos difíciles para el patriotismo español» de José Ignacio Lacasta-Zabalza un reputado especialista en la materia como demostró en su libro *España uniforme*. El suyo es sin duda un trabajo actual y actualizado pero que viene de atrás. Un trabajo abigarrado, cargado de información en que se da respuesta a opiniones facilonas y poco fundamentadas que suelen ocupar las páginas de nuestros medios de comunicación. Su importante carga cultural y crítica le convierten en un artículo poco apto para entrar en los circuitos habituales de opinión pública de nuestro país lo cual le reporta aún más valor. La sólida fundamentación histórica y doctrinal hacen de la ponencia un punto de referencia para quienes deseen contrastar perspectivas y puntos de vista acerca de un tema tan nuestro y ajeno a un tiempo como el del nacionalismo. No faltan en él noticias sobre la inmigración, factor a añadir en tan doliente asunto si se quiere abordar en toda su complejidad. Ante la lógica ausencia de fórmulas mágicas dos firmes convicciones del autor apuntalan todo el trabajo. Primera: que «el pasado por sí mismo nada soluciona, pero un presente sin pasado –o con éste mutilado– no crea más que infirmitades y desgarros.» Y segunda: que «un espíritu liberal e igualitario como el de Pérez Galdós podría ser una buena ayuda para convencernos de un patriotismo constitucional español apoyado en unos derechos humanos para todos los seres humanos; un patriotismo constitucional de derechos fundamentales para todo el mundo, universalista de veras, que no buscarse su confín hipócrita y excluyente mediante ese nuevo –y nada piadoso– muro que es Ceuta y Melilla.»

A renglón seguido, el sugerente artículo de Emilia Bea Pérez complementa la visión del anterior trabajo y es que la autora detiene su mirada ante

la que considera «asignatura pendiente de la construcción europea, las Naciones sin Estado.» Tras un somero repaso por la protección internacional de los derechos de las minorías nacionales la profesora Bea llama la atención sobre el hecho de que en la práctica, «el problema principal a la hora de exigir el cumplimiento de las Resoluciones radica en la propia naturaleza de las mismas dado su carácter de recomendación» y carecer por tanto de fuerza vinculante. Un oportuno inciso a las diferencias que separan las concepciones del concepto de nacionalismo o la autodeterminación de la independencia desemboca en las dos propuestas que la profesora Bea nos tenía preparadas. Una pluralidad entendida como la posibilidad real de sostener lealtades compartidas, esto es, su apuesta por una plurinacionalidad que «no anularía la lealtad a la nación originaria [...] sino que –antes bien– la ampliaría al incorporar una lealtad de segundo grado, la lealtad estatal o supranacional.» Planteamiento que casa bien con la fuerza que en los últimos años ha adquirido la realidad regional en Europa Occidental. Donde desde un marco no equiparable a una nación sin Estado como es la Región se trata de superar a un tiempo dos carencias de nuestro actual sistema, el fortalecimiento de la participación democrática y de marcos más heterogéneos y abarcables opuestos a la poderosa tendencia globalizadora. Y todo porque Emilia Bea tiene claro que el futuro europeo exige nuevas formas de articulación entre unidad y diversidad capaces de cubrir la «necesidad de arraigo en una Europa de la diversidad», siendo ésta la otra propuesta que anunciamos. Argumentaciones como las de Weil, Berlin, Radbruch, MacCormick o Walzer dan pie a una profesora convencida de que «el actual proceso de construcción europea padece un doble déficit democrático y de descentralización, que lo hace quedar muy alejado de ese proyecto de una Europa de las Naciones o de las Regiones» que ella ha tratado de defender.

Por su parte M.^a José Fariñas Dulce aporta al tema su visión de la «Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada». Después de un breve repaso por las características más destacadas de la tradición jurídica occidental derivadas de su presupuesto epistemológico, la *reductio ad unum*, esta profesora plantea cómo la «diferencia» es a la postmodernidad lo que la «igualdad» resultó ser para la época ya periclitada de la modernidad. Y de admitir esa premisa habrá que averiguar si «tenemos todos un igual derecho a ser diferentes.» No faltan en la filosofía jurídica argumentaciones en uno y otro sentido, pero por su eco destaca de otras la propuesta habermasiana de reminiscencias kantianas del «patriotismo constitucional» con su «exigencia de compartir los principios y valores básicos de un ordenamiento jurídico-constitucional.» Idea rechazada por la profesora Fariñas dado que su excesivo formalismo y abstracción le impiden hacer frente al reto que la diferencia supone para la concepción individualista y liberal de los derechos fundamentales pero también para el concepto mismo de ciudadanía. Y es que se quiera o no «el igual derecho de todos a ser diferentes implica una constante negociación y discusión públicas de la diferencia» impensables en los rígidos esquemas modernos. La fragmentación social a la que según algunas versiones conduciría el valor jurídico de la diferencia es abordado también en el artículo pero no como hecho cierto sino como pretexto y cortina de humo útil para silenciar los que a su juicio son, en la práctica, factores coadyuvantes en la ruptura de la cohesión social, a saber, «las propuestas neoliberales de desregulación y de desprotección social de los ciudadanos.» Con todo, no es ese el principal problema, sino que la dificultad mayor llegaría «cuando se

constata que los «diferentes» ya no se encuentran solamente «fuera» sino también «dentro» de una misma y supuestamente homogénea organización política.» Esas «molestas distorsiones» en el viejo entramado jurídico liberal exigirían algunos cambios en las respuestas jurídicas, la incorporación del diálogo es, qué duda cabe, uno de ellos. No es una cuestión de generosidad sino de eficacia, la eficacia que se precisa cuando el sujeto jurídico es un «sujeto transfronterizado» diría Rawls, un «sujeto que ejerce los derechos derivados de una ciudadanía no sólo dentro de los límites de la soberanía nacional de su Estado sino también fuera.» Y es que «la consolidación de múltiples esferas jurídico-políticas quiebra la concepción tradicional del Estado moderno estructurado como Estado-nación» y eso sí es un hecho cierto frente al cual de nada sirve la política del avestruz.

Pero no se acaban ahí las novedades, profundas alteraciones en los rasgos y en la vocación de la ley hacen presagiar cambios en el paradigma jurídico. Eso que no es harina de otro costal sí es objeto de otro artículo en el libro, el que Mario Ruiz Sanz dedica a los «Principios y valores como límites sustanciales de la condición de ciudadano para el garante constitucional.» El autor fija su atención en la consideración de «los valores y principios como normas jurídicas con una estructura abierta e incluso moldeable en su dimensión funcional» amén de la repercusión que conlleva, y que no es otra que la aparición de una nueva perspectiva que, de la mano de Ferrajoli, cobra de día en día más adhesiones, el Estado Constitucional de Derecho. Cosa bastante lógica si bien se piensa dado el «cambio cualitativo y no sólo cuantitativo» producido en los mismos. No escatima el profesor Ruiz algunas pinceladas sobre el debate teórico existente en torno a la distinción entre unos, los principios y otros, los valores, para él se trata de nociones diferentes pero no independientes. De hecho existe una «relación de ósmosis» entre ellas que lleva a un «trasvase desde una dimensión axiológica a otra deontológica, esto es, de algo considerado «valioso», «bueno» o «deseable» a una determinación jurídica del deber ser.» Como él mismo dice, son dos los interrogantes a plantear en lo tocante a tan singulares normas, el tema de su jerarquización y el de su prevalencia. Respecto a la primera cuestión parece claro que la endémica indefinición de sus contenidos y formulaciones desaconseja cualquier intento ordenador al respecto. En lo que concierne a su prevalencia sobre otras normas constitucionales, ha de recordarse que el rango formal de los valores superiores equivale al del resto de la tipología normativa constitucional, sin que evite la existencia de tensiones entre los distintos enunciados constitucionales.

Hacia el final, el autor retoma la que sin duda es idea motriz de todo su trabajo, la sustitución de la ley del Código por la Constitución, que es tanto como refrendar la instalación entre nosotros de una nueva forma de entender el Derecho. La ley entendida a la antigua usanza, la liberal, es desbancada por un mosaico normativo en el que apenas queda sitio para la generalidad y abstracción tan caras en otros tiempos. El reflejo doctrinal que oscila entre la nostalgia y la confusión pasa por advertir un pernicioso efecto achacable a la nueva situación, el «señorío judicial». Perversión no menor que en todo caso habrá de corregirse a la luz de lo que pareciendo una simpleza ha de ser tenido como un dogma, a saber, que es el Tribunal Constitucional quien está sujeto a la Constitución y no a la inversa por mucho que a veces pueda parecer.

Como quiera que este primer capítulo del libro anda a vueltas con las ideas de patriotismo y nacionalismo, resulta más que oportuna la inclusión a cargo de M.^a Ángeles Solanes de un artículo destinado a acercar al lector a la visión

que de ellas ofrece Viroli, y no sólo porque su mirada nos resulte ciertamente sugerente sino porque además obliga a evocar el pensamiento de algunos autores clásicos. Es verdad que hay muertos que gozan de muy buena salud, y aunque, ciertamente, eso resulta bastante claro en nuestra disciplina tal vez no esté de más reconocer que siempre es edificante traer a la memoria a Montesquieu, Voltaire o Rousseau. Cita obligada en todo caso si de lo que se trata es del patriotismo republicano. Cómo no evocar a Montesquieu si buena parte de sus planteamientos sobre la virtud política fueron adoptados por la propia *Encyclopédie*, cómo no evocarlos cuando se pronuncia sobre una de las materias sobre las que más profusamente se escribe hoy: la patria y los extranjeros. Para él la patria se asocia con la idea de república y libertad, «la patria debe entenderse como el país que todos desean preservar en el cual no pueden quedar excluidos los extranjeros.» Voltaire, por su parte, «identifica la patria con la República [...] la patria no puede asimilarse a nociones como la de cultura, lenguaje o etnicidad», que podrían determinar su carácter excluyente «lo fundamental es que uno puede encontrar la patria donde las libertades tanto civiles como políticas estén garantizadas.» También para Rousseau la patria es «libertad en común» ya que lo que da lugar a una verdadera patria es «la relación entre el Estado y los ciudadanos, el modo de vida concreto que las leyes establecen y promueven.» Poco más podría añadirse desde nuestra perspectiva para actualizar la suya, acaso la de Viroli y la de quienes como él piensan porque en cierto sentido las refuerza y contextualiza. A su parecer no es que sea posible patriotismo sin nacionalismo sino que sólo cuando los dos se interpretan aisladamente cobran su verdadero sentido. Nada tiene de extraño si la idea de patriotismo se basa en la de República y ésta es entendida como «el amor al bien y a la libertad, de forma que en él es admisible la diversidad cultural» que deriva en un rechazo del nacionalismo si es concebido como elemento destructor. No es pecado original sino moderno en todo caso la confusión de ambos conceptos que hoy nos tiene varados. De ahí que Kymlicka advierta que es preciso «dejar de unir nacionalismo y patriotismo para ser capaces de apostar por una libertad común mantenida por ciudadanos dispuestos a denunciar cualquier injusticia o violación de principios sin diferencias étnicas o culturales.»

Cierra esta primera sección el artículo de M.^a de Lourdes Souza «La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura de Sousa Santos.» Con claridad y concisión va desentrañando la autora las cavilaciones de unos escritores que convergen en un diagnóstico, el de las paradojas y contradicciones de la modernidad y una búsqueda, la de la conciliación entre el yo y el otro. Ambos coinciden en que la «difusión ecuménica del Derecho» que hoy nos caracteriza genera dos consecuencias de primer orden. Una: el derecho se perfila como el indicador social privilegiado de las formas de sociabilidad. Dicho de otro modo, la sociedad de los hombres es una sociedad jurídica. Dos: la mercantilización de la vida privada que desemboca en la supeditación de lo social a lo jurídico. Una y otra determinan que «la individualidad concreta se confíe a la subjetividad jurídica abstracta» de modo que la individualidad viviente, material y empírica resulta sustituida por otra artificial y formalizada.

Vistos por Lourdes Souza, Barcellona y Santos convendrían en la existencia de ciertas aporías que acabarían por determinar la paradójica construcción del individualismo moderno. Así deben entenderse, por ejemplo, la buscada y forzosa coincidencia entre el interés general y el individual o la

exaltación del mercado como «único elemento directivo del destino de los seres humanos.» Presupuestos que en todo caso motivarían «la perversión del individualismo moderno» pero apuntalados siempre por otros factores, no menos patológicos, que la profesora Souza enumera y analiza. A saber: la doble crisis de gobernabilidad y representación resultante de la hipercomplejidad social; la hipertrofia de la ciudadanía y la decadencia de la subjetividad; la crisis de los Estados nacionales; la mutación de la lucha de clases y la desaparición del proletariado como sujeto de transformación y liberación; la redefinición neoliberal del Estado Social y la derrota de la izquierda; la crisis de la generalidad y abstracción de la ley; la pérdida del sentido del deber y un desmesurado sentido de los derechos.

Hasta aquí el resumen de un diagnóstico nada halagüeño que si de algo ha de servir es como base de datos capaz de sustentar y promover un nuevo modelo social que pasa, necesariamente, por la creación de un nuevo, reforzado y comprometido vínculo social en el cual es cita obligada el concepto de ciudadanía o mejor una reformulación del mismo basada en la integración entre los dos grandes referentes la ciudadanía nacional y la cosmopolita. Integración que a todas luces requiere «la supresión de la diferencia entre derechos de los hombres y derechos del ciudadano, responsable de la falsa universalidad del primero y de su ineficacia práctica» junto con «la rehabilitación del espacio público y de los valores colectivos imprescindible para la realización de la autonomía humana» y la inclusión de «la teoría de la democracia como participación en la elaboración de metas sociales compartidas.» Un proyecto en definitiva de «transformación emancipatoria» a medio camino entre la utopía y la responsabilidad.

El segundo capítulo del libro, compuesto de cuatro artículos, versa sobre la «Igualdad y las diferencias jurídicas» asuntos ineludibles cuando se reflexiona acerca del vínculo social. El primer trabajo, a cargo del profesor Modesto Saavedra, aporta un interesante repaso por algunas de las teorías contemporáneas entregadas desde una u otra perspectiva a la difícil cuestión de la universalidad de los derechos. La tensión dialéctica que separa y une igualdad moral y diferencias jurídicas sirve como argumento de defensa o censura de la pretensión de validez universal de los derechos humanos. Sabido es que «hacer compatibles la universalidad y el particularismo, la igualdad y las diferencias, no es asunto fácil» y por eso mismo las pistas y pautas doctrinales tratadas por el autor arrojan luz a un tema plagado de matices y disensos. Se expone, con la pretensión de superar, la polémica ya clásica entre liberales y comunitaristas, sus raíces, anclajes y proyecciones. Así, mientras que el contrato social y el impertivo categórico reflejados en la autolegislación y la autonomía son las señas de identidad de un liberalismo que se refleja en las declaraciones de derechos, los críticos comunitaristas enfrentan a los anteriores dos presupuestos básicos como son la «idea del sujeto moral» y la «idea de la primacía de lo bueno sobre lo justo» que sin titubeos conducen a una revalorización de la comunidad porque se entiende que precede y trasciende al individuo.

En ese contexto el profesor Saavedra hace suyo el razonamiento de Robert Dahl según el cual el punto de partida natural de la humanidad es la desigualdad, por ello, justificar la democracia supone asumir la igualdad como un deber moral. A partir de ahí, y haciéndose eco de planteamientos ajenos el autor sostiene la tesis de que «el alcance de la igualdad depende de pre-decisiones que no contradicen el sentido de la moralidad, pero que cir-

cunscriben el punto de vista moral haciéndolo más o menos comprensivo y universal.» Empieza por Michael Walzer a cuyo relativismo moral atribuye una concepción igualitarista que yendo más allá de una mera constatación sociológica de pluralismo propugna una concepción de justicia consistente de un lado en el «respeto de las concepciones compartidas por los miembros de las distintas sociedades» y de otro en el «deber de abstenerse de imponer desde fuera criterios que le son extraños.» Sugerente concepción de la que echa en falta una justificación más sólida de la igualdad moral y básica que, sin cuestionar, Walzer maneja. Deficiencia que empuja al autor a sondear otras argumentaciones que le permitan defender la igualdad que respalda. Pero tampoco el «razonamiento circular» de Rawls sirve a su empeño. Su uso de la igualdad como principio moral básico sin parar mientes en los fundamentos que podrían dotarle del contenido necesario para defender la validez universal de esa igualdad y los derechos humanos correspondientes impiden, a juicio de Saavedra, ceñirse a la estrategia de Rawls.

Mayor carga filosófica proporcionan para el autor los discursos de Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas con la idoneidad teórica que ello supone. En su análisis pragmático-transcendental del acto de habla aparece el principio de universalidad bajo la forma lingüística y es que el que argumenta reconoce al destinatario como sujeto capaz de objetar o aceptar lo que se somete a diálogo o discusión. De este modo, dice Saavedra, «pueden ser justificados racionalmente (y por tanto universalmente) la democracia y los derechos humanos, sobre la base de una ética discursiva que ve la igualdad de los otros interlocutores como un presupuesto implícito en el empleo de argumentos y enunciados morales.» Dicho de otro modo, desde ese punto de vista, «la igualdad sería algo implícito en todos los casos de empleo de lenguaje moral.» Y, sin embargo, es el propio profesor el que reconoce que algo hay en esas explicaciones que resulta insostenible. A nadie se le escapa que en más de una ocasión el lenguaje moral ha servido precisamente para justificar la exclusión y la desigualdad. De hecho, sólo tratamos como iguales a quienes previamente hemos decidido tratar como iguales, lo que nos lleva a que «dejar fuera del diálogo a aquellos cuyos intereses se ven afectados por nuestras decisiones puede ser una contradicción moral» —en el caso de que se haya asumido una concepción universalista de la misma— pero tal exclusión no encierra ninguna contradicción lingüística.

Con su análisis enteramente pragmatista Richard Rorty secundaría esa opinión. Su convicción de que el lenguaje no compromete pretensiones universalistas de igualdad, sino que más modestamente la comunicación no es más que «un arte de encontrar caminos para vivir y dejar vivir y no un esfuerzo común en pos de lo universal.» De ahí que el profesor Saavedra concluya su trabajo con una reforzada confianza en los derechos como único camino a la igualdad porque sólo ellos nos hacen inexcusablemente iguales. El hecho de constituir e instituir un reconocimiento mutuo «por el que los individuos rigen, con plena soberanía sus propias vidas» es lo que les hace ser verdaderamente fundamentales.

Queda para los artículos que siguen a éste la consideración de aspectos más concretos sobre la igualdad y la diferencia. El de «La contribución de los derechos sociales al vínculo social» de M.^a José Añón resulta clave, a mi entender, si lo que se pretende es tomar en serio las consecuencias prácticas de la igualdad material. Igualdad siempre en liza, hoy más en entredicho cuando la Constitución que respalda los derechos que la vertebran es adverti-

da como un islote socialdemócrata entre tanto neoliberalismo ungido de «verdad.» Desde el comienzo la profesora Añón muestra sus cartas. Su propósito, que no es otro que el de reflexionar en torno a «las posibilidades que ofrecen los derechos sociales en orden a la integración social», se articula desde el desvelo que supone saber que «el núcleo de la discusión se ha desplazado básicamente hacia la misma idea de democracia y de legitimidad» en un proceso de incesante erosión de dicha legitimidad. Dos focos centran su atención: los sujetos, individual o colectivamente tomados y los derechos sociales como vehículos indiscutibles de la igualdad que la cohesión social exige. Sobre los sujetos y los grupos se resaltan ciertos hechos y nociones que logran perfilar con precisión cuál y cómo es la realidad social de la que partimos empezando por el hecho nada insignificante de que «los fenómenos vinculados con la pobreza sean interpretados en términos de comportamientos» y pasando por puntualizaciones, como la que explica que asistimos a una «ascensión de la vulnerabilidad» que se traduce en un «enfriamiento del vínculo social que precede a su ruptura» o la que apunta a una indubitada «toma de conciencia de la dimensión colectiva de la acción humana», eso sí, combinada con las diferentes versiones de discriminación cada vez más profunda e ineludible que emborronan el paradigma del Estado Social.

Por lo que al segundo foco de atención respecta, el de los derechos, la autora nos sitúa, como haría Ferrajoli, ante un «modelo garantista que hace de los derechos fundamentales, sus garantías y realización el centro de gravedad del Derecho» en el que los derechos sociales representan, sin duda, la más notable contribución al constitucionalismo del XX por mucho que «la bruma teórica» los envuelva. Y es que no es tanto imprecisión cuanto tensión lo que late en el fondo de tanta controversia, los derechos y más los sociales amparan valores y concepciones sobre lo que por libertad, autonomía y sociedad se entiende –basta con recordar pensamientos tan poco próximos como los de Hayek o Castel–. De ahí a las filias y las fobias existe un único pero decisivo paso, el que sólo apuesta por el mercado o el que apoya la desmercantilización que libra a la sociedad de la confusión entre necesidad y demanda. A su juicio y al nuestro está bastante claro que han sido precisamente los derechos sociales los que más han tenido que ver con «la pérdida del carácter de mera mercancía de los individuos» gracias a la prestación de un bien o servicio por parte de cualesquiera tipo de instituciones públicas tendentes a la satisfacción de necesidades en términos de derechos. En ese sentido, los derechos sociales son derechos de integración porque contrarrestan los empujes de vulnerabilidad a que conduce la mercantilización sin reservas reforzando los vínculos y la cohesión social. Lo cual fundamenta por sí solo el destacado puesto que M.^a José Añón les confiere en el complejo entramado teórico por encima de dudosas clasificaciones didácticas y de rechazos escasamente equitativos. Lugar que les corresponde por derecho propio a quienes aseguran o persiguen la igualdad material, y razones no le faltan, concretamente la autora destaca cinco. Primera: porque la igualdad material «es el criterio interpretativo básico para medir el grado de efectividad de la igualdad formal.» Segunda: porque la igualdad material aporta una perspectiva nueva a través de los derechos sociales que permite ver «la igualdad como un principio capaz de evaluar la equiparación entre grupos sociales y no sólo sujetos tomados individualmente.» Tercera: porque guarda una relación privilegiada con el principio de igualdad de oportunidades, pues, en ese sentido es «una acción orientada a un resultado.» Cuarta: porque «la rela-

ción entre derechos sociales e igualdad material permite articular igualdad como equiparación e igualdad a través de la diferenciación». Y quinta y última: porque cada vez resulta más lógico interpretar la igualdad material y de paso los derechos sociales como «un derecho a la inserción social [...] desvinculado del hecho del trabajo.»

El estudio del principio de igualdad desde una óptica completamente distinta a la anterior, como es la interpretación y aplicación del Derecho Europeo actual a cargo del profesor García Añón, da muestra de la amplitud de miras y riqueza teórica del libro que nos ocupa. Especialmente interesante resulta su breve pero crítico repaso a los problemas de la dogmática en materia de igualdad. Su «falta de elaboraciones conceptuales precisas» sumada a la ausencia de conexión ni con las normas nacionales, ni con las europeas, ni siquiera con las decisiones jurisprudenciales y a la inexistencia de unas elaboraciones fundadas, ensombrecen su función clarificadora y contextualizadora del Derecho que debiera ser una de sus misiones más importantes. Si a ello se añade la tibieza inicial característica del Derecho comunitario en medidas de igualdad, poco espacio parece quedar para el optimismo. Habrá que esperar a la difusión de medidas de acción afirmativa características del Estado Social para apreciar novedades relevantes. Si bien es verdad que ese tipo de disposiciones, a saber, las medidas de concienciación, facilitación, retribución, recompensa y sanción positiva verían multiplicados sus efectos de no ser por las confusiones debidas a la carencia de un entramado conceptual adecuado. Claro que tampoco es muy generosa la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Léase en ese sentido «la reducción de las medidas de acción afirmativa a aquellas que sean compatibles con la igualdad de oportunidades.» En ese contexto no produce sorpresa que el profesor García Añón llegue a «dudar de la legitimidad de las medidas que propone la normativa europea. En primer lugar, porque de las relaciones entre las instituciones europeas se desprende cierto déficit de legitimidad al no respetarse el sistema de separación y no injerencia de poderes, característico del modelo de Estado de Derecho. En segundo lugar, porque las medidas son insuficientes para hacer efectivo el valor de la igualdad.» Lo cual no implica en modo alguno estancar el Derecho en la resignación, las palabras del autor son contundentes en ese sentido pues, a su juicio, «las posibilidades que permiten Constituciones nacionales, como la española, e incluso el marco normativo europeo, no deben quedar reducidas por las restrictivas interpretaciones de la concepción liberal-individualista del Tribunal de Justicia» europeo. En realidad, no puede ser de otro modo cuando la igualdad en la ley exige que el concepto, la validez y la eficacia de los derechos fundamentales vayan a una.

El último artículo de este segundo capítulo dedicado a la Igualdad y las diferencias jurídicas cambia de registro. Como ya ocurriera en el trabajo que cerraba la sección anterior, la autora ha optado por enfocar la teoría del derecho de Benjamín Nathan Cardozo desde la igualdad de la dignidad moral de los hombres que el autor «asume sin rodeos». La concisión y claridad de Laura Miraut hacen de su trabajo una invitación a acercarnos más a obras como *The Nature of the Judicial Process* (1921) o *The Paradoxes of Legal Science* (1928), obras que a juzgar por su cronología podrían, erróneamente, parecer superadas y nada más engañoso, dado lo convincente y recto de sus argumentaciones. Para Cardozo el ejercicio irrestricto de la libertad puede ser un atentado a la igualdad moral de los hombres en la medida en que no regular tal ejercicio conduce, irremediabilmente, a un disfrute desigual del

mismo. Y es que a igual dignidad moral, las oportunidades de que dispongan las personas no pueden ser distintas. Lo cual basta para explicar que, a su juicio, la libertad haya de ser entendida como «un ajustamiento de restricciones hacia el fin de la igualdad de oportunidades.» Posición paritaria que quedaría garantizada gracias a la comunicación de ideas que proporciona el conocimiento si tal conocimiento también fuese análogo o parecido. Caso de no ser así, como frecuentemente resulta, no hay más remedio que interferir si no se quiere que las carencias o deficiencias padecidas por algunos ciudadanos anulen toda posibilidad de igualdad en ese proceso comunicativo.

Como en un sistema de contrapesos, esa igual dignidad moral del hombre que exige de los poderes públicos una intervención que garantice idéntica igualdad en el terreno de las oportunidades, corre el riesgo de verse desnivelada por la desigual actitud moral propia del comportamiento humano. Presume Cardozo de que la moral no es el único pero sí uno de los elementos directivos de la sentencia y de hecho en la lucha que consenso y perfeccionismo sostiene el autor «realiza una importante concesión a la perfección.» En palabras de Laura Miraut «el tránsito de la idea de perfeccionismo del hombre a la del perfeccionismo del derecho conllevará que sea el estándar moral de quienes mejor aprovechen las condiciones que les ofrecen para su formación y conocimiento el que rija los destinos de la sociedad.» La igualdad de oportunidades requerida por la propia igualdad moral será el trampolín que permita «integrarse en la élite intelectual que constituye el motor de arranque del desarrollo del derecho.»

El tercer capítulo, «Democracia, derecho y orden internacional», el más breve de los cuatro, considera la razón del libro, el vínculo social, desde una distancia mayor que el resto lo que le permite relacionar éste con otros temas de interés para la Teoría y la Filosofía del Derecho entre los que la ciudadanía y el cosmopolitismo ocupan ya un espacio conceptual necesariamente.

La que fuera ponencia en las jornadas pasa a ser el artículo de cabecera de este bloque, el escrito de Juan Ramón de Páramo «Democracia, preferencias y negociación.» Con la sistematicidad que distingue a sus trabajos el profesor De Páramo aporta una interesante reflexión sobre la negociación, la argumentación y su estratégico lugar en la democracia actual. A partir de los tres rasgos definitorios de la negociación: la interdependencia, o lo que es igual, la existencia de decisiones que no sólo dependen de nosotros; la percepción de un conflicto de intereses y la posibilidad de acuerdo, el autor se plantea cuál es y cuál debe ser su papel en la política y el derecho democráticos. Rescata de la Historia dos enfoques de justicia que con el tiempo se han convertido en complejos modelos. Uno: el que la concibe como ventaja mutua, convenio que sigue a un conflicto de intereses que «refleja obligaciones que surgen de la apelación al autointerés para comportarse de manera justa.» Dos: el que asimila justicia con imparcialidad, en palabras de Rawls «el estado de cosas que la gente puede aceptar no meramente en el sentido de que no pueden razonablemente esperar obtener más sino en el sentido fuerte de que no pueden razonablemente pretender más.» Pues bien, para el profesor De Páramo, ambos dan cuenta de una idea equivocada al «presentar la política como un simple mecanismo negociador de ventaja mutua, sin ningún tipo de apelación al interés general de manera imparcial.» Crítica ésta que le sirve de base para, a continuación, exponer tres versiones generales de sendos autores sobre la política y los sistemas democráticos representativos de otras tantas opciones teóricas fundamentales en nuestra cultura.

La primera, personalizada por Schumpeter aunque no faltan desarrollos personales como el de Robert Dahl, representa a la perfección el enfoque negociador de la justicia, pues desde este punto de vista la política no pasa de ser un mecanismo instrumental cuyo objetivo apunta a un «compromiso óptimo entre intereses privados, opuestos e irreductibles.» Dicho lo cual, la comparación está servida, la lucha por los votos vendría a ser a la política lo que la lucha por la competitividad en el mercado. Versión tecnocrática de la democracia algunos de cuyos rasgos resultan perfectamente reconocibles en nuestros sistemas. Basta recordar el tipo de campañas electorales que periódicamente padecemos donde los partidos se disputan los votos como los representantes los clientes, con ofertas «irresistibles» para los intereses, sobre todo económicos, de los electores.

Nadie parece echar en falta a los valores como factores que inciden en la formación de las preferencias y nadie parece poner en cuestión la idea de que la búsqueda de los intereses privados conduce, seguro, al bien público. Y no es que el problema esté en el mercado, no, sino que, como dice De Páramo, el problema está en la «pretensión de que el mercado, por sí solo, puede responder a cada necesidad humana y puede proveer soluciones para todos los problemas». Ambición que parte del error de confundir un sistema democrático con «un recipiente en el que se acumulan las preferencias privadas.»

Para la segunda visión, la de Habermas, «el objetivo de la política sería más bien el acuerdo racional que el simple compromiso negociado de preferencias irreductibles, y la acción política decisiva sería el debate público comprometido del que surge un consenso deliberado.» Sofisticada y meritoria teoría cuyo principal escollo, su alejamiento de la realidad, impide considerarla aisladamente. En efecto, «tratar de explicar la actividad pública sin hacer referencia a las normas que gobiernan el comportamiento comunicativo» sería poco inteligente pero también lo sería desconocer el hecho de que los discursos son cada vez más parecidos lo que, paradójicamente, no evita que resulten contradictorios en la práctica. Quien pretenda comprender nuestro sistema no puede pasar por alto que los medios, las formas y los procedimientos cobran por momentos mayor importancia.

Otros autores sostienen, en cambio, que «el objetivo de la política es un fin en sí mismo, a saber, la transformación y educación de sus participantes» es el caso de J. S. Mill para quien «la democracia no es simplemente el recuento de la voluntad de la mayoría, sino la protección reglamentada del desacuerdo y la disidencia pública: la soberanía popular no tiene sentido sin las reglas que organizan y protegen el debate público y permiten las decisiones colectivas.»

La preferencia por una u otra teoría no consigue sortear la polémica y coexistencia de todas ellas en la formación de las decisiones públicas. Es más, muy por encima de la «negociación política y el regateo faccionario» las democracias vienen reclamando en los últimos tiempos lo que se ha dado en denominar «el imperativo de la sustantividad» que reivindica la presencia y hasta el protagonismo de nociones como «virtudes cívicas» o «ciudadanía» imprescindibles si en el discurso público no se arrinconan los intereses y derechos de las generaciones futuras. La «vía de escape» elegida por Juan Ramón de Páramo, «el camino mixto entre la negociación y la argumentación», es la salida más razonable para quien atinadamente propugna la búsqueda de los «mecanismos y controles que sean capaces de racionalizar nuestros intereses mediante reglas e itinerarios imparciales» junto a la for-

mación de «escenarios deliberativos que cancelen desde el principio el funcionamiento de la excluyente lógica del interés.»

El artículo de Cristina García Pascual sobre «El derecho internacional en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen» viene a confirmar esa vocación generalista de este tercer capítulo a la que ya hemos hecho referencia. Probablemente porque, como ella misma dice «toda consideración filosófica sobre el Derecho en general, no puede sustraerse fácilmente a una reflexión crítica sobre el Derecho Internacional.» A decir verdad hay algo en común en el destino de aquél y en el de la Filosofía del Derecho, y es que ambos deben justificarse continuamente «bajo la sospecha de su falta de auténtica entidad jurídica.» Dos concepciones al respecto dividen al conjunto de autores. La de los que niegan la juridicidad del Derecho Internacional bien por considerarlo un Derecho imperfecto, o bien por asimilarlo a una moral internacional o a una política de fuerza. Y frente a ellos la de los que defienden su carácter jurídico, de entre los que destaca Hans Kelsen por su convincente y contundente argumentación expuesta a menudo como réplica a teorías rivales como la de Carl Schmitt.

Es bien sabido que para Kelsen el sistema jurídico es un orden coactivo de la conducta humana pero también «un orden para promover la paz» y la paz como ausencia de fuerza no es una cuestión moral sino técnica de ahí que el carácter jurídico del ordenamiento internacional y el problema de la paz sean cuestiones tan directamente vinculadas. Nada que ver con Schmitt, su eterno adversario, para quien la guerra sería como un duelo entre personas de idéntica soberanía. Como dice la profesora García Pascual, el Derecho internacional sería para el jurista austríaco como el estatal en la medida de que se trata de «un orden coactivo que intenta lograr una determinada conducta de los hombres utilizando como medio la amenaza de una sanción», aunque en este caso una muy especial, la guerra. Late en el fondo la idea tan kelseniana de que la organización del mundo con la primacía del Derecho Internacional conduciría a la unidad jurídica de la humanidad germen de un pacifismo posible porque para él todas las cuestiones políticas acaban por diluirse en el Derecho y «de alguna manera –dice García Pascual–, ello implica la racionalización de los cauces por donde transcurre el poder.» Posición moral que reformulada o matizada en los sucesivos escritos de Kelsen nunca abandonaría dada su oposición al pensamiento de Schmitt según el cual es lo político lo que acaba por absorber cualquier decisión jurídica.

Por su parte, Joaquín Rodríguez-Toubes hace explícita su preocupación por los deberes ante el Derecho y la democracia en su artículo «Preferencias, deber jurídico y democracia.» Toda su cavilación gira en torno a un interrogante: «¿hay un deber moral de obedecer las normas aprobadas democráticamente?» y a un objetivo: «analizar las razones que justifican la obediencia a normas en una democracia si admitimos que la democracia puede producir normas inmorales.» A juicio del autor, no es obvio que exista un deber moral de obedecer las normas que deriven de la democracia y ello porque «la democracia no asegura ni la imparcialidad del juicio ni la universalidad necesarias para fundamentar la validez moral» y, en consecuencia, también «los acuerdos democráticos son susceptibles de evaluación moral.» Para ello aporta una impecable réplica al complejo libro de Juan Carlos Bayón *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. A diferencia de lo que defiende Bayón, para nuestro autor los deseos no pueden justificar acciones, o mejor aún, en todo caso los deseos justifican tan sólo acciones moralmente diferentes. Pero, ¿puede afir-

marse lo mismo de las preferencias morales? El que éstas no sean caprichosas sino reflexivas dificulta considerablemente la resolución. A su parecer «el deber moral hacia las normas jurídicas no puede desvincularse de las preferencias morales del agente» y de forma análoga «el deber moral hacia las decisiones democráticas no puede desvincularse de las preferencias morales del agente.» En todo caso, con la misma determinación que acepta que el deber moral hacia las decisiones democráticas pueda ser una cuestión de preferencias morales rechaza que pueda ser un asunto de preferencias políticas. Interesada lección que en lo tocante al vínculo social no puede caer en saco roto.

El cuarto y último capítulo del libro se reserva a uno de los eslabones más importantes del mellado vínculo social: el trabajo y el derecho al trabajo. Al profesor Juan Antonio García Amado se encomendó en su día la ponencia que daría lugar al primero de los artículos, «El individuo y los grupos en el derecho laboral. Los dilemas del vínculo social», cuyo diagnóstico del panorama actual se compagina con la indicación de un reto teórico que nos concierne: «maximizar la protección del interés y los derechos individuales minimizando los costes sociales de esa protección.»

Con merecida autocrítica inicia García Amado su cometido, la de quien advierte y lamenta que «el Derecho del Trabajo sea una disciplina jurídica desconocida e ignorada por los iusfilósofos» cosa que dificulta la prospección filosófica que la materia requiere desde sus orígenes. Bien se sabe que ya la crítica marxista dejó claro que «la igualdad formal o puramente jurídica no es más que camuflaje de la desigualdad», desigualdad que supone contradicción en sus propios términos en la medida que el laboral es el Derecho que «trata de proteger al más débil para que el dogma del libre acuerdo entre particulares no se niegue a sí mismo en su propio ejercicio jurídico.» Fundamento que explica por sí la acción conjunta y coordinada desarrollada por los trabajadores como un medio de autoprotección organizada en torno a tres piezas elementales: la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva cuyo mayor o menor protagonismo en la escena jurídica es síntoma de la tensión entre autonomía colectiva e individual mayor según nos acercamos al momento presente. La hipótesis de trabajo del autor es que las dos posturas en que se materializa el dilema entre esos valores contrapuestos acaban en aporías. Y es que, quienes buscan la protección del trabajador suelen hacerlo incurriendo en lo que para el autor son distintos errores, véanse sus *anacronismos*, sus *ficciones*, sus *ontologizaciones cuasimetafísicas* y su *cuestionable instrumental teórico-jurídico*. Del lado contrario, quienes mejor parecen interpretar y proyectar la variable realidad socio-económica «dan primacía a la protección de la empresa» en detrimento de los intereses y derechos de unos trabajadores que ven cómo su antigua subordinación a un grupo o clase es sustituida por su subordinación a la empresa y a la lógica económica.

Es evidente que el desfase de la vieja lógica binaria de la lucha de clases y la creciente complejidad de la sociedad y sus estructuras tienen mucho que ver con todo ello. Ante lo cual el profesor García Amado propugna la necesidad de «reinventar un discurso protector que dé cuenta de los nuevos fenómenos», fenómenos que él mismo agrupa en dos conjuntos que sitúa en el plano horizontal, «la enorme diversificación del mundo del trabajo» y en el vertical, que por su parte nos permite ver cómo «la solidaridad entre quienes trabajan puede fácilmente llegar a traducirse en insolidaridad frente a otros grupos menos favorecidos.» Nada extraño por otra parte dada la enorme fragmentación que descompone hoy a un colectivo tan heterogéneo, desdibujado y dis-

par como el de los trabajadores. Sin embargo, la triple reducción sostenida por un buen sector de la doctrina laboralista y que García Amado describe a instancias de Caruso: «la unidad de interés, la unidad de agente negocial y la unidad de efectos» enmascara lo que de plural y diverso tiene nuestro mundo, y así, a base de simplificación se huye de las distorsiones que acompañan a lo complejo en busca de una nostálgica solución igualadora que no igualitaria.

Nada de ello ha pasado desapercibido a autores que, como Oppolzer, señalan los tres frentes que hacen tambalear al Derecho del Trabajo tal como fue entendido originariamente. Primero: que «el Derecho del Trabajo impide la creación de empleo»; segundo: que «el fundamento del Derecho del Trabajo ha decaído puesto que la estructural desigualdad de poder entre empresario y trabajador pertenece al pasado», y tercero: que es precisamente ése Derecho el que constituye «un obstáculo para el logro de los intereses del individuo y la satisfacción de sus necesidades.» Dicho lo cual, sólo parece haber lugar para un interrogante, pero «¿hay salida?» o el panorama es tan negro como lo pintan. A su propia pregunta responde García Amado con una propuesta que él dice «nada original» pero yo entiendo adecuada del todo. Según sus tres puntos básicos es preciso mantener «las conquistas legales y convencionales imprescindibles para mantener un auténtico ejercicio de la autonomía individual», conservar «la negociación colectiva» y además no bajar la guardia en la «reivindicación del papel del Estado y del protagonismo de la ley.» Se refiere, sin duda, a un Estado Social que lejos de trocear al Derecho laboral afronte «la regulación del trabajo sobre una base de teoría social más amplia y menos esquemática.» ¿Alguien duda que la pan-visión que la Filosofía del Derecho impone tiene mucho por hacer a este respecto?

El siguiente es un trabajo donde se describen las transformaciones habidas en la concepción de la ley en los últimos tiempos y hasta qué punto ello ha alterado la noción clásica de ordenamiento jurídico. En ese sentido, «La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho» de M.^a Ángeles Galiana bien podría formar un pequeño bloque con los artículos de los profesores Ruíz Sanz y Tejada Gorráiz ya que todos tienen en común el desvelo por el papel y lugar que oficiosamente se viene asignando a la ley. No por sabido es menos significativo que el modelo de Estado Social ha alterado la idea de Derecho que parecía haberse instalado para siempre entre nosotros. Las funciones distributivas y promocionales asumidas recientemente han acabado por eclipsar un Derecho que hasta entonces sólo se había especializado en proteger y reprimir. La consideración por parte de la autora de las sólidas contribuciones al respecto de Natalino Irti y Zagrebelsky dan solidez a una reflexión cuyo interés por las causas de tanto cambio en las fuentes del Derecho no empaña el análisis de las consecuencias, problemas en la publicidad que se convierten en una mala seguridad jurídica. En sus conclusiones la profesora Galiana aboga por la consigna de un nuevo tipo de racionalidad, una racionalidad práctica enfrentada a la tradicional, la formal. Con arreglo a esa nueva racionalidad la eficacia dejará de ser medida por el seguimiento del cumplimiento de las normas y en su lugar habrán de tenerse en cuenta «el logro de resultados o la consecución de fines.» Eso, que no es sino una apuesta rigurosa por la «eficacia política de la norma» cobra todo su sentido si —como es el caso— se atribuye al Derecho el deber de «asegurar la realización efectiva de los derechos y no únicamente su reconocimiento.»

Cargado de sugerentes e inquietantes planteamientos viene a continuación el trabajo de Ruth Mestre «Vínculo social y trabajo hoy. La exclusión

de las mujeres inmigrantes.» A decir verdad, no abordar un tema como éste en un libro como éste hubiera sido un importante déficit tratándose de reflexionar y reforzar un vínculo social más denostado que otra cosa. La mirada transversal de la autora sobre la Ley orgánica 7/1985, de derechos y libertades de los extranjeros en España, más conocida como Ley de extranjería, viene a cubrir lo que habitualmente no pasa de ser un vacío en los planteamientos teóricos. Su audaz comparación entre el contrato de extranjería y el contrato social actual deja al descubierto buena parte de los débiles flancos de composiciones jurídico-políticas ya superadas por la realidad social. De la desigual y desventajosa posición de los inmigrantes en esa necesaria ficción imposible que es el contrato social, la de las mujeres resulta ser la más penosa de las penosas. Su destino como «mujeres reagrupadas» las convierte en subarrendatarias en el país de llegada –lo de *país de acogida* suele ser eufemístico–. Su sujeción al reagrupante –casi siempre varón– es total. A argumentar y rebatir tan seria afirmación dedica Ruh Mestre este trabajo donde el repaso al Reglamento de 1996 resulta tremendamente aclaratorio. Tal vez sea la suya una exposición incómoda pero eso es precisamente lo que la hace más precisa.

El título que cierra el libro, «La crisis de la ley», no da respiro a una Filosofía del Derecho que no ceja en su empeño de diagnóstico y pronóstico de un Derecho que evade la foto fija. De manera clara y sistemática propone su autor, Queralt Tejada, los diez puntos por los que considera que el «virus» ha hecho presa de la ley. Una serie de razones por las que el Derecho no es ya lo que era sino una cosa bien distinta, a saber: uno, el pase de testigo del silogismo lógico a la argumentación en la confección técnica de la decisión jurídica; dos, las consecuencias jurídicas de la descentralización y la globalización, en especial, el fenómeno de la «pulverización del derecho legislativo»; tres, el paso un tanto desacompañado del Estado Liberal al Constitucional; cuatro, la llegada de lo material como condicionante y aun determinante de lo formal en el nuevo Derecho; cinco, complejidades vinculadas al protagonismo de la Constitución, una «norma flexible y flotante» en el eje del edificio del derecho; seis, el consecuente auge del estamento constitucional en detrimento del legislativo; siete, la preponderancia de un nuevo anclaje objetivo, el de los derechos fundamentales cuya centralidad ocupa la que correspondiera en otro tiempo a la ley; ocho, la creciente preocupación doctrinal por la función y papel de los principios en un mundo tradicionalmente reglado; nueve, el ascenso en el organigrama jurídico-político de la figura del juez, al que se coloca en un «plano de igualdad respecto al legislador» pues aunque «no pueda invalidar ni inaplicar el producto de las Cámaras, sí podrá, sin embargo, cuestionarlo ante un Tribunal Constitucional»; diez, el abandono de un espejismo, el que míticamente describía el trabajo judicial. Hoy el juez «antes que subsumir interpreta, antes que sentenciar persuade y antes que reproducir el contenido de la ley, justifica su personal y subjetiva visión como la mejor de entre las posibles». En estas circunstancias a nadie pasa inadvertido el «punto neurálgico» ocupado hoy por el juez o destinatario del razonamiento aun a costa del que correspondiera al creador de la norma. Lugar privilegiado que convierte al juez en potencial agente activo a la hora de apuntalar y vivificar el vínculo que trae la cohesión social.

M.^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

V

NECROLÓGICAS

El último libro de Vittorio Frosini

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla

El libro de Vittorio Frosini ha sido, definitivamente, el último de los muchos por él publicados a lo largo de su vida intelectual, dilatada y fértil. Nacido en Vatania en el año 1922, falleció en Roma el pasado 24 de septiembre, tras haber sobrellevado, con dignidad y entereza, una de esas enfermedades que tratan de tú por tú con la muerte, que a la postre impuso su inexorable designio.

Una trayectoria universitaria densa en hechos, responsabilidades y obras se resiste siempre a ser compendiada en unos cuantos datos esquemáticos. Consciente de ello, reseñaré, sin otra pretensión que la de una mera evocación memoriosa, algunos episodios insoslayables del ejemplar perfil biográfico del profesor Frosini. Becario, en sus años de juventud, del *British Council* en la Universidad de Oxford, conoce y trata en ella a maestros que ejercerán un profundo influjo en su formación: Salvador de Madariaga, Alesandro Passerin D'Entreves, John Mabbott y Herbert Hart. No menos intensa fue la deuda intelectual con su mentor en la Universidad de Catania, el profesor Orazio Condorelli, cuya labor continuará Frosini como Catedrático de Filosofía del Derecho de aquella Universidad. Posteriormente se trasladará a la de «La Sapienza» de Roma, en la que permaneció hasta su jubilación. En esta Universidad desempeñó la dirección del prestigioso Instituto de Teoría de la Interpretación e Informática Jurídica «Emilio Betti», en el que promovió relevantes iniciativas científicas y que, gracias a su certera gestión, se convirtió en uno de los principales foros internacionales para el encuentro y el diálogo entre tecnólogos y juristas. En esta breve reseña del perfil universitario de Frosini no puede tampoco omitirse su actividad como Profesor visitante de las Universidades de Tokio y Harvard, así como su condición de

miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, o de miembro de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española.

Vittorio Frosini ha sido una de las más relevantes figuras del prestigioso grupo de filósofos del Derecho que han enseñado en Italia en el período que abarca desde la postguerra a la actualidad. Herederos inmediatos de las versiones jurídicas del idealismo, el neokantismo, el positivismo y el historicismo, los filósofos del Derecho italianos iniciaron, al promediar el siglo XX, un ambicioso movimiento de renovación de la cultura jurídica de amplia y profunda influencia. El nuevo positivismo jurídico de orientación analítica que surge en torno al estímulo intelectual de Norberto Bobbio, la formación de una Escuela italiana de Sociología del Derecho promovida por Renato Treves, o el decisivo impulso que para la historiografía filosófico-jurídica supuso la obra de Guido Fassò, constituyen aspectos insoslayables de este importante capítulo de la historia de la Filosofía del Derecho contemporánea.

Frosini coincide temporalmente con esa pléyade doctrinal, pero no mentalmente. Los presupuestos y las inquietudes de su pensamiento le sitúan como un adelantado de la sociedad tecnológica. El plano teórico de su reflexión se situó en un radical propósito anticipador de los temas en que se ocupará la Filosofía del Derecho del porvenir. Esta condición suya le llevó a una vida intelectual inquieta, dinámica, más preocupada de adivinar los rumbos futuros de la reflexión iusfilosófica que a explicar sus problemas pasados.

Como todo pensador esencialmente crítico, su obra arranca y se explicita en tensión polémica con dos de las más influyentes interpretaciones del Derecho de nuestro tiempo: el idealismo y el kelsenianismo. El contexto en el que se inicia la vocación filosófico-jurídica de Frosini se halla impregnado de idealismo. A esa corriente pertenecieron algunos de sus maestros, cuyos nombres se inscriben entre los más representativos del neoidealismo italiano: Giovanni Gentile, Guido Calogero, Francesco Collotti, Angelo Ermanno Cammarata, Orazio Condorelli... Es cierto que para Frosini el Derecho será definido como «morfología della prassi», pero esa praxis no tendrá un sentido ideal y abstracto, sino que será fruto de un proceso de estructuración en formas definidas por la acción social. Además, al apriorismo de la concepción idealista del Derecho opondrá Frosini –y a ello no será ajeno el influjo intelectual de Giuseppe Capograssi– el carácter de experiencia común del Derecho, como realidad propia de las formas concretas de vida social.

De Kelsen, dirá Frosini, que puede repetirse respecto a él lo que afirmaba Hegel con relación a Spinoza: que era necesario *spinozieren* para poder *philosophieren*. El sistema de Spinoza representó un momento clave en la historia del pensamiento europeo, que, por ello mismo, debía ser superado. Según Vittorio Frosini, Kelsen se asemeja a Spinoza: en ambos se da idéntica exigencia especulativa de un absoluto monismo, en función del cual Dios se hace naturaleza en Spinoza, y el Estado se hace Derecho en Kelsen. Al *ordo rerum* y al *ordo idearum* del primero, le corresponde el paralelismo entre los hechos y las normas propugnado por el segundo. Se da incluso entre ambos la curiosa mezcla entre el reconocimiento del derecho de la fuerza, entendido como el único auténtico

Derecho natural, y la enérgica afirmación del deber de tolerancia cívica de las filosofías y de las creencias (ideologías para Kelsen) contrastantes. Frente al spinozismo jurídico de Kelsen, frente a su rigurosa concatenación de normas, y la coherencia lógica de su pensamiento, frente a ese «espíritu sistemático» despectivo de la realidad y de las pasiones e ilusiones humanas, opone Frosini las exigencias fácticas y axiológicas de la experiencia jurídica. Las objeciones avanzadas por Vico respecto al spinozismo, en nombre de la humanidad que lucha trabajosamente por construir su historia en función de la imagen de una humanidad mejor, fueron retomadas por Frosini para reafirmar los valores que fundamentan e inspiran la experiencia histórica del Derecho.

Conviene advertir que lo que primariamente ha hecho de Frosini un filósofo del Derecho estimulante y original ha sido su aptitud para superar y trascender, desde el presente, el plano temático de su crítica al idealismo y a la doctrina kelseniana, para situarlo en una órbita de futuro: la de la sociedad tecnológica. La crítica frosiniana al idealismo en nombre de la experiencia, y al kelsenianismo en función de los valores de la humanidad, no han supuesto un regreso a concepciones historicistas o axiológicas del pasado. Su mérito intelectual reside en su capacidad prospectiva para vislumbrar y diseñar el horizonte de los derechos y de los valores en la era tecnológica, en la que comenzamos ya a vivir, y que será el contexto inmediato de la experiencia jurídica del porvenir.

De lo expuesto hasta aquí se desprende la pluralidad de aspectos sobre los que se proyectó la obra de Frosini y, consiguientemente, desde los que es posible abordarla. En los últimos meses, con la salud desvencijada, su figura prócer combada como el arco dispuesto a lanzar la última flecha sobre el horizonte de la cultura, nos ha ofrecido el legado de su libro: *La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi* (ed. a cargo de Francesco Riccobono, Giappichelli Editore, Torino, 2001, 260 pp.). Se trata de una obra que trasluce cierta intuición premonitoria de Frosini, quien al vislumbrar la proximidad de su fin ha querido dejarnos su personal visión de algunas figuras del pensamiento filosófico y jurídico, que más decisivamente contribuyeron a forjar su propia identidad intelectual.

El libro, fiel a cuanto sugiere su título, se desglosa en una serie de *retratos*, es decir, unos justiprecios de autores del pasado especialmente próximos a sus ideas e inquietudes; y una selección de *recuerdos*, integrada por breves semblanzas de aquellos maestros, colegas y amigos que más directamente influyeron en su quehacer como filósofo del derecho.

En la primera parte de la obra predomina lo que, atendiendo a la enseñanza historiográfica de Hegel, cabría calificar de *historia filosófica* (*philosophische Geschichte*), o sea, explicación racional de la existencia que indaga el sentido universal y concreto de las doctrinas y los acontecimientos humanos. Mientras que en la segunda, se insertan los perfiles biográficos de figuras que conformaron la circunstancia existencial e intelectual de la propia personalidad de Vittorio Frosini. Respecto a estos pensadores, Frosini opera como historiador del presente, realiza una forma de *ursprüngliche Geschichte*, de *historia vivencial* o *inmediata*, en la acepción hegeliana; en la que el historiador tiene a su favor el ser cro-

nista de hechos y doctrinas de cuya génesis y expresión ha sido testigo directo.

Entre las figuras sobresalientes del pasado, tratadas en el libro, destacan los nombres de: Vico, Filangieri, Constant, Rossi, Amari, Arcoleo, Orlando y Santi Romano. Entre los maestros vinculados a la formación de Frosini se inscriben personalidades tan representativas en la cultura jurídica contemporánea como: Del Vecchio, Cesarini Sforza, Betti, Mortati, Kelsen, Perticone, Condoreyi...

Son también protagonistas de la última parte del libro un relevante elenco de personalidades de la cultura jurídica, política y filosófica que, en calidad de maestros y de amigos, fueron particularmente afines a la evolución intelectual de los años de madurez de Frosini. Deben citarse aquí los nombres de: Satta, Passerin d'Entrèves, Marongiu, Calogero, Treves, Capurso, Sandulli y Bentivoglio. La mera mención de este catálogo de autores es lo bastante elocuente para que se calibre el interés y actualidad de su empeño teórico. Frosini no ha pretendido en su indagación llevar a cabo unos retratos completos, tendentes a explicar con exhaustividad los pormenores biográficos de las personalidades enjuiciadas; cada uno de *sus retratos y recuerdos* es más bien como un *flash*, lúcido e iluminador de un instante en lo que es el núcleo de las ideas de cada uno de los autores estudiados.

En el cuidado *Prefacio* que nos introduce en el libro, el profesor Francesco Ricco Bono, discípulo destacado y ferviente de Frosini, advierte de que el texto no es una mera galería de perfiles biográficos. La expresión *coscienza giuridica*, que sirve de título a la obra, no es casual; constituye el nervio informador que da unidad al conjunto de semblanzas intelectuales incluidas en ella. Esa expresión refleja el propio ideario teórico de Frosini, tal como fuera formulado desde su libro *La struttura del diritto* (Giuffrè, Milano, 1962; existe una ed. española a cargo de A. E. Pérez Luño, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974), que constituye, a tenor del autorizado criterio de Ricco Bono, la contribución filosófico-jurídica más importante de Vittorio Frosini. Para Frosini, en efecto, la conciencia jurídica no se agota en la mera «*consciencia nomológica*», es decir, en la actividad del jurista tendente al conocimiento y elaboración de los materiales normativos inmediatos, sino que se amplía en la exigencia reflexiva y crítica a partir de la consciencia general de los valores y de los desarrollos de la ciencia.

El libro de Frosini constituye una pauta para seguir el itinerario intelectual de aquellos juristas contemporáneos que han sabido trascender la *consciencia nomológica*, para arribar a una consciencia jurídica, en cuanto actitud integradora de las aportaciones científicas y de las instancias axiológicas en el seno de la experiencia jurídica.

Se ha hecho notoria una observación de Fichte de que cada filósofo hace una filosofía acorde con los rasgos de su propia personalidad. Este aserto se corrobora plenamente en la actitud de Frosini, cuya obra filosófico-jurídica, muy en particular la que motiva este comentario, refleja los rasgos de agudeza, sensibilidad, generosidad, y pulcritud formal que distinguieron su personalidad humana. Los retratos que en su último libro nos ofrece conforman un admirable cuadro de perspicacia y clarividen-

cia; constituyen también un ejercicio constante de sensibilidad y generosidad intelectual.

Un célebre *motto* aristotélico enseña que la filosofía nació de la admiración: del asombro ante los fenómenos del mundo externo y ante los acontecimientos de la vida humana. Un filósofo que, cuando una perfección pasa ante él, no siente la necesidad de la admiración muestra escasa sensibilidad filosófica. Esa capacidad admirativa que consiste en un reconocimiento, hecho de sensibilidad y generosidad, hacia cualquier rasgo de excelencia del pensamiento, nada tiene que ver con el halago o la beatería intelectual. Nada hay más contrario al espíritu y método científico que la actitud dogmática y la exaltación acrítica. Pero esas exigencias de rigor no tienen por qué confundirse con la estrechez de juicio o la mezquindad en la valoración de los méritos del talento ajeno.

Nietzsche explicó, con incuestionable eficacia, las peculiaridades del resentimiento intelectual. La persona inepta, torpe, vitalmente insatisfecha, destila frustración y como no logra acallar el menosprecio que siente hacia su propia personalidad, busca su autojustificación en negar todo lo valioso que existe a su alrededor; ya que no puede estimarse a sí mismo, tenderá a buscar razones para desprestigiar toda virtud. No verá más que defectos, errores e insuficiencias en los intelectuales mejores, cuya mera existencia supone para él una constante humillación. Así, creará un equilibrio artificioso entre los mejores y él mismo.

El sereno racionalismo ilustrado y las firmes convicciones democráticas de Frosini se alejan, o más exactamente se oponen, al ideario de Nietzsche. No obstante, se da un punto de coincidencia entre Nietzsche y Frosini: su común rechazo del resentimiento. Frosini representa la antítesis de cualquier forma de resentimiento intelectual. Sabedor de que para descubrir la faz verídica de las cosas en el plano de la cultura, es necesario adoptar una actitud amplia y generosa; porque toda realidad, especialmente la realidad de las personas, presenta siempre una multiplicidad de aspectos, algunos favorables, otros adversos: la vida del genio más egregio, mirada con encono, puede ser malévolamente interpretada. Sólo desde la sensibilidad y la generosidad será dado captar los aspectos más dignos de admiración de las grandes figuras de la historia del pensamiento. Desde el rencor sólo será posible contemplar lo mezquino y ruin. Tenía razón Ortega y Gasset cuando indicaba que, desde la estrechez de ánimo, no se hace historia, a lo sumo se hace aldea.

La perspectiva intelectual y moral del mediocre, certera cuando trata de juzgar a sus congéneres, es inadecuada cuando se aplica a personalidades de talento. Wolfgang Goethe supo reflejar esta idea magistralmente en *Las afinidades electivas*, donde escribe: «Se dice que para el ayuda de cámara no hay héroes. Pero eso ocurre solamente porque el héroe sólo puede ser reconocido por el héroe. El ayuda de cámara probablemente sabrá apreciar a sus semejantes. No hay mayor consuelo para la mediocridad que el hecho de que el genio no sea inmortal».

Frosini, que no pertenece en absoluto al linaje de los mezquinos y mediocres, se vio atrapado a veces, precisamente por ser capaz de comprender y compartir su grandeza, por la fuerza subyugadora del pensamiento de los protagonistas de sus *retratos y recuerdos*. Ello determina

que, en algún momento, vea comprometido su afán de objetividad por la propia admiración que le suscita la trayectoria personal e intelectual de esas personalidades de la historia contemporánea de las ideas filosóficas y jurídicas. Pero esa admiración nunca implica pérdida del rigor y del distanciamiento crítico precisos; es tan sólo un sentimiento legítimo de adhesión a unos talentos e ideas compartidos.

La presencia de Vittorio Frosini en la cultura filosófico-jurídica de los países de habla hispana ha sido intensa y fecunda. A la edición de su libro *La estructura del derecho*, a la que he aludido anteriormente, debe añadirse, entre otras, las traducciones castellanas de dos de sus libros más importantes: *Cibernética, derecho y sociedad* (trad. cast. de C. Salguero-Talavera y R. Soriano Díaz, con prólogo de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 1982) y *La letra y el espíritu de la ley* (trad. cast. de C. Alarcón Cabrera y F. Llano Alonso con prólogo de C. Alarcón, Ariel, Barcelona, 1985). Se cumple también un lustro desde que tuve la grata responsabilidad académica de dirigir la Tesis doctoral de la profesora asociada María Cinta Castillo sobre *Vittorio Frosini: Aportación al estudio de las relaciones entre las nuevas Tecnologías de la Información y el Derecho*, defendida con la máxima calificación en la Universidad de Sevilla y de cuyo Tribunal tuvo el agrado de formar parte el propio Frosini. Fue aquélla la última visita de Vittorio Frosini a nuestra Universidad y fue también la última ocasión en la que los profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de Sevilla tuvimos ocasión de gozar de sus saberes y del testimonio vivo y entrañable de su calidad humana.

La muerte, al culminar la andadura de un pensador, desvela su más auténtica y plena realidad. Como toda cima, la muerte es atalaya que ofrece una perspectiva desde la que se clarifican y aquilatan los aspectos más relevantes de una personalidad intelectual. Vittorio Frosini, mientras vivió, no fue sólo lo que era en sí mismo, sino también lo que era en nosotros. Los principales rasgos de su carácter quedaban involucrados en nuestras propias inquietudes, afinidades y tareas compartidas. Su imagen se desfiguraba en la atmósfera densa de nuestros propios intereses; ahora retorna a sí mismo como figura histórica. La inteligencia, denuedo y convicción que puso en el estudio de la Filosofía del derecho, de la que es muestra elocuente su último libro, pervivirán como un ejemplo para quienes fuimos sus amigos y discípulos.

RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Tema monográfico», «Estudios» y «Debates» tendrán como extensión máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres para los artículos, en general.

Todos ellos deberán ir acompañados de un *abstract* de 10 líneas (en castellano y, opcionalmente, también en inglés, para la edición electrónica del *Anuario*).

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres.

Se recomienda que los originales se envíen preferentemente por correo electrónico a la dirección del *Anuario* (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). En el caso de que ello no sea posible, deberán enviarse en soporte informático: en disquete de 3,5" con un programa de proceso de textos de Microsoft Word para PC o para Macintosh, indicando en la etiqueta del disco el autor, título del trabajo y la versión del programa informático utilizada. En principio, no hace falta enviar el trabajo en papel.

II. Sistema de citas:

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. *Sistema abreviado*: referencia bibliográfica, más elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas serán indicadas en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica, si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: Gonzá-

lez Vicén 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32, y González Vicén 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

B. *Sistema tradicional*: citas bibliográficas mediante notas a pie de página.

En este caso, no se incluirá elenco bibliográfico al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro. Ejemplos:

1. Libro/Monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o artículo incluido en libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F.; «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

IV. Admisión de originales:

Serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.

Anuario de Filosofía del Derecho

VOLUMEN I (1984)

I. LA DECISIÓN JURÍDICA. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Creación y aplicación en la decisión judicial. FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS, Los juicios de valor en la decisión judicial. FRANCISCO PUY, La decisión. JOSÉ M. ROMERO MORENO y LUIS J. PEREDA ESPE-
SO, Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica. JOSÉ I. LACASTA ZABA-
LA, Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideracio-
nes sobre la imparcialidad política del juez. JUAN DAMIÁN TRAVERSO, La decisión
administrativa. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Decisión jurídica y argumentos de autori-
dad. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Notas sobre la aplicación del Derecho. – II. ESTU-
DIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El darwinismo social: Espectro de una ideología. ERNES-
TO GARZÓN VALDÉS, Moral y política. EDUARDO NOVOA MONREAL, Algunas reflexiones
sobre el derecho de castigar del Estado. VLADIMIRO LANSBORFF GALAGANE-BROWN, El
derecho natural hoy: Ética y economía. MODESTO SAAVEDRA, La libertad de información
y la ordenación jurídica de la televisión: El ejemplo alemán. GREGORIO PECES-BARBA
MARTÍNEZ, Nota sobre la justicia. LUCIANO BARCI MARTÍN, El Derecho Natural de Gra-
ciano. JAVIER HERVADA XIBERTA, Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiamsi daremus»
de Grocio. ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Algunas consideraciones
sobre la necesidad del derecho subjetivo en L. Duguit. ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ,
Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad.

VOLUMEN II (1985)

I. DERECHO, PAZ, VIOLENCIA. NORBERTO BOBBIO, El equilibrio del terror. JÜRGEN HABERMAS, Derecho y violencia. MARTÍN KRIELE, Política de paz en la encrucijada. ALBERT CASAMIGLIA, De nuevo sobre la guerra y la cooperación. JESÚS BALLESTEROS, Paz, desarme, libertad: Obstáculos económicos e ideológicos. F. JAVIER DE LUCAS MARTÍN, La noción de defensa y la crisis de legitimidad. JOSÉ M. ROJO SANZ, Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, La paz como valor constitucional. RAMÓN SORIANO, La paz y la Constitución española de 1978. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional. CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural. JOSÉ M. ROMERO MORENO, El ideal de la paz perpetua en Kant. – II. ESTUDIOS. GUIDO CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. MIGUEL ÁNGEL RODILLA, Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza. ANDRÉS OLLERO, Positividad jurídica e historicidad del Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. FERNANDO GALINDO, Democracia, razón y derecho. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho. EDUARDO DÍAZ-OTERO HERRERO y JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES, Gioele Solari, entre la crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho. ISMAEL PEIDRO PASTOR, El sentimiento de lo justo en Unamuno.

VOLUMEN III (1986)

I. METODOLOGÍA JURÍDICA. KARL ENGLISH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCISCA PUIG-PELAT MARTÍ, Sobre la Ciencia y el Derecho y el discurso racional. – II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El neokantismo jurídico-axiológico. JOHANES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, Naturrecht y Rechtsphilosophie. ÁNGELES LÓPEZ, Consideraciones históricas del kantismo en España. RAMÓN SORIANO, La oposición a la ilustración: Fréron y L'Année Littéraire. RAFAEL GONZÁLEZ TABLAS Y SASTRE, Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

VOLUMEN IV (1987)

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX. ESPERANZA GUIÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad de la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALÉS, La fundamentación normativa de un principio igualitarista. – II. IHERING, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering. – III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: Un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOANA RUBIO, El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica». ISMAEL PEIDRO PASTOR, Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. 1. TEORÍA Y MÉTODOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. RENATO TREVES, A la búsqueda de una definición de la Sociología del derecho. CSABA VARGA, Teorías macrosociológicas del Derecho. Panorama y valoración. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho. 2. SOCIOLOGÍA JURÍDICA APLICADA. TERCIO SAMPAYO FERRAZ, J. R. Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes. JOSÉ JUAN TOHARIA, Los españoles y la ley. ROBERTO BERGALLI, El control penal en el marco de la Sociología Jurídica. JUAN J. RUIZ-RICO Y MERCEDES VERA PADIAL, Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española. M. J. AÑÓN, E. BEA, C. LÓPEZ, J. DE LUCAS Y E. VIDAL, Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales). 3. CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: Un problema metodológico. CARLOS ALARCÓN CABRERA, El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Sociología sistemática y política legislativa. – II. DOS SIGLOS DE LA «CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA». ESPERANZA GUIÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica. – III. ESTUDIOS. NEIL MCDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico. Humanismo y Democracia en Karl K. Popper.

VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1789. El modelo de Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención. – II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen.

ENRIQUE BOENTE PERALES, Tugendhat contra Rawls y Habermas. JOSÉ JUAN MORENO MATEOS, Cinco diferencias entre Bentham y Austin. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924).

VOLUMEN VII (1990)

I. LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, La trauma moral de la democracia en la vida cotidiana. E. QUESADA, F. COLOM, J. M. HERNÁNDEZ, La formación de la soberanía democrática: Entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higler Law, pactum uniones y pactum socialis.. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídica-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración. FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTÍN, Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. FERNANDO GALINDO, Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática. ROBERTO BERGALLI, Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: Un caso para el análisis. FRANCISCO PUY, En torno a la dicotomía democracia-demagogia. LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial. – II. ESTUDIOS. 1. DERECHO: FILOSOFÍA, TEORÍA. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La Sociedad y el Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, El lugar de la moderna teoría jurídica. JOSÉ JUAN MORESO, Ciencia jurídica y dualismo metodológico. MANUEL SEGURA ORTEGA, Sobre la noción de validez. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross. 2. DE LA MODERNIDAD. RAINER SPECHT, Derecho natural español. Clasicismo y modernidad. EMILIO MIKUNDA FRANCO, J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELÓSEGUI, El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume. Smith y la ilustración escocesa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. LOURDES GORDILLO, Una teoría utilitaria de la Justicia. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítico: H. L. A. Hart.

VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. JAIME BRUTAU PRATS, La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio –ayer y hoy–. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, Amé-

rica en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario. – II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO. NEIL MACCORMICK Y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VICTORIA ITURRALDE, Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas. 2. PENSAMIENTO JURÍDICO. SALVADOR RUS RUFINO Y MARÍA ASUNCIÓN SÁNCHEZ MANZANO, Comentario al texto «Anónimo sobre la ley». MERCEDES CARRERAS, La presencia del Derecho en la obra de Vifredo Pareto. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa. 3. DERECHOS HUMANOS. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Precursores» en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRANZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión. – III. IN MEMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

VOLUMEN IX (1992)

I. MUJER, PODER, DERECHO. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. ROBERTO BERGALLI Y ENCARNA BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. MARÍA ÁNGELES BARKEKE UNZUETA, Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista? MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUIÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer. – II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTÓ NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA, PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A. Hayek.

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia. – II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho, MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO, JOSÉ ÁNGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de la Teoría del Derecho como hiografía crítica de la ley. 2. DERECHO Y LENGUAJE. ROBERTO J. VERNENGO. Deberes descriptivos y deberes prescriptivos. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónticas de una paradoja lógica de Lewis Carroll. GIUSEPPE ZACCARÍA, Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración. CARLOS I. MASSINI CORREAS, Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa. 3. DERECHO Y VALORES. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El iusnaturalismo de John Finnis. 4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, En torno al paradigma conservador. Modelo mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges). MANUEL SEGURA ORTEGA, El movimiento de Derecho libre. SALVADOR RUS RUFINO, Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930). BENJAMÍN RICAYA GARCÍA, Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague.

VOLUMEN XI (1994)

I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS. ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, Contextualismo ético y relatividad de la justicia. PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico. ESPERANZA GUISÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La Ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrista musulmán. – II. ESTUDIOS. 1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, C. S. Nino y los derechos morales. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Notas sobre la igualdad. ROBERTO GARGARELLA, Crisis de representación, deliberación y «political correctness». ENRIQUE BOENTE PERALES, Del peso de la libertad al pluralismo político-moral. Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin. CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO, La moralidad pública como límite a la libertad de expresión. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, Bioética para juristas. MONSERRAT FIGUERAS, ANTONIO EZQUE-

RA, FRANCISCO SARRAGA, Conflicto entre Ciencia, Ética y Derecho en el proyecto genoma humano. 2. CIENCIA DEL DERECHO. HANS-PETER SCHWINTOWSKI, Estructuras básicas de sistemas de regulación optimales. Un concepto que une las ciencias naturales y las ciencias filosóficas. MARIO RUIZ SANZ, El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Definiciones en el Derecho. AMEDEO G. CONTE, Forma performativa. FRANCISCO JOSÉ DÍEZ AUSÍN, Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho. JOSEP AGUILÓ REGLA, La derogación en pocas palabras. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Soberanía, Constitución y Derechos en los orígenes de la Revolución norteamericana. FRANCISCO CARPINTERO, Las canas de Kant. ANA LLANO TORRES, Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués: un filósofo del Derecho español del s. XIX. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Personalismo, democracia cristiana y Filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba. DAVID SÁNCHEZ RUBIO, Enrique Dussel: el lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica.

VOLUMEN XII (1995)

I. DERECHO Y ÉTICA ANTE LA VIDA Y LA MUERTE. CARLOS MARÍA CASABONA, Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Perfil general del Derecho médico. VICENTE BELLVER CAPELLA, Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Eutanasia y Derecho. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Principios secundarios y muerte digna. EVARISTO J. VIDAL GIL, Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La sentencia 215/1997 (TC) sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, La Defensa de la Pena de Muerte y el Derecho a la Vida en John Stuart Mill. – II. ESTUDIOS. 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral. ÁNGEL CUENCA, Objeción de conciencia: Reflexión ética. ALFONSO DE JULIO CAMPUZANO, Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías de acceso al reconocimiento de la igualdad. URBANO FERRER, La acción anónima y el sentido (de Weber a Schutz y Habermas). 2. TEORÍA DEL DERECHO. CARLOS ALARCÓN CABRERA Y ANDREA ROSSETTI, Validez y theticidad. MANUEL SEGURA ORTEGA, La imperatividad del Derecho. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, La concepción estándar y la concepción realista del Derecho. JUAN JOSÉ MORESO, La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica. MILAGROS OTERO PARGA, La arbitrariedad. VICTORIA ITURRALDE, Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de «civil law»: el caso español. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. FRANCISCO CASTILLA URBANO, El concepto de «estado de naturaleza» en la escolástica española de los siglos XVI y XVII. FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, La razón de los Ilustrados. ANA LLANO TORRES, Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero. ANDREA GREPPI, Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio). LEONOR SUÁREZ LLANOS, Un comunitarismo para R. Dworkin. SALVADOR RUS RUFINO, La justicia como decisión negociada.

Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, La actitud marxista ante el Estado social. – III. IN MEMORIAN. JESÚS BALLESTEROS, José Corts Grau (1905-1995). – IV. DEBATES. JOSÉ LUIS SERRANO, JOSÉ LUIS SOLANA, FRANCISCO GARRIDO Y ANTONIO M. PEÑA, Ecologismo personalista: ecos de premodernidad. JESÚS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ Y ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, Las razones del ecologismo personalista. BENITO DE CASTRO CID, Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras. FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ, Derechos sociales y necesidades. Respuesta al profesor De Castro. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Sobre el análisis económico del Derecho. PEDRO MERCADO PACHECO, Respuesta a la profesora Paloma Durán. FERNANDO GALINDO, Actividades frente a normas. ROBERT ALEXY, Respuesta a F. Galindo. – V. INFORMACIONES. El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas. Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995). – VI. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Crónica Bibliográfica 1995. – VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. MARGARITA BELADIEZ ROJO, Los principios jurídicos (Joaquín R. Toubes Muñiz). NORBERTO BOBBIO, Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso). MANUEL CALVO GARCÍA, La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta). AMEDEO G. CONTE, Filosofía del linguaggio normativo. – II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera). JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La Constitución como proceso y la desobediencia civil (Rafael Herranz Castillo). WILLIAM W. FISHER III Y OTROS (eds.), American legal realism (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA, Georges Sorel en su tiempo (1847-1922) (Teresa Picontó Novales). FRIEDRICH MÜLLER, Strukturierende Rechtslehre (Antonio Enrique Pérez Luño). LYGIA NEGRIE-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, Criminologie de l'acte e philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González). ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Consentimiento, Democracia y Obligación política (Nora María Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El desbordamiento de las fuentes del derecho (Carlos Alarcón Cabrera). DEREK L. PHILIPS, Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought (María Leonor Suárez Llanos). JOHN RAWLS, Political Liberalism (Salvador Rus Rufino). MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht (Félix Francisco Sánchez Díaz).

VOLUMEN XIII (1996)

I. HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN DEBATE. MARINA GASCÓN ABELLÁN, Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil». Enoch Alberti, El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky. Perfecto Andrés Ibáñez, No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España). ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, La ley y el legislador. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky. RICCARDO GUASTINI, Derecho dúctil, Derecho incierto. LUIS

PRIETO SANCHÍS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). ALFONSO RUIZ MIGUEL, Del dúctil derecho a la virtuosa necesidad. – II. ESTUDIOS. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Hacia un *tractatus deóntico-philosophicus*. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo. FERNANDO H. LLANO ALONSO, La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, La justicia paradójica de Emmanuel Lévinas. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Libertad y Estado en la teoría neoliberal. JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ, Soberanía, obediencia y *salus populi* en Thomas Hobbes. JOSÉ MARÍA ROSALES, Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Igualdad y discriminación genética. VICENTE BELLVER CAPELLA, El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos. JUANA MARÍA GIL RUIZ, Reflexiones jurídicas sobre un reto de futuro: la maternidad. – III. DEBATES. PABLO DE LORA, Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella (La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial). ROBERTO GARGARELLA, Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación) (José Calvo González). JOHN AUSTIN, The province of jurisprudence determined (Isabel Turégano Mansilla). MIGUEL AYUSO TORRES, La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada (Benjamín Rivaya). JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho (José María Rosales). MARÍA CASADO GONZÁLEZ, La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos (Ana María Marcos del Cano). AMADEO G. CONTE, CARLOS ALARCÓN CABRERA, Deóntica de la validez (Victoria Iturralde Sesma). NEIL DUXBURY, Patterns of American Jurisprudence (Félix Francisco Sánchez Díaz). VITTORIO FROSINI, La letra y el espíritu de la ley (Fernando H. Llano Alonso). EMMANUEL MOUNIER, Obras completas (M. Leonor Suárez Llanos). LLUÍS PEÑUELAS I REIXACH, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado (Nora M. Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Manual de Informática y Derecho (Nora M. Martínez Yáñez). JOSÉ RUBIO CARRACEDO, Educación moral, posmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, American Legal Realism & Empirical Social Science (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, La Philosophie Pénale (José Calvo González). – V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO, 20 Y 21 DE MARZO DE 1997. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Ética pública-

Ética privada. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Derecho y punto de vista moral. – II. ESTUDIOS. 1. Estudios de Teoría del Derecho. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores. MILAGROS OTERO PARGA, Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico. MARIO RUIZ SANZ, De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, Analogía e imperio de la ley. 2. Estudios sobre Justicia y Derechos. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, La Justicia social como correctora de la justicia protectora. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización. 3. Estudios de Historia del Pensamiento Jurídico. ROGER CAMPIONE, Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch. 4. Estudios de Filosofía Política. PILAR ALLEGUE, En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural? XACOBE BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo neoaristotélico. – III. DEBATES. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Réplica a los «Presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Ligier. DANIEL GONZÁLEZ LIGIER, De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín). BENJAMÍN RIVAYA, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo. RICARDO GARCÍA MANRIQUE, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. J. BALLESTEROS Y J. PÉREZ ADÁN (editores). Sociedad y medio ambiente (M.^a Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.^a ed.) (Carmelo José Gómez Torres). TERESA PICONTÓ NOVALES, La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos) (Miguel A. Ramos Ulgar). MANUEL PORRAS DEL CORRAL, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos (Ángela Aparisi Miralles). LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos (José Luis Solana Ruiz). PEDRO RIVAS PALÁ, Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley (Antonio Luis Martínez Pujalte).

VOLUMEN XV (1998)

I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. F. JOSÉ AUSÍN y LORENZO PEÑA: Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? 2. BENITO DE CASTRO CID: Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales. 3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: ¿Son los derechos humanos universales? 4. VALLE LABRADA RUBIO: En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad. 5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: Sobre la universalidad de los derechos humanos. 6. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA: Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación). 7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: Una respuesta al rechazo racista de la

inmigración: la interculturalidad. – II. ESTUDIOS. 2.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: Ortega y el Estado. 2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: El pluralismo jurídico en Carbonnier. 3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido». 4. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica. 5. MARÍA LOURDES SOUZA: Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una revolución paradójica. 6. JUAN CARLOS VELASCO ARROYO: El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. 2.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO: Repensando el neoliberalismo: ¿Quién habló de unidad? 2. RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA: Cronología comparada de la Filosofía del Derecho Española durante el franquismo. – III. DEBATES. 1. RUTH MESTRE. Derecho y género. A propósito de El feminisme com a crítica de Neus Campillo. 2. NEUS CAMPILLO. Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre El feminisme com a crítica. 3. RUTH MESTRE. Respuesta a Neus Campillo. 4. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso). 5. JOSÉ JUAN MORESO. La vigilia y la interpretación constitucional. A modo de réplica a Alfonso García Figuerola. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ALBERT, H. Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens, Tübingen, Mohr, 1994 (J. Vega López). 2. BETEGÓN, J.; GASCÓN, M.; PÁRAMO, J. R.; PRIETO, L., Lecciones de Teoría del Derecho, Madrid, McGraw-Hill, 1997 (Q. Tejada Gorráiz). 3. BRETT, A., Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic thought, Cambridge University Press, 1977 (M. J. Rodríguez Puerto). 4. CANARIS, C. W., Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, Madrid, Cívitas, 1995 (J. Vega López). 5. COTTA, S., Soggetto umano, soggetto giuridico, Milano, Giuffré, 1997 (N. Martínez Yáñez). 6. DÍAZ-OTERO, E. y OLIVAS, E., Metafísica e historicidad de los derechos subjetivos, Madrid, Dykinson, 1997 (J. L. Muñoz de Baena). 7. DÍAZ, Elías, Curso de Filosofía del Derecho, Madrid, Barcelona, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, 205 pp. Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus (1.ª ed., 1966), nueva edición, 1998 (Julián Sauquillo). 8. DOBSON, A., Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI, Paidós, Barcelona, 1997 (V. Bellver Capella). 9. FROSINI, T. E., Sovranità popolare e costituzionalismo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 10. PÉREZ-LUÑO, A. E., y ALARCÓN, C. y GONZÁLEZ TABLAS, R., Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1997 (M. Albert Márquez). 11. PRIETO SANCHÍS, L., Constitucionalismo y positivismo, México, Fontamara, 1977 (M. E. Rodríguez Palop). 12. QUINTÁS, A. M., Obligazione politica e governo legittimo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 13. ROSALES, J. M., Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (J. Calvo González). 14. SOMMERMANN, K. P., Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 15. TRUJILLO, I., La Filosofia del Diritto nel pensiero de F. de Vitoria, Roma, Giapichelli, 1997 (C. Herrando).

VOLUMEN XVI (1999)

I. ESTUDIOS. I.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. PABLO RAÚL BONORINO: *Lógica y Prueba Judicial*. 2. PAOLO DI LUCIA: *Cómo hacer reglas con cosas*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y pseu-*

dodisputas. 4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA: *Aporías del Derecho*. 5. CARLOS I. MASSINI CORREAS: *Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo*. 6. ANTONIO M. PEÑA FREIRE: *Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales*. 7. MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO: *Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve*. 8. PEDRO A. TALAVEIRA FERNÁNDEZ: *Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España*. I.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. PILAR ALLEGUE AGUETE: *Pluralismo normativo, soberanía y diversidad cultural*. 2. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *La elasticidad de la «razón de Estado»*. 3. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG: *La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública*. 4. DIEGO BETANCOR CURBELO: *La controversia creacionismo-evolución. Perspectiva jurídica*. 5. JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA: *El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. Von Savigny*. 6. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO: *Derecho de resistencia y Constituciones*. 7. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *Ontología jurídica en perspectiva histórica*. 8. BLANCA RUIZ: *Cultura del conflicto y diversidad cultural*. 9. MARÍA DE LOURDES SOUZA: *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura Sousa Santos*. – II. DEBATES. 1. ASCENSIÓN CAMBRÓN: A propósito del libro de Carlos Lema Añón, *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. 2. CARLOS LEMA AÑÓN: Respuesta a Ascensión Cambrón. – III. CRÍTICA DE LIBROS. 1. APARISI MIRALLES, A.: *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho* (C. Velarde). 2. BODIN, J.: *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas* (D. Blázquez Martín). 3. DE LORA DELTORO, P.: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* (G. Marcilla Córdoba). 4. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Q. Tejada Gorráiz). 5. LOSANO, M. G.: *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivio ignoto e la bibliografia di Renato Treves* (M.^a J. Añón Roig). 6. MENGER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*. Versión española realizada por Adolfo Posada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez (Ernesto J. Vidal Gil). 7. NUSSBAUM, M. C.: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»* (E. Bea Pérez). 8. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Saggi di informatica giuridica* (R. González Tablas Sastre). 9. SEGURA ORTEGA, M.: *La racionalidad jurídica* (Sonia E. Rodríguez Bonete). 10. ZOLO, D.: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico* (C. García Pascual). 11. LACASTA ZABALZA, J. I.: *España uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual* (M.^a José González Ordovás). – IV. NOTICIAS. 1. BERNUZ BENÉITEZ, M.^a J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao, 5 y 6 de febrero de 1999). 2. Noticia de las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999). 3. Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. – V. NECROLÓGICA. 1. IN MEMORIAN: Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999) (B. de Castro Cid).

VOLUMEN XVII (2000)

I. MONOGRÁFICO: Derecho y globalización. 1. FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET: *Globalización, Estado y Derecho*. 2. JESÚS LIMA TORRADO: *Globalización y*

Derechos Humanos. 3. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización*. 4. JUAN JESÚS MORA MOLINA: *Globalización, Derecho y Ciencias Sociales: Hacia una nueva teoría del conocimiento*. 5. XAVIER MONTAGUD MAYOR: *Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate*. – II. ESTUDIOS. II.1. Estudios de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. 1.1 NORBERTO ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *Derecho y estética: un intento de comprensión mejor de los valores jurídicos*. 1.2 PABLO RAÚL BONORINO: *¿Cuál es el desafío de Dworkin?* 1.3 ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS: *Por una dogmática conscientemente política*. 1.4 RAFAEL DE ASÍS ROIG: *De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder*. 1.5 AURELIO DE PRADA GARCÍA: *Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la teoría y la filosofía del Derecho*. 1.6 ÁNGELES GALIANA SAURA: *La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre extranjería*. 1.7 JUANA MARÍA GIL RUIZ: *La función judicial: entre la ciencia y el control social*. 1.8 MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini*. 1.9 LEONOR MORAL SORIANO: *¿Es el Derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico-jurídico*. 1.10 PABLO MIRAVET BERGÓN: *Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible*. 1.11 JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: *La demarcación entre teoría y práctica jurídicas*. II.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 2.1 JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI*. 2.2 JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ: *Algunas reflexiones sobre el Magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II*. 2.3 MILAGROS OTERO PARGA: *Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español*. 2.4 MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ: *Las peculiaridades del Derecho inglés desde la mirada de la Europa continental*. – III. DEBATES. 1. JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES: *En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico)*. 2. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribes*. 3. RAFAEL SUSIN BETRAN: *Arañando en la aridez. La investigación como proceso complejo e intersubjetivo. Reflexiones a partir de un libro de Rafael Aliena*. 4. RAFAEL ALIENA MIRALLES: *En respuesta a un lector avisado: Sobre «Adelaida Martínez y el honor de la pobreza»*. – IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AGUIRRE, M., y RAMONET, I.: *Rebeldes, dioses y excluidos. Para comprender el fin del milenio (J. A. Martínez)*. 2. AJA, ELISEO (COORD.) *La nueva regulación de la inmigración en España (A. Solanes)*. 3. BELLVER CAPELLA, V.: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana (Y. García Ruiz)*. 4. FERRER ARELLANO, J.: *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación (J. Morote Sarrión)*. 5. GARCÍA AMADO, J. A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental (N. González Lajoie)*. 6. LORINI, G.: *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale (C. Alarcón Cabrera)*. 7. LLANO, A.: *Humanismo cívico (R. Ortega Cotarelo)*. 8. PETTIT, PH.: *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno (R. Ruiz Ruiz)*. 9. PICONTO NOVALES, T.: *En las fronteras del derecho. Estudio de casos y reflexiones generales (R. Susin)*. 10. ROBLES MORCHÓN, G.: *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho (A. Cadenas Iturriozbeitia)*. 11. RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos (E. J. Vidal Gil)*. 12. SÁNCHEZ RUBIO, D.: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina (A. Medici)*. 13. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación (L. Souza)*. 14. TRUYOL SERRA, A.: *La historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 1. *De los orígenes a la Baja Edad Media*, y 2. *Del*

Renacimiento a Kant (M. J. Roca). 15. VILLA, V.: *Costrutivismo e teorie del diritto* (S. Sastre Ariza). 16. VV. AA. (Rabbi-Baldi Cabanillas, R., coord.): *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes* (A. M. Marcos del Cano). – V. NOTICIAS. 1. Sobre el Congreso «I filosofi e il diritto» (Facultad de Derecho de la Universidad de Cattania, 8-10 de febrero de 2000) (A. Giménez Merino). 2. Crónica del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. (León, 8 y 9 de junio de 2000) (N. González Lajoie). VI. NECROLÓGICAS. 1. *In memoriam* José F. Lorca Navarrete (P. Badillo O'Farrell). 2. *In memoriam* Albert Calsamiglia Blancafort (1949-2000) (J. De Lucas).

VOLUMEN XVIII (2001)

I. MONOGRÁFICO: La argumentación en la prueba. 1. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos dispados)*. 2. RAFAEL DE ASÍS ROIG: *Sobre la motivación de los hechos*. 3. LAURA MIRAUT MARTÍN: *La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos*. 4. JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN: *Problemas metodológicos en la prueba del dolo*. 5. LORENZO PEÑA GONZALO/TXETXU AUSÍN DíEZ: *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*.—II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. JUAN JESÚS AGUIRRE DE LA HOZ: *Hombres y ciudadanos*. 2. CARLOS ALARCÓN CABRERA: *Valores y sentimientos: Un enfoque freudoemotivista*. 3. MARTA ALBERT MÁRQUEZ: *La mujer en la «etapa de la nivelación». El feminismo en el pensamiento de Max Scheler*. 4. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS: *El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*. 5. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: *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*. 6. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: *La ciudad desmerecida (Notas sobre el orden y el desorden social)*. 7. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ: *El formalismo en la teoría jurídica estadounidense*. 8. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*. 9. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España*. 10. MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO: *Tópica y humanismo jurídico*. 11. GEORG H. VON WRIGHT: *Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo (trad. de Carlos Alarcón Cabrera)*.—III. DEBATES. 1. ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE: *Sobre las normas de competencia: Algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer*. 2. JORDI FERRER BELTRÁN: *De nuevo sobre las normas de competencia: Una réplica a Antonio Manuel Peña*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ARNAUD, A. J.: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado* (Nathalie González Lajoie). 2. CRUZ, L. M.: *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham* (José Antonio Seoane Rodríguez). 3. DE ASÍS ROIG, R.: *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista* (Ramón Ruiz Ruiz). 4. DI BLASI, F.: *Dios y la Ley natural. Una relectura de Santo Tomás de Aquino* (Vicente Bellver Capella). 5. FERREIRA DA CUNHA, P.: *Le Droit et les Sens* (José Calvo González). 6. GARZÓN VALDÉS, E.: *Filosofía, Política y Derecho. Escritos seleccionados* (José García Añón). 7. MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M.: *La obediencia al Derecho en la España democrática* (Sonia Esperanza Rodríguez Boente). 8. MELKEVIK, B.: *Réflexions sur la Philosophie du Droit* (José Calvo

González). 9. MIRAUT MARTÍN, L.: *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín Nathan Cardozo* (David Enrique Pérez González). 10. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica* (Fernando H. Llano Alonso). 11. RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Juan Antonio García Amado). 12. VV.AA. (A. ANTÓN, coord.): *Trabajo, derechos sociales y globalización algunos retos para el siglo XXI* (Pablo Miravet Bergón).-V. NOTICIAS. XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Granada, 5 y 6 de abril de 2001 (Pedro Mercado Pacheco).-VI. NECROLÓGICAS. *In memoriam* Enrique Marí (Claudio Martyniuk).

El *Anuario de Filosofía del Derecho* se puede adquirir en las librerías jurídicas. Caso de no encontrarlo, dirigirse al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, C/ San Bernardo, 62. 28015 Madrid; teléf.: 91 390 20 84, o a la Librería del Boletín Oficial del Estado, C/ Trafalgar, 27. 28071 Madrid; teléf.: 902 365 303.

