

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

2005

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
Correo electrónico: 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 XXII
2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2006

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicaciones.administracion.es>

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

ISSN: 0518-0872
NIPO (BOE): 007-06-062-0
NIPO (M.º de Justicia): 051-06-008-7
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN

Es obligado que el tema monográfico de este volumen XXII se dedique al conflicto entre los valores jurídicos de libertad y seguridad, en torno al cual se desarrollaron las ponencias presentadas en las jornadas de nuestra *Sociedad de Filosofía del Derecho y Filosofía política*, celebradas en Málaga en el mes de marzo de 2005 y eficazmente organizadas por el profesor José Calvo. Concretamente, hemos recogido las aportaciones de los profesores y profesoras José Luis Díez Ripollés, Juana María Gil Ruiz y Francesca Puigpelat.

La sección de *Estudios* incluye, por su parte, trece trabajos que ofrecen una muestra representativa de la amplitud de problemas que ocupan a la Teoría y Filosofía del Derecho en la actualidad. El hecho de que la mayoría provengan de jóvenes profesores de diferentes universidades españolas parece una señal de vitalidad.

El libro del profesor Rafael Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico*, es el objeto del apartado de *Debates* con la profesora Victoria Iturralde Sesma.

La sección de *Crítica bibliográfica* ofrece quince reseñas que abarcan referencias temáticas diversas en el cada vez más amplio y numeroso abanico de publicaciones que puede interesar a nuestros lectores. Ello atestigua, sin duda, la utilidad y el interés de esta sección.

Finalmente, la sección de *Noticias* recoge dos reseñas de acontecimientos del mayor interés para la Filosofía jurídica y política española: el merecido homenaje al profesor José Delgado Pinto realizado en la Universidad de Oviedo, y, obviamente, el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social celebrado con el mayor éxito en Granada en mayo de 2005 y por el que cabe felicitar al Departamento de Filosofía del Derecho de esta Universidad, y en particular al profesor López Calera. Quiero agradecer a los profesores Benjamín Rivaya y Manuel Salguero su colaboración.

El recuerdo a pensadores que nos han dejado recientemente es el objeto de la sección de *Necrológicas*. En este número hemos contado con la contribución de la profesora Teresa Picontó, que nos proporcio-

na un resumen de la trayectoria intelectual y del impacto de la obra de Paul Ricoeur.

Este volumen tiene un carácter de despedida para el director. Después del período que me ha correspondido, y en el que la mayor satisfacción ha sido poder contar con el trabajo desinteresado y eficaz de los miembros del Consejo Asesor, sin los que la continuidad de la publicación no habría sido posible —desde luego, tampoco sin la ayuda atenta del Consejo de Redacción—, otros empeños académicos aconsejan entregar el testigo a quien proponga la Junta Directiva y que, con toda seguridad, lo hará mejor. En todo caso, como es obligado, quiero aprovechar esta oportunidad para agradecer a todos los socios su colaboración, pedir disculpas por los errores y desear el mejor éxito en la nueva etapa.

JAVIER DE LUCAS
Director del *Anuario*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS (Director del <i>Anuario</i>)	5
I. MONOGRÁFICO: El conflicto entre los valores jurídicos de libertad y seguridad	
– Díez Ripollés, José Luis (Universidad de Málaga): <i>El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana</i>	13
– Gil Ruiz, Juana María (Universidad de Granada): <i>Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la Violencia de Género</i>	53
– Puigpelat Martí, Francesca (Universidad Autónoma de Barcelona): <i>Libertad y seguridad en un nuevo contrato social</i>	83
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
– Barranco Avilés, María del Carmen (Universidad Carlos III de Madrid): <i>El papel del juez en el Estado constitucional</i>	113
– Cabra Apalategui, José Manuel (Universidad de Málaga): <i>La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy</i>	131
– De Mora Quirós, Enrique V. (Universidad de Cádiz): <i>Consideraciones sobre poder y formas políticas en el pensamiento de la contrarrevolución</i>	155
– Jiménez Sánchez, José J. (Universidad de Granada): <i>La opinión pública</i>	181
– Malem Seña, Jorge F. (Universitat Pompeu Fabra): <i>La situación de las mujeres. De la felicidad a los derechos</i>	203

	Pág.
– MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ (Universidad de La Rioja): <i>José María Blanco White. Un proyecto liberal en la revolución española</i>	221
– MARTÍNEZ I SEGUÍ, JOAN ALFRED (Universitat de València): <i>Camino hacia la unidad europea desde el federalismo en los personalismos del siglo XX</i>	235
– MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ JUSTO (Universidad de Cádiz): <i>Dignidad, universalidad y derechos humanos</i>	247
– MONEREO ATIENZA, CRISTINA (Universidad de Málaga): <i>Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)</i>	265
– MUINELO COBO, JOSÉ CARLOS (UNED-Madrid): <i>La estructura de la filosofía jurídica kantiana. Sus orígenes medievales en Escoto y Ockham</i>	291
– SANTOS PÉREZ, MARÍA LOURDES (Universidad de Salamanca): <i>El pensamiento de Ronald Dworkin: balance y críticas</i>	319
– SUÁREZ LLANOS, MARÍA LEONOR (Universidad de Oviedo): <i>El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista</i>	333
– VEGA, JESÚS (Universidad de Oviedo): <i>Sobre la vigencia de la filosofía práctica de Kant</i>	359
III. DEBATES	
– ITURRALDE SESMA, VICTORIA (Universidad del País Vasco): <i>Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral, de Rafael Escudero Alday, Thomson-Civitas, 2004</i>	389
– ESCUDERO ALDAY, RAFAEL (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho</i>	397
IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
– AA.VV. <i>Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923)</i> , Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin, Berlín, 2004 (José Antonio Santos Arnaiz. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)	417
– AÑÓN ROIG, MARÍA JOSÉ (ed.), AA.VV., <i>La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración</i> , PUV-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 278 pp. (Ángeles Galiana Saura. Universitat Rovira i Virgili de Tarragona)	420
– BERNUZ BENÉITEZ, MARÍA JOSÉ, y SUSÍN BETRÁN, RAÚL (coords.), <i>Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión</i> , Universidad de La Rioja (colección jurídica), Logro-	

	Pág.
ño, 2003, 207 pp. (David San Martín Segura. Universidad de La Rioja)	428
– CARBONELL, MIGUEL y SALAZAR, PEDRO (eds.), <i>Garantis- mo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli</i> , Ed. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, 542 pp. (Pablo Miravet. Universitat de València)	439
– COVER, ROBERT, <i>Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial</i> , trad. y ed. a cargo de Christian Curtis, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, 156 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga)	445
– GALÁN JUÁREZ, MERCEDES, <i>Intimidación. Nuevas dimensiones de un viejo derecho</i> , Centro de Estudios Ramón Areces-Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, 278 pp. (José Antonio Santos Arnaiz. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)	451
– MENGER, ANTÓN, <i>El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)</i> , edición y estudio preliminar «Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger», de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2004, 405 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga)	454
– OLLERO TASSARA, ANDRÉS, <i>España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional</i> , Thompson Civitas, Madrid, 2005 (Aurelio de Prada García. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)	458
– PAREJO GUZMÁN, MARÍA JOSÉ: <i>La eutanasia. ¿Un derecho?</i> , Aranzadi, Madrid, 2005, 473 pp. (Carlos Alarcón Cabrera. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)	464
– PÉREZ LUÑO, A. ENRIQUE, <i>Dimensiones de la igualdad</i> , Ed. Dykinson, Madrid, 2005, 135 pp. (Jesús García Cívico. Universitat de València)	466
– PUE, W. WESLEY, & SUGARMAN, DAVID (eds.), <i>Lawyers & Vampires (Cultural Histories of Legal Professions)</i> , Hart Publishing, Oxford, 2003, IX+399 pp. (Felipe Navarro Martínez. Universidad de Málaga)	471
– SOLANES CORELLA, ÁNGELES, y CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, <i>Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes</i> , Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 171 pp. (Ana María Marcos del Cano, UNED-Madrid) .	76
– VALENCIA, ÁNGEL, y FERNÁNDEZ-LLEBREZ, FERNANDO (eds.), <i>La Teoría Política frente a los problemas del siglo XXI</i> , Universidad de Granada, Granada, 2004, 246 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga)	482
– WALTER, JABLONER, ZELENY (Hrgs.), <i>30 Jahre Hans Kelsen-Institut, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts</i> , vol. 24, (Ed. Manz), Viena 2003, 118 pp. (Gregorio Robles Morchón. Universitat de les Illes Balears)	486

	Pág.
– ZACCARIA, GIUSSEPE, <i>Razón jurídica e interpretación</i> , compilado por A. Messuti, traducción de A. Messuti y G. Robles, Thomson Civitas/Universidad de Padua, Madrid, 2004, 397 pp. (Manuel Rodríguez Puerto. Universidad de Cádiz)	488
 V. NOTICIAS	
– La crisis del positivismo jurídico. Homenaje al profesor doctor don José Delgado Pinto (Benjamín Rivaya. Universidad de Oviedo)	495
– XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Granada, mayo de 2005 (Manuel Salguero. Universidad de Granada)	498
 VI. NECROLÓGICAS	
– PAUL RICOEUR: una filosofía sin fronteras (Teresa Picontó Novales. Universidad de Zaragoza)	503
 Recomendaciones a los autores	 507

I

**MONOGRÁFICO:
EL CONFLICTO ENTRE LOS VALORES
JURÍDICOS DE LIBERTAD Y SEGURIDAD**

El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana ¹

Por JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DE LOS MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL.—II. A LA BÚSQUEDA DE UN DIAGNÓSTICO. II.1 *Protagonismo de la delincuencia clásica*. II.2 *Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana*. II.3 *Sustantividad de los intereses de las víctimas*. II.4 *Populismo y politización*. II.5 *Revalorización del componente aflictivo de la pena*. II.6 *Redescubrimiento de la prisión*. II.7 *Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal*. II.8 *Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia*. II.9 *Transformación del pensamiento criminológico*.—III. POSICIONAMIENTO Y ESTRATEGIAS. III.1 *Los errores del garantismo*. III.2 *El discurso de la resistencia*. III.3 *El reconocimiento del terreno*. III.4 *Las explicaciones estructurales*. III.5 *Los condicionamientos operativos y estratégicos*. III.6 *El modelo a promover*. III.7 *Las estrategias a seguir*.

I. LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DE LOS MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL

En la interpretación de la reciente evolución de la política criminal española, tan pródiga en reformas penales, procesales y penitenciarias, los penalistas, en la universidad y en la jurisdicción, muestran un cierto desconcierto a la hora de abordar su análisis crítico. Pareciera como si los acontecimientos que se están produciendo no formaran

¹ Una versión abreviada de este trabajo ha sido publicada en *Jueces para la democracia*, número 49, marzo 2004. La versión que aquí se presenta constituye la versión íntegra y definitiva, también publicada en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.

parte del acervo de actuaciones sociales cuya posible aparición, al margen de su plausibilidad, habían sido anticipadas por los juristas. Esto genera una extendida actitud de despectivo rechazo hacia lo que se califica sumariamente como una política criminal oportunista.

Sin echar en saco roto este último calificativo, conviene, sin embargo, que nos preguntemos por las razones de esa incapacidad que los expertos de la política criminal tienen para analizar con la necesaria ecuanimidad unas decisiones y actuaciones que, por muy imprevisibles que sean, no se puede negar que gozan de un generalizado respaldo popular y de un impulso político de amplio espectro ideológico. Creo que la explicación de semejante perplejidad se debe en buena medida a que los penalistas están analizando las transformaciones jurídico-penales en curso desde un modelo analítico equivocado, o, por mejor decir, en trance de superación. Me refiero al modelo penal garantista.

En efecto, conocido con diferentes denominaciones a lo largo del pasado siglo xx, este modelo se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto de que se ha llamado a sí mismo «derecho penal mínimo», girando en torno a unos pocos principios que, a riesgo de simplificar demasiado, podríamos enumerar como sigue:

1. La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Éstos sólo desarrollarían efectos sociales perceptibles en la medida en que se encuadraran en un contexto más amplio, el del control social en general. Sólo en tanto en cuanto el subsistema de control penal coincidiera en sus objetivos con los pretendidos por el resto de los subsistemas de control social –familia, escuela, vinculaciones comunitarias, medio laboral, relaciones sociales, opinión pública...– y en la medida en que interaccionara recíprocamente con ellos, habría garantías de que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. De ahí que se desconsiderara su posible uso como ariete promotor de transformaciones en los valores sociales vigentes.

2. Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente del derecho administrativo, el derecho penal garantista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima imprescindible. En esa actitud ha jugado usualmente un papel importante la constatación de la naturaleza especialmente afflictiva de las sanciones que le son propias, que estima superior a la de cualquier otro medio de intervención social, lo que justificaría un empleo muy comedido de ellas². Se convierte en lugar común que el derecho penal sólo debe

² Sobre el trasfondo incorrecto de este razonamiento, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, 2003, pp. 74, 141-143.

actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces. Ello conlleva el olvido de todo tipo de pretensiones encaminadas a salvaguardar a través del derecho penal determinadas opciones morales o ideológicas en detrimento de otras.

3. Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El derecho penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y en consecuencia estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales para la convivencia acabados de aludir. Ello explicará las estrictas exigencias a satisfacer por los poderes públicos al establecer los comportamientos delictivos y las penas para ellos previstas, a la hora de verificar la concurrencia de unos y la procedencia de las otras en el caso concreto, y en el momento de la ejecución de las sanciones. El temor a un uso indebido del poder punitivo conferido al estado, que pudiera terminar afectando al conjunto de los ciudadanos, permea todo el armazón conceptual del derecho penal garantista, desde los criterios con los que se identifican los contenidos a proteger a aquellos que seleccionan las sanciones a imponer, pasando por los que se ocupan de estructurar un sistema de exigencia de responsabilidad socialmente convincente.

4. Existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. Así, los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno de ellos es el de la humanidad de las sanciones, que viene a expresar que determinadas sanciones, o determinadas formas de ejecución de sanciones, son incompatibles con la dignidad de la persona humana, por lo que no pueden imponerse, cualquiera que sea la entidad lesiva del comportamiento o la intensidad de la responsabilidad personal. Otro de los confines a no superar es el de la proporcionalidad, en virtud del cual la pena debe ajustarse en su gravedad a la del comportamiento delictivo al que se conecta, debiendo mantener una correspondencia sustancial con él. Finalmente, la pena debe fomentar o, al menos, no cerrar el paso a la reintegración en la sociedad del delincuente, idea ésta que se configura como un derecho de todo ciudadano y se nutre tanto de una visión incluyente del orden social como del reconocimiento de la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

Pues bien, la tesis que quisiera exponer a continuación es la de que este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios político-criminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a

una nueva forma de configurar y modelar el control social penal. De ahí que las críticas que se hacen desde el garantismo a recientes decisiones legislativas penales se pierden en el vacío de la incompreensión social. No son, sin embargo, objeto de una cumplida réplica por sus promotores porque el nuevo modelo está carente todavía de una suficiente estructuración conceptual y principal, la cual terminará llegando tarde o temprano y, con ella, el modelo antagonista al del derecho penal garantista³.

El nuevo modelo que se está asentando inició su devenir en algunos sistemas jurídicos antes que en otros, y en eso tiene mucho que ver el modelo penal de intervención del que el modelo en ciernes se va desvinculando.

En efecto, durante los años sesenta y setenta del siglo xx ciertos ordenamientos jurídicos tomaron una decidida orientación a favor de lo que se llamó el modelo resocializador. Este modelo se implantó contundentemente en ciertos países anglosajones, de modo especial Estados Unidos y Gran Bretaña, así como en los países escandinavos, entre otros lugares. Su impulso lo recibía de la «ideología del tratamiento», la cual consideraba que la legitimación del derecho penal nacía de su capacidad para resocializar al delincuente, y que todo el instrumental penal debía reconducirse a esa finalidad.

Se trataba de una idea que ya tenía una larga tradición, desde los correccionalistas españoles o positivistas italianos de la segunda mitad del xix, pasando por las llamadas escuelas intermedias italiana y alemana de los años veinte y treinta y las teorías de la defensa social que florecieron en Italia y Francia en los años cuarenta y cincuenta, todas del último siglo. Pero lo realmente novedoso fue que el conjunto de países acabados de citar pretendieron durante más de dos décadas configurar su modelo de intervención penal de acuerdo a esa idea de la resocialización del delincuente. Ello implicaba una serie de decisiones significativas, entre las que se pueden destacar las siguientes:

1. La pauta de actuación es, en efecto, la búsqueda de la reintegración en la sociedad del delincuente, objetivo al que han de acomodarse todos los demás. Eso conlleva que los otros efectos sociopersonales pretendidos tradicionalmente por la pena quedaran en un segundo plano o sufrieran un descrédito sin paliativos. Éste era, sin duda, el caso de los dirigidos hacia el conjunto de la población, a saber, los encaminados a lograr una prevención general de los delitos mediante el aprovechamiento de los efectos intimidatorio, corrector de socializaciones defectuosas, o reforzador de la adhesión a los valores sociales, que se suscitan en los ciudadanos que perciben la reac-

³ Apunta igualmente a la emergencia de otro modelo, CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Thomson/Civitas, 2003, pp. 59-60. Por el contrario, GARCÍA-PABLOS MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, 4.ª edic. Tirant lo Blanch, 2001, pp. 429 ss., no percibe aún en 2001 la emergencia de otro modelo que no sea el de la justicia reparadora.

ción social negativa que el delincuente sufre tras la comisión de un delito. Pero también quedaban oscurecidos ciertos efectos dirigidos de modo directo a prevenir que el delincuente en concreto volviera a delinquir, como es el caso de la intimidación cara a su comportamiento futuro que éste recibe mediante la imposición de la pena, o su inoportunización para causar daños a la sociedad mientras dure su estancia en prisión.

2. La obtención de ese objetivo resocializador exigía arrumbar ciertas cautelas propias del derecho penal clásico. Así, se difuminan las referencias al hecho concreto realizado a la hora de determinar la responsabilidad de delincuente, prestando especial atención a sus condicionamientos personales y sociales en el momento de delinquir. Se promueven las penas indeterminadas, cuya duración y contenido quedan directamente condicionados por la evolución registrada en el proceso de reintegración en la sociedad del delincuente.

3. La pena de prisión es objeto de una valoración ambivalente. Por un lado, se considera que proporciona un marco espacial y regimental que facilita las aproximaciones reeducadoras a los delincuentes, de ahí que se fomente un uso de ella desprovisto en la medida de lo posible de los componentes afflictivos y con características diversas según las necesidades de tratamiento a que deba atender. Por otro, se percibe que resulta difícil eludir las consecuencias negativas inherentes a todo internamiento y se impulsan, sobre todo en la segunda mitad del periodo de vigencia del modelo resocializador, penas alternativas a la prisión con capacidades para conseguir el mismo objetivo resocializador pero llevando el delincuente una vida total o parcialmente en libertad.

4. El abordaje de la delincuencia se consolida como una tarea de expertos. Sin duda compete a los profesionales de la policía y de la jurisdicción, pero sobremanera a un conjunto de profesionales de las ciencias del comportamiento que, a la búsqueda de las vías más eficaces para obtener la reintegración social del delincuente, aportan masivamente sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y, singularmente, durante su ejecución. Los políticos se inmiscuyen poco en lo que consideran una labor técnica, y la ciudadanía en general no muestra demasiado interés, salvo sucesos ocasionales, en lo que se hace con los delincuentes.

Sin embargo, este modelo resocializador sufre un generalizado y rápido colapso desde mediados de los años setenta del siglo xx en los países que más se habían involucrado en él⁴. Una breve exposi-

⁴ Un documento europeo especialmente ilustrativo en su momento fue el elaborado a mediados de los años setenta, y publicado en 1978, por el Comité nacional sueco para la Prevención del delito, titulado en su traducción española «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, *passim*.

ción de las razones que llevaron a tal desmoronamiento podría ser como sigue:

1. Cunde el desánimo entre buena parte de sus defensores respecto a la eficacia de las técnicas de tratamiento. Se extiende la idea de que se ha estructurado todo un sistema que, en último término, ofrece escasos frutos.

2. Se asienta la impresión de que el énfasis en la resocialización del delincuente constituía objetivamente una cortina de humo que velaba las responsabilidades de la sociedad en su conjunto, de los sectores sociales más favorecidos de ella y de los propios órganos de control en el surgimiento de la delincuencia o incluso en la definición de lo que podía considerarse como tal. Los movimientos propios de la criminología crítica juegan un importante papel al respecto desde fuera y desde dentro del modelo resocializador.

3. Se reavivan los argumentos propios del modelo garantista que cuestionan la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente. Se reclama, por un lado, el restablecimiento de las garantías individuales vinculadas a que la responsabilidad derive exclusivamente del hecho concreto realizado, a penas de duración determinada y a la reducción del arbitrio judicial y penitenciario. Se cuestionan, por otro lado, las pretensiones resocializadoras en la medida en que con frecuencia no se limitan a asegurar el futuro acatamiento externo de la norma por parte del delincuente, sino que aspiran a modificar profundamente la personalidad de éste.

4. Otros efectos sociopersonales de la pena, como la intimidación al conjunto de la sociedad, o la intimidación o inocuización del delincuente, recuperan su prestigio. La eficacia de lo primero exige catálogos de penas que guarden proporción con la gravedad de la conducta realizada, al margen de las características del delincuente. El desarrollo de lo segundo supone olvidar la exigencia de proporcionalidad cuando estemos ante delincuentes reincidentes, cuya confrontación exige largas condenas de prisión en buena medida ajenas a la evolución del interno.

Más allá de estas razones concretas, un autor británico, Garland, ha puesto de manifiesto que ellas se limitan a reflejar un cambio más profundo de las creencias y formas de vida de la sociedad moderna, el cual habría transformado o comenzado a transformar la política criminal. A tales efectos, colocándose en un nivel de análisis superior, ha intentado identificar un conjunto de rasgos que responderían a esos cambios en las actitudes sociales y que constituirían al mismo tiempo un buen compendio del nuevo modelo de intervención penal en curso⁵. Esas características han sido formuladas desde la experiencia

⁵ Véase GARLAND, *The culture of control*, The University of Chicago Press, 2001, *passim*, y sintéticamente pp. 6-20.

reciente estadounidense y británica, es decir, en relación con sistemas jurídicos que respondían hasta hace poco tiempo al modelo penal resocializador. Sin embargo, considero que desenrollan un buen hilo conductor de las modificaciones que, con más retraso, se están produciendo en los sistemas jurídicos hasta ahora más vinculados al modelo penal garantista, como es el caso del ordenamiento español. Si esto fuera así, no sólo habríamos encontrado el instrumento analítico que buscábamos al inicio de esta exposición, sino que además tendríamos ya identificados los rudimentos del nuevo modelo de intervención penal y sentadas, por tanto, las bases de su crítica.

II. A LA BÚSQUEDA DE UN DIAGNÓSTICO

Inspirado en buena medida en el citado análisis de Garland, expongo a continuación las que considero ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal que se está configurando en España.

II.1 Protagonismo de la delincuencia clásica

La delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad en sus diversas facetas, que durante dos siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó que iba a sufrir. En efecto, durante las últimas décadas de la segunda mitad del siglo XX parecía asentarse la idea de que el derecho penal debía extender su ámbito de aplicación a la criminalidad propia de los poderosos, y ciertamente se produjeron en el ámbito legislativo avances muy significativos en ese sentido, de entre los que es singular ejemplo el renovado catálogo de delitos introducido por el Código Penal de 1995. También se han registrado esfuerzos por parte de determinados sectores judiciales para tomarse en serio las antiguas y nuevas previsiones legales que penan comportamientos delictivos habitualmente llevados a cabo por sectores socialmente privilegiados⁶.

Sin embargo, sólo unos pocos años más tarde predomina en la opinión pública una actitud resignada frente a los obstáculos con que ha tropezado el intento de asegurar la operatividad sin excepciones del catálogo de delitos del código penal. Las causas de tal pesimismo son diversas: por un lado, se tiene la impresión de que los poderosos, mediante asesoramientos técnicos sólo accesibles a personas con su

⁶ No creo que la extendida persecución de los delitos relacionados con drogas deba incluirse entre la criminalidad de los poderosos, dado el ambiente socialmente marginal en el que se mueve y sin perjuicio de los importantes beneficios que ciertos sectores de tal delincuencia obtienen.

nivel económico o respaldo político, han sido capaces de explotar hasta límites abusivos las garantías del derecho penal y procesal penal, logrando así eludir en gran medida la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones. En segundo lugar, se ha generado la percepción social de que en todas esas intervenciones penales resulta difícil eludir el aprovechamiento sectario del asunto por parte de los agentes políticos; el fenómeno de la judicialización de la política termina dejando en segundo plano la verificación de la realidad y la valoración de la gravedad de las conductas enjuiciadas, sepultadas bajo acusaciones recíprocas de conductas semejantes.

Un factor adicional, en absoluto desdeñable, ha sido la actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia: lo que comenzó siendo una preocupación por las dificultades conceptuales encontradas a la hora de encajar las nuevas formas de delincuencia propias de los poderosos en los modelos de descripción legal y de persecución del derecho penal tradicional, ha acabado dando lugar a propuestas que conducen a una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad. Resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida «expansión del derecho penal» no versee, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica, sino que, muy al contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes afflictivos. Ello se pretende legitimar mediante la contrapartida de un incremento de la efectividad del derecho penal en ese ámbito, a lograr mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y mucho menos creíble⁷.

⁷ En la discusión española, y probablemente en la europea en general, ha formulado la propuesta más perfilada SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2.ª edición, 2001. En esta segunda edición de la obra, en contraste con lo que sucedía en la primera de 1999, el autor ha empezado a caer en la cuenta de que el fenómeno de expansión de la criminalización que padecemos ya no gira tanto en torno a las nuevas formas de delincuencia socio-económica –por utilizar un término simplificador– como en derredor de la delincuencia clásica a partir de las demandas de «ley y orden». Sin embargo, la inercia del análisis ya desarrollado en la primera edición le juega una mala pasada. Le conduce a intentar explicar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a unas mismas causas y a unas mismas exigencias ideológicas. Me refiero, por un lado, a la llamada «modernización» del derecho penal, orientada sustancialmente contra la criminalidad de los *poderosos*, y, por otro lado, a las demandas de «seguridad ciudadana», dirigidas mayoritariamente contra la delincuencia callejera y clásica y, por tanto, contra los sectores sociales más desfavorecidos y los *marginados*. Y el desenfoque de ese análisis se acentúa, por lo demás, cuando se percibe que, para Silva, lo que marca la pauta en la expansión del derecho penal son precisamente las exigencias de «modernización» y no las de «seguridad ciudadana».

Basta observar el listado de causas de esa expansión que enumera en el capítulo II para apreciar con facilidad que unas sólo dan razón del fenómeno de la «modernización», otras del referente a la «seguridad ciudadana», y las más unifican en un solo

Frente al desdibujamiento que los problemas antedichos parecen crear sobre la criminalidad de los poderosos⁸, la delincuencia clásica está más presente que nunca en el imaginario colectivo.

II.2 Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana

La consolidación de la delincuencia clásica encuentra un apoyo inestimable en la generalización del sentimiento colectivo de inseguri-

concepto tendencias que son diversas cuando no directamente contradictorias: así sucede cuando explica la anticipación de la tutela penal –apartado 2.3– tanto por la necesidad de responder con delitos de peligro a nuevas formas de criminalidad, como por el *riesgo no tecnológico* que crea la desintegración social y la consecuente delincuencia callejera que obliga a incrementar la intervención penal; cuando fusiona el miedo a la inseguridad en las calles con el sentimiento de inseguridad ante el progreso tecnológico –apartado 2.4–; cuando entiende la progresiva relevancia de los intereses de las víctimas como una reacción de las clases sociales más débiles y por ello víctimas, contra las clases sociales poderosas y en esa medida delincuentes, dando un carácter emancipador a una realidad social que está muy lejos de tener tal carácter –apartado 2.6–; cuando en el apartado 2.8 se refiere al papel impulsor de la criminalización que desempeñan los movimientos sociales, sin distinguir entre los que se afanan realmente por incidir en la criminalidad de los poderosos –asociaciones ecologistas, pacifistas, de consumidores...– y aquellos que luchan meramente por el mantenimiento de la ley y el orden –asociaciones vecinales, de comerciantes...–; o, por no seguir con más ejemplos, cuando pasa por alto –apartados 3.1 y 3.2– que una parte significativa, y me atrevería a decir que la más efectiva, de los contenidos de los acuerdos internacionales y comunitarios penales pretenden perseguir la delincuencia clásica –inmigración, delincuencia sexual, tráfico de drogas a cualquier escala... – y no la de los poderosos.

En resumidas cuentas, a mi juicio el análisis de Silva adolece de un defecto original: concibe la expansión del derecho penal como un movimiento contra los poderosos, siendo así que, desafortunadamente, la nueva política criminal tiene como preferente objeto de atención, tanto cuantitativa como cualitativamente, a las clases sociales más desfavorecidas y a la delincuencia clásica. Como se argumentará más adelante, esta visión desenfocada de Silva no puede menos que repercutir en las estrategias de abordaje del problema que nos ocupa.

Tiende igualmente a mezclar los fenómenos de «modernización» y de «seguridad ciudadana» bajo el común denominador de «expansión» del derecho penal, Cancio Meliá, *op. cit.*, pp. 62-78.

⁸ Que tal difuminación de los perfiles de este tipo de delincuencia empieza a tener consecuencias prácticas es algo evidente si se analizan ciertas medidas *pretendidamente* encaminadas a mejorar la efectividad de su persecución, como es el caso de la recientemente introducida obligación del ministerio fiscal de poner en conocimiento de los sospechosos el contenido de las diligencias de investigación a ellos afectantes o la limitación de la duración de tales diligencias a seis meses salvo prórroga acordada por el Fiscal General del Estado –reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal por Ley Orgánica 14/2003–, o la significativa elevación en términos absolutos de los cuantías monetarias mínimas para que concurren delitos socio-económicos, como el abuso de información privilegiada en la Bolsa o los contrarios a la Hacienda pública o la Seguridad Social –reforma de los arts. 285, 305, 307, 308 y 310 del Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 15/2003–. Con todo, se han de saludar los positivos efectos que para una seria persecución de la delincuencia socio-económica habrán de tener las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 7/2003, relativas a la necesaria satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder a la libertad condicional o al tercer grado de ejecución de la pena de prisión –arts. 90.1, p.2, Código Penal, y 72.5 y 6 de la Ley General Penitenciaria, entre otros preceptos.

dad ciudadana: como consecuencia de una diversidad de factores, algunos de los cuales serán aludidos más adelante⁹, se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito¹⁰. Tales actitudes se producen además en un contexto peculiar, con dos rasgos especialmente significativos:

Por una parte, la extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de la delincuencia, sensación que se proyecta en una escasa confianza en la capacidad de los poderes públicos para afrontar el problema. Por otra parte, ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia, actitud muy difundida en los años setenta y ochenta, y que se fundaba en una comprensión del delincuente como un ser socialmente desfavorecido y marginado al que la sociedad estaba obligada a prestar ayuda; ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás. Se han puesto de moda calificaciones como las de «predador sexual», «criminal incorregible», «asesino en serie», «jóvenes desalmados»... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente.

Por lo demás, esa preocupación o miedo por el delito ya no se concentran en los ámbitos sociales más conscientes o temerosos de la delincuencia, sino que se han extendido a sectores sociales antes relativamente distanciados de tales sentimientos. La preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente,

⁹ Entre los cuales no puede ser el más importante el efectivo incremento de la tasa de criminalidad en España, que pese al aumento, ya moderado, de los últimos años, sigue estando por debajo de los países de nuestro entorno.

¹⁰ Si la delincuencia y la inseguridad ciudadana eran mencionadas a mediados de 2001 como uno de los tres problemas principales de España por el 9 por 100 de los españoles, lo que les colocaba en quinto o sexto lugar de la lista de preocupaciones de la comunidad, durante la mayor parte del año 2003 se referían a ellas porcentajes iguales o superiores al 20 por 100, habiéndose consolidado como la tercera preocupación más importante. De modo equivalente, a mediados de 2001 el miedo a sufrir un delito era uno de los tres problemas personales más importantes mencionado por alrededor del 9 por 100 de los encuestados, ocupando el cuarto o quinto lugar en el catálogo de problemas personales de los españoles, mientras que bien entrado 2003 lo consideraban uno de los tres primeros problemas personales entre el 15 y el 20 por 100 de los encuestados, ocupando entre el segundo y tercer puesto en el listado de problemas personales. Véase CIS, «Barómetros mensuales», Un estudio reciente sobre las características del miedo al delito en España se encuentra en MEDINA ARIZA, «Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2003, núm. 5-03, pp. 3:6 a 12, y 3:16 a 18.

con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población¹¹.

Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia¹².

II.3 Sustantividad de los intereses de las víctimas

Durante mucho tiempo los intereses de las víctimas han quedado subsumidos en los intereses públicos. Su tutela se obtenía en la medida en que la incidencia del delito sobre determinados ciudadanos suponía un perjuicio a los intereses de la sociedad en su conjunto. De hecho, este requisito sigue fundamentando la caracterización del derecho penal como un sector del derecho público, diferenciado del derecho privado. Se ha sostenido incluso el principio de neutralización de la víctima, con el que se quiere expresar que las víctimas deben de tener una capacidad de intervención en la reacción penal lo suficientemente limitada como para no condicionar los intereses públicos que en ella se están sustancialmente dilucidando. En cualquier caso, parecía evidente que un correcto entendimiento de la utilidad pública impedía contraponer toscamente los intereses de las víctimas con los intereses de los delincuentes por un juicio justo y por una ejecución penal atenta a sus necesidades de reintegración social. Ni siquiera el reciente desarrollo de la victimología, con su realce de medidas penales reactivas atentas a satisfacer los intereses de la víctima, puso en cuestión la debida consideración de los intereses del delincuente condenado.

Sin embargo, la plausible atención a los intereses de las víctimas ha adquirido en los últimos tiempos algunos sesgos novedosos: ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate político-criminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas. En segundo lugar, el protagonismo de los intereses y sentimientos de las víctimas

¹¹ Sobre la controvertida discusión respecto a qué es causa y qué efecto en la relación entre interés social por la delincuencia y atención a ella por los medios, véanse referencias en DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...*, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹² Esta pretensión ha sido uno de los nichos más fructíferos de la legislación simbólica, aquella que utiliza el derecho penal para fines ajenos a aquellos que fundamentan el uso del derecho penal. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en el mismo, *Política criminal y derecho penal*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 80 ss.

no admite interferencias, de manera que la relación entre delincuente y víctima ha entrado en un juego de suma-cero: Cualquier ganancia por parte del delincuente, por ejemplo, en garantías procesales o en beneficios penitenciarios supone una pérdida para la víctimas, que lo ven como un agravio o una forma de eludir las consecuencias de la condena; y, en menor medida, lo mismo vale a la inversa, todo avance en la mejora de la atención a las víctimas del delito es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente. Y es que, finalmente, lo que se ha producido es una inversión de papeles: es ahora la víctima la que subsume dentro de sus propios intereses a los intereses de la sociedad, son sus sentimientos, sus experiencias traumáticas, sus exigencias particulares los que asumen la representación de los intereses públicos; éstos deben personalizarse, individualizarse, en demandas concretas de víctimas, grupos de víctimas, afectados o simpatizantes. El principio de neutralización ha modificado su curso: a las víctimas se les encomienda la tarea de asegurar que argumentaciones complejas y matizadas de los poderes públicos, que pretendan abarcar intereses sociales contrapuestos, sean mantenidas lo suficientemente alejadas como para que no interfieran en la adecuada satisfacción de los intereses de los directamente afectados por el delito¹³.

II.4 Populismo y politización

Los agentes sociales que resultan determinantes en la adopción y contenido de las decisiones legislativas penales han sufrido modificaciones de gran calado.

Ante todo, los conocimientos y opiniones de los expertos se han desacreditado. Ello reza, desde luego, para las aportaciones procedentes de una reflexión teórica que, paradójicamente, ha logrado en el ámbito de la interpretación y sistematización de la ley penal niveles de precisión y

¹³ Un ejemplo bien ilustrativo de hasta dónde se puede llegar por este camino lo constituyen dos prácticas que se han asentado en EE.UU. en relación con la aplicación de la pena de muerte. Por la primera de ellas, a efectos de decidir si en un caso de asesinato se debe imponer la pena de muerte o basta con una pena privativa de libertad, la fiscalía puede fundamentar su petición de pena capital, al margen de en la gravedad del hecho cometido, en los graves sufrimientos que la pérdida del ser querido ha causado entre sus parientes y allegados, lo que materializa mediante la presentación de una «declaración de impacto sobre las víctimas», donde recoge los testimonios y dictámenes pertinentes. Por la segunda, ciertos Estados justifican la autorización para que los familiares y allegados de la víctima presencien la ejecución del delincuente en el ambiguo concepto psicológico de «punto final» (*closure*), que expresaría que los perjudicados por el asesinato recuperan la tranquilidad anímica perdida desde que se produjo el suceso y prolongada durante todo el proceso judicial, cobertura mediática, etc., una vez que perciben directamente la muerte del causante de todas esas perturbaciones. Véase sobre estas dos manifestaciones ZIMRING, *The Contradictions of American Capital Punishment*, Oxford University Press, 2003, pp. 51-64.

rigurosidad conceptuales inalcanzados por otros sectores del ordenamiento jurídico; sus disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales. Pero la reputación de los especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de penas también se encuentra malparada; los jueces son vistos como un colectivo poco fiable, que adopta con frecuencia decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece sólo preocuparles el bienestar de los delincuentes. Sólo la pericia policial, en su doble faceta preventiva de delitos y perseguidora de los ya cometidos, sigue siendo considerada imprescindible; en este caso, sus eventuales insuficiencias no llevan a cuestionar la utilidad de sus conocimientos, sino a proponer su perfeccionamiento y mejora¹⁴.

En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano.

Para que estos últimos agentes sociales puedan asentar su relevancia es preciso que los agentes institucionales directamente vinculados con la creación del derecho otorguen a las demandas populares un acceso privilegiado, mediante el que puedan eludir los habituales controles burocráticos que en toda democracia velan por el fundamento de las iniciativas legislativas. A esta labor se aplican en los últimos tiempos con extremado celo fuerzas políticas de todo el espectro ideológico. Las vías para su éxito transitan, de forma singular aunque no exclusiva, por la aceleración del *tempo* legiferante y la irrelevancia, cuando no eliminación, del debate parlamentario e incluso del gubernamental; se trata de que los políticos puedan justificar la omisión de aquellas fases procedimentales en las que el protagonismo corresponde a profesionales expertos en virtud de la urgencia o del carácter indiscutible de las decisiones a tomar, se revistan tal urgencia e inapelabilidad del concepto de alarma social, de perentoriedad del problema, de consenso social, o de cualquier otro recurso retórico. Ello permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las

¹⁴ Según una encuesta del Instituto Opina para el diario *El País*, realizada a fines de 2003, las cinco instituciones mejor valoradas por los españoles son, por este orden, la Guardia Civil, la Monarquía, la Policía Nacional, las Comunidades Autónomas, y la Policía Municipal. El sistema judicial aparece en el último lugar de las instituciones listadas en la pregunta, en el puesto número 14. Véase diario *El País*, 6 de diciembre de 2003.

demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa¹⁵ suministra.

Esta dinámica populista y politizada tiene una serie de rasgos entre los que quizá convenga destacar ahora dos de ellos.

El primero pondría de relieve que el descrédito de los expertos ha pasado de las palabras a los hechos: al inicial distanciamiento o incompreensión hacia sus propuestas o modo de proceder ha sucedido una activa política encaminada a privarles del margen de discrecionalidad que, debido a su pericia, gozaban en su correspondiente ámbito decisonal. Ejemplos al respecto sobran en estos momentos, especialmente en el campo de la determinación de la pena y de su ejecución: es el caso de la reducción del arbitrio judicial a la hora de sustituir la pena o medida de seguridad, o el resto de pena por cumplir, impuestas a un extranjero residente ilegal por su expulsión del territorio nacional, o las restricciones en la aplicación del tercer grado, la libertad condicional, los permisos de salida o los beneficios penitenciarios, introducidas, respectivamente, en las Leyes Orgánicas 11/2003 y 7/2003¹⁶.

El segundo rasgo se enuncia con facilidad: el manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político-criminal ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifican cualesquiera posturas que conlleven una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer antes y más que el otro las más superficiales demandas populares ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas político-criminales, que a alguno de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica¹⁷.

¹⁵ «Democracia directa» que abusa de las tramitaciones urgentes, que busca premeditadamente introducir importantes reformas del Código Penal en los últimos trámites parlamentarios –léase Senado–, o que aprovecha leyes, penales o no, con objetivos muy precisos para colar de rondón reformas penales cuya discusión parlamentaria se quiere evitar. Véanse las importantes reformas de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores que se incluyeron en las Leyes Orgánicas 9/2002, de reformas de los Códigos Penal y Civil en materia de sustracción de menores, y 15/2003, de modificación del Código Penal; o las irregularidades procedimentales legislativas que han acompañado la incorporación al Código Penal de los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis, relativos a la convocatoria de referenda ilegales y de allegamiento de fondos para asociaciones y partidos políticos ilegales, entre otros supuestos. Véase también GONZÁLEZ CUSSAC, «La contrarreforma penal de 2003. Nueva y vieja política criminal», *Revista jurídica galega*, núm. 38, 2003, pp. 19-21 y 32.

¹⁶ Sobre el progresivo desapoderamiento de la discrecionalidad judicial y penitenciaria que se está produciendo, véase también MAQUEDA ABREU, «Crítica a la reforma penal anunciada», *Jueces para la democracia*, núm. 47, 2003, p. 9.

¹⁷ Véanse referencias igualmente en CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pp. 70-75.

II.5 Revalorización del componente afflictivo de la pena

La preeminencia obtenida por los intereses de las víctimas y el populismo han dado respetabilidad social a ciertos sentimientos cuya demanda de satisfacción en otros tiempos se comprendía pero no se atendía; me refiero a los sentimientos de venganza tanto de las víctimas y sus allegados como de la población en general.

A este factor se han añadido otros dos que han terminado de reforzar una transformación significativa del conjunto de objetivos a satisfacer por la pena:

Así, la resocialización del delincuente, pese a su soporte constitucional, ha dejado de tener los apoyos sociales suficientes para constituirse en un objetivo destacado de la ejecución penal. Ciertamente su cuestionamiento se inició entre los expertos, como más arriba hemos señalado¹⁸, y tuvo una notable influencia en la reestructuración del modelo jurídicopenal en ordenamientos que habían apostado casi en exclusiva por el efecto resocializador de la pena. Pero la formulación de tales objeciones se inició hace ya más de dos décadas, y desde entonces se ha matizado notablemente la percepción experta sobre el tratamiento de los delincuentes. Ahora predomina una aproximación más realista y menos ideologizada a los frutos que pueden ofrecer las diversas técnicas disponibles, con ámbitos de intervención, como el relativo a desintoxicación e inserción de delincuentes drogadictos, que han mostrado sobradamente su efectividad¹⁹. En el actual estado de cosas resulta, pues, injustificado colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales. Sin embargo, la opinión pública tiende a valorar las medidas que, con las miras puestas en la reinserción social del delincuente, flexibilizan la ejecución penal como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes²⁰.

A esta idea va estrechamente asociada otra, en virtud de la cual ha quedado arrumbada dentro del acervo de explicaciones sociales de la delincuencia aquella que la consideraba en gran medida una consecuencia de las desigualdades sociales, sea a la hora de interiorizar las normas sociales sea a la hora de disponer de los medios para desarrollar el plan de vida personal. Desde una visión marcadamente consen-

¹⁸ Véase apartado I.

¹⁹ Véase una revisión empírica de la eficacia de los tratamientos, moderadamente optimista, en REDONDO, «Criminología aplicada: Intervenciones con delincuentes, reinserción y reincidencia», *Revista de derecho penal y criminología*, 2.ª época, 1998, núm. 1, pp. 189 ss. Información valiosa sobre la disponibilidad de tratamientos genéricos y específicos en las prisiones españolas se encuentra en CID MOLINÉ, «El sistema penitenciario en España», *Jueces para la democracia*, núm. 45, 2002, pp. 21-22.

²⁰ Sólo el tratamiento en general de los drogadictos delincuentes, así como los tratamientos que no conllevan una flexibilización significativa del régimen de cumplimiento de la pena, se aceptan sin reticencias por la población.

sual de la sociedad, que minusvalora las diferencias de oportunidades entre sus miembros, la delincuencia se percibe como un premeditado y personalmente innecesario enfrentamiento del delincuente con la sociedad, que exige una respuesta que preste la debida atención a la futilidad de las motivaciones que han conducido a ella²¹.

El conjunto de los tres factores ha fomentado una serie de modificaciones sustanciales en el sistema de penas y su ejecución que en buena parte se inspira simplemente en el deseo de hacer más gravosas para el delincuente las consecuencias derivadas de la comisión de un delito. Baste con mencionar la introducción de penas de privación de libertad cuya duración práctica se acerca, en contra de una tradición biseular en España, a la reclusión de por vida²², el notable endurecimiento del régimen penitenciario mediante el establecimiento de condiciones más estrictas de acceso al régimen de cumplimiento en tercer grado o a la libertad condicional²³, el renacimiento de las penas infamantes, como es el caso de la publicación de listas de maltratadores o delincuentes sexuales²⁴, o el aseguramiento de una efectiva persecución de determinados delincuentes mediante el compromiso de ejercicio de la acción popular por órganos del poder ejecutivo de las comunidades autónomas.

II.6 Redescubrimiento de la prisión

El que la prisión es una pena problemática se ha convertido en un tópico, en el moderno doble sentido de la palabra, que ha estado presente en la reflexión políticocriminal desde hace bastantes décadas. En especial durante la segunda mitad del siglo xx se convirtieron en lugar común una serie de consideraciones bien fundadas sobre los efectos negativos del encarcelamiento sobre los directamente afectados y sobre la sociedad en general. Mientras las penas largas de privación de libertad se consideraban inhumanas por la destrucción de la personalidad del recluso que solían conllevar, así como socialmente

²¹ A ello no es obstáculo el estatus deshumanizado que el delincuente adquiere en el imaginario social, precisamente y de forma paradójica debido a su previa consideración como un ciudadano que, como cualquier otro, ha disfrutado de igualdad de oportunidades. Véase al respecto lo que ya mencionamos en el apartado II.2.

²² Véanse los nuevos artículos 76 y 78 del Código Penal, tras la redacción derivada de la Ley Orgánica 7/2003. Es cierto que en otras épocas, sin ir más lejos durante el franquismo, existían penas de prisión hasta de cuarenta años, pero la institución de la redención de penas por el trabajo las reducía de forma prácticamente automática en una tercera parte, lo que ahora ya no es posible.

Los cambios que se han producido en el modelo penal han llevado en otros países a la reintroducción o expansión de la pena de muerte, o a la readmisión de penas corporales. Véanse referencias en GARLAND, *op. cit.*, pp. 9, 142, 213 y 257.

²³ Véanse referencias supra. En otros países se han restablecido las cuerdas de presos. Véase GARLAND, *ibidem*.

²⁴ Véanse referencias en SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 147. En ciertos ordenamientos se ha recuperado la obligación de los reclusos de portar uniformes infamantes —a rayas...—. Véase GARLAND, *ibidem*.

contraproducentes por generar inadaptación del recluso a cualquier futuro reingreso en la comunidad, las penas cortas de prisión se consideraban un factor de primer orden en la consolidación de pautas comportamentales delictivas en delincuentes de poca monta mediante el contagio con sus pares, ejerciendo un efecto socializador inverso al precisado. Ello fomentó, en especial en los países que más habían avanzado en el modelo resocializador, y como ya hemos señalado²⁵, un fuerte movimiento favorable a buscar penas que pudieran sustituir total o parcialmente con ventaja a la pena de prisión. Es el momento de desarrollo de sistemas efectivos de penas pecuniarias, de la aparición de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, de arrestos discontinuos, de libertades vigiladas o a prueba en sus diversas modalidades, de la revalorización de la reparación del daño como sustituto de la pena, y de los regímenes flexibles de ejecución penitenciaria.

Es cierto que en España el escepticismo hacia la pena de prisión sólo fue capaz de superar el ámbito teórico o académico cuando se iniciaron los trabajos de elaboración de un nuevo Código Penal, pero, aunque tarde, el nuevo Código Penal de 1995 constituyó una aportación significativa en ese sentido. Junto a la trascendente decisión de eliminar las penas de prisión inferiores a los seis meses, y la búsqueda de la efectividad en las penas pecuniarias mediante la adopción del sistema de días-multa, se integraron en el sistema de penas nuevas sanciones como la de trabajo en beneficio de la comunidad o los arrestos de fin de semana, directamente encaminados a eludir desde un principio, o mediante su papel como sustitutivos, a una pena de prisión cuestionada. No se olvidó tampoco de potenciar la institución de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ni de flexibilizar el régimen penitenciario, en especial en lo relativo a la obtención del tercer grado o la libertad condicional.

Sin embargo, una cosa es la plasmación en el Código Penal de este relativo distanciamiento de la pena de prisión, y otra cosa su real puesta en práctica. La mayor parte de esas medidas destinadas a ser una alternativa a la pena de prisión nacieron huérfanas de los medios materiales y personales necesarios para su efectivo desarrollo. Las razones por las que un legislador genuinamente interesado en este cambio de rumbo en la ejecución penal pudo desatender aspectos tan esenciales de su decisión legislativa no son fáciles de comprender: Junto a la defectuosa técnica legislativa usual en nuestro país, en la que los preceptivos estudios sobre la futura implementación de las leyes no trascienden su cualidad de mero trámite del expediente administrativo, hay que pensar en el escaso hábito de operar con medidas propias del estado del bienestar, como lo eran sin duda muchas de las modificaciones propuestas, que exigen inevitablemente nuevas aportaciones de recursos; a ello habrá que unir las rutinas judiciales y penitenciarias y, finalmente, el cambio político que sobrevino al poco

²⁵ Véase apartado I.

tiempo, con el acceso al gobierno de una opción ideológica que se había mantenido al margen, cuando no opuesto, a la reorientación propuesta en el nuevo código.

Sea como sea, lo cierto es que el sistema días-multa no ha impedido que la cuantía de las multas se siga calculando de modo semiautomático, sin atender apreciablemente a la diversa capacidad económica de los culpables, que la pena de arresto de fin de semana ha desaparecido sin haberse desarrollado a fondo sus potencialidades, dada la carencia de infraestructura material y personal, y que el trabajo en beneficio de la comunidad apenas se aplica debido a la falta de los correspondientes convenios con las instituciones que pudieran acoger a los trabajadores comunitarios. Las posibilidades de un tratamiento en libertad propias de la suspensión de la ejecución de la pena, el tercer grado o la libertad condicional no se han aprovechado más allá del ámbito de la drogodependencia, y la indudable mejora de la infraestructura penitenciaria, ahora de nuevo superada por el incremento de ingresos, se ha centrado en las condiciones de habitabilidad, descuidando la dotación de medios personales y materiales para las metas resocializadoras inherentes al régimen penitenciario²⁶.

Mientras todo este frustrante proceso sucedía en nuestro país, en naciones de nuestro entorno cultural en las que estaba bien asentado el sistema de penas alternativas a la prisión se estaba produciendo un acelerado proceso de recuperación del prestigio de las penas privativas de libertad, lo que estaba dando lugar a las correspondientes reformas legales. Su recreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos socio-personales de la pena: En primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inocuidadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales²⁷.

Dada la inestable evolución española, no es de extrañar que ese movimiento pendular haya encontrado campo abonado en nuestro país en cuanto se han producido unas mínimas condiciones favorables, como un transitorio incremento de la criminalidad y un gobierno y oposición mayoritaria que pugnan por destacar en su lucha contra el

²⁶ Sobre la limitada aplicación de las penas alternativas a la prisión en los juzgados de lo penal, véase el ilustrativo estudio empírico coordinado por CID/LARRAURI. *Jueces penales y penas en España (aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal)*, Tirant, 2002, *passim*.

²⁷ Véanse las referencias en GARLAND, *op. cit.*, pp. 8-9, 175-179, 148-150, 154-165; SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 141-147.

crimen. Los frutos ya están en nuestras manos: Sin haberse llegado nunca a ensayar seriamente las penas alternativas a la prisión, las reformas de 2003 han recuperado las penas cortas de prisión de tres meses en adelante en paralelo a la supresión del arresto de fin de semana, se ha incrementado la duración de las penas largas de prisión, se han introducido importantes rigideces en el régimen penitenciario.

II.7 Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal

El derecho penal moderno se ha ido construyendo desde hace algo más de dos siglos dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que estos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas.

Esta falta de confianza se asienta, por lo demás, en una tradición pocas veces interrumpida en el derecho penal moderno. Sin duda, es el elemento más característico del modelo de intervención garantista, pero también ha sido un componente destacado del modelo resocializador: Más allá de lo que pudiera mostrar una visión superficial de su funcionamiento, en él se adoptan las mismas cautelas, cuando no mayores, a la hora de establecer el ámbito legítimo de actuación de los poderes públicos encargados del descubrimiento y enjuiciamiento de las conductas delictivas. Ha sido, por el contrario, la presencia de unas expectativas, que luego se han mostrado exageradas, en la capacidad de las ciencias del comportamiento para hacer el *bien* al delincuente lo que ha desencadenado los excesos en el campo de la ejecución penal, que ya hemos comentado.

Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un cambio que, a mi entender, no tiene antecedentes en las sociedades democráticas modernas. Es cierto que determinados periodos históricos con regímenes políticos autoritarios suscitaron en las masas sociales que los sustentaban, eliminados o acallados los vencidos o discrepantes, una crédula despreocupación por los métodos negadores de los derechos y libertades individuales empleados por los poderes públicos para controlar la delincuencia. Y también lo es que en regímenes democráticos se ha tenido demasiadas veces éxito en aislar y demonizar determinados ámbitos delincuenciales, de modo que en su

persecución pudiera valer todo: En nuestro país, las conductas terroristas o las relativas a drogas son buenos candidatos a ejemplo.

Sin embargo, lo que ahora está sucediendo tiene matices nuevos: En el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad, sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la que hemos llamado delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo. Dicho de otra manera, los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas.

Esa progresiva falta de recelo hacia el uso del instrumental punitivo está permitiendo, en primer lugar, reformas impensables hace poco tiempo. Basten como ejemplo la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo, la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales y aun civiles²⁸, la facilitación de la prisión preventiva²⁹ y la disminución del control judicial de los procedimientos penales mediante los juicios rápidos³⁰. Y en segundo lugar, está prestigiando modos de operar jurídicamente en los que el debido respeto de los derechos y libertades individuales quedan en un segundo plano: En la policía, superado el distanciamiento popular que arrastraba desde los años de la dictadura, la eficacia y prontitud que se le demanda en la persecución del delito y descubrimiento de los culpables permite disculpar fácilmente actuaciones apresuradas que inciden sobre objetivos equivocados; el legislador ha de mostrar una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social; los jueces han de ser capaces de sortear los obstáculos de derecho material y procesal que puedan surgir, con tal de asegurar una justicia acorde en tiempo y forma a las demandas populares; y la principal misión de los funcionarios de ejecución de penas es garantizar en todo

²⁸ Como en el caso de la reciente regulación de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, contenida en la Ley 27/2003, de 31 de julio.

²⁹ A partir de las Leyes Orgánicas 13/2003 y 15/2003.

³⁰ Dado el protagonismo adquirido por el impulso policial del procedimiento, así como el incremento de las conformidades. Véase Ley Orgánica 8/2002. Según datos facilitados a la prensa a comienzos de 2004 por el Consejo General del Poder Judicial, en alrededor de un 50 por 100 de los casos tramitados por el procedimiento de enjuiciamiento rápido se dicta sentencia de conformidad.

momento que el delincuente no es tratado de un modo demasiado generoso.

II.8 Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia

Durante mucho tiempo el epígrafe precedente significaba que la comunidad asumía su responsabilidad en la génesis de la delincuencia, y que se aprestaba a estimular y desarrollar iniciativas dirigidas a eliminar la exclusión social de ciertos ciudadanos. Se trataba de brindar apoyo familiar, laboral, asistencial, a los delincuentes o a las personas en trance de convertirse en tales. La meta era anticiparse a la intervención de los órganos formales de control social –policía, administración de justicia...– mediante el reforzamiento de los vínculos sociales de esas personas. Ahora los mismos términos significan otra cosa, cómo mejorar la colaboración con la policía en la prevención del delito e identificación y detención de los delincuentes.

En nuestro país apenas se ha desarrollado lo que en otros países se ha llamado prevención comunitaria, correlato de la prevención policial. Ciertamente, el énfasis en los objetivos perseguidos puede variar significativamente, más centrada la comunidad en su deseo de eliminar la inseguridad y miedo generados por la delincuencia en el espacio social donde tiene lugar la interacción social, y en asegurar unas compensaciones satisfactorias por los daños causados, mientras que para la policía la delincuencia es sobre todo un problema de orden público. Pero en último término todo se reduce a que la comunidad, mediante una estrecha colaboración con la policía, aprenda y acepte poner en práctica por sí misma técnicas y habilidades que permitan sustituir o incrementar la eficacia de las intervenciones policiales para prevenir o perseguir el delito. De esos afanes han surgido valiosos programas de diseño urbanístico o viario anticrimen, útiles programas de difusión de técnicas de autoprotección de las víctimas o de demanda de intervención inmediata³¹, pero también programas de control vecinal que capacitan a los residentes de un barrio para informar de cualquier ciudadano desconocido y de aspecto inusual que transite por sus calles lo cual, en aras a su mayor eficacia intimidatoria, se recuerda mediante los correspondientes indicadores callejeros³², o policías de proximidad una de cuyas funciones específicas es recoger la mayor cantidad posible de información vecinal *en principio* delictivamente intrascendente.

Pero la directa implicación de la comunidad en la persecución del delito no queda limitada a tareas de colaboración con la policía, sino que cada vez más los poderes públicos fomentan el desempeño por la

³¹ Es el caso de las diversas actuaciones españolas de mejora de la prevención y persecución de la violencia doméstica.

³² Conocidos en los países anglosajones como «Neighbourhood Crime Watch» o términos equivalentes.

propia comunidad de las funciones propias de los órganos formales del control social.

La expansión de la seguridad privada en nuestro país y en los países de nuestro entorno supone una dejación generalizada de responsabilidades por parte de los poderes públicos en relación con uno de sus cometidos fundamentales, la salvaguarda del orden público. Los argumentos eficientistas que pretenden justificar esa retirada masiva de las fuerzas de orden público de tantos espacios colectivos ignoran unos cuantos argumentos de fondo, desde la exigencia democrática de que el estado es el único que ha de tener el monopolio de la fuerza, hasta la constatación de que el diferenciado acceso a la seguridad privada es un nuevo y creciente factor de desigualdad social. Y tampoco quieren recordar unas cuantas razones que versan precisamente sobre la eficiencia, desde las defectuosas prestaciones llevadas a cabo por un sector profesional cuyo meteórico incremento de efectivos ha contrastado con el notorio desinterés de la administración pública en el aseguramiento de su capacitación, hasta los motivos que han impedido a las fuerzas de orden público acometer una reestructuración que les hubiera hecho capaces de atender adecuadamente a la mayoría de esas demandas sociales de seguridad que ahora ha de atender, a su costa, la comunidad.

La asunción del control social penal por parte de la sociedad civil se extiende asimismo a fases posteriores a la de prevención o persecución policiales: Es conocido que países cercanos a nosotros han desarrollado un sistema privado de establecimientos penitenciarios, lo que no ha dejado de sorprender en amplios sectores sociales. Pero deberíamos de ser conscientes de que España ya ha entrado decididamente en esa dinámica: El sistema de ejecución de las medidas imponibles a menores responsables de delitos descansa ya en gran medida en una red de centros e instituciones privadas, concertadas con la administración pública competente, en la que agentes privados ejecutan, entre otras, medidas de internamiento prolongadas y aplican el régimen disciplinario legalmente previsto. En el ámbito de la ejecución de penas de adultos, tampoco pueden pasarse por alto los ingresos de drogodependientes con pena suspendida o en libertad condicional en centros cerrados de desintoxicación regidos por agentes privados.

Sin necesidad de entrar ahora en consideraciones sobre la legitimidad o la eficiencia de todas estas actuaciones comunitarias, lo decisivo a nuestros efectos argumentales es la constatación de que todo este fenómeno de implicación de la sociedad en el control de la delincuencia ha desplazado las energías de la comunidad *del afán por lograr la inclusión social de los desviados al interés por garantizar la exclusión social de los delincuentes*. Lo que constituye un cambio en las actitudes sociales ante la delincuencia de primera magnitud.

II.9 Transformación del pensamiento criminológico

A los embates que está recibiendo el control experto de la criminalidad, y que ya señalamos más arriba ³³, hay que añadir una profunda transformación del abordaje de la delincuencia por uno de los sectores expertos más relevantes, la criminología. Durante las décadas de los 50, 60 y parte de los 70 del siglo pasado, el estudio empírico-social del delito y del delincuente se centró en un enfoque etiológico que percibía la mayor parte de la delincuencia como un producto de la marginación y privación sociales: La defectuosa socialización, la escasez de oportunidades, el alojamiento en los márgenes de la sociedad del bienestar, junto con alteraciones comportamentales estrechamente vinculadas a lo anterior, explicaban convincentemente la criminalidad. La solución a esta disfunción social también estaba clara: Reforzamiento de los instrumentos bienestaristas de integración social, medidas resocializadoras de los delincuentes. Los 70 y los 80 presenciaron una acentuación de esta aproximación metodológica, cuando desde la teoría del etiquetamiento y los más amplios enfoques de la criminología crítica las instituciones sociales que tenían encomendadas tareas de integración y de control sociales pasaron a ser consideradas factores directamente configuradores y generadores de la delincuencia: Eran sus sesgadas y poco fundamentadas decisiones de intervención las que terminaban decretando dónde se encontraba la delincuencia y quiénes eran los delincuentes. La solución pasaba por una transformación de la estructura política de nuestras sociedades.

Desde los 90 del pasado siglo la criminología ha experimentado un profundo cambio de perspectiva: Ya no son la marginación o exclusión sociales ni siquiera las instituciones de integración y control sociales las que crean delincuencia, sino que la delincuencia surge por defecto, es la consecuencia de la ausencia de un suficiente control social, y lo que procede es incrementar este último.

En el mejor de los casos esa demanda de mayor control social no deja de reconocer el trasfondo de desigualdad social inherente a la mayor parte de los comportamientos delictivos, pero admite que los esfuerzos de integración social de esos sectores desfavorecidos deben ir precedidos de los directamente encaminados a garantizar la seguridad ciudadana, una seguridad que beneficia ante todo a los colectivos socialmente más desprotegidos y cuyo ejercicio es aconsejable supervisar estrechamente para evitar abusos ³⁴. Pero esta visión es todavía heredera de los enfoques anteriores, y resulta desde sus inicios sobrepasada por otras aproximaciones metodológicas.

³³ Véase apartado II.4.

³⁴ Planteamientos en esta línea podrían ser compartidos por la llamada criminología de la clase obrera o los nuevos realistas de izquierda.

Acomodadas o no dentro de lo que se ha venido en llamar la criminología administrativa o la criminología actuarial³⁵, predominan orientaciones que niegan o se abstienen de resaltar el pretendido trato desigual de la sociedad o de sus instituciones hacia los que terminan convirtiéndose en delincuentes. En contraste, los delincuentes serían personas normales, bien integradas o integradas aceptablemente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las oportunidades de delinquir que se les ofrecen. Las soluciones a tales tentaciones han de transitar por dos vías fundamentales: Por una parte, reforzando los efectos reafirmadores de la vigencia de las normas e intimidatorios, propios de penas suficientemente graves; dado que estamos ante ciudadanos que se comportan racionalmente, incorporarán fácilmente a su proceso motivacional tales costes, y terminarán desistiendo de realizar comportamientos delictivos. Por otra parte, hay que desarrollar políticas de prevención situacional, que desplazan la atención desde el delincuente al delito, y se centran en reducir las oportunidades para delinquir; ello exige hacer menos atractivos los posibles blancos delictivos mediante la introducción de medidas de seguridad de todo tipo, algunas de mero sentido común, las más incorporando medios técnicos, unas a ejecutar directamente por la comunidad, otras a desenvolver en el nivel de control social institucional, todas ellas expresivas de una opción de lucha contra la delincuencia que ha decidido detenerse en el plano más superficial del comportamiento delictivo, sin interesarle las causas profundas de él.

Tampoco han faltado orientaciones, como la criminología feminista, que, sin desconocer las causas profundas de determinados comportamientos delictivos, ha dado la primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de intervenciones sociales y, en consecuencia, ha sido una de las principales impulsoras de lo que podríamos denominar el *bienestarismo autoritario*. En efecto, esta corriente de pensamiento ha puesto acertadamente de manifiesto la necesidad de desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, apenas alterada, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el siglo xx y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros. Pero, además, la mayoría de las perspectivas feministas, a la búsqueda de una enérgica reacción social ante tal estado de cosas, han tenido éxito en extrapolar la significativa presencia en esa actitud patriarcal de conductas violentas hacia las mujeres, al conjunto de comportamientos sociales lesivos de los derechos individuales de éstas, de forma que se ha generalizado la imagen social de que la violencia es el vector explicativo de la desigualdad entre los géneros. Así ha conseguido que esta desigualdad se perciba

³⁵ Véanse referencias en LARRAURI PIJOAN, *La herencia de la criminología crítica*, siglo XXI, eds. 1991, pp. 143 ss; GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, *Principios de criminología*, 2.^a edic., 2001, Tirant, pp. 384-390.

indiferenciadamente como un problema de orden público, para cuya solución los mecanismos preferentes han de ser los penales.

Ello origina que el discurso se centre, en primer lugar, en asegurar una punición suficientemente grave de un número significativo de comportamientos patriarcales, ya no necesariamente violentos³⁶, mediante una entusiasta reivindicación de la pena de prisión y un paralelo desprecio de las pretensiones resocializadoras hacia los delincuentes, consideradas inútiles e indebidamente detractoras de recursos hacia las víctimas. En segundo lugar, asegurado el castigo, la ineludible transformación de las pautas y actitudes patriarcales difundidas por todo el tejido social encuentra de nuevo en el derecho penal un instrumento técnico privilegiado, dada su pretendida capacidad para promover cambios sociales a través de sus efectos simbólicos: Ello le otorga una función pedagógica superior a la de cualquier otro tipo de intervenciones sociales, las cuales, sin desaparecer, quedan en un segundo plano ante la potencia socialmente transformadora del derecho penal.

III. POSICIONAMIENTO Y ESTRATEGIAS

Una vez identificado ese conjunto de actitudes sociales, deberíamos evitar la tentación de limitarnos a reiterar el desdén hacia la mayor parte de estas evoluciones sociales. Propongo que no olvidemos intentar comprender la postura del otro y su solidez, antes de plantearnos qué procede hacer y qué estrategias hay que desarrollar para conseguirlo.

III.1 Los errores del garantismo

Ese intento de comprensión debiera comenzar por reconocer los errores cometidos por un pensamiento penal férreamente anclado en el modelo garantista. Desde la seguridad que da la indiscutible pertenencia de la mayor parte de nosotros a este modelo de reflexión jurídico-penal, es hora de que iniciemos una seria autocrítica.

Pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo. La defensa de ciertos principios considerados intocables le ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abor-

³⁶ Véase, por ejemplo, el nuevo estatus penal otorgado a las *amenazas* en el marco de la denominada violencia doméstica mediante su incorporación al delito de lesiones, sea de forma directa a través de la transformación de las faltas en delito, sea mediante la incorporación a él de la violencia psíquica. Un fenómeno semejante se ha producido con la autonomía adquirida por el concepto amplio de amenazas que ha dado lugar al delito de acoso sexual y con el que se anuncia respecto al acoso laboral. Cfr. artículos 153 y 184 del Código Penal, tras las reformas de 2003 y 1999, respectivamente.

dar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales. Eso se puede ejemplificar, por el momento, en tres aspectos:

El primero podría ser su olímpico desprecio hacia todo lo que suponga abandonar el cómodo hogar de los principios. Su descuido de las aproximaciones empíricas a la realidad del delito y del delincuente ha permitido que su discurso político-criminal se haya mantenido inmune a los cambios sociales que se han ido sucediendo. No se trata tanto de recordar una vez más la incomprensible desconsideración por su parte del estatus científico que se merece la criminología, sino de llamar la atención sobre la capacidad del modelo garantista para ignorar ciertas realidades que contradicen sus orientaciones político-criminales: Quizás la insensibilidad hacia la degradación de la convivencia en determinados barrios en los que se concentraba el tráfico y consumo de heroína durante la pandemia de los años 80 y 90, y hacia las iniciativas vecinales al respecto, es un ejemplo que afecta directamente a algunos de nosotros.

A estos últimos efectos, el garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima³⁷ para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado una eficacia o efectividad aceptables sin que, por lo demás, hayan puesto en peligro principios básicos. Pensemos en las duras críticas formuladas al nuevo Código Penal por la criminalización de conductas en el campo del derecho societario, bursátil o del ámbito socioeconómico en general, en las reticencias a las reformas penales encaminadas a una mejor persecución del terrorismo callejero o de baja intensidad, y en las objeciones de principio a una utilización del derecho penal para afrontar la violencia doméstica. El que ahora tales actuaciones no sean objeto de crítica por el garantismo no nos exime de recordar lo que se dijo en el momento de su implementación.

Por último podríamos citar la incomprensible actitud según la cual la reflexión jurídico-penal se debe concentrar en una correcta interpretación de las leyes, ya que es mediante el aseguramiento de una aplicación judicial del derecho acorde con los principios garantistas, salvaguardada en último término por el Tribunal Constitucional, como se satisfarán las aspiraciones del derecho penal mínimo. Encerrados, consecuentemente, en la torre de marfil de la dogmática, desdeñosos de los vaivenes políticos, hemos dejado que los encargados de elaborar las leyes operen sin el apoyo de elaboraciones teóricas y sin estar sometidos a constricciones normativas dignas de consideración. Como era de esperar, a la hora de interpretar esas leyes nuestros bienintencionados propósitos han tropezado con los propios límites por nosotros trazados: Atrapados en el principio de legalidad sólo nos queda,

³⁷ Véase una crítica a su misma formulación en DÍEZ RIPOLLÉS, «La racionalidad...», *op. cit.*, pp. 143-144.

bien cuestionar a éste, con lo que minamos el edificio dogmático laboriosamente construido, bien esperar a tiempos mejores limitándonos a realizar una insignificante labor de zapa de la ley vigente mediante interpretaciones forzadas de ella.

En resumidas cuentas, la imagen de la academia jurídico-penal en los últimos tiempos roza en demasiadas ocasiones la irresponsabilidad. Nos resistimos a entrar en las cuestiones político-criminales candentes, para evitar ser abrasados en ellas, y preferimos refugiarnos en el templado mundo de los conceptos jurídicos. Con ello renunciamos a desempeñar las tareas sociales que nos competen, incumplimiento que disimulamos torpemente mediante el empleo descalificante de un conjunto de lugares comunes.

III.2 El discurso de la resistencia

Quizás, de todos modos, no haya que perder los nervios. Podemos estar ante un fenómeno pasajero. Para nadie es un secreto que todo el mundo occidental desarrollado está registrando en las dos últimas décadas un generalizado reflujó del estado del bienestar que, además de hacer difícil en ocasiones la distinción entre políticas conservadoras y progresistas, ha hecho que en nuestra sociedad haya arraigado un individualismo exacerbado, en el que cualesquiera explicaciones de la delincuencia que aludan a factores estructurales tengan dificultades para abrirse paso frente a las más simplistas referencias al libre arbitrio del delincuente. Pero las negativas consecuencias sociales de tales programas de actuación ya son manifiestas en muchos países y es previsible que sigan incrementando su visibilidad en éstos y en otros países³⁸.

España no es una excepción, y el ya prolongado ciclo conservador en el que nos encontramos está haciendo sentir claramente sus efectos sobre el modesto estado de bienestar laboriosamente construido en los años 80 y comienzos de los 90; y es de esperar que también entre nosotros se acumulen los datos sobre las nefastas consecuencias sociales a que tal política está dando lugar³⁹.

De todas formas, a la espera de la reversión del fenómeno, no debiéramos olvidar el pavor electoralista de una parte de la izquierda. La adhesión de los socialistas a la política de ley y orden permite augurar que no saldremos tan fácilmente de ese ciclo en lo que se refiere a materias afectantes a la seguridad ciudadana. Con cierto

³⁸ Véase de todos modos el ilustrativo análisis empírico de SCHEINGOLD, *The politics of street crime*, Temple University Press, 1991, pp. 29-71, 163-192, sobre los diferentes períodos de politización del tema de la criminalidad en EEUU, y sus dudas respecto al carácter efímero y coyuntural que inicialmente les había atribuido.

³⁹ Una sugerente –¿y consoladora?– interpretación de las recientes reformas penales como desarrollo de la política criminal de la derecha en el poder, sin dejar de reconocer, con todo, la deriva socialista, se encuentra en GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pp. 13-19, 22, 24, 28.

retraso respecto a sus homólogos británicos o franceses, la izquierda moderada española parece haber abrazado los postulados de la llamada criminología de la clase obrera o de los nuevos realistas de izquierda⁴⁰, y ha convertido la seguridad ciudadana en objetivo prioritario de la lucha contra la delincuencia, abandonando su tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas y no desde los síntomas.

Ante esta situación, el discurso de la resistencia tiene dos tareas delante de sí. Por un lado, reaccionar enérgicamente ante las propuestas entreguistas que, dentro de la propia reflexión jurídico-penal, propugnan legitimar la reciente evolución político-criminal, vista como un fenómeno inevitable. Por otro lado, contraatacar plantando cara a los agentes sociales responsables de este estado de cosas político-criminal.

En cuanto a lo primero, hay que rechazar aquellas posturas que pretenden dar carta blanca a los poderes públicos en su lucha contra la delincuencia. Así, la tesis conocida como el «derecho penal del enemigo»⁴¹, que propugna la creación de un derecho represivo excepcional, aligerado de garantías y usuario de penas extremadamente duras, para determinadas formas de delincuencia que van desde la terrorista, pasando por muy diversos tipos de delincuencia organizada, hasta la delincuencia clásica o callejera habitual o profesional, constituye una defeción en toda regla, con armas y bagajes, al campo de la ideología de la seguridad ciudadana. Su pretensión de fundamentar los excesos de intervención penal propuestos en el dato de que estamos ante individuos que han decidido autoexcluirse de los valores y normas de la sociedad en la que viven, lo que justificaría su consideración como extraños a la comunidad, muestra un sinnúmero de incongruencias, que no es éste el lugar para destacar.

Baste con decir que, ante todo, supone la asunción del fin preventivo-especial de la inocuización del delincuente, su aislamiento social, como fin prácticamente exclusivo de la pena en relación con esos delincuentes. En segundo lugar, implica renunciar de antemano a cualquier explicación estructural sobre las causas sociales de esa delincuencia, de forma que la pretendida autoexclusión de la sociedad se ve como fruto de decisiones libres y hasta cierto punto arbitrarias. En tercer lugar, aun si aceptamos su implícita hipótesis de que estamos ante delincuentes por convicción, sorprende que en contra de lo que ha sido el tratamiento habitual en el derecho penal clásico y, desde luego, en el derecho penal garantista, su condición de delincuentes ideológicos les otorgue un estatus peyorativo en lugar de meliorativo o, al menos, neutro. Eso sería especialmente pertinente respecto al terrorismo, pero tampoco cabe excluirlo en ocasiones para

⁴⁰ Véase lo dicho *supra* en apartado II.9.

⁴¹ Actualmente su defensor más decidido es Jakobs, cuya última formulación al respecto parece estar en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Cívitas, 2003, pp. 21-56. Véase su aceptación, aunque más matizada, en SILVA SÁNCHEZ, «La expansión», *op. cit.*, pp. 163-167.

ciertos tipos de delincuencia organizada, como determinados segmentos de la economía ilegal de drogas o del tráfico ilegal de mercancías o personas desde el mundo subdesarrollado al desarrollado. Finalmente, a la entronización de la inocuidad, a la ceguera frente a las causas estructurales de la delincuencia, y a la plena incompreensión de la delincuencia ideológica, actitudes todas ellas directamente incidentes sobre los enemigos de la sociedad, hay que añadir algo más: Los efectos devastadores que sobre la prevención general de comportamientos delictivos dirigida al conjunto de la sociedad habrá de tener la constatación de que se reconoce a cualquier ciudadano el derecho a *salirse* del ordenamiento jurídico, adquiriendo un nuevo estatus que, sólo en caso de descubrimiento de sus actividades, puede resultarle desfavorable. Si a eso unimos la frecuente tendencia de las instancias de control social a ahorrarle esa decisión al ciudadano, tomándola ellas en su nombre, el cuadro resulta ya completo⁴².

⁴² Críticamente sobre el derecho penal del enemigo, CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pp. 78-102, incidiendo en especial en la inconveniencia de dejar a disposición de los ciudadanos la determinación de su estatus de ciudadano; LAURENZO COPELLO, Recensión a SILVA SÁNCHEZ, «La expansión del derecho penal», 2.^a edic., en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 12, pp. 455-456, quien, además, resalta los riesgos implícitos en la determinación de quiénes serían los «enemigos»; MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, p. 11; MUÑOZ CONDE, «¿Hacia un derecho penal del enemigo?», *Diario El País*, 15 de enero de 2003. Por el contrario, ZUGALDÍA ESPINAR, *Seguridad ciudadana y estado social de derecho* (en prensa). Ejemplar mecanografiado, p. 9, estima que las críticas a Jakobs por su formulación del derecho penal del enemigo no están justificadas, ya que él también deslegitima tal construcción.

La inconsistencia de la vinculación que realiza SILVA SÁNCHEZ (véase *supra* nota 5) entre los fenómenos político-criminales de la «modernización» y de la «seguridad ciudadana», a los que agrupa bajo el mismo concepto de «expansión» del derecho penal, se muestra con nitidez cuando termina aceptando, a partir de las demandas sociales, dos variedades de expansión del derecho penal. Una de ellas, que hay que aceptar «resignadamente», va referida «muy especialmente» a la delincuencia socioeconómica, esto es, a la que él mismo ha llamado la criminalidad de los poderosos, cuya persecución condiciona a una disminución del empleo de penas privativas de libertad que vendría compensada por una simultánea reducción de las garantías. La segunda de ellas, que constituiría la «expansión razonable» del derecho penal, se referiría sobre todo a las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos individuales, cuya incorporación al derecho penal no conllevaría la disminución del uso de la pena de prisión, y tampoco la reducción de garantías; no resulta difícil identificar este tipo de criminalidad con la delincuencia clásica, la de las clases sociales desfavorecidas. Ciertamente la citada división podría aún verse, y así quizás ingenuamente lo pretende su autor, como una exigencia forzada por las diferentes técnicas jurídicas empleadas para perseguir una y otra delincuencia, y no como una adhesión de Silva, por lo que se refiere a la expansión razonable, a las tesis del modelo de seguridad ciudadana. Pero objetivamente las dudas se disipan cuando se constata que el autor está seguidamente dispuesto a admitir, no sólo para el terrorismo o la delincuencia organizada, sino igualmente para supuestos como «la delincuencia patrimonial profesional» y «la delincuencia sexual violenta y reiterada», entre otros, un incremento de la penas de prisión acompañado de una relativización de las garantías sustantivas y procesales, por más que tal derecho penal lo considere de emergencia y excepcional. Véase SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 149-167.

Críticamente frente a los planteamiento de este autor, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *big crunch* en la selección de bienes

Reconocidos nuestros errores y nuestras actitudes abandonistas, procede ahora desenmascarar a un conjunto de agentes sociales que se han convertido en los portaestandartes de la nueva ideología de la seguridad ciudadana.

Ante todo, los medios de comunicación social: Su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incremente sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando.

En segundo lugar, la propia comunidad, asustada de lo que le cuentan y, a veces, de lo que directamente experimenta, y halagada hasta el hastío por todo tipo de agentes sociales ocupados primordialmente en exculparle de toda responsabilidad. Ella ha acabado creyéndose que una aproximación vulgar –en términos positivos, «de sentido común»– a la criminalidad, compuesta sustancialmente de mano dura y de amplias dosis de incompreensión e incomunicación intersubjetivas, es la única receta capaz de frenar el inminente caos social, siempre anunciado. Su desinterés por las aportaciones expertas en este campo no deriva sólo de la frecuente incompetencia de esos expertos, sino que en buena medida arraiga en el progresivo engrimiento de la

jurídico-penales», en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. José Cerezo Mir*; Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín, Higuera Guimerá eds., Tecnos, 2002, pp. 402 ss., quien destaca por su excelente crítica de los alegados condicionamientos técnico-jurídicos –ausencia concreta de lesividad, estructuras típicas de peligro...– que pretendidamente aconsejarían crear un derecho penal menos represivo y garantista en la delincuencia socioeconómica; SOTO NAVARRRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, 2003, pp. 169-192, quien, en el mismo sentido, se pone a continuación manos a la obra de sentar las bases para una adecuada formulación del objeto de protección y la estructura típica de los delitos protectores de intereses colectivos; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*, Tirant lo Blanch, 2003, *passim*, quien a partir de una crítica, desmesurada en la forma y en los detalles pero convincente en sus fundamentos, contra las pretensiones de recortar los avances en la persecución de la criminalidad de los poderosos, singularmente la socioeconómica, no discrimina suficientemente en su contundente discurso entre las tendencias encaminadas a «modernizar» el derecho penal y aquellas otras dirigidas a crear un nuevo modelo penal de «seguridad ciudadana», con lo que termina legitimando cualesquiera movimientos político-criminales expansivos; LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, pp. 451-455, quien, acertadamente, destaca que lo que sucede con la delincuencia socioeconómica es que las penas previstas son leves en relación con las graves conductas realizadas, y que lo pertinente no es disminuir garantías y reducir penas, sino elevar penas y acomodar las garantías a ese tipo de criminalidad.

plebe en las sociedades de masas⁴³, que le ha llevado a pensar que es ella la que debe tomar directamente minuciosas decisiones para el abordaje de muy diferentes y complejos problemas sociales, en lugar de dejarlas en manos de los expertos y exigir luego, eso sí, responsabilidad por los errores cometidos.

Pero esta situación sería poco menos que inimaginable si la política profesional no hubiera abandonado desde hace ya algún tiempo una de sus máximas de actuación irrenunciable: Aquella que establece que los políticos son creadores de opinión, y no meros transmisores de las opiniones originadas en la comunidad. Sus desvelos por no permanecer en la oposición les llevan con demasiada frecuencia a olvidar, o al menos a arrumbar temporalmente, sus creencias antes que soportar las consecuencias electorales de mantener opiniones en algún momento minoritarias. Poco más merece decirse de un fenómeno tan conocido.

III.3 El reconocimiento del terreno

Ahora bien, si no nos conformamos con resistir, y queremos avanzar en la acreditación de un modelo de intervención penal distinto al de la seguridad ciudadana, debemos reconocer bien el terreno. Y para ello conviene que evitemos descalificaciones ideológicas apresuradas, que nos crean la ilusión de vivir en un mundo simple, dividido entre buenos y malos. Citemos algunas.

Uno de los factores determinantes en la crisis del modelo resocializador en los países que lo habían asumido de forma consecuente fue el denominado movimiento de la «pena merecida» –«just deserts»–, que no sólo es impropio calificarlo en general como una orientación conservadora, sino que debe justamente valorarse como una recuperación del garantismo o una decidida incorporación a él. Constituyó en gran medida una contundente reivindicación de la vigencia de principios como el de proporcionalidad, seguridad jurídica o humanidad de las penas. Era, ante todo, una reacción frente a las arbitrariedades a que daba lugar la ideología del tratamiento. El que finalmente el conjunto de fuerzas actuantes en el desmoronamiento del modelo resocializador haya terminado primando en ordenamientos jurídicos muy significativos –EEUU, Reino Unido– los efectos intimidatorios e inocuidadores de la pena, no era una consecuencia necesaria del cuestionamiento del modelo resocializador, que podía perfectamente

⁴³ Un sugestivo ensayo sociológico sobre el papel de la masa como actor social en las modernas sociedades lo constituye la obra de Sloterdijk, *El desprecio de las masas*. Pre.textos. 2002, en especial pp. 9-29, 71-99, donde, entre otras cosas, sostiene que la sociedad de masas democrática persigue ante todo obtener la autoestima de la propia masa, lo que exige despreciar las diferencias individuales, sólo admisibles en cuanto artificialmente creadas y revocables.

desembocar en un retorno al modelo garantista, como fue de hecho el caso en los países escandinavos⁴⁴.

La idea de que garantizar la seguridad ciudadana es un objetivo cuya consecución beneficia de modo singular a las clases media/baja y baja de la sociedad, fue un acertado descubrimiento de las corrientes criminológicas que, desde aproximaciones progresistas a la delincuencia, huían de los excesos de la criminología crítica⁴⁵. La incorporación de este pensamiento a los programas políticos de la izquierda satisface justificadas demandas de su electorado: En ellas se aúnan la realidad de los colectivos víctimas de la delincuencia y desorganización social callejeras, con el imposible mantenimiento por más tiempo de una concepción ingenua del delincuente como mera marioneta de los condicionamientos sociales. Que ello haya dado lugar a propuestas de intervención centradas en los síntomas, y que la lucha contra las causas sociales de la delincuencia se haya quedado en una mera referencia retórica, sin autonomía programática ni contenido presupuestario dignos de mención⁴⁶, es una contingencia que no tendría por qué haberse producido.

El descubrimiento por algunos movimientos sociales de la fuerza expresiva e integradora del derecho penal, y su uso inmoderado, hasta el punto de que en sus programas las propuestas de intervención punitiva arrinconan a aquellas de naturaleza puramente social no puede hacernos olvidar que tales organizaciones sociales son alimentadas por corrientes ideológicas que luchan por consolidar y profundizar un estado del bienestar para el que corren malos tiempos. Que sus meritorios esfuerzos concluyan en demasiadas ocasiones en lo que hemos venido en llamar un *bienestarismo autoritario*, de cortas miras, dudosa eficacia y escasa legitimación, es algo ciertamente a lamentar.

⁴⁴ Véase una valoración en gran parte coincidente del movimiento del «just deserts», en SCHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 123-125, 141-145, 158-161, 186-192; en menor medida en GARLAND, *op. cit.*, pp. 55-60.

⁴⁵ Véase *supra* apartado II.9.

⁴⁶ Un buen ejemplo de lo que digo se encuentra en el programa electoral del partido socialista para las elecciones generales de 2004: El apartado dedicado a la delincuencia y la seguridad ciudadana ocupa 10 páginas, en las que, tras criticar la política del partido popular, describe la estrategia socialista en torno a dos pilares: El primero son las políticas de solidaridad y cohesión social, y el segundo un sistema público de seguridad eficaz. Sin embargo, al primer pilar dedica escasamente una página, con seis propuestas de las cuales sólo las dos primeras atienden propiamente al fomento de la inclusión social, y sin que ninguna de las dos contenga una sola propuesta concreta más allá de la puesta en marcha de un Plan nacional de prevención de la delincuencia. El segundo pilar ocupa al menos cuatro páginas y media, y está trufado de todo tipo de medidas y compromisos concretos para el desarrollo del modelo policial preconizado. En los pasajes adicionales dedicados a la política penitenciaria, pese a una decidida apuesta por la resocialización, sólo cuatro de las diez medidas propuestas tienen que ver directamente con programas de tratamiento, sin que haya una sola mención al fomento de penas alternativas a la prisión. La misma orientación se aprecia en el apartado específico referido a la lucha contra el tráfico de drogas. Véase PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL, *La democracia de los ciudadanos y ciudadanas, La España plural. La España constitucional*, 2004.

En cualquier caso, ni la reivindicación de la proporcionalidad y seguridad jurídica, ni un análisis realista de la delincuencia, ni las pretensiones de progresar en la construcción del estado del bienestar, son actitudes ajenas al desarrollo de un modelo alternativo al de la seguridad ciudadana. Por mucho que en estos momentos, y en demasiadas ocasiones, estén contribuyendo justamente a su consolidación.

III.4 Las explicaciones estructurales

A la búsqueda de explicaciones que ahonden en las transformaciones sociales que han llevado a este repentino cambio en el paradigma sancionador penal, pienso que la ideología de la inseguridad ciudadana es en gran medida una liviana cortina que vela un conjunto de malestares sociales que se han asentado firmemente entre la población en los últimos años. La relevancia otorgada a la delincuencia y a su control oculta, mediante una sencilla explicación, fenómenos sociales de mayor fuste y complejidad⁴⁷. Permítaseme aludir a dos de ellos especialmente significativos:

Estamos pagando las consecuencias derivadas del desmantelamiento del estado del bienestar o, si se quiere, de su incipiente consolidación en España. Acontecimientos sociales de primera fila, como las reformas laborales que han conducido a la precariedad en el empleo, el deterioro de servicios sociales básicos como la sanidad y la educación, las dificultades para el acceso a la vivienda, la progresiva pérdida de generalidad de las obligaciones fiscales y de su carácter distributivo, entre otros fenómenos⁴⁸, han hecho que las legítimas aspiraciones de

⁴⁷ Sobre la capacidad de la lucha contra la delincuencia para encubrir otros malestares sociales, véase la experiencia en EE.UU. narrada por SCHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 68-69, 172-177, 181-183.

⁴⁸ Se pueden mencionar algunos datos significativos: Según Eurostat, España era en 2000 el penúltimo país de la Unión Europea en porcentaje de PIB dedicado a gasto social. El empleo precario supone ya, tras unos pocos años de vigencia de las nuevas normas de contratación laboral, más del 30 por 100 de todo el empleo y, para hacerse una idea de su evolución, baste decir que en la provincia de Málaga el 92 por 100 de todos los contratos firmados en 2003 fue temporal, con una duración media de 80 días. Por lo que se refiere a la sanidad, España ocupa, según la OCDE, el penúltimo lugar de la UE en gasto de salud por habitante. El gasto público estatal destinado a la vivienda ha pasado del 1 por 100 de 1993 al 0,5 por 100 en 2004, y si la vivienda protegida constituía el 30 por 100 de las viviendas iniciadas en 1996, ahora, en 2003, apenas llega al 7 por 100; el porcentaje de ingresos destinado por las familias a pagar la hipoteca se aproxima al 50 por 100 en 2003, cuando en 1996 apenas superaba el 30 por 100. La APIFE, asociación que aglutina a más del 90 por 100 del colectivo de inspectores que trabaja en la Agencia Tributaria lleva meses denunciando el sesgado control del fraude tributario que se lleva a cabo, centrado casi de modo exclusivo en los que ya declaran, y que está dando lugar a graves lagunas de inspección en el ámbito de la actividad financiera e inmobiliaria, llegando a afirmar que pareciera que las últimas reformas han ido encaminadas a facilitar la evasión fiscal de tales colectivos. Véanse informaciones, y referencias adicionales de la fuente, en diario *El País*, 25, 26, 27, 30 y 31 de enero de 2004, 12 de febrero de 2004 (*País Andalucía*).

amplios sectores sociales a desarrollar un proyecto vital coherente y con proyección en el tiempo se estén viendo frustradas. Ello da lugar entre las capas sociales perjudicadas por esta evolución a una sensación de inestabilidad personal que no favorece la comprensión hacia los comportamientos delictivos, los cuales se perciben en buena medida como actuaciones ventajistas, que pretenden beneficiarse del respeto a las normas por los demás a la hora de lograr los mismos objetivos sociales; por su parte, los sectores sociales que están sacando provecho de toda esta desregulación no ven motivos para aportar comprensión hacia un tipo de comportamientos, los de la delincuencia clásica, que sólo reflejan un insuficiente esfuerzo de ciertos sectores sociales para ajustarse a las nuevas realidades sociales⁴⁹.

Tampoco hay que olvidar el extendido desconcierto personal que está originando un mundo cada vez más complejo y en rápida transformación: La sensación de que la sociedad evoluciona espontáneamente, sin ninguna dirección previsible y menos controlable, la consciencia de que las exigencias de la mundialización superan con creces las capacidades individuales, el recelo ante una inmigración desbordada⁵⁰, extraña y recipiendaria de todo tipo de actitudes prejuiciosas, por no citar más que algunos hechos, originan ciertamente un repliegamiento hacia identidades colectivas que parecen ofrecer un suelo firme sobre el que caminar. Pero también fomentan visiones de exclusión social, que buscan a través de la estigmatización de ciertos colectivos sociales la confianza perdida en uno mismo y en los más cercanos.

El modelo de seguridad ciudadana satisface muchas de las necesidades antedichas: Se asienta sobre un conjunto de valores que se estiman

⁴⁹ En un sentido cercano, a la hora de interpretar las causas de las últimas reformas penales, SÁEZ VALCÁRCEL, «La inseguridad, lema de campaña electoral», *Jueces para la democracia*, núm. 45, 2002, *passim*; MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, *passim*; ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.*, pp. 1-2, 4, 9.

Una contundente explicación del modelo de seguridad ciudadana desde la perspectiva de un Estado económicamente desregulado y socialmente desmantelador o condicionador de las políticas de asistencia social, se encuentra en WACQUANT, *Las cárceles de la miseria*, Alianza editorial, 2001, *passim*. El autor, al hilo de la experiencia que ya ha tenido lugar en EE.UU. y que a su juicio se está asentando en Europa, con abundancia de datos empíricos, concluye que el Estado de la seguridad que está sustituyendo al Estado del bienestar se caracteriza por una selectiva y masiva intervención penal, tanto penitenciaria como extrapenitenciaria, sobre las clases socialmente más desfavorecidas y laboralmente más incompetentes, entre las que pasa asimismo a desempeñar un papel asistencial autoritario, en cuanto vincula cada vez más la asistencia a la aceptación por los beneficiados de ciertas condiciones laborales e intromisiones en su vida privada.

⁵⁰ Se ha pasado de una tasa de inmigrantes ajenos a la UE de un 1,5 por 100 en 1999 a otra cercana al 6 por 100 en 2003, o lo que es lo mismo, a un ascenso de 600.000 a 2.500.000 en cuatro años, lo que es sorprendente aun contando con el significativo afloramiento de la inmigración irregular a través de las cifras de empadronamiento. Se calcula que en 2010 podrán ya suponer el 14 por 100 del total de la población.

incuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... Suministra, en suma, certezas en extremo convenientes para desenvolverse en un mundo desregulado e imprevisible.

III.5 Los condicionamientos operativos y estratégicos

Ahora bien, que la ideología de la seguridad ciudadana haya sido capaz de suministrar todo ese conjunto de utilidades al imaginario colectivo tiene mucho que ver con una serie de condicionamientos de ciertos operadores jurídicos, que no pueden ser pasados por alto. Todos ellos pueden resumirse en la constatación de que las visiones estructurales de la delincuencia, aquellas que buscan sus causas en factores sociales o ambientales, tienen graves inconvenientes para ser asumidas por agentes sociales relevantes en este campo. Una imagen inversa muestran las visiones volitivas de la delincuencia, que la explican como efecto de decisiones racionales y libres del delincuente. Lo que ahora sigue no es, por tanto, un análisis de los diferentes orígenes ideológicos y culturales de las visiones estructural y volitiva de la criminalidad, ni de las razones que explican el actual predominio de la segunda, sino algo más inmediato, un recordatorio de ciertas inercias sociales que favorecen el enfoque volitivo.

Un enfoque estructural de la delincuencia tiene el importante inconveniente de que coloca al *poder ejecutivo*, así como a un *poder legislativo* que carece de autonomía respecto a él, ante sus propias responsabilidades: Si el delito encuentra buena parte de su explicación en causas sociales, ellos son los primeros responsables de la corrección de las políticas existentes o de la adopción de nuevas iniciativas que contrarresten la insatisfactoria situación existente. Por el contrario, una explicación volitiva del delito permite al ejecutivo y al legislativo desplazar nítidamente la responsabilidad hacia un tercero, el delincuente.

El enfoque volitivo, al partir de la generalizada asunción de que todos los ciudadanos están en condiciones de responder plenamente de sus decisiones, deja, además, un amplio margen para medidas legislativas de naturaleza simbólica, cargadas de fuerza comunicativa y provecho electoral: Su insatisfactoria eficacia o efectividad siempre pueden resultar enmascaradas por el incontrovertible dato de que en último término la culpa de la persistencia de la delincuencia es de quien delinque⁵¹.

Por lo demás, una decidida aproximación estructural a la delincuencia resulta difícilmente accesible a la *jurisdicción*, justo lo contrario de lo que sucede con la perspectiva volitiva. Los jueces tienen una limitada

⁵¹ Por lo demás, la progresiva transferencia de las competencias de desarrollo y ejecución de las decisiones político-criminales a las comunidades autónomas está descubriendo un nuevo nicho del derecho penal simbólico, en la medida en que la

capacidad para activar mediante sus decisiones medidas de intervención social centradas en las causas de la criminalidad. Aun cuando se eche muchas veces en falta por su parte una apuesta inequívoca a favor de penas de reintegración social –exigencia efectiva de participación en programas de rehabilitación en el marco de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión o de su sustitución, trabajos en beneficio de la comunidad, multas adaptadas a su capacidad económica y susceptibles de afectar a su nivel de vida...⁵²–, es lo cierto que su real funcionamiento depende de los recursos humanos y materiales que se pongan a su disposición por las administraciones competentes en la ejecución de penas. Y, en cualquier caso, las decisiones judiciales nunca podrán tener incidencia directa en los factores sociales que no estén inmediatamente vinculados a la persona del delincuente.

Paradójicamente, el enfoque volitivo permite a los jueces y tribunales compensar de algún modo su inoperancia estructural. En efecto, una aplicación esmerada de las categorías que fundamentan la responsabilidad penal a la hora de enjuiciar el comportamiento del presunto delincuente posibilita desarrollar indirectamente las actitudes de comprensión hacia los condicionamientos sociales de la delincuencia. Pero ello no impide que la atención siga centrada en el comportamiento y la persona objetos concretos del enjuiciamiento,... y que se haya de forzar una vía, la del garantismo, que tropieza con serias resistencias sociales⁵³.

Tampoco parece que las circunstancias en las que en la actualidad se desenvuelve la actividad de los *medios* favorezcan el que éstos realicen aportaciones estructurales sobre la delincuencia: Ya hemos señalado más arriba, en diferentes lugares⁵⁴, el papel decisivo que están desempeñando en la consolidación de una visión volitiva de la delincuencia a través del fomento del modelo de la seguridad ciudadana. Baste añadir ahora que el apresuramiento, al parecer inevitable, en la elaboración de sus contenidos, y la conveniencia de «poner cara» a cualquier asunto, por muy abstracto que resulte, son factores también determinantes en el enfoque volitivo en ellos casi exclusivo.

Finalmente, hay un agente social que ha abdicado de su tradicional misión de poner de manifiesto los condicionamientos sociales del delito, la *criminología*. Por razones a las que ya he aludido más arriba⁵⁵, influyentes centros de estudio criminológicos se han sentido obligados a purgar los excesos cometidos en la época crítica dando vía libre, e incluso asumiendo y fomentando, corrientes interpretativas,

responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de previsiones legales *ab initio* inadecuadas, pero simbólicamente útiles para quien las aprueba, se desplaza de los órganos nacionales a los autonómicos y locales.

⁵² Véase lo mencionado *supra*, apartado II.6.

⁵³ Véase un ilustrativo análisis del modo en que en EE.UU. se producen estos mismos fenómenos en las instancias legislativa, ejecutiva y judicial, con especial agudeza analítica respecto a esta última, en SCHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 21-28, 113-117, 146-161, 163, 165-172, 181-192.

⁵⁴ Véanse *supra*, por ejemplo, apartados II.4 y III.2.

⁵⁵ Véase *supra* apartado II.9.

nunca desaparecidas, para las que las explicaciones sociales son una mera coartada para no adoptar políticas verdaderamente eficaces contra los delincuentes reales o potenciales.

III.6 El modelo a promover

Tras todo lo que llevamos dicho, algo creo que ha quedado claro: El debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia. En ese sentido, la alternativa al modelo de la seguridad ciudadana no es el modelo garantista, sino un *modelo penal bienestarista*, que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia. Y los términos del debate se desenvuelven, en consecuencia, en el campo de la racionalidad pragmática, esto es, en el de la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar⁵⁶. La contraposición entre estas dos perspectivas, sin perjuicio de que ninguna renuncie plenamente a contenidos de la otra, refleja el contraste entre un afrontamiento ingenuo, tosco, de la delincuencia, centrado en los síntomas e incapaz de ver más allá del corto plazo, y un abordaje de la criminalidad experto, consciente de la complejidad del fenómeno, centrado en las causas y dispuesto a dar su tiempo a las modificaciones sociales.

Este modelo penal bienestarista ha de marcar de forma inmediata sus distancias respecto a dos pautas de intervención político-criminal que se pueden reclamar igualmente herederas del estado del bienestar. La primera es justamente el modelo resocializador, cuyo derrumbe se debió en gran medida a la excesiva atención y expectativas puestas en la actuación sobre el delincuente, descuidando las intervenciones sobre la sociedad; con esa matización, sus aportaciones deben, sin embargo, ser aprovechadas para el futuro. La segunda es el bienestarismo autoritario, que muestra cada día su cortedad de miras y su incapacidad para colocarse en el lugar del otro por muy deleznable que sean sus razones y motivaciones⁵⁷.

Pero la efectividad y eficacia del modelo penal bienestarista hay que demostrarlas, o al menos hacerlas plausibles, y eso no se logra reclamando adhesiones ideológicas ciegas en una sociedad cada vez más desideologizada. Hay que documentar las consecuencias negativas del modelo de la seguridad ciudadana y su previsible, si no ya presente, fracaso. Para ello es preciso abandonar la argumentación en

⁵⁶ En mucha menor medida, también tiene lugar en el ámbito de la racionalidad teleológica, a saber, el de los objetivos sociales a conseguir. No acaba de dar la debida relevancia al enfoque pragmático, MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁵⁷ Por el contrario, el modelo de la justicia reparadora, con sus propuestas de mediación entre delincuente y víctima, puede constituir una vía prometedora, aunque limitada por sus insuficiencias en relación con la delincuencia menos grave y grave, para lograr una inmediata integración de los intereses públicos y los particulares de las víctimas, además de facilitar la resocialización del delincuente.

el mero terreno de los principios, y descender a discursos en los que las alternativas defendidas estén bien apoyadas en datos empírico-sociales. Sólo así, por otra parte, recuperará la pericia político-criminal su fuerza de convicción y el lugar del que ha sido desalojada.

Que el debate no pueda eludir, o incluso deba centrarse, en la racionalidad pragmática no quiere decir que hayan de arrumbarse imprescindibles referencias valorativas. En este sentido, hay que retomar con decisión los esfuerzos a favor de la «modernización» del derecho penal, esto es, de una ampliación de la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco considerados ajenos a la política criminal. El carácter esencial de los intereses protegidos y la exigencia constitucional de igualdad de trato de todos los ciudadanos obliga a incorporar la criminalidad de los poderosos al acervo de conductas objeto de consideración del derecho penal. Esta es la genuina tarea expansiva de la criminalización que corresponde al modelo penal bienestarista: Ha de liberar al derecho penal del estigma de ser el derecho de los pobres, y ha de asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia. Se impone, por tanto, una contundente reacción ante aquellas propuestas que, con mejor o peor intención, proponen una reducción significativa de la aún incipiente punición de conductas socialmente muy perturbadoras pero realizadas en nichos sociales acomodados.

En cualquier caso, debe reiterarse que tanto las nuevas decisiones de criminalización como las clásicas, por muy relevantes que sean los intereses que tutelen, deben someterse en el modelo penal bienestarista al contraste de su efectividad y eficacia. Ello obliga a un análisis cuidadoso de todos los recursos sociales disponibles, de forma que cualquier intervención penal habrá de acreditar su utilidad o el plus de utilidad que le hace preferible a otro tipo de intervenciones. Se ha de estar, en consecuencia, dispuesto a que un uso consecuente de esta pauta decisional contradiga asentados lugares comunes en el ámbito del principio de subsidiariedad.

¿Y qué hacemos con el sistema de garantías tan trabajosamente construido? Mantenerlo o, mejor dicho, convencer a la sociedad de que no puede prescindir de él. Para ello hay que procurar, en primer lugar, que el garantismo deje de ser entendido como un modelo global de intervención penal. Esta caracterización, que en buena parte le hemos venido atribuyendo por defecto, condicionados por la ausencia de auténticos proyectos político-criminales, no responde a su naturaleza⁵⁸. Pues su función no es elaborar programas de actuación políti-

⁵⁸ Es sintomática al respecto la opinión de FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, 1990 (Hay traducción española), pp. 347-362, 460-465, 553-556, 591-594, 908-909, 913-914, 947-963, cuya concepción del derecho penal mínimo parte de que las garantías son solamente formulables en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un derecho penal mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo, y lo mismo podría decirse de las sanciones o el

cocriminales, sino constituirse en un baluarte, una trinchera, frente al posible abuso de los poderes públicos al desarrollar tales programas.

Aclarado esto, y en segundo lugar, hay que hacer creíble a la sociedad que estos abusos existen, y que se pueden incrementar. Sólo cuando suficientes sectores sociales comprendan los riesgos que implica el desmantelamiento del sistema de garantías se estará en condiciones de revertir el fenómeno social antes aludido, por el que se está dispuesto a sustituir garantías por efectividad en la persecución del delito. De nuevo convendría que descendiéramos de los principios y las abstracciones a casos concretos, a la descripción de abusos efectivos sobre potenciales y reales delincuentes.

Por lo demás, el sistema de responsabilidad penal será tanto más sólido cuanto mejor exprese, de forma depurada pero comprensible, las ideas sociales vigentes sobre cuándo alguien debe responder por sus actos y en qué grado. Allí está su fuerza, y no en refinadas e inaccesibles construcciones conceptuales. Y algo parecido sucede con el sistema de verificación de la responsabilidad, en el que, por ejemplo, la actividad probatoria no debería ver obstaculizada su aproximación empírica a la realidad, ni su uso de reglas lógicas o argumentativas ampliamente compartidas, por frenos garantistas negadores de la evidencia⁵⁹.

III.7 Las estrategias a seguir

No debemos prolongar más estas reflexiones. A lo largo de los últimos apartados se han ido plasmando las actuaciones estratégicas que deberían emprenderse por los diferentes agentes sociales contrarios al modelo penal que se está configurando, por lo que no necesito repetirlas ahora. Concluyo, pues, con el esbozo de algunas líneas estratégicas aún no mencionadas:

Toda modificación de un modelo de intervención social, más allá de los intereses generales que persiga y de su eficacia para obtenerlos, favorece los intereses particulares de ciertos grupos sociales y perjudica, o al menos no promueve, los intereses de otros. Esta regla es perfectamente válida para las intervenciones político-criminales, y debería ser tenida muy en cuenta a la hora de buscar los apoyos sociales necesarios para desarrollar estrategias que contrarresten la actual deriva securitaria. Frente a colectivos y agentes sociales que están resultando claramente beneficiados por el modelo que se está asentando – fuerzas policiales, empresas de seguridad, pequeños comerciantes, clases pasivas, sectores con empleo estable, medios de comunicación, políticos populistas, asociaciones feministas...– existen otros que

proceso. Ello justamente le diferencia frente a un rechazable derecho penal máximo que, al introducir criterios positivos, introduce la discrecionalidad. Y es que el estado de derecho que da cobertura a tal derecho penal mínimo sirve más para deslegitimar que para legitimar decisiones de los poderes públicos.

⁵⁹ Sin perjuicio de las reacciones, enérgicas, que debieran incidir sobre quienes lleven a cabo prácticas de investigación y prueba prohibidas.

resultan perjudicados –colectivos preferidos del escrutinio policial, como jóvenes, inmigrantes y minorías sociales, cuerpos expertos de la justicia, de la ejecución penitenciaria o de la asistencia social y psicológica, emprendedores a cuyos negocios perjudica la imagen de inseguridad ciudadana, asociaciones activas en la atención a la marginación social o en campos alejados de la seguridad ciudadana, como medio ambiente, intereses del tercer mundo, pacifistas...⁶⁰.

Otra estrategia prometedor para frenar el modelo securitario es prevenir una excesiva desvinculación entre las instancias sociales que adoptan las decisiones político-criminales y las encargadas de ejecutarlas. Parece estar bien demostrado que cuantas menores responsabilidades se tienen en la puesta en práctica de las leyes o reglamentos penales, más fácilmente se establecen regulaciones de carácter simbólico, políticamente ventajosas para quienes las aprueban y demoleadoras de la capacidad de gestión para quienes han de aplicarlas⁶¹. Aunque esa separación no se cuestiona entre el poder legislativo o ejecutivo por un lado, y el judicial por otro, es especialmente peligrosa dentro de los diferentes niveles del poder ejecutivo: La actual tensión entre el gobierno central y las comunidades autónomas en el desarrollo de las últimas reformas procesales y en la dotación de medios a la administración de justicia es un buen ejemplo de ello.

Finalmente, no puede quedar sin mencionar la necesidad de que los colectivos y agentes sociales contrarios al modelo de la seguridad ciudadana se organicen en grupos de presión. Ellos habrán de ser los encargados de suministrar los datos y argumentos imprescindibles para que las concepciones sociales y las políticas públicas evolucionen hacia un modelo más razonable de intervención penal. Hay que abandonar visiones ingenuas, muy presentes en los grupos expertos jurídicos, según las cuales la racionalidad termina imponiéndose por sí sola. Las asociaciones policiales han dado recientemente un buen ejemplo de cómo un inteligente y oportuno uso de datos y argumentos puede hacer que fuerzas políticas de muy distinto signo terminen satisfaciendo ciertos intereses corporativos⁶².

⁶⁰ Véanse dos análisis en ese sentido en relación con EE.UU., en SCHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 55-65; ZIMRING, *op. cit.*, pp. 193-202.

⁶¹ Véanse referencias estadounidenses a este fenómeno, en SCHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 22-25, 27-28, 177-179, 188.

⁶² Me refiero al alarmista uso de una transitoria elevación de las tasas de criminalidad para conseguir mejoras de plantilla y salariales, campaña desarrollada entre 2001 y 2003. Véanse Díez Ripollés, «El aumento de la criminalidad y la izquierda». Diario *El País*, 9 de mayo de 2002; Sáez Valcárcel, *op. cit.*, p. 6.

Sobre una cuarta, y cínica, estrategia desarrollada al parecer con frecuencia por los cuerpos expertos de la administración de justicia en los EE.UU., consistente en ceder a las demandas populistas en los casos judiciales más publicitados, consiguiendo en contrapartida quedar fuera de la atención de los medios en la gran mayoría de los casos, en los que pueden llevar a cabo una aproximación experta a ellos, véase SCHEINGOLD, *op. cit.*, pp. 122-123, 139, 151-153, 159, quien también alude a lo que ayuda el ganarse la confianza de los medios.

Derechos humanos, violencia de género
y maltrato jurídico.
Bases para entender el tratamiento integral
de la Violencia de Género

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

«Una cosa está bien clara, que todos los individuos cuyos intereses están indiscutiblemente incluidos en los de otros individuos pueden ser excluidos de los derechos políticos sin inconveniente alguno. Desde esta perspectiva puede considerarse a todos los niños, hasta una cierta edad, cuyos intereses están incluidos en los de sus padres. Y también respecto a las mujeres puede considerarse que los intereses de casi todas ellas están incluidos o bien en los de sus padres o bien en los de sus esposos», MILL, James (1819-1823), *Sobre el Gobierno*, ed. Comares, Granada, 1999 ¹.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO: EL PASO DE LA MINORÍA DE EDAD AL ESTATUS DE CIUDADANA.—III. EL RECONOCIMIENTO DE LAS VIOLENCIAS COMO DIAGNÓSTICO PREVIO AL TRATAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO. 3.1 *La libertad individual en la subjetividad*. 3.2 *La libertad individual en la ciudadanía*.—IV. EL DISCURSO FEMINISTA: ESE GRAN DESCONOCIDO.—V. LA INTERACCIÓN LIBERTAD, IGUALDAD Y SEGURIDAD: PRESUPUESTOS PARA LA JUSTICIA.

¹ Escasos años más tarde y como crítica mordaz a la grave incoherencia en que incurre James MILL en su obra *Sobre el gobierno*, se publica, en 1825, la obra de

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la fragilidad de los derechos humanos, reflexionar sobre la libertad y la seguridad, o, mejor dicho, sobre sus vacíos, exige hoy detenernos también en la problemática de la violencia de género y en las víctimas que diariamente se cobra el terrorismo doméstico. La sensibilización social que sobre el tema existe dista mucho, todavía, de la empatía y de la angustia que otras formas de violencia, como el terrorismo político, genera en nuestra ciudadanía ².

Sin embargo, los constantes y dramáticos episodios de violencia doméstica acaecidos últimamente y que han saltado y asaltado a la opinión pública a través de los agentes mediáticos, hacen que el tema «malos tratos» se haya convertido en *habitual* en debates televisivos, en prensa, incluso en conversaciones privadas «de mesa y mantel». Algunos datos justifican dicho interés: el último informe de la Organización Mundial de la Salud indica que el 68 por 100 de las muertes de mujeres en el mundo se deben a la violencia de género. En algunos países, como en Francia, se han acuñado hasta nuevos vocablos referidos a esta «plaga social». *La Maltraitance* viene a enfatizar el tradicional *femmes battues*. Tanta violencia ha llegado a generar en la ciudadanía cierta dosis de alarma social y a plantear multitud de cuestiones en relación al maltrato. ¿La violencia doméstica es un fenómeno nuevo en nuestros días? ¿Surge de una sociedad que potencia la agresión, o, por el contrario, se trata de una asidua compañera de las relaciones entre géneros? ¿Se trata de episodios ocasionales de violencia por parte de maridos o «compañeros» enfermos o trastornados, o hablamos del extremo más dramático y rechazable de la violencia estructural *inter* géneros? ¿Debe intervenir el Estado o quedarse al margen? ¿En qué medida?

La investigación que les presento pretende responder, desde la Teoría crítica del Derecho, a la demanda social y política de erradicar la lacra de la violencia de género. El Ministerio del Interior y la Secretaría de Igualdad lanzan cifras espeluznantes: más de cien mujeres muertas en España durante el 2004; más de dos millones de mujeres españolas sufren anualmente malos tratos físicos —que no psíquicos—;

THOMPSON, W., WHEELER, A. (1825), *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres contra la pretensión de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica*, Editorial Comares, Colección Los Argonautas núm. 6, Granada, 2000. El texto emprende una sistemática deslegitimación de la concepción tradicional de la identidad femenina, cuestionando no sólo la existencia de una naturaleza femenina, sino proponiendo una explicación de carácter sociológico a la situación de servidumbre de las mujeres. Asimismo, *La demanda* constituye una dura crítica a las incoherencias de la Ilustración y de sus postulados y una importante defensa de las virtudes de la participación política, y del cooperativismo, para la mejora y felicidad de ambos sexos.

² La última encuesta del CSIC presentada públicamente en enero de 2005 recoge como máxima preocupación de la ciudadanía española (7 de cada 10 españoles), la necesidad de combatir el terrorismo político.

sólo se denuncian un 10 por 100 de dichas agresiones; de éstas, el 43 por 100 de las víctimas no siempre acuden a juicio; cuando lo hacen, el 45 por 100 no siempre ratifica su denuncia; un 11 por 100 de este ridículo porcentaje asiste y perdona al agresor; para terminar con el «vuelta a empezar» al reconocer el 1 por 100 que hubo agresiones mutuas.

No es de extrañar esta reacción social a tenor de los datos procesales-penales que la acompañan. Nos encontramos con una tendencia a calificar como falta (63 por 100) las agresiones físicas y verbales que se producen entre parientes, incluso cuando los hechos, por su gravedad, son constitutivos de delito. El 30 por 100 de las denuncias tramitadas por falta se refieren a amenazas de muerte, debiendo haberse incoado procedimiento abreviado. El delito de malos tratos habituales carece de aplicación práctica, a pesar de que el 50 por 100 de las víctimas refiere en su denuncia haber sufrido agresiones anteriores. Para terminar con la proporción nada despreciable de que por cada 300 juicios de falta, antes de la última reforma legislativa, sólo se seguían tres procedimientos ante el Juzgado de lo Penal y uno ante la Audiencia Provincial.

La Teoría crítica del Derecho no puede pasar de puntillas ante esta problemática y exige revisar el contexto de la violencia de género en todas sus dimensiones. ¿Qué se entiende por violencia? ¿Qué tipo de violencias padecen las mujeres? ¿Cuáles son las causas de las mismas? ¿Cómo erradicarlas? ¿Cuál ha sido y debe ser la respuesta jurídica, desde un Estado Constitucional, a esta lacra social?

Somos conscientes que abordar dicha problemática de manera comprometida es cuanto menos arriesgado, pero también entendemos que sólo a la Filosofía Jurídica le corresponde la tarea de reflexionar en torno al deber ser del fenómeno jurídico, conectando en todo momento la validez formal con la validez sociológica y axiológica del Derecho. No acercarse epistemológicamente al fenómeno de la violencia de género, o acercarse de manera «aséptica» –si es que ello fuera posible– y descriptiva, ocasionaría otra forma de agresión. Ya no sólo hablaríamos de la violencia proferida por el agresor a sus víctimas (mujer y personas vulnerables que con él convivan, especialmente menores), sino la violencia recibida de manos de la Ciencia jurídica, y también de la Filosofía del Derecho.

II. DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO: EL PASO DE LA MINORÍA DE EDAD AL ESTATUS DE CIUDADANA

Este despertar repentino de la ciudadanía a un fenómeno eterno, silencioso y silenciado –aun cuando sea de la mano de los *reality shows* y de la crónica de sucesos– ha permitido visibilizar y afrontar

un asunto calificado de «privado», asunto que venía resolviéndose en el ámbito familiar.

Y es que, desde antaño, determinados comportamientos quedaban relegados al ámbito privado, espacio intocable, donde no regían los conceptos de delito o de derechos individuales. Esto es, gran parte de los atentados contra la integridad física y psíquica que se producían en el seno de la familia quedaban impunes dentro del espacio de la domesticidad, esfera que debía quedar al margen de toda intromisión estatal. Gambarotta³ afirmará que el origen de este desinterés social, y, por tanto, su no intromisión estatal, parte del más puro y simple sentimiento de propiedad individual, *utendi et abutendi*. La mujer aparece como objeto de dominio, y sólo el marido propietario debe proteger y defender sus intereses. En esta jurisdicción doméstica extra-jurídica, la figura del *pater familias* se alza como juez y patriarca, dirigiendo a su mujer e hijos hacia el orden establecido. Esta consideración ha permitido la ocultación a la sociedad de su existencia.

Si a ello le sumamos las dificultades probatorias, y la complicación de su tratamiento judicial y policial desde la dogmática jurídica⁴, el resultado no es otro más que la impunidad de las agresiones violentas, sean cuales fueren éstas.

Sin embargo, y a pesar de tratarse de un fenómeno antiquísimo, su calificación como delito y como violencia contra las mujeres resulta relativamente reciente. En este sentido se manifiesta el Plan de Acción contra la Violencia a las Mujeres elaborado por el Consejo de Europa: «En el pasado, la violencia contra las mujeres ha sido considerada como un problema y no como un delito. Para conseguir que la violencia no sea tolerada en ninguna sociedad o colectivo, la Ley debe ser rigurosamente aplicada, y de manera coherente las sentencias deben reflejar la gravedad del delito cometido y el peligro que representan los autores de la violencia (...). Incumbe en gran medida al sistema judicial promover la seguridad psíquica, personal y la igualdad de las mujeres».

Y esto es así, porque hasta prácticamente 1975, fecha en la que las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y el Parlamento Europeo, comienzan a gestar documentos encaminados a proteger los derechos de las mujeres y a erradicar la violencia doméstica, ésta era considerada como algo normal y normalizado en la esfera privada. No en vano

³ GAMBAROTTA, *L'adulterio e la teorica dei diritti necessari*, Turín, Bocca, 1898, pp. 74 ss.

⁴ Al respecto, véase RUBIO, A., «Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres», en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para Operadores Jurídicos*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1.ª edición, 2003, y 2.ª edición (actualizada), 2004, pp. 11-62; y, en esta misma obra, véase mi trabajo: «Análisis teórico y jurisprudencial de la violencia doméstica en el nuevo marco penal», pp. 121-166. Asimismo véase GIL RUIZ, J. M., «La violencia jurídica en lo privado. Un análisis desde la Teoría Crítica», *Direito&Deveres*, núm. 2, Centro de Ciencias Jurídicas (CJUR), EDUFAL, Universidad de Maceio-Alagoas, Brasil, 1998, pp. 29-65.

Maquiavelo, en *El Príncipe* prescribe el mejor modo de contrarrestar a la fortuna, fortuna que, según él, es mujer:

«Creo que es mejor ser impetuoso que circunspecto, porque la fortuna es mujer y, si se quiere dominarla, hay que maltratarla y tenerla a freno. La experiencia enseña que se deja vencer por quienes proceden fríamente; pero, como mujer que es, gusta de los jóvenes, que tienen menos miramientos, son más brutales y la someten con más audacia»⁵.

Podríamos pensar que esta cita refleja tan sólo una realidad pasada; sin embargo, los datos nos confirman su viva presencia en la mentalidad actual europea. El 46 por 100 de la ciudadanía europea entiende que en episodios de violencia doméstica, la mujer ha debido provocar al agresor de algún modo. El 64 por 100 de los jóvenes y el 34 por 100 de las jóvenes piensa que la violencia es inevitable; y el dato más dramático, el 14 por 100 de las mujeres adolescentes cree que la mujer, víctima de la agresión, es culpable de la misma⁶.

No nos engañemos, no es sólo en este contexto donde se produce y genera violencia contra las mujeres, aun cuando entendamos que representa el extremo más dramático de la subordinación estructural. La *violencia de género* se manifiesta y desarrolla tanto en la esfera privada como en la pública. La «rompedora» Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género aprobada recientemente lo explicita y lo asimila a una forma de discriminación, que ya incluso la Propuesta originaria de Ley Orgánica Integral presentada por el PSOE el 10 de diciembre de 2001 –propuesta que en su momento, no prosperó– anunciaba: «Constituye violencia de género todo acto de violencia, basado en la pertenencia de la persona agredida al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. Este tipo de violencia se extiende también a los hijos e hijas menores de edad. Su objetivo último es el sometimiento de la mujer»⁷. La Violencia de Género incluye, pues, todas aquellas agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionamientos socioculturales que actúan sobre los géneros masculino y femenino, y que se manifiestan –y se han manifestado históricamente– en cada uno de los ámbitos de relación de la persona, situándola en una posición de subordinación al hombre.

⁵ MAQUIAVELO, N., *El Príncipe*, editorial Planeta, Barcelona, 1983, cap. XXV, «Influencia de la fortuna y modo de contrarrestarla», p. 118.

⁶ Datos del estudio de la profesora M.^a José Díaz Aguayo, recogidos por LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ares y Mares, Editorial Crítica, Madrid, 2001, p. 67.

⁷ Así define la violencia de género la Propuesta de Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género presentada por el PSOE, de 10 de noviembre de 2001.

Este reconocimiento y asimilación de la violencia de género como forma de discriminación es algo más que una cuestión circunstancial. Se trata de un primer paso en la lucha por erradicarla gracias en buena medida al esfuerzo realizado en este sentido por las organizaciones de mujeres. Ni tan siquiera la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 hacía alusión a ella, y habrá que esperar hasta 1992 para que la Recomendación General núm. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer constataste que: «La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre». Seguidamente, la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial sobre la condición jurídica y social de la mujer de Beijing de 1995 reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. De este modo, la reciente respuesta legislativa –Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004– resulta rompedora con respecto a la anterior reforma de 2003, al asimilar la violencia de género a una forma de discriminación, resaltando su carácter intergrupal basado en una relación de dominio y subordinación de un género (el masculino) sobre el otro (el femenino). La reacción legislativa sólo puede ir, pues, en la línea de una acción positiva capaz de volatilizar la subordinación estructural, y de conseguir la eliminación de cualquier manifestación de la discriminación en sentido amplio.

El paso de la «simple protección jurídica de las víctimas de la violencia doméstica» a la necesidad de combatir y erradicar la violencia de género –aun centrada en un contexto de relaciones de pareja– implica romper con la idea de seres vulnerables⁸, débiles, necesitados de protección, con el consiguiente tratamiento paternalista de amparo, y remplazarla por el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres, visibilizando –en caso de desprotección– la incapacidad del Estado de garantizar a éstas el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, integridad, igualdad, libertad y seguridad.

Del concepto de violencia de género se infiere de manera automática el deber de diligencia del Estado, en tanto que garante del orden y de la paz social, y ello implicaría, como bien reza el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establecer «medidas de protección integral cuya finalidad (sea) prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas».

Si junto a esta acepción de violencia de género en sentido estricto aportamos un concepto en sentido amplio, entendiendo por violencia la fuerza que limita o anula el libre ejercicio de la voluntad, limitando

⁸ Al respecto véase PITCH, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, especialmente el último capítulo.

la capacidad de realización del ser humano, habrá que plantearse de manera crítica y reflexiva, enfocando al colectivo de las mujeres, si se ejerce violencia de género en nuestros días o si, por el contrario, desde lo público se establecen las condiciones necesarias para que la autonomía individual pueda ser ejercida por todas las personas y no sólo por unas pocas. Si detectamos y aceptamos que hay violencia y, en consecuencia, desprotección de los derechos de más de la mitad de la ciudadanía, tendremos que retrotraernos a nuestro pasado ilustrado, recordar la máxima recogida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y admitir que: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución».

Y es que en un contexto democrático, la llamada «seguridad pública» consiste en la situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos a defender y a ser protegidos en su vida, su libertad, su integridad y bienestar personal, su honor, su propiedad, su igualdad de oportunidades y su efectiva participación en la organización política, económica y social, así como en su igualdad ante la Ley y su independencia ante los poderes del Estado, y a obtener el pleno resguardo de la totalidad de los derechos y garantías emanadas del Estado de Derecho⁹. En este contexto, los conceptos Derecho y ciudadanía adquieren un significado sociológico, real y no meramente formal; y recupera a los tres Poderes del Estado como garantes de los derechos constitucionales tal y como reza el artículo 9.2¹⁰, en comunión con el artículo 1.2¹¹ de la Constitución española.

En este sentido, y en un primer momento, la triple pregunta referida a la realidad socio-jurídica y política de las mujeres –en tanto que «el significado pleno de un principio no puede especificarse independientemente de las condiciones de su aplicación»¹²– sería: ¿conectando teoría y práctica, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, tal y como propugna el artículo 1.1 de la Constitución española –norma fundamental del Estado, esencia de la propia Constitución– las mujeres –como ciudadanas– son libres, son tratadas como iguales, y sus derechos subjetivos están asegurados? Y, en segundo término, ¿cuál ha sido la respuesta ofrecida por el Legislativo, las medidas arbitradas por el Ejecutivo y la garantía procedimental y axiológica de los derechos humanos –de las mujeres– por el Poder Judicial?

⁹ SAIN, M., «Seguridad pública y derechos humanos», en SORIANO, R.; ALARCÓN, C., y MORA, J. (ed. y coord.), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, 2000, p. 233.

¹⁰ Recordemos el contenido del artículo 9.2 de la Constitución española: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

¹¹ Artículo 1.2 de la Constitución española: «La soberanía nacional reside en el pueblo del que emanan los poderes del Estado».

¹² HELD, D., *Modelos de democracia*, Alianza Universidad, Madrid, 1987, p. 138.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LAS VIOLENCIAS COMO DIAGNÓSTICO PREVIO AL TRATAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO

Recientemente, el legislador ha aprobado, por unanimidad –aunque no sin polémica–, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹³, fruto de la necesidad de responder con urgencia a la demanda social de erradicación de los episodios de violencia de género en las relaciones de pareja. Regular las medidas mediante Ley Orgánica significa que se convierte el *vivir sin violencia* en un derecho de las mujeres que el Estado tiene la obligación de cumplir. El texto, asentado en los pilares de la prevención, protección, apoyo y recuperación integral de las víctimas, así como la sanción del agresor, aborda, de manera integral, un grave problema que afecta a la sociedad española. Sin embargo, la polémica sobre el tratamiento integral de la violencia de género que afecta a educación, publicidad, trabajo, reformas penales..., las medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres, las dudas sobre la proporcionalidad de las penas para cuando determinadas acciones de violencia sean cometidas por hombres hacia las mujeres, entre un largo etcétera, obliga a reflexionar sobre tres ámbitos de vital importancia donde las mujeres padecen y sufren violencia. Nos referimos al ámbito de la educación, el mundo laboral y político y, por supuesto, la esfera doméstica y su tratamiento jurídico. Y es que la violencia de género en el contexto familiar es el extremo más dramático de la violencia estructural que padecen las mujeres, pero para erradicar dicha agresión –no nos olvidemos– hay que explicitar y exterminar, además, otras formas de violencias provenientes de la única, o mejor, la principal: la estructural.

Que la violencia de género exigía y exige ser abordada desde este punto de vista global, si es que quiere ser erradicada de nuestra sociedad, se intuía, ya durante el Gobierno pasado, como paso obligado, pese a la oposición en el debate de la Proposición de la Ley Orgánica Integral el 10 de septiembre de 2002, de 165 diputados frente a 151 que votaron a favor. El Consejo de Ministros del ex presidente Aznar en su última legislatura llegó a aprobar el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004) propuesto por los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Interior, Justicia, Educación, Cultura y Deportes y Sanidad y Consumo, consciente probablemente de la necesidad de trabajar desde el origen, sabedor de que

¹³ La polémica Ley –en su trámite parlamentario tanto como *Anteproyecto* de Ley Orgánica Integral contra la Violencia ejercida sobre la Mujer de 4 de junio de 2004, como *Proyecto* de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 7 de octubre de 2004– ha sufrido polémicos debates entre los distintos organismos encargados de emitir Informes preceptivos –aunque no vinculantes– tales como el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado y, en menor medida, el Consejo Económico y Social y el Consejo Escolar del Estado.

una Sociedad que continúe alzándose sobre la adjudicación preasignada y jerarquizada de papeles sociales a hombres y mujeres, esto es, sobre la subordinación estructural de un género, no podrá liberarse realmente, sino, todo lo contrario, de las distintas formas de violencia contra las mujeres.

Y esto es así, porque ella misma se erige sobre la propia violencia ejercida a la mitad de la ciudadanía, retroalimentándola. No nos olvidemos, retomando las palabras de J. Astelarra, que «el sistema de género que impone el predominio de los hombres sobre las mujeres y les otorga más privilegios, es una organización social estructurada sobre el poder sexual¹⁴. Se convierte, así, en una forma de expresión política, si ésta se entiende no sólo como una actividad, sino como el ejercicio del poder. Sólo es posible la existencia de la sociedad patriarcal y de la dominación masculina, porque en su base hay una compleja red de relaciones de poder»¹⁵. Según esto, la libertad no es posible si está tipificada en roles y la igualdad sólo será factible con la disolución de la variable «sexo» como rasgo normativo y valorativo.

Este planteamiento supera el tradicional esquema defendido por las teorías políticas liberales basado en la autonomía y libertad individual; y las teorías políticas igualitarias –o socialdemócratas– centradas en la necesidad de distribuir riqueza para equilibrar el desfase social. Ambas se centran en la idea de propiedad para elaborar su teoría de la justicia, la primera pegada a la libertad individual –sin injerencia estatal– y la segunda cercana a la idea de igualdad distributiva. Sin embargo, ambas se olvidan de *la igualdad de reconocimiento*, y del poder de las instancias socializadoras para colocar y etiquetar a la ciudadanía de primer nivel y de segundo nivel. Ni es cierto que el individuo se desarrolle autónoma y libremente sin injerencia de ningún tipo, como si de un ermitaño se tratara, ni podemos desconocer el enorme papel de las instancias socializadoras (familia, educación, medios de comunicación, regulación de empleo, ocio, ciudadanía, cultura...) en las que necesariamente los individuos están inscritos y mediante las cuales toman conciencia de no estar solos, aislados, sino en interacción con los demás. No sólo las instancias formales-representativas (procesos judiciales y parlamentos) y las productivas (mercados y propiedad) forman parte del «sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e

¹⁴ Al respecto véase OSBORNE, R., *La construcción sexual de la realidad*, Cátedra, Madrid, 1993.

¹⁵ Vid. ASTELARRA, J., «Las mujeres y la política», en ASTELARRA, J. (comp.), *Participación política de las mujeres*, Colección «Monografías», núm. 109, Centro de Investigaciones Sociológicas (CSIC) y Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1990, p. 12. Asimismo véase su trabajo «Igualdad de oportunidades y cambios en las relaciones de género», en *Políticas de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres en la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administraciones Públicas y Consejería de Justicia, 2003, pp. 37-53.

inmidades»¹⁶. La adjudicación «encubierta» de papeles también se viene realizando desde las instituciones socializadoras, asignando una definición social de los sexos. Acercarnos al ideal de justicia significa no olvidarse de estas últimas –como sí lo han hecho las otras dos Teorías políticas que sirven a la construcción de la sociedad democrática– y canalizar nuestro esfuerzo en detectar el «no reconocimiento intergéneros» para erradicarlo y permitir –ahora sí– el libre desenvolvimiento individual y colectivo de la ciudadanía.

Ello implica enfocar las nuevas medidas hacia el objetivo de restaurar a las mujeres en su estatuto de ciudadanía, sin perder de vista tres ejes centrales de esta violencia estructural: «los modos en que los hombres y las mujeres son socializados, el *plus* valorativo que tienen las actividades consideradas masculinas, y la falta de reconocimiento de autoridad a las mujeres»¹⁷. Y el paradigma de justicia que vamos a defender será, pues, el del *reconocimiento*, planteado en los términos de una relación concedida o pactada «sobre el fundamento de que los demás son como uno mismo y que nada que uno se conceda a sí mismo tiene derecho moral a no concedérselo a otro, sino que, al contrario, tiene el deber de pensar en el otro como un sí mismo»¹⁸. En este sentido, no sólo necesito ser un sujeto formal de derechos, sino que el otro con el que interactúo me considere un igual y no valore ni desmerezca mis derechos como una concesión. Ello implica chequear el proceso socializador para detectar, en primer lugar, la adjudicación encubierta de papeles y, en segundo lugar, el «desprecio o indiferencia» hacia «las otras».

Pensar en erradicar la denominada violencia doméstica exige, por lo tanto, revisar y romper con cualquier atisbo de subordinación estructural, abarcando desde el ámbito educativo pasando por el social-laboral, sin olvidarnos del jurídico-político. Denunciar la adjudicación de papeles y esferas sociales de los niños y niñas en los cuentos, en los libros de texto, en la publicidad, en el juego¹⁹..., denunciar el recelo

¹⁶ Vid. RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, FCE, 1993, p. 76.

¹⁷ Vid. DURÁN, M., «Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una Ley para todas las mujeres», *Meridiam*, núm. 35, 2005, p. 14.

¹⁸ Vid. Valcárcel, A., *Del miedo a la igualdad*, Crítica, Barcelona, 1993, p. 7.

¹⁹ No en vano, la relevancia que el juego y los juguetes en general tienen en la construcción de la personalidad de los niños y las niñas y en el mantenimiento del simbólico «masculino» y «femenino» ha sido una de las batallas del Movimiento feminista durante estos últimos veinte años. La publicidad tiene un enorme poder de influencia en los menores y no está colaborando a superar la tradicional orientación sexista de éstos. Los juguetes de niñas siguen dirigidos al pasado-presente, y tienen que ver con la vida privada, frente a los de los niños, focalizados hacia el futuro y el mundo de lo público. Las campañas del juguete vienen denunciando que los juegos y los juguetes están marcando y dejando una huella indeleble en la vida futura de las personas y ponen las bases para que asuman desde la infancia las tareas que socialmente se les atribuirá y que le pertenecen por sexo. La profesora de Ética, M.^a JOSÉ URRUZOLA ZABALZA en su artículo titulado «Recuperar valores positivos a través del juego y los juguetes» –*Meridiam*, núm. 35, p. 44–, nos señala que los

empresarial en la contratación de mujeres por causa de la «maternidad»²⁰, el mantenimiento de criterios meritocráticos patriarcales de exclusión para la selección y promoción laboral del personal trabajador (antigüedad, disponibilidad espacial y temporal...) ²¹, el índice de feminización del paro y de la contratación a tiempo parcial, las diferencias salariales entre sexos..., denunciar la ausencia de mujeres en cargos políticos o institucionales... es, sin duda, un primer paso.

Sin embargo, ello requiere, a su vez, partir de otro axioma. No basta con analizar las posibles discriminaciones o diferencias de trato en los derechos de ciudadanía, sino que se demanda imperiosamente la revisión de los distintos procesos de socialización diferencial que conforman el primer escalón de la subjetividad. Si *no se es*, si *no se existe*, si *no se está*, no se puede participar. No se puede participar de la ciudadanía, si antes no se es sujeto, un sujeto libre y autónomo que decida, después, su intervención en los valores sociales y políticos que regirán el modelo social por él elegido. Y de la misma manera que no hay ciudadanía sin sujetos, tampoco hay sujetos sin ciudadanía (Habermas). El papel que, libremente o por imposición, se ocupe en las estructuras familiares, educativas, laborales, políticas, determinará la identidad individual y social.

Por esta razón –y en la línea defendida por el legislador–, limitarse a medidas jurídicas de «punicción» de los episodios individualizados de agresión en el contexto doméstico no resolverá, por no estar bien planteado, el problema de la violencia estructural que es la violencia de género. Solicitar una respuesta eficaz de la justicia penal es importante pero no suficiente. La violencia de género –fenómeno más amplio que la denominada violencia doméstica– exige ser escaneada desde la subjetividad para poder exterminarla de dentro a afuera. Las barreras impuestas externamente, y que ejercen violencia –represión de libertades, obstáculos en el acceso de las mujeres al Poder...–, son aceptadas y acatadas, esto es, son eficaces, gracias a la inducción en la mujer de barreras internas –autolimitación, dependencia, autonegación, autorrenuncia...–²². Una vez conseguida esta inducción de limi-

niños «alentados» a jugar con los juguetes «de niñas» viven la experiencia «como bajar de categoría, como si se vieses obligados a entrar en relación con un mundo que presuponen que no les corresponde. Lo viven como una pérdida de estatus. Con esta actitud, los niños no hacen sino reproducir la jerarquización de valores que les transmite su entorno: lo masculino es lo importante, lo valorado, es la cultura... y lo femenino es secundario, está devaluado, es la subcultura».

²⁰ Al respecto, véase mi trabajo GIL RUIZ, J. M., *La maternidad: entre el bien jurídico y la enfermedad*, en RUBIO CASTRO, A. (ed.), *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2000, cap. IV, pp. 137-182.

²¹ Con respecto a este tema remito a mi trabajo *Nuevos modelos para la conciliación de la vida laboral y familiar. La necesidad de un cambio institucional*, Cátedra (en prensa).

²² POAL MARCET, G., *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1993, p. 150.

taciones personales y esta aceptación de limitaciones sociales, el Estado –tal y como en su día refirió Einsenstein²³– sólo supervisará la forma en que la Ley enlaza la ideología del patriarcado con su práctica y con las necesidades de la totalidad. Es, en este sentido, que el Estado y el Derecho han resultado ser grandes maltratadores.

Invertir en individuos-bonsais conforma seres humanos mermados, cercenados, lastrados, castrados, incapaces de saltar al ámbito de la ciudadanía, al ámbito de los iguales donde se desata la fuerza y la frondosidad del ser humano-árbol y donde se decide –libremente– qué se desea hacer y cómo participar. Detectar, denunciar y romper con la violencia –activando el resorte del reconocimiento– implicaría, entre otras cosas, poder hablar con voz propia, sin discursos prestados; poder moverse por el ámbito público, sin necesidad de «débitos prestados»; estar representadas y representar sin necesidad de apelar a «la caridad», a la buena voluntad, o al «dedo de Dios», sino al hecho de constituir más de la mitad de la ciudadanía; no ser especialmente visibilizadas ni prejuzgadas, ni sometidas a la «prueba del 9» de la eficacia y la valía política patriarcal...

3.1 La libertad individual en la subjetividad

Ello exige al Estado –comprometido con la libertad, seguridad e igualdad de su ciudadanía– tener que romper con la tradicional, que no por ello desfasada, ecuación Mujer=Esposa y Madre (ahora también Hija, potenciando «la ética del cuidado») y detectarla en los distintos canales de socialización diferencial. Nos referimos a un *modelo de mujer lastrado, hipotecado y dependiente de la dependencia de los demás*, proveniente de las tres estructuras que se deben neutralizar, si queremos arribar a una ciudadanía plena de las mujeres: la ideología sexual, las normas sexuales y los estereotipos sexuales. La primera –*la ideología sexual*– explica el modo y las razones por las que se diferencian los hombres y las mujeres, y adjudican posiciones y valores subordinadores y subordinados. Como señala Emilce Dio, «(F)rente a las arraigadas concepciones sobre el carácter biológico, corporal, de las diferencias que se observan entre los sexos, la tendencia actual de las investigaciones subraya el papel capital que cumplen las concepciones imperantes sobre qué significa ser mujer y ser hombre en la creación de esas diferencias. Las chicas y los chicos no nacen tan diferentes, pero llegado el momento de la vida piensan y sienten de forma diferente; más adelante, se quejan de forma diferente: unas se deprimen y otros se alcoholizan»²⁴. De este modo, ora alegando razones biológicas, ora blandiendo el argumento de las «características natura-

²³ EINSENSTEIN, Z., «El Estado, la familia patriarcal y las madres que trabajan», *Teoría*, 1, 1979.

²⁴ Vid. DIO BLEICHMAR, E., *La depresión en la mujer*, Temas de Hoy, Colección Vivir Mejor, Madrid, 1999, pp. 56-57.

les» propias de su sexo adscritas al cuidado de la especie, jamás se considerará injusto el que la mujer abandone el mercado laboral o que tenga que renunciar a la promoción por carencia de «tiempo». Todo lo contrario, dicha realidad se valorará como «natural» y se culpabilizará incluso a la mujer de «abandono de hogar» por ocuparse demasiado de la esfera pública. El problema se agrava cuando es la propia mujer quien –ante alguna desgracia familiar– se inmolará y castigará –degradándose en el *ranking* femenino– por entender que «esto no hubiera pasado de haber estado en *su lugar*».

La segunda estructura –*las normas sexuales*– marcará, al unísono con la ideología sexual, la conducta que se espera de las personas de acuerdo a su especificidad sexual. De este modo, se regularán desde el tipo de trabajo, hasta la posición en el matrimonio, la responsabilidad en el hogar, las formas correctas del vestir o el papel en la sexualidad... La educación será el gran instrumento y conformará un ser humano –la mujer– que depende de la dependencia de los demás, y otro –el hombre– que se le presupone que es y se le educará en el tener-hacer, completando un modelo político competente. La mujer nunca será, o nunca será lo suficiente, y al no estar instruida para el tener-hacer, nunca estará preparada para actuar activamente en el mundo público. Todo ello impulsa a la mujer a caer en un círculo vicioso que la obliga a funcionar conforme a los cánones establecidos: hacer lo que la sociedad, lo que los demás quieren que haga. Y aquí radica el peligro. Pero a su vez, hoy tanto como ayer, la mujer educada básicamente en el ser –característica de lo privado– se enfrenta a un mundo que –paradójicamente– requiere y valora el hacer y el tener –características de lo público– y propia de la educación del hombre²⁵. De hecho, para las mujeres, (re)incorporarse al mundo laboral no supone sólo buscar un empleo –ídem para el ámbito de la política– sino que supone un doble reto, es decir, hacer dos cosas para las que no ha sido preparada: realizar una transición, e incorporarse en un mundo para el que no siempre se halla bien posicionada²⁶.

Todo este contexto viene a dibujar la tercera de las estructuras que se deben neutralizar para la detección de las violencias contra las mujeres y la consecución de una ciudadanía plena para éstas. Nos referimos a los estereotipos sexuales, esto es, las percepciones y creencias de que los sexos son fundamentalmente diferentes y la adjudicación de características asignadas a su sexo. El trato –o el maltrato– de las mujeres –o de «la mujer»– en publicidad²⁷, medios de

²⁵ GIL RUIZ, J. M., *Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos*, op. cit., p. 256.

²⁶ POAL MARCET, G., *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, opus cit., p. 216.

²⁷ Remito a otros trabajos donde practiqué un análisis de los distintos agentes socializadores y del modelo simbólico gestado y transmitido por ellos. Vid. GIL RUIZ, J. M., «El paradigma de la igualdad y el binomio subjetividad-ciudadanía», *La igualdad de oportunidades y la igualdad de género: una relación a debate*, editorial Dykinson, Colección Oñati: Derecho y Sociedad, 2005.

comunicación, anuncios... pone de manifiesto la falta de reconocimiento de la mitad de la ciudadanía y la transmisión «sin control estatal» de valores subordinadores y jerarquizantes.

Pero ello significa admitir que las mujeres no sólo padecen violencia dentro del hogar sino también fuera de él. El mensaje que la sociedad transmite hacia las mujeres es diáfano. Recomendaciones o advertencias sobre el peligro de la calle: no salir sola, no visitar lugares solitarios, no abrir a desconocidos, no acudir sola a bares, no escribir el nombre en el buzón..., porque afrontar una mujer sola el ámbito público es, cuanto menos, peligroso. La conclusión a tantas pistas parece apuntar la solución del jeroglífico. Ser mujer implica la potenciación del tener miedo a ir sola por el espacio público y la consecuente necesidad del sexo fuerte que proteja y acompañe. Si a ello le sumamos los datos sociológicos que arrojan cifras escalofriantes de muertes en las relaciones entre hombres y mujeres, en lo que se viene calificando como terrorismo doméstico, la conclusión es que la mujer no tiene garantizada su seguridad.

3.2 La libertad individual en la ciudadanía

Asimismo, presupuestos «formalmente igualitarios» como la actual erradicación de toda discriminación jurídica en el ámbito laboral, la posibilidad de poder acceder y promocionarse en este ámbito sin necesidad de «ayuda» política-jurídica de acción positiva, la apertura total de las organizaciones políticas y de las instituciones del Estado a la intervención y participación de las mujeres... motiva, en mi opinión, una segunda violencia. Se trata de una violencia especialmente destructiva que camuflada tras un disfraz igualitario, generador de ilusiones ópticas emancipatorias, coloca en el banquillo de los acusados a las mujeres y a la sociedad patriarcal, en el de las víctimas. Las mujeres, según se afirma, *pueden* participar activamente en el mundo de la educación, del trabajo y de la política, y el no hacerlo o hacerlo con determinadas connotaciones, implica que *no quieren* intervenir de otro modo. Que los estudios mayoritariamente femeninos –y con mayor tasa de paro– sean Enfermería, Magisterio, Trabajo Social, Filología y Psicología alcanzando el 70 por 100, frente a la Ingeniería en sus distintas ramas –Aeronáutica, Industrial, Telecomunicaciones, Caminos, Canales y Puertos...– en que destaca su ausencia –porcentaje inferior al 10 por 100– forma parte del mundo de la *voluntas*. Que el colectivo de las mujeres se alce con el porcentaje del 95,5 por 100 de profesoras de Preescolar, frente al 27,3 por 100 de Profesoras Universitarias y al 3,7 por 100 de Catedráticas de Universidad, forma parte también –según dicen– del mundo de la voluntad y del juicio objetivo del sistema de méritos. La baja participación femenina en los puestos de representación política, la escasa presencia de las mujeres en el ejecutivo estatal y cargos de la Administración, el reducido

número de afiliadas a partidos políticos se interpreta como un supuesto desinterés de las mujeres, culpabilizando a éstas y olvidando someter a estudio a la otra parte implicada: ¿existen obstáculos a la participación efectiva de las mujeres? De este modo, se afirma que los tiempos han cambiado y que no ha lugar, por discriminatorio hacia el sexo masculino e incluso femenino²⁸, a medidas de acción positiva y más concretamente a las descalificadas –incluso por su nombre– medidas de discriminación positiva o inversa²⁹.

Pero no nos engañemos. «Las mujeres no eligen “no desear el poder” –como bien indica A. Miyares–, sino que es más bien la injusticia sexual la que coarta el acceso al poder de las mujeres»³⁰. Y es que en paralelo al urgente «escaneo estatal del proceso socializador» arriba señalado –que evitaría, entre otros males, la «predestinación» de la vocación laboral–, otras medidas deberían tomarse a nivel institucional y estatal para intentar paliar las consecuencias de la subordinación y exclusión estructural frente a los hombres; a saber: auditoría completa y detallada donde el tiempo doméstico y extradoméstico se contabilizara como generador de bienes y servicios; elaboración –entre otras– de un sistema de valoración que supere el sistema meri-

²⁸ Recientemente se ha aprobado, en el Parlamento Balear, la medida de representación paritaria de hombres y mujeres en las elecciones autonómicas. El no más de 60 por 100 ni menos del 40 por 100 ha sido criticado por algunas fuerzas políticas conservadoras por entenderlo discriminatorio hacia los hombres y especialmente hacia las mujeres. Idéntica propuesta se debatirá próximamente en el Parlamento de Castilla-La Mancha y en el Parlamento Andaluz.

²⁹ M.^a Ángeles Barrère Unzueta, en un reciente e interesante trabajo, vuelve a recordarnos el origen del Derecho antidiscriminatorio y sugiere –en consonancia con ello– la conveniencia de descartar la expresión «discriminación (inversa o positiva)» para designar a la acción positiva diferenciadora, pues limita la virtualidad (la idea de igualdad y de justicia subyacentes) del propio Derecho antidiscriminatorio. Vid. BARRÈRE, M. A., «De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español», *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, pp. 26-33. En este mismo sentido, y en un artículo publicado por el diario *El País* el 23 de junio de 2004, el Prof. Gregorio Peces-Barba entiende más recomendable «hablar de igualdad como diferenciación», pese a reconocer la tendencia casi incontrolable de la expresión «discriminación positiva».

³⁰ Vid. MIYARES, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2003, p. 187. En este sentido se manifiesta Emilce Dio Bleichmar cuando afirma que «la masculinidad y el poder han nacido amigos, entendiendo por poder el *poder poder*, (...) es decir, ser capaz y estar autorizado. Los hombres, por el solo hecho de pertenecer al género masculino, se sienten legitimados para poder hablar, votar, gobernar, pelear, saber de todo o no saber si “ese” hijo es hijo propio (...) la historia es muy otra para las mujeres. Cuando nos topamos con alguna figura que ha pasado a la posteridad, indefectiblemente será en su condición de madre –empezando por la madre del hijo de Dios–, de virgen o su consabida contrapartida, o por su radiante *belleza*. (...) El poder no es nada “femenino”, espanta a los hombres, y las mujeres frente al riesgo que eso supone han preferido renunciar a toda ambición personal, a ni siquiera proponérsela. (...) De modo que las mujeres encuentran dificultades y no les es tan fácil sentirse potenciadas en su identidad femenina. Cuando acceden a posiciones de poder, en lugar de incrementar su autoestima resulta que se sienten perseguidas, atormentadas, rechazadas». Vid. DIO BLEICHMAR, E., *La depresión en la mujer*, Temas de Hoy, Colección Vivir Mejor, Madrid, 1999, pp. 86-87.

toocrático masculino donde se incluyan nuevos méritos, ésta vez, de género, capaces de romper con el techo de cristal de las mujeres (disponibilidad temporal y espacial, cursos de formación y reciclaje, anti-güedad...); y, por supuesto, medidas de acción positiva. De no hacerlo así, el Estado contribuirá al mantenimiento del sistema patriarcal³¹; creará ilusiones ópticas de igualdad; asignará las funciones domésticas según sexo, y contribuirá, con su aportación institucional, a la generación y mantenimiento de la violencia estructural contra las mujeres ratificando el reproche social de la no participación de las mujeres a ellas mismas. Y aquí el Estado se erige como gran maltratador. Un Estado que impulsa el trabajo solapado y silencioso de las mujeres en el hogar; que no reconoce el valor social de la maternidad; que no arbitra medidas institucionales de apoyo a la conciliación, mirando fijamente a los ojos de las mujeres; que sigue sin intervenir en los procesos de socialización diferencial; que quiere cubrir objetivos sociales reduciendo como sea y a costa de quien sea el gasto público; que se legitima con una legislación aparentemente tuitiva e igualitaria; que potencia el abandono del desarrollo profesional de más de la mitad de la ciudadanía... no puede tacharse, en ningún caso, de Social y Democrático de Derecho, tal y como reza el artículo 1.1 de nuestra Constitución española.

Y es que, como diría Berit Äss, –incluso dentro de un contexto «privilegiado» como Suecia– «retener información es algo muy grave. En Suecia se han calculado que en nuestros días, las mujeres realizan nueve mil millones de horas de trabajo al año, y los hombres seis mil trescientos millones de horas. Cuando la sociedad masculina nos pregunta: ¿por qué no competís con nosotros en los sindicatos, en los lugares de trabajo, en los partidos?, deberíamos contestar: Hay una cierta cantidad de trabajo extra que nosotras no hemos pedido. Siempre nos ofrecéis que compitamos basándonos en vuestras premisas y estáis reteniendo información»³².

Los indicadores de igualdad evidencian, con carácter general, que la posición social de los hombres es casi cuatro veces mejor que la de la mujer, en atención al uso que hacen de su tiempo. No en vano el porcentaje de horas semanales dedicadas al trabajo doméstico según sexo y rol familiar³³, en el estrato de más de 50 horas, se eleva a 19,5 en la variable madre, frente al tímido 1,3 en la variable padre, 2,2 en la de hija y un exiguo 0,6 en la de hijo. La calidad de vida, índice medido

³¹ GIL RUIZ, J. M., *Nuevos modelos para la conciliación de la vida laboral y familiar. La necesidad de un cambio institucional*, op. cit.

³² BERIT ÄS, «El papel político de la mujer», en ASTELARRA, J. (comp.), *Participación política de las mujeres*, Colección «Monografías», núm. 109, CSIC y Siglo XXI, Madrid, 1990, p. 206.

³³ Estos datos se incluyen en VV. AA., *La medida del mundo. Género y usos del tiempo en Andalucía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1998. Vid. *Documento para el debate. Foro Andaluz para un reparto igualitario del tiempo*, Instituto Andaluz de la Mujer, Madrid, 2002.

a través del uso del tiempo, indica un nivel, en las mujeres (28,35), tres veces inferior al de los hombres. Con respecto al grado de autonomía, esto es, a la capacidad de decisión en la distribución de su tiempo, su valor es de 32,20 en las mujeres. El grado de autonomía de las mujeres es tres veces menor que el de los hombres.

Hablar, pues, de *voluntas*, cuando el tiempo de vida se tiene –desde la cuna– hipotecado y cuando las posibilidades de promoción resultan casi anecdóticas –no sólo por carencia de tiempo sino por encontrarse excluidas de las redes de influencia– es cuanto menos una nueva agresión hacia las mujeres.

Centrado en un contexto de malos tratos dentro del hogar, la idea de la voluntad se reafirma. Si la mujer ya no está sometida bajo el yugo del Derecho, si la mujer ya no está discriminada, ni sometida ni controlada, es ella la que libremente debe decidir romper con los episodios individualizados de violencia. Esto es, la violencia de género se interpretará como un problema privado entre dos personas adultas quienes deben optar por poner fin a la convivencia conflictiva, sin que los resortes sociales e institucionales establecidos traspasen la barrera entre lo público y lo privado ³⁴.

Es así como las mujeres no sólo soportan la violencia propinada por «el agresor» en sentido amplio, sino la también violencia del Estado, del Derecho y de la Ciencia Jurídica. De este modo «el igualitarismo formalista» también viene a contagiarse al procedimiento generando desprotección legal y real en los colectivos desaventajados a los que hacemos referencia: las mujeres y los menores. La aplicación dogmática de la ley y el cumplimiento estricto de todos los requisitos admitidos por la Doctrina desconoce, en muchos momentos, las características particulares de los episodios de violencia proferidos dentro del hogar. Que se cuestione la habitualidad ³⁵, cuando según datos criminalísticos ³⁶, las mujeres que se deciden a denunciar, llevan soportando una media de entre diez y veinte años de violencia, significa condenarlas a una muerte a plazos. Solicitar conocimientos «especializados»

³⁴ En este sentido, véase LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ares y Mares, editorial Crítica, 2001, p. 48.

³⁵ De cualquier modo, justo es destacar la contribución de dos recientes sentencias del TS, relevantes en lo que a la determinación de la habitualidad se refiere, colmando además algunas de las lagunas e imprecisiones de la norma penal. Nos referimos a las Sentencias del TS de 24 de junio de 2000 ³⁵ y a la de 7 de julio de 2000 ³⁵, en donde el Alto Tribunal pone el acento no tanto en el número de actos concretos de agresión como en la actitud del agresor y en el ambiente de violencia en que viven los miembros de la familia, de tal modo que los actos de agresión no hacen sino exteriorizar dicha violencia.

³⁶ COBO PLANA, J. A., *Estudio médico forense de la violencia contra la mujer*. Tesis doctoral. Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza, 1990. Asimismo, véase CASTELLANO ARROYO, M.; COBO PLANA, J. A. Y SÁNCHEZ BLANQUE, A., «Le profil des traits de personnalité des femmes victimes de violences», en *Livre de Actes X^e Journées Méditerranéennes de Médecine Légale*, 1992, Montpellier, 1992, pp. 331-335.

a las víctimas de violencia –que incluye abusos sexuales y agresiones habituales dentro del hogar a personas especialmente vulnerables, tales como los menores– en pos del principio progresista de ayuda al reo y de no violación del principio de presunción de inocencia, significa perpetrarles una doble violencia. La reticencia a observar la agravante de alevosía en los casos de muerte de la víctima por considerarla «indefensa» pero no desprevénida o la inaplicación de la prohibición de acercamiento a la víctima en condena o falta de injurias por entender que no se ha lesionado la integridad y la seguridad de la víctima manifiesta la indiferencia de la Ciencia del Derecho hacia el universo simbólico femenino y la omnipresencia del simbólico masculino. La preocupante inclinación a aplicar circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad criminal como el consumo de alcohol, la celotipia, el desamor e incluso la confesión a las autoridades se alzan como justificaciones sociales que persiguen el control de la mujer en atención a la *fragilitas sexus*, pero que también ponen de manifiesto la verdadera debilidad y dependencia de quien ejerce ese control. «Es por eso que son una buena excusa para el hombre, una explicación suficiente para la mujer, una adecuada justificación para la sociedad y una atenuante o eximente lícita para la Justicia»³⁷. El legalismo liberal es por tanto –como señaló C. MacKinnon– «un medio para hacer que el dominio masculino sea invisible y legítimo adoptando el punto de vista masculino en la ley e imponiendo al mismo tiempo esa visión en la sociedad»³⁸. Sin duda, el Derecho y la Ciencia jurídica son masculinas y adjudican género.

Todo este contexto de violencias contra las mujeres exige respuestas inmediatas de nuestro Estado Constitucional, siendo las prioridades y necesidades de las mujeres³⁹ las que marquen el referente desde el que articular las medidas concretas de erradicación de las mismas. Para ello se requiere –como viene defendiendo el paradigma feminista– el reconocimiento explícito de la exclusión del colectivo mujeres del modelo de ciudadanía construido por y para el hombre en la Modernidad⁴⁰, y la recuperación de ciertos aspectos emancipadores que podrían resignificar el concepto, dotándolo de cierta legitimidad. «Los conceptos de dominación y opresión, antes que el concepto de distri-

³⁷ LORENTE ACOSTA, M., *Opus cit.*, p. 73.

³⁸ Vid. MACKINNON, C., *Hacia una Teoría feminista del Estado*, Cátedra. Madrid, 1995, p. 428.

³⁹ Tamar Pitch se refiere a la necesidad de «tomar en serio las experiencias de las “mujeres” y partir de las mismas, bien para hacerlas visibles al Derecho, bien para crear derechos a su medida», en PITCH, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 259.

⁴⁰ El modelo de ciudadanía proveniente del proyecto ilustrado tiene su texto fundacional en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Posteriormente, en 1791, Olimpia de Gouges, ilustrada francesa, publicó en respuesta a dicha declaración sesgada la Declaración de los Derechos de la Mujer donde reivindicaba la equiparación de derechos de mujeres y hombres. No tardó mucho en ser acusada de intrigas sediciosas y guillotínada.

bución –como apunta Iris Marion Young–, deberían ser el punto de partida para una concepción de la justicia social»⁴¹. Y esto es así porque el no hacer mención expresa de la situación de subordinación estructural que arrastran desde siempre las mujeres impulsa un modelo de ciudadanía excluyente y exclusivo de los varones. Preguntar a las mujeres, tras reconocer su exclusión del actual estatus de ciudadanía, significaría apostar y tomarse los derechos de las mujeres en serio. Hablar de libertad, de igualdad y de seguridad requiere, negociar un nuevo Pacto Social⁴² que incluya –esta vez– a todas y a todos, ofreciendo una protección estatal y global de la ciudadanía. Reconocer la discriminación estructural y superar el tradicional, aristotélico y académico enfoque de la «igualdad de trato» podría ser un gran paso, pero no avancemos el discurso y reflexionemos sobre otra forma más de violencia.

IV. EL DISCURSO FEMINISTA: ESE GRAN DESCONOCIDO

Últimamente, y especialmente a raíz del debate generado en torno a la aprobación de la Ley Orgánica Integral, hemos asistido a otro intento de desacreditación de una Teoría política que, por otra parte, posee tres siglos de historia en su haber de lucha por la consecución de los derechos humanos. Ciertamente la aproximación crítica que se ha hecho para afrontar la problemática de la violencia de género en su totalidad sólo ha sido factible con el modelo epistemológico aportado por el Feminismo, lo cual, en vez de servir para el reconocimiento del paradigma igualitario feminista ha servido para, paradójicamente, «legitimar» su descalificación.

Probablemente ello sea debido al enorme desconocimiento social que existe sobre el origen del discurso feminista, sus objetivos y finalidades emancipatorias entre los seres humanos; desconocimiento potenciado por la «deformación» informativa que desde los medios de comunicación, y desde otros ámbitos, se ha venido impulsando desde prácticamente siempre. De este modo, un movimiento social y teórico que busca la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres como es el *Feminismo* ha sufrido la violencia de ser silenciado, descalificado y asimilado a actitudes de prepotencia del varón frente a la mujer como el *machismo*. No es comparable en ningún caso un movimiento emancipatorio con una actitud de prepotencia que, por otra parte, cualquier demócrata debería erradicar.

⁴¹ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 33.

⁴² Al respecto, véase RUBIO, A., «De la Igualdad formal al *Mainstreaming*», en *Políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Junta de Andalucía*, Instituto Andaluz de Administraciones Públicas y Consejería de Justicia, 2003, pp. 9-36.

El Feminismo, por el contrario, tal y como en 1889 indicaba González Posada, «es una doctrina que se halla en la situación indicada de doctrina llena de esperanzas... que, una vez realizado, nos lleve a las regiones de una nueva ciudad futura; se ha revelado y se afirma por doquier con una fuerza expansiva tan poderosa, filtrándose por todos los medios sociales, por todos los espíritus reflexivos»⁴³.

La Teoría política feminista, la gran desconocida dentro de las Teorías políticas que sirven a la construcción de la sociedad democrática⁴⁴, se alza, sin embargo, con mayor potencialidad explicativa de la realidad social que el Liberalismo o la Socialdemocracia; y postula alternativas de cambio inclusivas y no tensionales entre autonomía de los sujetos e igualdad social para satisfacer las exigencias y expectativas de la ciudadanía, tanto en su vida individual como social.

Algunas de sus protagonistas nos recuerdan, en este sentido, que «el Feminismo quiere sencillamente que las mujeres alcancen la plenitud de su vida, es decir, que tengan los mismos derechos y los mismos deberes que los hombres, que gobiernen el mundo a medias con ellos, ya que a medias lo pueblan, y que en perfecta colaboración, procuren su felicidad propia y mutua y el perfeccionamiento de la especie humana. Pretende que lleven ellas y ellos una vida serena, fundada en la mutua tolerancia que cabe entre iguales, no en la rencorosa y degradante sumisión del que es menos, opuesta a la tiranía del que cree ser más»⁴⁵.

De este modo, la Teoría política feminista⁴⁶ ofrece un nuevo modelo de democracia que supere las limitaciones del Liberalismo –centrado en el concepto de individualidad–, y de la Socialdemocracia clásica –centrada en el concepto de la distribución de la riqueza–, para configurar una propuesta que no trate de modo excluyente la libertad, la igualdad y la justicia. En este sentido es capaz de alimentarse de las virtudes y aportaciones de dichos discursos –los derechos individuales y los derechos sociales– pero sin abandonar ni la transformación social, ni el desarrollo libre de los individuos –respectivamente– que conforman la ciudadanía. Pero esto último ha de hacerse aportando una consigna más en el conocimiento y en la lucha socio-política. Nos referimos a la *igualdad de reconocimiento*, aspecto que garantizaría códigos de igual-

⁴³ GONZÁLEZ POSADA, A., *Feminismo*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1889, 1.ª parte, cap. VI, pp. 76-77.

⁴⁴ Alicia Miyares ha analizado con especial rigor y brillantez las aportaciones de la Teoría política feminista frente a las propuestas liberales y socialdemócratas. Vid. MIYARES, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2003.

⁴⁵ MARTÍNEZ SIERRA, G., *feminismo, feminidad y españolismo*, ed. Saturnino Calleja, Madrid, 1920, pp. 17-18. Se trata de una conferencia leída el día 2 de febrero de 1917 en el primero de los Festivales Artísticos celebrados en el Teatro Eslava a beneficio de la «Protección del trabajo de la mujer».

⁴⁶ Dentro de este título genérico hemos de hacer referencia a las distintas teorías «feministas» que intentan responder al objetivo de conseguir una verdadera ciudadanía para mujeres y hombres. Mackinnon, Olsen, Smart, Pitch, Stang Dahl... no son más que algunos de los nombres del panorama internacional que enarbolan algunos de estos esfuerzos emancipatorios.

dad entre los individuos, el arbitrio de medidas para la consecución de igual desarrollo y participación de éstos en la vida individual y social, y en consecuencia, las condiciones para la garantía de la libertad.

Enfocar la Democracia, como hace el discurso liberal, hacia el objetivo de la libertad individual ignorando los obstáculos reales para su efectivo desarrollo por parte de todos los individuos y abandonando la cohesión social, significa el suicidio de la propia Teoría en su meta por construir –entendemos para toda la ciudadanía– la sociedad democrática. Del mismo modo, focalizar los esfuerzos epistemológicos y políticos hacia la consecución de la «igualdad social» sólo en la esfera de la distribución de bienes, postergando al individuo e ignorando otros intereses distintos a los propiamente «económicos», significa mutilar la respuesta demandada por el conjunto de la ciudadanía. Lograr el desarrollo libre de la individualidad se consigue –paradójicamente– activando cambios institucionales que posibiliten una correcta socialización de los individuos en igualdad de reconocimiento y respeto y en consecuencia faciliten la cohesión social. La igualdad nos garantiza la libertad, ya que sin ella, la libertad será de unos pocos y no conseguiremos cohesión social.

«Si lo público y lo privado aparecen difuminados –como señala Alicia Miyares–, no (será) posible garantizar que la elección de las mujeres proceda absolutamente del principio de autonomía»⁴⁷.

Según lo dicho –y reconduciendo la reflexión hacia el tema que nos ocupa– se pretende arribar a la igualdad real entre hombres y mujeres, denunciando toda discriminación y rompiendo toda subordinación del estatus o poder social de un grupo frente a otro. El objetivo es conseguir que hombres y mujeres sean tratados con idéntica consideración, reconocimiento y respeto, y sus fórmulas para conseguirlo no pueden perder el colectivo de referencia –discriminación grupal–. Así pues, «para la democracia feminista la adecuada regulación democrática pasa por un *consenso ético-político* en torno a la relación entre los sexos y en las instituciones en que se inscriben –representativas, formales y socializadoras–, sin que se vean alteradas por los cambios de gobierno»⁴⁸ de la misma manera que en tiempos no muy lejanos –después de la Segunda Guerra Mundial– se arbitraron fórmulas consensuadas –aunque apenas rozaban tangencialmente a las mujeres– entre el modelo originario propuesto por el Liberalismo y el defendido por las Teorías marxistas como parámetros de justicia. Sin embargo, «la realidad fue y es todavía que los mínimos valores ético-políticos compartidos y las instituciones en los que se inscriben se vieron (y se ven) en muy poco alterados. (...) Hay muchos derechos de las mujeres que siguen sin ser especificados como, por ejemplo, el derecho a la paridad»⁴⁹.

⁴⁷ Vid. MIYARES, A., *Democracia feminista, op. cit.*, pp. 181-182.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 182.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 182 y 177.

Y esto es así porque el principio del reconocimiento brilla por su ausencia, y las medidas –incluso las más progresistas– sociales arbitradas en torno a las distribución de la riqueza no han conseguido ningún cambio de comportamiento ni de actitud en los ciudadanos más favorecidos. Si los hombres no están dispuestos a aceptar el cambio y a reconocer a las mujeres como iguales y el Estado no es capaz de imponer el reconocimiento como medida para erradicar la subordinación estructural, ambos seguirán coadyuvando a la violencia de género y a pisotear los derechos de la humanidad. Ya no valen las omisiones, ni la ignorancia⁵⁰ estatal ante la situación de desprotección de los derechos humanos. Se entenderán «las dobles jornadas» y los síndromes que aquejan a las mujeres, y que forman parte de los anales de la psiquiatría: «la superwoman» y «la abuela esclava». Igualmente se comprenderán los conceptos «mujer-cuota», «mujer-florero», al interpretar –sin reconocimiento– que los derechos civiles y políticos de las mujeres forman parte del conjunto de «concesiones» hechas por un esfuerzo de generosidad social. Sin olvidarnos, entre otros aspectos, de que el destino de las ayudas sociales –según el principio de distribución de bienes– dejaría fuera a las mujeres consideradas laboralmente «inactivas» por dedicar su tiempo de vida a las tareas –que no trabajo– de la esfera doméstica⁵¹.

Un ejemplo del fracaso del consenso de «mínimos ético-políticos» en torno a los sexos se manifiesta en el desacuerdo entre algunas de las medidas planteadas, medidas de trato diferenciador, que pretenden acabar con la subordinación estructural, pero que curiosamente son perfectamente compatibles con una política antidiscriminatoria. Éste ha sido el caso de la reciente respuesta normativa para erradicar la Violencia de género, respuesta que podríamos encajarla dentro del Derecho antidiscriminatorio. ¿Hasta qué punto esas medidas diferenciadoras se consideran legítimas? Dependerá de la ponderación del objetivo que se persigue y de los intereses que se consideran «desfavorecidos» por activar dicha política diferenciadora.

En este sentido, Adolfo Prego, vocal del CGPJ, denunciaba que no se puede crear «un Derecho estrictamente determinado por el sexo de una persona, porque no está permitido en ninguna democracia civilizada que se haga discriminaciones por razón de ideología, sexo, religión o creencias religiosas.(VC..) Tal y como viene el anteproyecto es

⁵⁰ «En lo que concierne a su propia persona, un hombre puede eludir la Ilustración, pero sólo por un cierto tiempo en aquellas materias que está obligado a saber, pues renunciar a ella, aunque sea en pro de su persona, y con mayor razón todavía para la posteridad, significa violar y pisotear los sagrados derechos de la humanidad»; *Vid.* KANT, E., «Respuesta a la pregunta: ¿qué es la Ilustración?», en AA. VV., *¿Qué es la Ilustración?*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1993, p. 23.

⁵¹ Un ejemplo de ello lo observamos en la irrisorias pensiones de viudedad, donde la mujer que nunca cotizó, aunque dedicó toda su vida «a trabajar por los demás», apenas si recibe una parte ridícula de «la paga de su marido».

muy difícil que encaje con la Constitución»⁵². En el otro extremo, el ministro Caldera defendía el tratamiento diferenciador de la ley «porque es la mujer, muy mayoritariamente, quien sufre esta violencia y porque una situación de desigualdad, una discriminación, permite y justifica acciones positivas, según la jurisprudencia del TC»⁵³. La apuesta de uno o de otro es indicativa del criterio de justicia social que se defiende –individual o grupal– y de la idea de igualdad que reatraviesa –igualdad de trato desde una dimensión meramente individual o igualdad de estatus, también llamada igualdad de Poder entre los grupos–. Lo cierto es –como asevera MacKinnon– que «la igualdad entre los sexos en la ley no ha sido definida de forma significativa para las mujeres, pero se ha definido y limitado desde el punto de vista masculino de forma que se corresponda con la realidad social existente de desigualdad sexual»⁵⁴.

Dicho esto, y tras habernos referido a las distintas formas de violencia que sufren las mujeres y al modelo de conocimiento seguido, es el momento de acercarse a la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004, aprobada en su último trámite parlamentario el pasado 22 de diciembre de 2004 y valorar algunas de sus determinaciones dentro del marco de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

V. LA INTERACCIÓN LIBERTAD, IGUALDAD Y SEGURIDAD: PRESUPUESTOS PARA LA JUSTICIA

La fórmula «Estado Social y Democrático de Derecho» se compone de tres elementos en recíproca interacción. Libertad, Seguridad e Igualdad forman parte de un triángulo cuyas relaciones sólo pueden responder a la propiedad transitiva del Estado Constitucional. De hecho, las dos propuestas de legitimidad constitucional, ya sea liberal o social, confluyen en el elemento común que caracteriza al constitucionalismo: la libertad, acompañada de la idea de seguridad como criterio de identificación del ordenamiento que depende de la Consti-

⁵² Asimismo, valoraba el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la Violencia ejercida sobre la Mujer como «bueno por todo lo que incluye, pero malo por lo que excluye», así como que los mecanismos jurídicos que se contemplan «aun siendo bienintencionados, derivados de una causa realmente defendible, están jurídicamente mal contruidos, hasta el punto que ni siquiera van a ser eficaces para defender a las mujeres contra las agresiones». Declaraciones publicadas por el diario *El País* de 17 de junio de 2004.

⁵³ *Ibidem*. En este mismo sentido se refería Soledad Murillo, Secretaria General para las Políticas de Igualdad, cuando en Declaraciones publicadas el 15 de junio de 2004, y en clara alusión al recelo expresado por el CGPJ, aseveraba que «El Poder Judicial tiene que entender que la Ley integral recoge una discriminación positiva para cumplir el principio de igualdad que consagra la Constitución».

⁵⁴ *Vid.* MACKINNON, C., *Opus cit.*, p. 435.

tución. Sólo el valor igualdad y su desarrollo será el signo distintivo de un constitucionalismo conservador o progresista. De este modo, se opte por un modelo constitucional u otro, el valor «libertad» es el mínimo de ética pública exigido⁵⁵.

Pero también hemos señalado a lo largo de nuestra exposición que la libertad no es posible si está tipificada en roles sexuales y que es necesario activar el principio de igualdad –en reconocimiento y respeto– entre los individuos para que el principio de autonomía se halle garantizado mínimamente entre los géneros. Haciendo más las palabras de Marcelo Sain, «(s)i en un contexto democrático, el principio de autonomía, tal como fue definido, configura el eje estructurante de la seguridad pública, la “inseguridad” debe ser entendida como aquellas situaciones en la que ciertos factores políticos y sociales vulneran o cercenan, de alguna manera, aquel principio, esto es, impiden que las personas puedan determinar sus condiciones de vida»⁵⁶. Si es cierto –como hemos mencionado más arriba– que el valor «libertad» es el mínimo de ética pública exigido, el Estado Social y Democrático de Derecho deberá centrar todos sus esfuerzos en *asegurar* que ésta exista para toda la ciudadanía, sin distinciones ni niveles, y ello pulsará la «tecla» de la exigencia previa de igualdad⁵⁷ de autonomía, eliminando todo tipo de discriminación.

Combatir la violencia estructural sobre las mujeres se alza, pues, como primera tarea estatal y social para conseguir niveles mínimos de libertad, seguridad y, en consecuencia, de igualdad. Y para afrontar dicha tarea, la acción positiva que engloba medidas diferenciadoras e indiferenciadoras⁵⁸ se nos muestra como un instrumento eficaz, aunque polémico –especialmente por las segundas– al chocar con el planteamiento clásico-aristotélico⁵⁹ que alimenta las estructuras jurídicas tra-

⁵⁵ Cfr. PECES BARBA, G., «La Constitución y la seguridad jurídica», *Claves de razón práctica*, núm. 38, diciembre 2003, p. 6.

⁵⁶ Vid. SAIN, M., «Seguridad pública y derechos humanos», *op. cit.*, p. 235.

⁵⁷ En palabras de Amelia Valcárcel, «Y justamente por eso, porque es muy difícil no completar con el concepto de libertad el concepto de igualdad. Tienen entre ellos una profunda soldadura. Obviamente nosotros sabemos de lo defectivo de la libertad cuando la igualdad, una cierta igualdad, no está asegurada. Pero de la misma manera si subrayáramos exclusivamente el concepto de igualdad y al de libertad no le diéramos cabida, o no le diéramos la cabida suficiente, correríamos graves riesgos defectivos», *Vid. VALCÁRCEL, A.*, «El sentido de la libertad», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, p. 378. Del mismo modo, si la palabra libertad es un concepto fundamental para todos los juristas, asegura Stang Dahl, que «tiene un sentido y un significado particular para las mujeres, para quienes ésta se configura como libertad de autodeterminación y autorrealización», *vid. STANG DAHL, T.*, «Building Women's Law», *International Journal of the Sociology of Law*, 1986, p. 244.

⁵⁸ Al respecto, véase el análisis y reflexión de BARRÈRE, M. A., «De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español», *op. cit.*, pp. 26-33, en su trabajo más reciente.

⁵⁹ En este sentido, asimilando Justicia e Igualdad, llamamos justo a un acto o incluso a la ley misma, en cuanto respeta un criterio básico de igualdad. Este significado –tradicional en el pensamiento occidental desde Aristóteles– se expresa

dicionales⁶⁰. El ejemplo más inmediato lo hemos vivido con el debate parlamentario en torno a la recién aprobada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y a las posiciones enconadas y encontradas del CGPJ y el Gobierno de la nación.

La Ley Integral aplica la centralidad de la mujer en el ámbito penal estableciendo delitos específicos de amenazas (nuevos apartados 4 y 5 del artículo 171 CP), coacciones (nuevo apartado 2 del artículo 172 CP), lesiones (artículo 148 CP), incrementando la sanción penal cuando ella se produzca *contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer* que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Esta tipificación tiene su justificación en el cambio que ha supuesto pasar de estar regulado el derecho del marido de «corregir a la mujer» y la penalización de «la desobediencia de la mujer al marido» por la prohibición absoluta de ejercer fuerza contra la mujer⁶¹ en un contexto de violencia ambiental social que, paradójicamente, minimiza cualquier acto de violencia de género en su condición de antijurídica. Según reza el Preámbulo de la Ley: «para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos».

Hasta qué punto dicha medida se considera legítima o no, en tanto que proporcionada⁶² o no, dependerá –como sugeríamos en el epígrafe anterior– de la consideración de «grave» de los comportamientos que se pretenden perseguir y de la ponderación del objetivo final. No en vano, y como apuntaba Miguel Lorente en su informe sobre el Anteproyecto de Ley, las amenazas o coacciones no se convierten en graves porque la víctima sea mujer, sino que la amenaza o coacción a una mujer son graves porque son la expresión de una relación violenta basada en el dominio y la superioridad del hombre, porque la coacción o la amenaza es el instrumento del que se vale el hombre violento para seguir sometiendo a la mujer. En nuestra opinión, –inclinándonos por una justicia correctiva⁶³– si se toleran las violaciones de los dere-

de la siguiente manera: «los iguales deben ser tratados como iguales y los desiguales deben ser tratados como desiguales». No debe aplicarse trato discriminatorio en dos casos análogos.

⁶⁰ Esta polémica se acrecienta en el contexto penal por encontrarnos ante un ámbito esencialmente represivo y punitivo, y no propiamente en un ámbito de garantía de protección de los derechos.

⁶¹ Cfr. DURÁN, M., «Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una Ley para todas las mujeres», *op. cit.*, p. 14.

⁶² A veces se aplica la calificación de justo o injusto –legítima o ilegítima– al hacer referencia a las leyes o a las situaciones de ellas derivadas, en la medida en que se conforman o no a una cierta idea de proporción entre la consecuencia jurídica y el hecho que la motiva.

⁶³ Si se violan los intereses existentes y justificados, debe haber una compensación adecuada a la violación cometida.

chos fundamentales a la libertad y a la seguridad, puede que no haya vuelta atrás en la escalada de violencia, y si la utilización del papel simbólico del Derecho Penal como asignador de negatividad social sirve para eliminar la subordinación estructural intergéneros, estaremos hablando de una medida de acción positiva perfectamente legítima y constitucional.

Pero la Ley Integral resulta de especial interés además por dos aspectos fundamentales. En primer lugar, porque regular las medidas mediante Ley Orgánica significa que el Estado reconoce como derecho de las mujeres el vivir sin violencia y se compromete a garantizarlo. El artículo 2 de la ley establece entre sus principios rectores: «Consagrar derechos de las víctimas de violencia sobre la mujer, exigibles ante las administraciones públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto». Según ello, las personas –las mujeres– tienen derecho a: ser educadas en igualdad; el castigo de quien atente contra su integridad física y/o psíquica; el derecho de recuperación y a ser acogidas adecuadamente; el derecho a ayudas económicas para evitar mayor daño; y la atención adecuada, especializada y coordinada por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, los Operadores jurídicos, el personal sanitario, sin olvidarnos de los equipos psico-sociales. Y en segundo lugar, la propuesta integral es importante porque afecta a ámbitos que tienen que ver con la violencia de género tal y como hemos ido señalando a lo largo de la exposición, a saber: prevención, protección, atención sanitaria, social y laboral, y por supuesto, la coordinación judicial. En la elaboración, y en el posterior seguimiento están implicados y comprometidos los Ministerios de Educación, Justicia, Interior, Trabajo y Asuntos Sociales, Presidencia, Sanidad, Administraciones Públicas y Economía.

Sin embargo, probablemente la urgencia y la presión social de búsqueda inmediata de «solución» a los dramáticos episodios de violencia proferidos dentro del hogar, han motivado que la Ley Orgánica Integral descuide otras formas y otros contextos donde las mujeres padecen violencia. Y no nos referimos sólo a la prostitución o al tráfico sexual, que también, sino a otras formas de violencia de género que desde el feminismo siempre se ha querido que fueran tratadas homogéneamente: el papel subordinado y excluyente de las mujeres en la educación, en el mundo laboral, y por supuesto, su «invisibilidad» y «desprecio» en la política, agresiones recibidas en contextos no propiamente familiares.

De cualquier modo, pronosticar si este último esfuerzo legislativo va a conseguir los objetivos de «seguridad» buscados aun en torno a las relaciones de pareja, es todavía demasiado aventurado. No obstante, –y pese a las salvedades antes referidas– entiendo que apuntar para erradicar la subordinación estructural, a las áreas educativas, laborales, judiciales, institucionales... –áreas donde existen importantes niveles de violencia contra todas las mujeres, aunque, centradas,

lamentablemente, en el contexto familiar— significa *admitir*—aun tímidamente— *la exclusión y violencia* que padecen éstas en el estatuto de ciudadanía, y el agravamiento para aquellas que además sufren agresiones en la intimidad del hogar ⁶⁴.

Otros aspectos positivos deberían ser destacados antes de finalizar la exposición, aunque algunos de ellos también se dibujen como debilidades de la ley. Nos referimos a la dotación presupuestaria anexa a la propia ley ⁶⁵—aunque se tacha, por parte de algunos, de insuficiente—; la creación de Juzgados específicos de Violencia sobre la Mujer y los Protocolos de actuación coordinados que evitan la victimización secundaria y optimizan los recursos; la necesaria valoración ⁶⁶ de la aplicación de la ley en todos los ámbitos, destacando el informe final del Gobierno en colaboración con las Comunidades Autónomas, a los tres años de su entrada en vigor; sin olvidarnos de la insistencia en la formación del alumnado, profesorado, profesionales de la salud, abogados/as, jueces, fiscales, operadores jurídicos en general, y de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado.

Pero quizás debamos advertir de un peligro que se cierne, en derredor a los esfuerzos epistemológicos feministas por erradicar la violencia de género: la apropiación de un vocabulario y el desnudo, en consecuencia, de la alternativa emancipadora. Incorporar el término «mujeres» o «violencia de género» a los discursos teóricos, jurídicos y políticos no significa asumir y aceptar que la subordinación estructural es una violencia que reatraviesa a todas las mujeres y que es un *plus* respecto a cualquier otro tipo de discriminación, además con especiales dimensiones globales añadidas política y socialmente. Empaparse de «la perspectiva de género» va más allá de «una etiqueta *fashion*» o de una terminología políticamente correcta.

⁶⁴ Un ejemplo de ello podemos constatarlo en las especiales dificultades que viven las mujeres en el acceso, selección y promoción en el mercado laboral. Si a ello le añadimos, el contexto dramático de padecimiento de malos tratos en el hogar, entenderemos que haya sido necesario reformar el Estatuto de los Trabajadores «para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato». *Pedámbulo* de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁶⁵ Se ha previsto una partida presupuestaria de diez millones de euros para dicho fin.

⁶⁶ En este sentido se prevé la valoración de los Servicios de Inspección Educativa (capítulo I del Título I), la remisión de un informe anual por parte de la Comisión de planificación de medidas sanitarias al Observatorio Nacional de la Violencia sobre la Mujer y al Pleno del Consejo Interterritorial (capítulo III, del Título I); la valoración anual del Observatorio Nacional de Violencia sobre la Mujer sobre el modo el que se está aplicando la ley por parte de los operadores jurídicos (Título III); la valoración de los permisos carcelarios a agresores por la Administración Penitenciaria, y la evaluación final de la aplicación de la ley, pasados tres años de su entrada en vigor, por parte del Gobierno en colaboración con las Comunidades Autónomas, informe que enviará al Congreso de los Diputados para su análisis (disposición adicional undécima de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

En este sentido, el principal desafío de la Ley es su aplicabilidad por parte de los intervinientes en el proceso de erradicación de la violencia y de *cómo éstos la hagan propia*, a saber: «que los sindicatos la tengan en cuenta en la negociación colectiva, que en todos los hospitales y centros de atención primaria haya profesionales que tengan conocimiento de esta Ley, que en todos los consejos escolares haya quien recuerde la necesidad de aplicar las normas que esta Ley prevé para la educación, que los operadores jurídicos la interpreten teniendo en cuenta el artículo 9.2 de la Constitución Española, y que las asociaciones de mujeres impulsen la Ley hasta conseguir vencer la extrema desigualdad que sustenta la violencia de género»⁶⁷.

Pero erradicar la violencia de género exige algo más que trabajar desde la educación o que atajar los episodios puntuales de violencia desde las instancias sanitarias, psicosociales, económicas, laborales y jurídico-penales. Se demanda restituir a las mujeres el estatus de ciudadana y el reconocimiento de su voz propia⁶⁸. Convenimos con Francesca Puigpelat en que «si aceptamos que todas las personas tienen igual valor moral –partiendo del principio del reconocimiento– las decisiones sobre los objetivos y reglas que conforman el marco político, en cuyo seno se realizan las elecciones personales y las políticas públicas, deben tomarse de forma colectiva», y no habrá sentimiento de «concesión» de derechos a las mujeres. En este sentido, el paradigma feminista entiende que el Estado debe intervenir para romper todo atisbo de desigualdad estructural, potenciando no sólo políticas de distribución de riqueza –apuesta del modelo social–, sino de reconocimiento y evitar, de este modo, la inmutabilidad de los patrones comportamentales de hombres y mujeres. De no hacerlo así, y optar por no intervenir –consigna de la Teoría política liberal–, el Estado sólo protegerá la libertad de unos pocos y desde luego no la de las mujeres. Optar por intervenir activando únicamente políticas distributivas económicas –propio de Teorías socialdemócratas–, volverá a abandonar al colectivo de las mujeres a una suerte de «formalismo jurídico» y «progresismo social excluyente», perpetrándolas una violencia ya referida, a saber: «*las mujeres pueden pero no quieren*».

⁶⁷ Vid. DURÁN, M., «Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, diciembre de 2004, p. 13.

⁶⁸ «La dificultad de las mujeres en el discurso público, su inseguridad y vacilación puede interpretarse entonces como el esfuerzo que realizan para traducir su mensaje a un código y a unas normas que rigen en el discurso masculino. Este bilingüismo –lenguaje femenino y lenguaje masculino– obliga a la mujer, cuando habla en público, a ser consciente del código que utiliza, a querer estar a la altura del nivel social de comunicación, es decir, a traducir su comunicación a un código y a unas normas que son las que rigen en el discurso público y esta energía que consume en la traducción le dificulta para expresarse libremente y le provoca inseguridad», Vid. BERNABÉ, I., «Miedo a la palabra. Las mujeres y el discurso público», en *Jornadas Feministas Estatales, «Juntas y a por todas*», Madrid, diciembre 1993.

Las mujeres deben ocupar el puesto que les pertenece en la cultura, en la historia, en la humanidad, y su experiencia y presencia debe ser reconocida y legítima sin «débitos prestados», ni «concesiones patriarcales». Mantener a las mujeres ocultas, invisibles en la sociedad del conocimiento, de la tecnología y de la informática vuelve a «recolocarlas» –y sin su consentimiento– en su posición de súbditas del orden patriarcal, obligadas a aceptar su exclusión del Pacto Social.

En un momento como el actual, donde se exige –jurídicamente hablando– formación en género, tanto para el profesorado, profesionales de la salud, operadores jurídicos e incluso para los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado, esta advertencia y reflexión se presenta, entiendo, como referente obligado, si no queremos condenar de antemano a las mujeres a una nueva forma de violencia patriarcal.

Libertad y seguridad en un nuevo contrato social

Por FRANCESCA PUIGPELAT MARTÍ

Universidad Autónoma de Barcelona

La fragilidad de los derechos
discurre paralela
a la fragilidad de los sueños.
Pero gracias a los sueños
quizás podamos las mujeres
superar el desencanto
de una realidad galantemente hostil.

F. P. M.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESIDAD DE RENUNCIAR A LA LIBERTAD A CAMBIO DE SEGURIDAD. 1. *Contrato Social: seguridad y libertad en Hobbes.* 2. *Contrato social: seguridad y libertad en Locke.* 3. *Contrato social y contrato sexual.*—III. LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS MUJERES EN LA ESFERA PRIVADA Y EN LA ESFERA PÚBLICA. 1. *La libertad en la esfera privada.* 2. *La seguridad en la esfera privada.* 2.1 Seguridad física. 2.2 Seguridad económica. 3. *La seguridad en la esfera pública.*—IV. LIBERTAD Y SEGURIDAD EN UN NUEVO CONTRATO SOCIAL.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de estas Jornadas se ha vuelto especialmente actual a raíz de dos fechas inolvidables por terribles: el 11 de septiembre de 2001 y el 11 de marzo de 2004. La necesidad de dar una respuesta políticamente eficaz y socialmente tranquilizadora a estos actos de terrorismo

ha favorecido que pueda defenderse como un mal necesario el sacrificio de ciertas libertades en aras de la seguridad de los ciudadanos.

Pero también ha propiciado que, en nombre de una hipotética defensa de la seguridad y las libertades, algunos Estados hayan emprendido acciones bélicas contra otros Estados alegando que en ellos encontraban apoyo los grupos terroristas o que en sí mismos constituían una amenaza. Con estas intervenciones se han vulnerado la libertad y la seguridad de los ciudadanos de estos países, no sólo poniendo en peligro sus vidas y otros bienes personales, sino privándoles efectivamente de ellos ¹.

Frente a este estado de cosas cabe preguntarnos: ¿hasta qué punto está justificado el sacrificio de ciertas libertades para hacer frente a supuestos peligros para la vida y otros bienes privados o públicos? ¿Puede imponerse una forma de vida o escala de valores si con ello se ponen en peligro la seguridad y los bienes de los individuos que no las comparten? ¿Pueden coexistir y mantenerse a la larga tradiciones culturales radicalmente distintas sin que ninguna de ellas pretenda imponerse sobre la otra? ².

Sería muy ambicioso y, en parte, innecesario tratar de ofrecer en esta Ponencia una respuesta a todos estos interrogantes. Ambicioso, porque planteadas las preguntas de forma tan general una respuesta satisfactoria exigiría más tiempo del que dispongo. Innecesario porque algunas de las cuestiones implicadas ya serán abordadas por las otras ponencias y comunicaciones.

El objetivo de mi intervención será más concreto. Me interesa analizar la tensión libertad/seguridad desde la perspectiva de género. Este enfoque presupone que cuando los problemas se examinan desde el punto de vista de las mujeres se descubre que tienen unas implicaciones y consecuencias que no se perciben desde posiciones presuntamente objetivas y universales. Sin desconocer que la seguridad y la libertad remiten a propiedades que son comunes tanto para los hombres como para las mujeres, el análisis de lo común suele dejar de lado cómo se han materializado históricamente de forma desigual los valores libertad/seguridad y qué condiciones sociales son las que deben removerse para garantizar la igualdad y la efectividad de estos valores a hombres y mujeres.

¹ El término seguridad es ambiguo. Aunque prioritariamente se usa para indicar ausencia de *riesgo* para bienes predominantemente personales, también se usa para expresar ausencia de *lesión* efectiva de tales bienes. Aquí incluimos ambos aspectos. Más abajo daremos cabida asimismo el sentido psicológico del *sentimiento* de seguridad.

² Las intervenciones militares llevadas a cabo en Afganistán e Irak por la coalición liderada por las tropas estadounidenses suscitan, sin duda, estas preguntas, pero también podrían plantearse en relación al derecho a la «intervención humanitaria» que también ha sido esgrimida cuando se han justificado las intervenciones en Haití, Somalia, Bosnia y Kosovo.

II. LA NECESIDAD DE RENUNCIAR A LA LIBERTAD A CAMBIO DE SEGURIDAD

Los conceptos no tienen vida pero sí historia. Los que vamos a examinar tienen atrás una larga historia y, por ello, permiten una pluralidad de interpretaciones que no pueden desvincularse de los concretos momentos espacio-temporales en los que han surgido y son utilizados.

La libertad ha sido objeto de reflexión de la filosofía jurídico-política occidental desde sus inicios griegos y romanos. En el pensamiento y la cultura cristiana uno de los aspectos de la libertad que más interesaron y todavía hoy sigue preocupando es el de si el hombre es libre o no de querer. La existencia o no de este tipo de libertad, o libertad interna, es el que se discute cuando se habla del libre albedrío³.

Pero aquí no nos interesa este aspecto de la libertad, la libertad de querer. El que nos interesa es el de la libertad de acción. Por ella puede entenderse la posibilidad de actuación del individuo sin que concurren constricciones externas, ya sea de otros individuos, ya sea del poder político. Entendida de esta forma la libertad implica que los individuos puedan llevar a término sus propias elecciones y no si estas elecciones podían o no podían haber sido otras.

En Occidente, la necesidad de promover y asegurar esta libertad a los individuos se inició a raíz de una serie de luchas por el poder encaminadas, precisamente, a dotar a los individuos de una mayor capacidad de actuación frente a las intervenciones del poder político. En el contexto histórico de las guerras de religión se vio claramente que para garantizar la seguridad individual era necesario reservar a cada individuo un ámbito de actuación propio libre de interferencias externas.

La reforma protestante, iniciada por Lutero en 1517, se propuso como objetivo reclamar para los individuos la libertad de interpretar los textos sagrados sin la mediación de una autoridad externa. Pero, necesariamente, la aspiración y materialización de esta autonomía interpretativa posibilitó la existencia de diferentes reformadores y sus correspondientes sectas, la de los luteranos, las de los anabaptistas, la de los calvinistas, etc. Todos ellos se enfrentaron entre sí y a la Iglesia Católica, lo que determinó un período de sangrientas luchas en la medida en que los poderes seculares tomaron partido por uno u otro bando. Estas contiendas sólo pudieron ser resueltas de forma definitiva en la medida en que, de forma coherente con los propios postulados de la reforma, se abogó por la tolerancia y por el reconocimiento del derecho a la libertad de religión y de pensamiento. Esto es, la atribución a cada individuo de un espacio de actuación que ha de quedar

³ BOBBIO, N., *Derecha e izquierda*, Madrid, Tauros, 1995, p. 156

libre de constricciones externas tanto del poder político como del religioso.

Pero también las guerras de religión fueron la ocasión para reflexionar hasta qué punto cualquier libertad puede ser ejercida sin la existencia del orden y de la seguridad. Las teorías del contrato social trataron de dar una respuesta satisfactoria a este problema. No todas las teorías parten de los mismos presupuestos ni llegan a las mismas conclusiones, pero sí coinciden en explicar y justificar la existencia del poder político como una construcción humana creada, precisamente, para garantizar la seguridad necesaria que posibilita el ejercicio para todos de más o menos libertades. Examinaré, a grandes rasgos, la teoría de dos autores especialmente significativos, Hobbes y Locke. La obra del primero tiene como trasfondo las guerras de religión, la del segundo ya no.

1. **Contrato social: Seguridad y libertad en Hobbes**

Según Hobbes, los hombres en el estado de naturaleza, esto es, antes de la institucionalización del poder político, disfrutaban de una libertad total de acción y todos tienen derecho a todo. En la medida en que los medios son escasos y los hombres relativamente iguales en su capacidad de matar y en su pasión de posesión de ganancias y fama, se genera una guerra de todos contra todos en la que domina el miedo y la desconfianza.

Esta situación contradictoria libertad total/total inseguridad es la que impulsará a la razón a buscar una salida. Ésta sólo puede consistir en la instauración de una autoridad suprema que, estableciendo límites a la capacidad de acción recíproca, garantice la paz común. Se renuncia a la libertad a cambio de la paz como instrumento necesario para salvaguardar la vida. La actuación del Estado se objetiva en el Derecho, es decir, en la capacidad de dar normas gracias a las cuales cada uno puede saber de qué bienes puede disponer y qué actos puede realizar sin ser molestado por los demás.

Esta ley general de la razón, la búsqueda de la paz, fundamenta el pacto social por medio del cual el individuo transfiere sus derechos y es la que determina también que un hombre «se contente con tanta libertad contra otros hombres como consentiría a otros hombres contra él»⁴.

Considera, por ello, que los hombres sólo aceptarán a vivir sin libertad si obtienen más seguridad, menos miseria y menos males de los que tenían en el estado de naturaleza. ¿Qué clase de libertad poseen los individuos una vez instaurado el Estado? Esta nueva libertad la define Hobbes de forma parecida a lo que entiende Berlin por libertad negativa, capacidad de hacer todo aquello que no está prohibi-

⁴ HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, Editora Nacional, 1979, XIV, 229.

do ⁵. La libertad no se concibe tanto como un derecho que el individuo tiene frente al poder, sino como aquel espacio de actuación que no está regulado por la intervención del poder político.

Pero hay un pacto que no sería válido. Este sería aquel por el que un individuo se comprometiera a no defenderse a sí mismo y/o a autoinculparse. A los individuos, pues, les sigue siendo propia la libertad en aquellas cosas cuyo derecho no puede transferirse por medio de un pacto. Esta libertad irrenunciable es la libertad de autodefensa y la de no autoinculpación. La defensa de la vida como libertad irrenunciable es lo que condicionará la obligación de obediencia al soberano. Si el Estado no es capaz de garantizar la vida y seguridad de sus súbditos, cesará el deber de obediencia de éstos.

2. Contrato social: Seguridad y libertad en Locke

La concepción hobbesiana del estado de naturaleza será criticada por Locke. Según éste, en el estado de naturaleza los hombres, dada su natural sociabilidad, establecen relaciones de colaboración bajo el mandato de la ley de la moral natural. No es, pues, un estado de guerra, sino de paz, buena voluntad, ayuda mutua y mutua defensa en el que reinan la libertad y la igualdad. La libertad es entendida como independencia respecto a la voluntad de cualquier otro hombre dentro de los límites de la ley natural. La igualdad se concibe como la posesión de los mismos derechos y los mismos deberes ante la ley natural. La libertad no es, pues, ausencia de todo límite, como en Hobbes, sino sólo ausencia de poder político y de dominio entre los particulares.

En el estado de naturaleza no reina la ley del más fuerte, sino la ley natural que es vinculante para todos y fundamento de la igualdad. Esta ley muestra a todo hombre que todos son iguales e independientes y que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. Esta ley es la que instaura los derechos naturales a la vida, a la salud, a la libertad y a la posesión de los bienes de la naturaleza.

¿Por qué es necesario abandonar este estado de naturaleza tan benigno para fundar el orden político? La respuesta de Locke no difiere en mucho de la de Hobbes: «Aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos estos derechos está, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y la amenaza de ser invadido por otros» ⁶. Como puede verse, también es la inseguridad la que justifica el pacto social y con él la instauración del poder político. La inseguridad es

⁵ BERMUDO, J. M., *Filosofía política, II. Los jalones de la libertad*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2001, p. 194. Esta libertad negativa es valiosa en la medida en que es la que permite que los individuos puedan definir por sí mismos la clase de vida que quieren llevar.

⁶ LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, sección 123.

la que amenaza, fundamentalmente, «el disfrute de la propiedad» entendiéndose por ésta tanto la vida, como la libertad y las posesiones.

Si bien el escenario no es el de la guerra de todos contra todos, ya que existen los límites que impone la ley moral natural, la inseguridad viene determinada por la existencia de tres problemas con respecto a esta última. Los problemas son:

a) La ley moral natural es aprehendida e interpretada de forma subjetiva por cada uno de los individuos de ahí que falte una ley establecida, fija, conocida y consentida por todos capaz de establecer criterios para decidir las controversias acerca de lo bueno y de lo malo.

b) La decisión sobre si se ha infringido o no la ley moral natural está en manos de cada individuo particular por lo que falta un juez público e imparcial con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres.

c) Los propios individuos afectados son los encargados de que los infractores cumplan los castigos por lo que falta un poder que esté en situación de hacer cumplir las obligaciones a los infractores.

Estas carencias son las que justifican la instauración del poder político. Este poder se articula en torno a las instituciones que servirán para suplir los defectos de la sola existencia de la ley moral natural: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Con ello, el individuo renuncia a tres derechos: el derecho a interpretar y aplicar por su cuenta la ley natural, al derecho a ser juez y parte de sus asuntos y el derecho a aplicar el castigo por la transgresión de la ley natural. El orden que se constituye a través del pacto social es, pues, eminentemente jurídico-político.

Una vez establecido el orden político, la libertad consistirá en no someterse a un poder legislativo que no haya sido consentido. Si en el estado de naturaleza la libertad está limitada por la ley natural en el estado civil lo estará por la ley civil. En este sentido, la libertad es también libertad para seguir los dictados de mi propia voluntad en todas las cosas que no han sido prescritas por dicha norma.

3. Contrato social y contrato sexual

Las teorías del contrato social consideran justificados el poder político y el derecho al concebirlas como los instrumentos necesarios para garantizar la libertad y la seguridad de los individuos. La libertad en el marco del Estado de Derecho se concebirá desde una doble vertiente, una débil, y otra fuerte. La primera consiste, básicamente, en poder actuar sin cortapisas en aquellos ámbitos que quedan al margen de las interferencias legislativas. La segunda hace referencia a aquellos supuestos en los que el legislador faculta a los individuos a actuar según su voluntad. Algunos de estos ámbitos de libertad están expre-

samente reconocidos como derechos. La seguridad se articulará, básicamente, en torno a las nociones de orden y certeza ⁷.

El orden se establece por medio de una autoridad que, dada su mayor capacidad de coacción, está en situación de mantener la paz y poner fin a situaciones conflictivas a través de sus decisiones y su ejecución. La certeza se alcanza en la medida en que los ciudadanos pueden prever hasta dónde llega su capacidad de actuación respecto de los demás y del poder político. El principio de legalidad, así como el de la no retroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, se considerarán imprescindibles para garantizar la certeza en el ámbito de las relaciones sociales. Las instituciones de la cosa juzgada y de la prescripción tienen, también, la función de satisfacer la exigencia de seguridad.

Las teorías del contrato social presuponen, pues, que es razonable renunciar a ciertas libertades a cambio de obtener seguridad y que la seguridad de las personas y sus espacios de libertad quedan delimitados y garantizados por la existencia de normas legales que emanan del poder político. Pero, ¿es verdad que, como parecen pretender estas teorías, la seguridad y libertad de todas las personas quedan garantizadas en igual medida a través de las normas legales emanadas del poder político? Las teorías jurídico-políticas feministas han puesto de relieve que estas teorías eran ideológicas por lo que respecta a las mujeres.

¿Por qué? Porque todas las construcciones sobre el estado de naturaleza y el contrato social, que funda la relación política, eluden como políticamente relevante algo que todas ellas están presuponiendo. Según Pateman, todas ellas presuponen la existencia de otro contrato no explícito, el contrato sexual. A través de este otro contrato, los hombres adquieren el dominio sobre el cuerpo y la libertad de las mujeres por lo que éstas quedan sujetas a un doble dominio, el de los varones y el de la autoridad política. Esta duplicidad no ha sido visible porque la historia del contrato social ha focalizado sólo la esfera de la vida pública y ha considerado la privada como políticamente irrelevante. Pero, como señala Pateman, «ignorar el contrato matrimonial es ignorar la mitad del contrato originario» ⁸.

Sólo los hombres son partes del contrato originario porque sólo ellos están dotados de la capacidad más importante para celebrarlo, la posesión de la propia persona. Los teóricos clásicos, exceptuando a Hobbes, sostendrán que las mujeres carecen de los atributos y de las capacidades inherentes a los «individuos» que pueden contratar, por-

⁷ El valor de la seguridad se considera tan importante que algunas teorías fundamentarán el deber de obediencia al derecho en el hecho de que éste, por su mera existencia, está en situación de realizar este valor. GONZÁLEZ VICÉN, F., «La obediencia al derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, 1979, pp. 365-398. Universidad de La Laguna.

⁸ PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Antrophos, 1995, p. 12.

que ellas no han nacido libres, sino que se hallan sometidas a sus maridos. Las mujeres no son sujetos de este contrato sino el objeto del mismo ⁹.

Este doble pacto es el que sustenta y posibilita una clara distinción entre la esfera pública y la esfera privada. La esfera pública es el espacio en el que los varones pueden participar en igualdad de derechos y libertades y del cual quedan excluidas las mujeres. La esfera privada, que carece de relevancia política, es el ámbito donde los varones ejercen el dominio sobre las mujeres y sobre los hijos ¹⁰. En este espacio, todos los varones pueden ejercer amplios espacios de libertad de acción –incluso aquellos varones que no disfrutaban de todos los derechos políticos, ya que muchos derechos quedaban reservados a los varones propietarios y se excluía a los que no lo eran.

Estas dos esferas se regirían por principios antagónicos: «La familia se basa en vínculos naturales de sentimiento y consanguinidad y en el estatus, sexualmente adscrito, de la esposa y del marido (un estatus de padre y madre). La participación en la esfera pública se rige por criterios de éxito, intereses, derechos, igualdad y propiedad universales, impersonales y convencionales; es decir, por los criterios liberales aplicables únicamente a los hombres ¹¹.

Las debilidades de estas teorías y la injusticia de las normas e instituciones que en base a ellas se justificaban, fueron puestas de relieve no sólo por el feminismo ilustrado, sino también por pensadores radicales. Así, frente a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Olympe de Gouges, guillotizada en 1793, reivindicó, en 1791, una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana y la necesidad de un contrato social nuevo entre los hombres y las mujeres. El propio John Stuart Mill expresó claramente su oposición a la «ley del matrimonio» que otorga a los varones poder sobre las mujeres y que impide a éstas poder conformar libremente su vida ¹², pero fue

⁹ PATEMAN, C., *op. cit.*, p. 15.

¹⁰ La división entre espacio público y espacio privado no es patrimonio exclusivo del pensamiento liberal. En el pensamiento griego no sólo ya hay una clara división entre la esfera pública, *polis*, y la esfera privada, *oikos*, sino también que aquélla está reservada a los varones. Lo que hace distinto al pensamiento liberal es la aparición de lo «social», un espacio que no es ni público ni privado. BODELÓN, E., *Igualdad y diferencia en los análisis feministas del Derecho*, Tesis doctoral inédita, Barcelona, 1999, pp. 118 ss. Como señala Kymlicka, en el liberalismo hay dos concepciones distintas entre lo social y lo privado. Por un lado estaría la división entre lo político y lo social (Estado-Sociedad civil), y, por el otro, entre lo social y lo personal (lo público y lo privado). En este sentido, lo social incluye tanto al Estado como la sociedad. KYMLICKA, M., *Filosofía Política Contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 270 ss.

¹¹ PATEMAN, C., «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en C. CASTELLS (comp). *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 35.

¹² Esta oposición llegó al extremo que, como señala Neus Campillo, en la Introducción a la obra de John STUART MILL y HARRIET TAYLOR *Ensayos sobre la igualdad sexual*, cuando John STUART MILL iba a casarse, después de más de veinte años de rela-

su mujer, Harriet Taylor, la que manifestó un talante más radical en defensa de la emancipación de las mujeres ¹³.

Si las teorías del contrato social son sexistas es porque las sociedades en las que se gestaron estas ideas eran sociedades profundamente patriarcales. Es cierto que estas teorías tratan de dar una respuesta satisfactoria a la existencia del poder político desde el punto de vista racional, no tradicional y que por ello rompen con los esquemas del patriarcado tradicional estamental y jerárquico. Pero lo que hacen es reformular, e instauran por medio del contrato, el patriarcado moderno ¹⁴. El poder del padre sobre toda la familia se repartirá entre todos los hijos varones que serán los sujetos del contrato, pero éstos, a su vez, a través del contrato sexual, seguirán manteniendo una posición de dominio sobre las mujeres. Este dominio será percibido expresamente por algunos pensadores como fruto de un pacto político, mientras que para otros este pacto no hará más que reproducir las relaciones existentes en el estado de naturaleza ¹⁵.

III. LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LAS MUJERES EN LA ESFERA PRIVADA Y EN LA ESFERA PÚBLICA

En la actualidad, en algunas sociedades occidentales el patriarcado ha comenzado a resquebrajarse gracias a la lucha política que inicia-
ron los movimientos feministas y a la generalización del rechazo de la discriminación sexista por parte de las mujeres y de muchos varones,

ción, con Harriet Taylor, escribió una declaración en la que expresaba su renuncia a todo derecho que hubiese podido obtener en virtud de este matrimonio. MILL, J. S./ TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2001, p. 40. La condición de la mujer era para Stuart Mill parecida a la de la esclavitud, comparación que, como señala Fraisse, Augusto Compte crítica y a la que contrapone la metáfora de la infancia: «El sexo hembra se constituye en una especie de estado de infancia radical». FRAISSE, G., *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*, Madrid, Cátedra, 2003, p. 40.

¹³ En este sentido, J. M.^a GIL RUIZ, «El debate intelectual de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill en los ensayos sobre la igualdad sexual», en ESCAMILLA, M. (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada, Universidad de Granada, 2004, p. 77.

¹⁴ PATEMAN, C., *op. cit.*, p.11.

¹⁵ Para Hobbes el dominio de los hombres sobre las mujeres se basa en el pacto político, pues entiende que en el estado de naturaleza las mujeres y los hombres se hallan en igual posición. Para Locke, igual que Rousseau, en el estado de naturaleza las mujeres ya se hallan subordinadas a los hombres. Como señala Bodelón Locke, «no puede admitir que el fundamento del poder que ejercen los hombres sobre las mujeres es de tipo político, puesto que esto le conduciría a una consecuencia indeseable para él: admitir que la subordinación de las mujeres pueda ser deslegitimada, de la misma manera que el deslegítima el poder absoluto del monarca. Así pues, Locke se ve obligado a seguir sinuosos razonamientos. Debe contradecir el argumento de Filmer de que la autoridad de Adán sobre Eva justifique un título original de gobierno, sin negar el fondo de dicha autoridad». BODELÓN, E., *op. cit.*, p. 107.

pero sigue teniendo numerosas manifestaciones. En otros contextos culturales todavía está plenamente vigente, tanto en las normas jurídicas como en las sociales y culturales ¹⁶. Sigue siendo necesario indagar los argumentos que han sustentado, y en parte aún sustentan el patriarcado. La posición subordinada de las mujeres no sólo se ha fundamentado y fundamenta en razones de tradición cultural —desde siempre las mujeres han tenido menos poder que los hombres ¹⁷—, sino también en otros argumentos.

En el momento histórico en el que se consolida teóricamente la dicotomía público-privado, se suele justificar la adscripción de las mujeres a la esfera privada y su exclusión de la vida pública en que la tarea propia de las mujeres, dada su naturaleza emocional, es hacerse cargo de los cuidados relativos a la afectividad, el deseo y el cuerpo ¹⁸. La naturaleza racional de los hombres justificaría, por el contrario, su participación en el ámbito de la vida pública, ya que en ella debe expresarse el punto de vista universal e imparcial de la razón. Si se dejase participar a las mujeres en el debate público, éste dejaría de ser racional y objetivo, pues estaría lastrado por la invocación de deseos y sentimientos particulares ¹⁹. No es de extrañar, por ello, que los análi-

¹⁶ Señala Ignatieff que cuando en 1947 se redactaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la delegación saudí expresó sus objeciones, entre otras, al artículo 16 en el que se hace referencia al libre consentimiento matrimonial y que con ello estaba afirmando que «el intercambio y el control de las mujeres es la verdadera *raison d'être* de las culturas tradicionales, y que la represión de la libertad de elegir en el matrimonio es esencial para el mantenimiento de las relaciones patriarcales de propiedad». IGNATIEFF, M., *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 80.

¹⁷ Ya señalaba Harriet Taylor que reclamar igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres se enfrenta a un obstáculo principal que es el de la costumbre, y Stuart Mill que «... una causa apoyada, por una parte, por el uso universal y, por la otra, por un predominio tan grande del sentimiento popular, posee una presunción a su favor superior a cualquier convicción que un llamamiento a la razón pueda producir en cualquier intelecto que no sea de una clase elevada». MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, pp. 124 y 151 ss., respectivamente.

¹⁸ Atribuir a las mujeres esta naturaleza emocional sirve no sólo para excluirlas de la vida pública sino también para conferirles un papel «útil» en el contexto del orden liberal. Las mujeres son las encargadas de proporcionar afecto a los individuos que tienen que competir en la esfera pública. Como señala Jónasdóttir, con esta atribución se produce una organización social del amor. JÓNASDÓTTIR, G. A., *El poder del amor*, Madrid, Cátedra, 1993, p. 259.

¹⁹ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, p. 186. Como, acertadamente, señala Rubio, la atribución por parte de Rousseau de unas cualidades morales distintas a mujeres y hombres contribuyó de forma decisiva a privar de autoridad a las mujeres: «El diseño de un mundo privado independiente de lo público, donde el varón ejerce la autoridad absoluta y la mujer es privada de capacidad para pensar y decidir, implica el establecimiento de unas relaciones de dominio que excluyen a las mujeres en el presente y en el futuro. Al ser privadas de capacidad intelectual son privadas de poder y lo que aún es más importante de autoridad. Superar estas relaciones de poder exige construir la subjetividad negada, otorgarnos las mujeres autoridad, para desde ella desestructurar y construir una verdadera subjetividad universal y un proyecto social para todos. El vacío de autoridad en el que nos encontramos las mujeres actualmente explica el travestismo que es necesario

sis feministas sean especialmente críticos con las nociones de racionalidad e imparcialidad y hayan cuestionado no sólo su pretendido carácter exclusivamente masculino, sino también las funciones ideológicas del ideal de imparcialidad ²⁰.

No me detendré en la crítica de este argumento ni en la exposición y crítica de otros argumentos esgrimidos para defender la corrección de la adscripción de las mujeres al espacio privado y a las tareas de cuidado. Me interesa examinar, tomando como punto de referencia las teorías del contrato social mencionadas, hasta qué punto la pérdida de libertad que para las mujeres supuso, y todavía supone, el dominio de los varones podría quedar compensada por la seguridad que obtenían a cambio. O dicho de otra forma, ¿la adscripción de las mujeres a la esfera privada y al dominio del varón comporta realmente una garantía de seguridad capaz de contrarrestar de forma suficiente el daño que supone la pérdida de libertad? Para valorarlo adecuadamente es necesario ver cuál es el grado de libertad que pierden las mujeres y cuál es el grado de seguridad que se obtienen a cambio.

1. La libertad en la esfera privada

La subordinación de las mujeres a los hombres ha supuesto para ellas un grave atentado a la libertad, desde cualquiera de los parámetros de las dos teorías del contrato social que he mencionado, cuando se analiza en detalle el tipo de dominio que se le atribuía al varón en el espacio doméstico. Por varias razones:

a) En la esfera pública, las interferencias legislativas que constriñen, pero a la vez permiten, ciertas libertades son generales y están fijadas de antemano. De esta forma son susceptibles de poder generar expectativas seguras de comportamiento. Las decisiones autoritativas de los varones, que la legislación estatal permitía en el ámbito doméstico, no son capaces de garantizar expectativas de comportamiento porque son diversas según las preferencias de cada varón y arbitrariamente cambiantes.

b) Las decisiones acerca de la infracción de las reglas legales las emite un sujeto que no es parte en el conflicto. En el ámbito privado, el que actuaba como juez no es sólo el que ha dado la norma sino que, a la vez, en la mayoría de los casos, era parte implicada en el conflicto.

c) La ejecución de las sentencias por parte del ejecutivo no puede ir más allá de lo establecido en éstas. La ejecución de las decisiones en el ámbito doméstico no quedaba sometida a ningún control, puesto

realizar para acceder al poder. RUBIO, A., «Rousseau: el binomio poder-sexo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 31, 1994, p. 158.

²⁰ La función ideológica del ideal de imparcialidad viene dada, según Young, por el hecho que «enmascara la forma en que las perspectivas particulares de los grupos dominantes proclaman la universalidad, y ayuda a justificar la estructura jerárquica de la toma de decisiones». YOUNG, I. M., *op. cit.* p., 167.

que la llevaba a cabo el mismo sujeto que había dictado la norma y juzgado sobre su infracción.

d) La aceptación por parte de las mujeres de esta autoridad normativa es, a su vez, discutible. Aunque nunca han estado jurídicamente obligadas a casarse y pueden sustraerse a la autoridad marital quedándose solteras, las normas sociales y las estructuras económicas subyacentes han determinado que para las mujeres el matrimonio más que una elección fuese una necesidad. Además, hasta épocas relativamente recientes, la elección del marido ha sido más una decisión de los padres que de las propias mujeres.

e) En el ámbito doméstico, el ejercicio de las competencias del varón era, por lo que hemos señalado, parecida a la del monarca absoluto hobbesiano, pero sin los límites que a éste le eran inherentes. Según Hobbes, los súbditos no podían renunciar a la autodefensa ni a la no autoinculpación. En el ámbito doméstico no se respetaba normalmente este derecho cuando las mujeres comprobaban visto que en él su vida o su integridad eran puestas en peligro, ya que la legítima defensa se ha interpretado siempre de forma muy restrictiva. Lo mismo ocurría con la libertad de no autoinculpación, ya que en muchos casos su uso determinaba, sin más, el ejercicio de la fuerza por parte del varón como parte del contenido del derecho a corregir que la propias normas legales atribuían a los maridos o padres.

A su vez, esta autoridad sobre las mujeres se ejercía en un contexto social cuyas normas jurídicas no sólo daban competencia a los varones para tomar decisiones sobre la conducta que debían llevar a cabo las mujeres dentro del espacio familiar sino que privaban a éstas de los derechos que permitían a los varones participar activamente en la vida pública. Las mujeres, pues, carecían tanto de libertad política como de libertad personal de acción. Su libertad, esto es, poder actuar libre de interferencias externas sólo era posible en aquellos ámbitos no regulados por el poder político ni por la autoridad paterno-marital.

2. La seguridad en la esfera privada

2.1 Seguridad física

El espacio doméstico, como vemos, ha sido un ámbito especialmente gravoso para la libertad. Pero la adscripción de las mujeres al espacio privado y al dominio de los varones sólo podría justificarse desde las teorías del contrato en el hecho de que se consideren que éstas necesitan una especial protección y que no es suficiente la tutela que el poder político ejerce a través de los medios ordinarios. Esta protección especial es la que pueden proporcionar los padres y los maridos frente a los ataques de los otros varones. Aquéllos, en contra-

partida, están legitimados para limitar la capacidad de actuación de las mujeres de cuya protección son responsables.

Pero lo que resulta paradójico es que la esfera privada ha sido en sí misma una fuente de riesgo para la seguridad de las mujeres. Gran parte de los ataques a su vida y a su integridad sexual han tenido y tienen lugar, precisamente, en el contexto de relaciones familiares o análogas. Esto se ha puesto en evidencia en los últimos años en los que estamos asistiendo a una escalada de la denominada violencia doméstica, que es básicamente violencia sobre las mujeres ejercida en el ámbito familiar ²¹. La pérdida de libertad que conlleva someterse al dominio del varón no parece encontrar contrapartida en la mayor seguridad que gracias a ello se obtiene.

No puede desconocerse, sin embargo que es en el momento en el que las mujeres están consiguiendo liberarse jurídicamente del dominio del varón en el ámbito doméstico y tener reconocidas las mismas libertades en la esfera pública, cuando constatamos que el ámbito familiar es especialmente inseguro para las mujeres. Los casos de muerte violenta de las mujeres a manos de sus maridos o parejas ha aumentado en los últimos años igual que lo han hecho las denuncias por malos tratos y agresiones sexuales. La mayor violencia doméstica ahora constatable se debe en buena parte, a que las mujeres quieren tener la libertad de decidir el fin de sus relaciones aunque sus parejas no lo acepten: muchos de los homicidios de mujeres por sus parejas se producen porque el varón no acepta ser abandonado por su mujer. Ahora bien, sería inadmisibles extraer de ello el razonamiento siguiente: si la pérdida de seguridad de la mujer se debe a su mayor libertad, la forma de evitar aquella inseguridad es que renuncie a su nueva libertad; de lo contrario tendría que aceptar que sólo puede ganar libertad a costa de perder seguridad. Varios motivos se oponen a esta conclusión.

En estos momentos nos hallamos en una etapa transitoria en la que en el imaginario de muchos hombres pervive, todavía, la creencia en el dominio legítimo de los varones sobre las mujeres, y como éstas ya no lo aceptan muchos hombres recurren a la violencia como forma de mantenerlo. Si observamos los casos de muerte, vemos que es cierto que la mayoría de ellos tienen lugar en el contexto de una separación, es decir, procesos en los que la mujer ha decidido por su cuenta no seguir manteniendo relaciones afectivas. En la medida, sin embargo, en que no se admita socialmente que los hombres están legitimados para imponer su voluntad de dominio sobre las mujeres, esta conducta reactiva de violencia frente a esta clase de frustración probablemente irá desapareciendo.

²¹ Según el informe publicado por la Federación de mujeres separadas y divorciadas en el año 2003 fallecieron 97 mujeres a manos de sus parejas o ex parejas. En el año 2004, la cifra ha sido de más de 100. En más de la mitad de los casos la pareja se encontraba en fase de ruptura.

Ello no significa suponer que pueda erradicarse totalmente la violencia en el manejo de las relaciones interpersonales. Prueba de ello es que en las relaciones homosexuales también hay agresiones físicas y que también las mujeres pueden responder violentamente a la frustración que siempre conlleva ser rechazado afectivamente por alguien o soportar durante un tiempo formas de actuación que son incompatibles. Pero una cosa es la reacción de un individuo al que le cuesta controlar su agresividad frente a la frustración y otra cosa es obrar violentamente con la convicción de que se tiene competencia para imponer por la fuerza la propia voluntad.

Además, en la medida en que las mujeres interioricen que no han de estar sometidas al dominio de los hombres, será más difícil que se acepten situaciones de maltrato que suelen ser el prelude de agresiones contra la vida, la integridad física o psíquica y la libertad sexual. O dicho de otra forma, las mujeres podrán más fácilmente adoptar, por sí mismas, comportamientos de prevención de la agresión cuando los comportamientos de dominio de los hombres sobre las mujeres se consideren socialmente intolerables. El dominio masculino se ha podido mantener durante tanto tiempo porque también las mujeres lo han aceptado sin cuestionarlo políticamente. El que en los últimos años hayan aumentado las denuncias por malos tratos y agresiones sexuales en el entorno familiar no significa que ahora se den más que antes, salvo en lo que se refiere a muertes. Con esta última salvedad, lo razonable es suponer que antes la violencia doméstica tenía lugar con igual o mayor frecuencia. La diferencia es que antes se soportaba como algo inevitable e incluso justificado y ahora no se tolera y se denuncia ²².

2.2 Seguridad económica

El análisis de la seguridad realizado por el feminismo también ha puesto de relieve un elemento que merece una especial consideración: muchas de las mujeres cuya seguridad física en el ámbito doméstico está amenazada no pueden salir de esta situación porque fuera de él carecen de la más mínima seguridad económica. Podría afirmarse, por ello, que las mujeres, aun en los casos en los que hay riesgo para su seguridad física, tienen bajo el dominio del varón garantizada una cierta seguridad: la económica.

Si en el plano político, las teorías del contrato social pueden servir para explicar y estructurar racionalmente la existencia del poder político también permiten ofrecer una justificación de las nuevas relaciones económicas que surgen en oposición a las viejas estructuras económicas gremiales y familiares.

²² Sobre el absolutismo del cabeza de familia y las consecuencias que para los sometidos comporta, MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, pp. 185 ss., 234.

En el estado de naturaleza se supone que los individuos no están sujetos a ninguna relación política, laboral o familiar, a diferencia de lo que sostienen las concepciones organicistas, como la aristotélica. Son libres para ceder al estado su libertad a cambio de seguridad, pero no quedan sujetos desde el punto de vista económico a los límites y cortapisas que imponían las estructuras corporativas de las anteriores formas de organización política. Son iguales para intercambiar su fuerza de trabajo en el contexto de un poder político que no interferirá para garantizar la seguridad económica. La seguridad económica es una competencia individual, no institucional. El Estado sólo tutela el disfrute de la propiedad y que las transferencias puedan realizarse de forma libre en el mercado. Sólo debería intervenir, a través de las normas civiles y penales, para evitar la coacción y el fraude.

En el contexto de un mercado de trabajo competitivo en el que se intercambia mano de obra por un salario, el principio de distribución salarial dependerá básicamente del trabajo realizado por unos sujetos que son iguales entre sí en cuanto habilidades y disponibilidad horaria. Pero los puestos de trabajo y la producción están diseñados teniendo como modelo de trabajador a un sujeto que no tiene que cuidar materialmente de otras personas. Las labores de cuidado, excepto en determinados casos, no son retribuidas al no contar como trabajo productivo y son las que llevan a cabo las mujeres en el ámbito doméstico²³.

Tradicionalmente, los salarios de los varones se han sobreentendido por lo general, a partir de un determinado momento profesional, como salarios a percibir por el cabeza de familia destinados a cubrir las necesidades familiares²⁴. Las mujeres, predominantemente de la clase

²³ Stuart Mill incluía entre estas labores de cuidado la educación en los afectos y, a través de éstos, de la conciencia moral, pero señalando expresamente que esto no es una ocupación, una tarea, sino que se efectúa estando con el niño, haciéndole feliz, frenando los malos hábitos, queriéndole y haciéndose querer por él. Aunque también señale que: «La mayor ocupación de la mujer debe ser *embellecer* la vida: cultivar en su propio beneficio y el de quienes la rodean, todas sus facultades de mente, alma y cuerpo, y todos sus poderes de proporcionar disfrute, y de esparcir belleza, elegancia y gracia por todas partes», considera que nunca serán lo que deben ser hasta que de forma universal estén en la misma situación que los hombres para ganarse la vida. MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, p. 106. Frente a la «ficción doméstica» de Mill, Taylor considera que las mujeres han de tener opciones vitales más allá del matrimonio. Para un examen detallado de las dos posiciones, RUIZ GIL, M. A. *op. cit.*, pp. 65 ss.

²⁴ El «salario familiar», señala Sánchez Muñoz, se introduce en las familias obreras a finales del XIX. SÁNCHEZ MUÑOZ, C., «Feminismo y Ciudadanía», en DÍAZ, E./COLOMER, J. L., (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 368. Como señala Carrasco, a pesar de las transformaciones sociales producidas por la incorporación de las mujeres al mercado laboral «todavía pervive socialmente el modelo familiar hombre proveedor de ingresos/mujer ama de casa. Ello queda reflejado claramente en la estructura y organización social del tiempo y del trabajo: jornadas y vacaciones laborales distintas de las escolares, ausencia casi total de servicios destinados al cuidado de bebés y personas mayores, etc., situación que presupone la presencia continua de alguien (una mujer) en casa». CARRASCO, C., «El ejercicio de la ciudadanía: la ciudadanía oculta de las mujeres», en AUBET, M. J. (coord), *Mujer y ciudadanía*, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2001, 49.

obrero, tenían que acceder al mercado laboral a través de trabajos poco cualificados y con peor remuneración, para ser ejercidos de forma transitoria hasta el matrimonio o como un mero complemento para la economía familiar ²⁵.

Los maridos satisfacen con su salario las necesidades materiales de las mujeres y a cambio éstas realizan las tareas de cuidado necesarias que permiten a los varones dedicarse plenamente a su trabajo de mercado o actividad pública. Pero la seguridad económica que se obtiene a cambio de realizar las tareas de cuidado ha sido especialmente nociva para las mujeres. Por varias razones:

a) La contraprestación económica que se percibe no es personal ni está sujeta a las normas generales a las que normalmente se circunscriben los salarios y que permiten generar expectativas. Cada marido decide autoritativamente qué parte del salario destina a la satisfacción de las necesidades familiares, otorgando un valor muy variable a las tareas de cuidado necesarias.

b) En los casos en los que el marido no puede atender las cargas familiares, por carecer de trabajo o por una remuneración insuficiente, las mujeres deben concurrir al mercado laboral en desigualdad de condiciones con los hombres, pues necesariamente realizan una doble jornada laboral –la pública y la doméstica.

c) La convención social, asegurada jurídicamente, de que el matrimonio es la institución que aporta a las mujeres la seguridad económica y el estatus social, impide que éstas puedan adquirir habilidades profesionales valoradas en el mercado y favorece que desarrollen habilidades que sólo son funcionales para dar cuenta de relaciones de dependencia y disponibilidad.

d) Cuando las mujeres concurren a un puesto de trabajo, para el que tienen igual competencia que los hombres, es probable que se prefiera para desempeñarlo a un hombre frente a una mujer si los dos están casados. Se presupone no sólo que las tareas de cuidado familiar pueden colisionar con los horarios laborales en el caso de las mujeres, no en el de los hombres, sino también que éstos son los que deben mantener a la familia.

3. La seguridad en la esfera pública.

En la actualidad, una lectura, no necesariamente atenta, de las encuestas de opinión y de los programas de los partidos políticos muestra que la delincuencia que afecta a la seguridad de las personas,

²⁵ Incluso Stuart Mill, partidario de que las mujeres recibieran una educación que les permitiera automantenerse, creía que, excepto en la clase de los jornaleros, en un estado de cosas saludable, esto es, un mercado de trabajo en el que no hay el doble de competidores, «el esposo sería capaz, mediante su único ejercicio, de ganar todo lo necesario para ambos, y no habría necesidad de que la esposa tomara parte en la provisión de lo que se requiere para *sustentar* la vida». MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, 104.

de sus bienes o de los bienes comunes se considera un problema grave que debe ser abordado. O, dicho de otra forma, los políticos, con independencia de su orientación ideológica, se han sentido obligados a tomar medidas para tratar de paliar el aumento de la inseguridad ciudadana ²⁶.

Las vías utilizadas para combatirla son normalmente el aumento de los efectivos policiales, de las sanciones penales y la restricción de algunos derechos procesales. Este tipo de intervenciones, su legitimidad y eficacia, han sido objeto de amplia discusión no sólo en los medios de comunicación, sino también en el ámbito académico. Sobre este tema también ha reflexionado el feminismo y gracias a ello podemos saber cómo perciben las mujeres el problema de la inseguridad.

Aunque hemos señalado que muchos de los ataques a la vida y a la integridad sexual de las mujeres tienen lugar en el ámbito familiar, esto no supone que éstas no se sientan inseguras frente a extraños y que no sean agredidas por ellos. Muchos estudios victimológicos muestran que las mujeres expresan mayores sentimientos de miedo que los hombres de su misma edad y educación. Las conductas que les crean más inseguridad son la violencia sexual, las agresiones físicas y los robos. Este sentimiento de mayor inseguridad parece que no se corresponde siempre con algunos hechos. Aunque es cierto que las agresiones sexuales afectan muy mayoritariamente y de forma grave a las mujeres, éstas son menos víctimas de delitos que los hombres si consideramos los delitos y las víctimas sin desagregar ²⁷. Se daría, en este sentido, un cierto desequilibrio entre inseguridad objetiva (tasa de criminalidad) e inseguridad subjetiva (sentimiento subjetivo de victimización).

No obstante, Bodelón y Querol encuentran criticable que cuando en los estudios sobre la seguridad se introduce la variable de género se suele hablar de miedo en lugar de inseguridad. Es decir, mientras que los hombres se sienten inseguros, las mujeres tienen miedo. Un concepto peyorativo como el miedo se asociaría a las mujeres mientras que para los hombres sería pertinente un concepto neutro como el de inseguridad. Volverían a correlacionarse mujeres e irracionalidad al no corresponderse exactamente la seguridad objetiva con la subjetiva ²⁸.

El que las mujeres tengan más sentimiento de miedo que los hombres y se sientan más indefensas, pese a ser menos víctimas de delitos que los hombres, no es, sin embargo, irracional. En cifras globales, la mayor parte de víctimas son hombres, pero ya hemos dicho que hay una clase de delitos graves, las agresiones sexuales, en los que la

²⁶ Philippe Robert ha señalado que la inseguridad ciudadana surge a mediados de la década de los setenta como un problema social y político significativo y que desde entonces no ha dejado de ser una de las cuestiones sociales más importantes. ROBERT, P. H., *El ciudadano, el delito y el Estado*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 78.

²⁷ CREAZZO, G., en *Differenza di genere e politiche di sicurezza nelle città europee. Quaderni di città sicure*, núm. 17, Maggio/Giugno, 1999, p. 105.

²⁸ BODELON, E./QUEROL, E., en *Differenza di genere...* cit., p. 127.

inmensa mayoría de víctimas son las mujeres. En estas agresiones es casi siempre determinante la condición sexual de la víctima. Dicho de otra forma, las mujeres saben que simplemente por el hecho de ser mujeres pueden ser objeto de una acción violenta por parte de los hombres²⁹. También saben que los hombres normalmente tienen más fuerza física, una conducta sexual más promiscua y que, en general, sus pautas de conducta habituales son más agresivas, ya que han sido socializados en la competencia y la separación. Por otra parte, tanto en estos delitos como en los demás, si además de fijarnos en las cifras de victimización observamos las de los autores de los delitos, veremos que la mayoría de delincuentes son hombres. Es comprensible, por tanto, que las mujeres se sientan más inseguras que los hombres frente a la delincuencia.

Los hombres declaran tener menos miedo a la delincuencia, pero cuando lo tienen va referido a la conducta de otros varones desconocidos, sobre todo si son extranjeros, pero no a la de las mujeres. Y sus miedos no se proyectan a su corporeidad sino a sus bienes y posesiones. Como señala Ventimiglia, las mujeres temen mayoritariamente por lo que son, los hombres por lo que tienen³⁰.

Este mayor sentimiento de inseguridad puede explicar también porque hay menos víctimas entre las mujeres: al ser conscientes de su mayor vulnerabilidad, la mayoría adopta conductas de evitación y autoprotección frente a extraños. Es frecuente que las mujeres suelen organizarse para no ir solas por la noche, que eviten lugares oscuros y solitarios, situaciones especialmente conflictivas, los viajes sin compañía, y que desarrollen actitudes de observación y vigilancia sobre el comportamiento de otras personas³¹. Estas estrategias femeninas de evitación y de autoprotección que son eficaces en la esfera pública no funcionan en el interior del espacio doméstico. En la medida en que las mujeres pueden defenderse peor de las agresiones de los propios familiares que de las de los extraños, es comprensible que el espacio doméstico halla sido y sea todavía especialmente inseguro para las mujeres.

Para garantizar la seguridad de las mujeres en la esfera pública es imprescindible acompañar la vigilancia policial con algunas medidas que favorezcan la autoprotección y la prevención, por ejemplo reserva de plazas de *parking* en las zonas más próximas a las entradas o salidas, buena iluminación, cámaras de seguridad, transportes públicos fiables, mejoras en los accesos y mantenimiento de las zonas verdes, los espacios urbanos y los edificios públicos, combinar el tráfico peatonal con el de bicicleta, evitar compartimentar la ciudad en zonas residenciales y comerciales que quedan desiertas a partir de un horario determinado, elaborar mapas de las ciudades en los que se localicen los

²⁹ PICTH, T./VENTIMIGLIA, C., *Che Genere di Sicurezza. Dona e uomini in città*, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 63, 65, 81.

³⁰ PITCH, T./VENTIMIGLIA, C., *op. cit.*, p. 197.

³¹ MALUCCELLI, L./SELMINI, R., en *Differenza di genere... cit.*, p. 94.

espacios más inseguros³², intervenir socialmente en el ciclo social de la pobreza y la marginación, etc.³³.

A partir de lo que hemos analizado podemos convenir que para las mujeres no ha sido especialmente satisfactorio el modelo de «contrato social» por medio del cual se obtiene seguridad a cambio de ceder libertad. La pérdida de libertad que comporta es indiscutible y es discutible que la seguridad que puede obtenerse a cambio la compense. Pues, aun suponiendo que la protección del varón pueda evitarle ser agredida por otros varones³⁴, esta seguridad se obtiene a costa de que: el poder político no intervenga en el ámbito de las relaciones familiares, que siempre han sido peligrosas para la vida y la integridad física y sexual de las mujeres; no se discuta políticamente, desde el propio paradigma igualitarista e individualista liberal, cómo deberían distribuirse las tareas de cuidado en el contexto de un mercado de trabajo competitivo que proporciona a los individuos los medios de subsistencia; se excluya a las mujeres de la vida pública. Estas teorías, que eran rupturistas en cuanto a la legitimación del poder político, no impidieron que siguieran en pie los pilares de la sociedad patriarcal.

Convenimos con Stuart Mill en que esta sociedad patriarcal, que las teorías del contrato no deslegitiman, «nunca fue el resultado de la deliberación, previsión, ideas sociales, o noción alguna de lo que conduciría al beneficio de la humanidad o el buen orden de la sociedad. Surgió del simple hecho de que desde el primer crepúsculo de la sociedad humana toda mujer (debido al valor que le otorgaban los hombres, combinado con su inferioridad en fortaleza muscular) se encontró en estado de cautiverio de algún hombre»³⁵.

IV. LIBERTAD Y SEGURIDAD EN UN NUEVO CONTRATO SOCIAL

Las teorías del contrato social han sido cuestionadas como instrumentos adecuados de explicación justificatoria de las estructuras socio-políticas. Al tratarse de contratos ficticios, esto es, contratos que

³² Se trata de evitar los denominados, «Angst-Räume» (espacios de miedo), como señala SABADELL, A. L. en *Differenza di genere...* cit., p. 43.

³³ Para ver, además, otras medidas convenientes, CREAZZO, G., *op. cit.*, p. 69.

³⁴ Aunque hay otras medidas que podrían ser más eficaces y son las que se adoptaron cuando la burguesía reclamó más seguridad frente a los pequeños robos. Cuando se vio que la amenaza de penas desproporcionadas carecía de efecto intimidatorio por la ausencia de policía urbana, no se intentó satisfacer esta seguridad con el recorte de algunas de sus libertades sino con la creación en 1829 de una *Metropolitan Police*. Con ello se inició un modelo policial nuevo formado por profesionales a tiempo completo, civiles, prácticamente desarmados, dependientes del gobierno central que se encargaban de vigilar constantemente el espacio público urbano. ROBERT, P. H., *op. cit.*, pp. 61 ss.

³⁵ MILL, J. S./TAYLOR, H., *op. cit.*, p. 153.

nunca han existido realmente se hace difícil sostener que lo que ellos establecen tenga fuerza obligatoria y hayan sido aceptados por alguien. A su vez, la figura contractual presupone que todos los contratantes tienen unos objetivos parecidos y poseen unas cualidades mínimas comunes de competencia. Evidentemente esto es un inconveniente pues no refleja la realidad de los sujetos que son el sustrato de aquella forma de organización política que, a través del contrato, se quiere constituir y legitimar. Este inconveniente sólo puede paliarse concibiendo de forma muy abstracta a los sujetos que contratan y los objetivos últimos del contrato.

Pese a ello, la ficción del contrato social se puede seguir utilizando porque es coherente con los presupuestos culturales, todavía vigentes, de las sociedades occidentales contemporáneas. Nuestra cultura se basa en el valor de la individualidad y la autonomía moral, pese a las críticas que pueden hacerse a formas concretas de entender cómo se constituye y concreta. La institución contractual está concebida, precisamente, para facilitar que sujetos dotados de autonomía puedan obligarse a realizar una determinada conducta respecto de otros individuos o instituciones y a constituir una determinada asociación³⁶.

Si bien el modelo contractual es adecuado para crear una asociación, no lo es para explicar la relación entre los individuos y los grupos de los que forman parte. Los individuos se hallan inmersos en relaciones, procesos y estructuras sociales dadas, que, en ningún caso, han sido constituidas en virtud de su aceptación. En un sentido más estricto, tampoco lo han sido las formas de organización política. Pese a ello es razonable recurrir a la figura contractual para dar cuenta de las obligaciones que contraerían aquellos individuos que participasen en la elaboración y aprobación de un texto constitucional y que, en base a él, conformasen una forma concreta de organización política.

El contrato que vamos a presuponer serviría, sólo, para establecer unas nuevas bases en la forma de organización política, no para constituir un grupo. Los individuos que aceptan el contrato contraen obligaciones personales aunque su identidad personal, como señalaremos más abajo, esté definida, en parte, por su pertenencia a uno o varios grupos sociales. Utilizamos la figura contractual básicamente, pues, para enfatizar que la constitución de una determinada forma de organización política puede ser el resultado de un cierto proceso reflexivo al final del cual se puede llegar a un acuerdo que generaría la obliga-

³⁶ Este individualismo moral es el que subyace a la cultura de los derechos humanos y es lo que hace que éstos sean atractivos a las personas no occidentales, ya que, según Ignatieff, se trata del único dialecto moral universal «que recoge las demandas de las mujeres y niños contra la opresión que experimentan en las sociedades tribales y patriarcales; es el único que permite a las personas dependientes percibirse a sí mismas como agentes morales y oponerse a costumbres –matrimonios pactados por la familia, el *purdach*, la discriminación civil, la mutilación genital, la esclavitud doméstica, etc.– ratificadas por el peso y la autoridad de sus culturas». IGNATIEFF, M., *op. cit.*, p. 88.

ción de actuar según los términos del mismo. En la medida en que la realidad social es cambiante y los individuos que suscriben el pacto también, el contrato siempre está abierto a una posible revisión y a la adhesión o rechazo de los individuos que no lo han suscrito.

Un nuevo contrato social, para que pueda ser aceptado por unas mujeres que quieren ver satisfechas su libertad y su seguridad en igualdad de condiciones que los varones, no puede partir de los presupuestos en los que se asentaron y se asientan las teorías contractualistas. Pero este nuevo contrato, igual que en el caso de aquellas teorías, no tiene lugar en el vacío, sino que, necesariamente, se pacta en el contexto de unas determinadas coordenadas socio-políticas.

Nuestras sociedades, convertidas en estados de bienestar, a raíz de las críticas del socialismo y el marxismo, han asumido unos principios que no formaban parte del liberalismo tradicional, pero que necesariamente subyacen a las propuestas que haremos sobre el contenido del nuevo contrato. Tales principios son: *a)* el Estado debe intervenir en el ámbito de la esfera económica para conseguir alcanzar el máximo bienestar público. Esto supone que la actividad económica y la producción pertenecen al ámbito de la esfera privada que no puede tampoco quedar al margen de la interferencia estatal; *b)* los ciudadanos tienen derecho a que algunas necesidades básicas sean satisfechas por la sociedad y si éstas no pueden ser satisfechas por el mercado es el propio Estado el que debe satisfacerlas. Es decir, los ciudadanos gozan de más derechos que los derechos políticos y civiles; *c)* la cooperación social se debe llevar a cabo por medio de procedimientos establecidos y burocratizados y no a través de decisiones arbitrarias y personalizadas, salvaguardando la igualdad formal. Así pues, el acceso a las actuales amplias funciones de organización social, que confieren estatus y poder social han de basarse en el mérito y ejercerse conforme a reglas impersonales³⁷.

No es posible aquí concretar los extremos de un nuevo contrato social capaz de garantizar a las mujeres un equilibrio razonable y factible entre seguridad y libertad. Sin embargo pueden esbozarse algunos principios al respecto que en parte subyacen a muchos de los cambios socio-jurídicos que se están llevando a cabo en nuestras sociedades a raíz de las críticas del feminismo y de otros movimientos sociales.

– La esfera privada ya no puede ser entendida sólo como aquel espacio, libre de regulación jurídica, en el que el individuo desarrolla sus elecciones personales y se autorrealiza, sino que ha de estar sometido también a una regulación que garantice la protección de los derechos individuales. Es preciso, además, tener en cuenta que las elecciones personales sólo pueden materializarse si políticamente se crean las condiciones externas necesarias para ello y que las propias elección-

³⁷ YOUNG, I. M., *op. cit.*, pp. 117 ss.

nes personales, determinadas por ciertas aptitudes y habilidades, vienen favorecidas u obstaculizadas por el entorno social en el que vivimos y que ha sido configurado políticamente.

La politización de lo privado no significa, sin embargo, que no pueda quedar espacio alguno a la libertad como libertad de acción individual sin interferencia política. Más bien de lo que se trata es que desde lo público se establezcan las condiciones necesarias para que la autonomía individual puede ser ejercida por todas las personas y no sólo por unas. Por ello, no es incompatible seguir afirmando que todos los individuos tienen derecho a poder dejar fuera de la intervención estatal y de la observación pública determinados comportamientos y aspectos de su vida.

Esta mediación política de la privacidad presupone, sin embargo, que el individuo no es una realidad ontológica anterior a lo social. Frente a una concepción de la subjetividad en la que el yo es anterior y sustrato de posteriores determinaciones, la identidad personal se concibe más bien como el resultado de la interacción lingüística y práctica que se desarrolla en el seno de determinados grupos sociales. La identidad personal no puede desvincularse, por tanto, de cómo nos identifican otras personas, y éstas lo hacen en términos de grupos asociados a unas determinadas características estereotipos y normas.

Pero ello no debe llevarnos a pensar que son los grupos los que poseen una realidad sustantiva. Como advierte Young: «No hay una naturaleza común compartida por los miembros de un grupo. Más aún, en la medida en que son aspectos de un proceso, los grupos son fluidos: así como aparecen pueden también desaparecer»³⁸. Los individuos no sólo pueden abandonar un grupo y entrar en otro nuevo, sino que en las sociedades modernas todas las personas forman parte de diversos grupos sin que se sea totalmente consciente de su pertenencia a él en un determinado momento.

Lo que diferencia al feminismo del liberalismo, según Miyares, es que éste nunca cuestionó la vida privada, identificó libertad con privacidad sin tener en cuenta que ésta ha sido un espacio de injusticia para las mujeres, y se centró, sobre todo, en limitar el espacio de lo público para que éste no ahogase la libertad individual y se convirtiera en un poder injusto. Para el feminismo, sin embargo, la libertad no puede reducirse a la posibilidad de desarrollar en el ámbito de la privacidad las elecciones personales. En la medida en que afirmamos el carácter político de lo privado y la constitución social de la identidad, la libertad ha de extenderse a la posibilidad de participación en los procesos políticos, pues a través de ellos es posible identificar y cambiar formas de vida opresivas³⁹.

³⁸ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 85.

³⁹ MIYARES, A., *Democracia feminista*, Madrid, Cátedra, 2003, pp. 49 ss. y 181 ss.

– Las tareas de cuidado, de las que ninguna sociedad puede prescindir, deben ser competencia de todos los miembros de la sociedad y no sólo una tarea de las mujeres. Las mujeres, en tanto individuos sexuados, son las únicas que pueden contribuir a la reproducción social a través de la gestación, el parto y la lactancia. La gestación y el parto difícilmente pueden redistribuirse, pero las demás tareas de cuidado, atención a los niños, enfermos y ancianos, sí. Los hombres han de ocuparse de ellas en igual medida que las mujeres. Si la reproducción es una necesidad social y no una mera elección personal, y no sólo es muy difícil, sino también inconveniente, que las tareas de cuidado puedan ser satisfechas totalmente por el mercado a través del trabajo remunerado, ha de estructurarse el mercado laboral y la función pública de forma tal que el trabajo remunerado de hombres y mujeres sea compatible con la reproducción y las tareas de cuidado.

– Si aceptamos que todas las personas tienen igual valor moral, las decisiones sobre los objetivos y reglas que conforman el marco político, en cuyo seno se realizan las elecciones personales y las políticas públicas, deben tomarse de forma colectiva. La democracia sería una condición de la libertad en el sentido de la autodeterminación. Convenimos con Young que: «Tener y ejercer la oportunidad de participar en las decisiones colectivas que afectan a nuestras acciones, o a las condiciones de nuestras acciones, propicia el desarrollo de la capacidad de pensar sobre nuestras propias necesidades en relación con las necesidades de otras personas, interesarnos por la relación entre las demás personas y las instituciones sociales (...) sólo esta participación puede dar a las personas una sensación de relación activa con las instituciones y procesos sociales, una sensación de que las relaciones sociales no son naturales sino que están sujetas a la invención y al cambio»⁴⁰.

Pero no hay que creer que los procesos democráticos, sin más, lleven a soluciones satisfactorias desde el punto de vista de la justicia. Es probable que las personas con mayores posibilidades de expresión, influencia y poder pueden determinar resultados injustos y opresivos. Es necesario, por ello, que la democracia se inscriba en un contexto constitucional que considere inamovible la protección de derechos políticos, civiles y económicos, que no se identifique necesariamente democracia con poder local, y que los procedimientos democráticos tengan lugar no sólo en el ámbito del poder legislativo sino también en las instituciones privadas o en los aparatos burocráticos⁴¹.

Ahora bien, dado que la identidad personal se define, en parte, por la inclusión del sujeto en determinados grupos sociales es necesario examinar si conviene otorgar representación y relevancia en los grupos sociales oprimidos en los procesos deliberativos. Algunos autores consideran que es un hecho que los grupos existen, que son constituti-

⁴⁰ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 159.

⁴¹ YOUNG, I. M., *op. cit.*, pp. 161s.

vos de la identidad de las personas, pero que, en cuanto tales, no sólo son una fuente de limitaciones, incluso para aquellos individuos que integran los grupos privilegiados, sino también el exponente de una sociedad no igualitaria. Por ello, en una sociedad verdaderamente igualitaria, las diferencias de grupo no deberían tener relación alguna respecto de las ventajas o desventajas institucionales ⁴².

Este ideal asimilacionista no es compartido por los partidarios del ideal de la diversidad, o del pluralismo democrático radical. Según éstos, no puede desconocerse que el ideal de la asimilación, es decir, la lucha por eliminar las diferencias de grupo, ha sido decisivo en el proyecto de emancipación humana. La lucha por el valor igual de todas las personas es lo que permite, precisamente, tomar en consideración que los componentes de ciertos grupos sociales se hallan discriminados en relación a los miembros de los grupos privilegiados.

Pese a esta aceptación del valor igualdad consideran que la implantación de la igualdad formal no elimina las diferencias sociales, y que el compromiso retórico con la igualdad de las personas tiene como efecto negativo que no se analicen de qué manera las diferencias sociales todavía existentes siguen estructurando el privilegio y la opresión» ⁴³. En la medida en que los grupos sociales existen y algunos ocupan una posición de privilegio, querer ignorar las diferencias tiene como consecuencia que los grupos oprimidos deban adoptar pautas que no les son propias ⁴⁴. Frente a estas observaciones, los asimilacionistas contraargumentan diciendo que ignorar la diferencia no significa tener que adaptarse a las instituciones dadas, producto de un determinado grupo social, sino transformarlas con reglas tan neutrales que no representen ninguna desventaja para los miembros de los grupos no dominantes. Es más, incluso pueden considerar que pueden ser apropiadas medidas de acción positiva de carácter temporal hasta que las estructuras sociales permitan satisfacer el ideal asimilacionista. Esta sería la solución preferible, pues si se acepta la diferencia ¿no se corre el riesgo de que se considere correcto otorgar menos valor a cosas que son desiguales?

Los partidarios del pluralismo democrático radical entienden que, pese a este posible peligro, sólo si se reconoce el significado público y político de las diferencias entre grupos sociales es posible afrontar adecuadamente el dilema que plantea la diferencia. Así se hace cuando la diferencia no tiene un sentido excluyente sino emancipatorio. En

⁴² YOUNG, I. M., *op. cit.*, pp. 266s.

⁴³ YOUNG, I. M. *op. cit.*, p. 276.

⁴⁴ Según Young, básicamente por tres razones: a) la asimilación comporta que los integrantes de los grupos oprimidos deben adaptarse a los criterios y reglas establecidos por el grupo dominante, lo que les sitúa en una clara posición de desventaja; b) perpetúa el imperialismo cultural porque parece que el punto de vista de los grupos privilegiados sea neutral y universal, cuando en realidad no lo es; c) el ideal de asimilación provoca sentimientos de autoaversión, pues las personas que integran un grupo se sienten avergonzadas por no tener la identidad a la que deberían adaptarse. YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 278.

la medida en que se reconoce y afirma el significado público y político de las diferencias se consigue realmente «asegurar la participación e inclusión de todas las personas en las instituciones sociales y políticas»⁴⁵. Para ello es necesario que la diferencia no se entienda como la alteridad absoluta, como lo totalmente otro respecto de un grupo modelo, sino como especificidad, variación. Entendida como una función de la comparación entre grupos –las mujeres son tan específicas como los hombres, los negros como los blancos–, la diferencia se presenta «no como una descripción de los atributos de un grupo, sino como una función de las relaciones entre los grupos y de la interacción de los grupos con las instituciones»⁴⁶.

En base a esta concepción no sustantiva, sino relacional, de la diferencia los grupos no se excluyen mutuamente. Pueden perfectamente compartir muchas características comunes. Es más, los distintos grupos siempre son similares en muchos aspectos y pueden compartir no sólo características comunes sino también experiencias y objetivos. Esta concepción también implica que no existe una identidad de grupo fija e inmutable que permita distinguir con claridad a quién forma o no parte de él. La identidad de grupo es más bien el producto de la interacción social entre sujetos que tienen afinidades particulares con otros. La identidad de grupo «se construye a través de un proceso que fluye, en el que los individuos se identifican a sí mismos y a otros en términos de grupos, y así la propia identidad de grupo fluye y varía con los cambios en el proceso social»⁴⁷.

Pero es necesario resaltar que la aceptación del pluralismo cultural democrático no implica, según este planteamiento, renunciar a los derechos individuales. Más bien requiere la existencia de un sistema dual de derechos: un sistema general de derechos que son comunes a todas las personas y un sistema más específico de políticas y derechos con conciencia de grupo. Este tipo de pluralismo es especialmente adecuado para responder adecuadamente a las necesidades de libertad y seguridad de las mujeres⁴⁸.

⁴⁵ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 283.

⁴⁶ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 288.

⁴⁷ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 289.

⁴⁸ Aunque los grupos aportan a los individuos un marco de referencia dentro del cual obtiene sentido la vida individual, los intereses individuales y los colectivos siempre van a estar en conflicto. Por ello, los derechos individuales deben entenderse como esferas de protección de la individualidad que las exigencias colectivas no pueden traspasar. Ignatieff señala, con razón, que los derechos humanos no deslegitiman necesariamente la cultura tradicional. A modo de ejemplo señala que: «Las mujeres de Kabul que llegan a las delegaciones de las organizaciones de derechos humanos occidentales en busca de protección frente a las milicias talibanes no quieren dejar de ser esposas y madres musulmanas; quieren combinar el respeto por sus tradiciones con la educación y con cuidados médicos profesionales proporcionados por una mujer. Esperan que estas organizaciones les ayuden a evitar que las golpeen y que las persigan por reclamar estos derechos». IGNATIEFF, M., *op. cit.*, p. 92.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Está justificado que se limiten algunas libertades para garantizar la seguridad?

Planteada en estos términos la pregunta, la respuesta razonable parecería ser la afirmativa. Pero una respuesta rotunda en sentido afirmativo sólo es razonable cuando la pregunta se hace en abstracto. Porque cuando se piensa en abstracto se presupone normalmente que la colisión se da entre la libertad de todos y la seguridad de todos. Es decir, que para garantizar la seguridad de todos es necesario limitar la libertad de todos, o que, como mínimo, el sacrificio de las libertades de algunas personas es necesario para garantizar una mayor seguridad para todos. Pero cuando la tensión libertad-seguridad se aborda desde perspectivas más concretas podemos ver ya que los conflictos entre la libertad y la seguridad no se ajustan necesariamente a este patrón. Se hace por ello necesario ser muy precavido en las respuestas.

Si no se hace se corre el riesgo de que en aras de la seguridad se sacrifiquen las libertades de ciertos individuos o grupos sin que ello suponga un beneficio mayor para su propia seguridad; que el sacrificio de algunas libertades de ciertos individuos o grupos redunde en un riesgo mayor para la propia seguridad de los individuos o grupos cuyas libertades se han limitado; el sacrificio de las libertades de ciertos individuos o grupos sirva sobre todo para proporcionar una mayor seguridad a personas o grupos cuyas libertades no han sido limitadas en la misma medida.

Cuando se plantee una situación en la que se proponga limitar las libertades para garantizar la seguridad es necesario examinar no sólo la necesidad y eficacia de la limitación sino también si hay otras alternativas. La limitación de la libertad de las mujeres a cambio de la protección de los varones no sólo no ha sido especialmente eficaz para garantizar su seguridad sino que había alternativas mejores. En este caso, la mejor alternativa era favorecer una mayor autonomía para las mujeres. Una mayor autonomía sólo se puede conseguir, como señala Pitch, cuando se puede disponer de recursos económicos, sociales y culturales que son los que posibilitan asumir ciertos riesgos y generar confianza ⁴⁹.

La seguridad de las mujeres, igual que la de los ciudadanos en general, no se mantiene a largo plazo limitando las libertades. No es deseable que la evitación del riesgo se consiga a base de quedar en una situación de dependencia, sino que la seguridad debe construirse en torno a la confianza en uno mismo y en los demás. Si se quieren crear condiciones sociales adecuadas para que pueda materializarse esta comprensión de la seguridad, una de ellas deberá ser, sin duda, el fortalecimiento de la libertad. La única forma efectiva a la larga de

⁴⁹ PITCH, T./VENTIMIGLIA, C., *op. cit.*, p. 219.

crear seguridad es a través de la construcción de un estado social robusto en el que la garantía de las necesidades básicas tenga como objetivo crear las condiciones necesarias para la libertad y la responsabilidad de todas las personas. Pero, a su vez, para la determinación concreta de estas necesidades y condiciones es necesario articular formas de participación en los que tengan voz las personas y grupos afectados.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

El papel del juez en el Estado constitucional

Por M.^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.
2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.—3. VOLUNTAD, RAZÓN Y DERECHO.

1. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978 forma parte de la cultura jurídica que podemos identificar como continental europea occidental y, por tanto, reúne unas características similares a las de otras constituciones que se citan como representativas del constitucionalismo —continental europeo occidental— posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La más significativa de estas características es, precisamente, que se trata de textos constitucionales que proclaman una serie de valores y que declaran una lista de derechos y, esto es lo realmente determinante, reclaman el carácter vinculante de todos ellos. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 9.1 de la Constitución española, conforme al cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Ciertamente, no siempre ha estado claro a partir de la lectura del texto constitucional que los derechos y los deberes constituyan normas dotadas de una eficacia jurídica equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento. Muy al contrario, históricamente, la parte «dogmática» de la Constitución, que ahora se denomina «material» se concebía como una mera declaración de intenciones o, a lo sumo, como un parámetro de la legitimidad del poder. En ningún caso, por tanto, los contenidos materiales de la Constitución tenían operatividad jurídica en tanto en cuanto no fuesen trasladados a la ley.

Sin embargo, lo veremos con mayor detenimiento en relación con los derechos; en la práctica, el constitucionalismo en la Europa occidental ha caminado hacia un esquema en el que el Tribunal Constitucional tiene competencia para decidir si el legislador ha infringido, por razones de contenido o por razones de competencia, la Constitución. La fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la Ley como fuente del Derecho, ha dado en llamarse Estado Constitucional.

El fenómeno se interpreta de diversas formas, que dan lugar a otras tantas teorías. De tal modo, podemos situar por un lado a quienes lo explican desde un concepto no positivista de Derecho y hablan del Estado constitucional como algo diferente, desde el punto de vista político, del Estado de Derecho. Por otro lado, en el contexto del Estado constitucional algunos autores mantienen un concepto positivista del Derecho. De entre estos últimos, en el ámbito político, algunos consideran que el Estado Constitucional es prolongación del Estado de Derecho; sin embargo, también los hay que entienden que estamos ante una fórmula diferente. Los primeros mantienen la prioridad de la democracia como criterio de legitimidad del poder y, por tanto, defienden la necesidad de encontrar fórmulas para que la última palabra a propósito de la realización de los contenidos materiales de la Constitución la tenga el Parlamento. Los segundos, por el contrario, entienden que la prioridad la tienen los derechos y que el Estado constitucional supone atribuir al órgano de control de constitucionalidad la decisión última sobre su sentido.

De cualquier modo, podemos decir que, en el marco actual, la cultura jurídica puede considerarse tomada por el «paradigma constitucionalista». Entiendo por tal el conjunto de posiciones que tratan de dar respuesta a los distintos problemas asociados con la «eficacia jurídica de la constitución». Este paradigma está cobrando forma al hilo de la consolidación de un concepto normativo de constitución, esto es, con el triunfo de la idea de la Constitución como norma —que se contraponen con la visión dominante durante el siglo XIX y buena parte del XX de la Constitución como un documento de mero valor simbólico—.

Así definido, el modelo abarca también los planteamientos positivistas que afrontan la cuestión que he presentado como básica, y no únicamente aquellas construcciones que recuperan la vinculación conceptual entre Derecho y Moral en este contexto.

Además, conviene advertir de que la representación de la Constitución como norma jurídica no excluye otro tipo de perspectivas. Por el contrario, es perfectamente compatible con una aproximación desde la que se contemple la Constitución como el resultado de una determinada composición del poder¹ o de determinadas opciones éticas. El paradigma constitucionalista, sin embargo, es eminentemente jurídico,

¹ Tradicional es citar a propósito LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. W. Roces, Barcelona, Ariel, 2001.

por lo que es la dimensión jurídica de la Constitución la que me sirve como punto de partida para aproximarme a las distintas corrientes que se adscriben a este modelo.

Por otro lado, desde el constitucionalismo se trata de dar respuesta a problemas muy diversos. En el marco en el que se sitúa este trabajo, que es el de la Filosofía del Derecho, se refiere a cuestiones relacionadas con la Ontología, con la Axiología y con la Epistemología jurídica². Pues bien, de todas estas cuestiones me interesa, sobre todas, la relativa al problema de la aplicación de las disposiciones constitucionales por el Tribunal Constitucional y por los jueces y tribunales sometidos al Imperio de la Ley.

Al respecto, considero que el modo en el que se concibe esta tarea por los distintos autores, depende de una serie de opciones previas que afectan de modo muy fundamental a dos cuestiones: la función atribuida a la Constitución y el papel atribuido a la voluntad y a la razón la concepción más general del Derecho.

2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En relación con el primer orden de cuestiones señaladas, es decir, a propósito del papel atribuido a la Constitución en relación con la organización jurídica de la convivencia, es posible, identificar dos modelos. Así, desde algunas posiciones, el problema de la «aplicación» de la Constitución se aborda desde la idea de que es un instrumento que sirve, fundamentalmente, para limitar el poder. Desde otras, por el contrario, el punto de partida lo constituye una visión de la Constitución como instrumento modelador de las relaciones sociales. Podemos denominar a las primeras modelo de la constitución máquina y modelo de la constitución norma a la segunda³.

El primero de estos modelos atribuye a la Constitución el papel de asegurar el equilibrio de poderes. Se trata, a través de la juridificación de una serie de contenidos, de establecer límites a la actuación del poder público, que es el directamente vinculado por el documento constitucional. En el segundo, la Constitución aparece como una norma que vincula tanto a ciudadanos, cuanto a los poderes públicos.

De este modo, si la Constitución es máquina, el órgano de control aparece como un contrapoder político. En este primer caso, se justifica,

² Sigo aquí la tripartición de DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.ª edición, Madrid, Taurus, 1993, pp. 106-120.

³ Utilizo aquí de forma cruzada las tipologías de M. Troper y de R. Guastini. TROPER, M., «La máquina y la norma, dos modelos de Constitución», *Doxa*, número 22, pp. 331-347. GUASTINI, R., «Specificità dell'interpretazione costituzionale?», *Analisi e diritto*, Giappichelli, 1996, pp. 169-186 y pp. 170-171. En *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3.ª edición, trad. M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2001.

además, que sea el Tribunal Constitucional –o el órgano equivalente– quien aplique la Constitución excluyendo al resto. La función de la Constitución es distinta de la de la ley y por ello también deben diferenciarse los órganos competentes para garantizar la eficacia de uno y otro documento.

En el segundo caso, es decir, si la Constitución es, ante todo, norma, todos los tribunales pueden verse en la obligación de hacer respetar la Constitución como norma jurídica y, por tanto, de interpretar su contenido. Además, el control de constitucionalidad de la actuación del legislador no diferiría en sustancia del control de legalidad de la actuación del ejecutivo, ni las cuestiones sobre violación de derechos fundamentales de las cuestiones sobre violación de otro tipo de derechos.

Si adoptamos estos modelos como punto de partida, la fórmula acogida en la Constitución en España ha arrojado un resultado ecléctico. Efectivamente, en relación con el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional podría haber actuado más como un contrapoder –sólo el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley–. Sin embargo, cuando se trata de obtener un pronunciamiento a propósito de la vulneración de derechos fundamentales a través del recurso de amparo, la función del Tribunal Constitucional es claramente equiparable a la que desempeña cualquier otro órgano encargado de determinar si se ha producido una infracción del Derecho –recordemos que también los tribunales ordinarios tienen competencia para decidir en caso de vulneración de derechos–.

De hecho, además, la versión que parece predominar en la forma de argumentar que lleva a cabo el Tribunal Constitucional en torno al control de constitucionalidad, ha sido la de la Constitución norma. En este caso, la nulidad de la ley es representada como consecuencia de un incumplimiento por parte del legislador de sus obligaciones normativamente impuestas. Por otra parte, la eficacia directa de la Constitución y el desarrollo en la jurisprudencia constitucional de la tesis del «efecto irradiación de los derechos» suponen argumentos adicionales que aproximan el modelo constitucional español al de la Constitución norma.

Los derechos se convierten en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, con lo que todo comportamiento de creación y aplicación de Derecho supone de algún modo aplicación de los derechos fundamentales; de tal modo que la validez de las normas inferiores queda condicionada por su coherencia con el sentido del que se dote a las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales.

En el ámbito de la dogmática constitucional se maneja, además, un principio, el principio de interpretación conforme, que el Tribunal Constitucional deriva de la superioridad normativa de la Constitución; la Sentencia 9/1981, de 31 de marzo, por citar alguna de las

decisiones más antiguas en las que el principio aparece, contiene el siguiente fundamento jurídico tercero: «la Constitución es una norma –como se ha señalado–, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este Tribunal puso ya de manifiesto ... partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución. El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria número tres, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras. *La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevinida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella*».

En la jurisprudencia más reciente se mantiene la presencia del principio de interpretación conforme⁴. Este principio ha sido también convalidado por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual la interpretación conforme lo es por referencia al sentido en el que las normas constitucionales son, a su vez, interpretadas por el Tribunal Constitucional⁵.

La caracterización tiene consecuencias en relación con la justificación de la actuación del órgano que ejerce las funciones de control. En el marco del modelo en el que predomina la versión de la Constitución entendida como máquina, el control de constitucionalidad tiene como objetivo restablecer el equilibrio de poderes, en cuyo esquema se inserta el órgano encargado de llevarlo a cabo que es, por tanto, otro poder del Estado que debe ser legitimado como tal en cuanto al origen y en cuanto al ejercicio. En el contexto en el que la Constitución se plantea preferentemente como norma, y éste es el caso español, el objetivo del control de constitucionalidad es el restablecimiento de la legalidad mediante la aplicación de la Constitución.

⁴ Puede verse al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2002, de 6 de mayo, fundamento jurídico segundo.

⁵ Conviene recordar el contenido de este precepto, conforme al cual «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

3. VOLUNTAD, RAZÓN Y DERECHO

Si consideramos ahora el segundo grupo de cuestiones que ocupa y es objeto de discusión en el nuevo paradigma, nos encontramos con los dos modelos que confluyen en la ideología codificadora: el modelo voluntarista o del Derecho puesto y el «modelo sistemático» o del Derecho descubierto⁶. En mi opinión, se trata de opciones últimas a propósito del concepto de Derecho. Esto es, en última instancia, los distintos conceptos de Derecho dan prioridad a la voluntad o a la razón –lo cual no significa que necesariamente se haya reducido a uno de estos elementos–. La tensión entre ambos adquiere una importancia de primer orden cuando se trata de caracterizar la actividad de aplicación de la Constitución.

En la discusión a propósito del constitucionalismo alemán del período de entreguerras, se producen diversos intentos de respuesta a problemas que reaparecen con fuerza tras la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, una buena parte de las dificultades a propósito de la reconstrucción del método jurídico obedece a que en la jurisprudencia están presentes criterios que resultaban coherentes en el contexto de las diversas teorías de aquel período histórico y que no se ha logrado armonizar. Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, hacen extensivo, sin titubeos, el control de constitucionalidad a las normas que contienen disposiciones materiales (por excelencia, derechos fundamentales), al tiempo que los tribunales son habilitados para declarar la nulidad de los actos vulneradores de estas normas.

En este contexto, la discusión que tiene lugar entre H. Kelsen y C. Schmitt, por un lado, y H. Kelsen y R. Smend⁷, por otro, resulta

⁶ Ver, al respecto, TARELLO, G., «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación», en *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. I. Rosas, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 39-56, p. 42, sobre la concepción voluntarista; y pp. 45-46 para la caracterización de la concepción sistemática, que impone «interpretar los códigos según las exigencias del “sistema” jurídico y según la condición del derecho, que es sistema de proposiciones, con los dogmas conexos de la coherencia, de la completud, de la no restitución, de la analogía fundada en conceptos más bien que en fines, etcétera. Esta alternativa fue favorecida por la reconstrucción del legislador».

⁷ AGAPITO SERRANO, R. DE, «Prólogo» a BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, pp. 9-16, p. 10, incluye a Heller en este grupo: «están ahora presentes por ejemplo los criterios que defendieron, sin llegar a integrarlos de un modo coherente en el Derecho constitucional, los juristas públicos de la etapa de entreguerras. Me refiero, por aludir sólo al ámbito del Derecho público alemán, a la reconstrucción de una sistemática global del Derecho desde un enfoque estrictamente jurídico (Kelsen), a la comprensión de la Constitución como el proceso de realización de un objetivo jurídico fundamental (Smend), a la propuesta de una orientación o finalidad material de la norma fundamental (Heller), así como a la interpretación del Derecho constitucional (Schmitt). Y todo este abanico de perspectivas y exigencias encuentra hoy su reflejo en esa fórmula jurídica constitucional que es la decisión fundamental a favor de un Estado constitucional caracterizado, al mismo tiempo y al mismo nivel, como “social”, “democrático” y “de derecho”».

especialmente interesante para comprender algunas de las cuestiones en las que difieren hoy los autores que se enfrentan al mismo problema.

En relación con las propuestas de Schmitt y Kelsen, nos encontramos con dos teorías que pueden ser consideradas como exponentes de una concepción voluntarista. El primero de estos autores aparece como representante de la Constitución entendida como límite al pluralismo —piénsese en el sentido de la figura del defensor de la Constitución—. En este caso, como dije, la concepción del Derecho es voluntarista y, además, la voluntad legítima es la del acto originario de aprobación de la Constitución. La Constitución goza de la legitimidad que le da el ser expresión de la voluntad unitaria del pueblo; en lo sucesivo, la regulación de la convivencia debe atenerse a esa voluntad legítima inicial⁸. El elemento que subraya este autor es la unidad, frente a cualquier otro. Según Kelsen, para Schmitt «la “Constitución” no son ni las normas que regulan los órganos ni el procedimiento legislativo, como tampoco el lugar y la competencia de los más altos órganos de ejecución; es decir, no es ni normas ni “leyes”. “Constitución” es una situación, la situación de “unidad” del pueblo alemán»⁹.

H. Kelsen, sin embargo, sería el máximo exponente de una concepción voluntarista en la que la democracia no se agota en el acto de creación de la Constitución. Precisamente porque el Derecho es voluntad, las decisiones jurídicas se legitiman en el principio democrático. El órgano que cuenta con legitimidad democrática es el Parlamento, en caso de tener que incorporar contenidos de justicia, es a él a quien corresponde la decisión. Los ideales de «equidad», «libertad», «igualdad», «justicia», «moralidad»... presentes en algunas constituciones son susceptibles de diversas interpretaciones dependientes de las concepciones personales de quien interpreta; si se habilita a los tribunales constitucionales para invalidar leyes sobre la base de este tipo de principios, «el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley»¹⁰. Y continúa: «va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple

⁸ SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad. M. Sánchez, Madrid, Tecnos, 1983: «cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficción judicialidad».

⁹ KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 78.

¹⁰ KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155 y p. 143.

capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante –ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente– del poder del Parlamento a una instancia ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible». Al contrario del planteamiento de Schmitt, a la argumentación de Kelsen subyace una opción por el pluralismo como elemento a proteger.

Efectivamente, M Fioravanti considera estos dos modelos representados por Schmitt y Kelsen como las grandes alternativas en nuestro ámbito cultural¹¹. En este sentido, puede resultar interesante reproducir su argumentación, conforme a la cual «las de Schmitt y Kelsen no eran sólo dos interpretaciones distintas y opuestas de la Constitución de Weimar. A partir de ese caso histórico concreto esas dos interpretaciones se propusieron también, y quizás sobre todo, como dos verdaderas y auténticas concepciones alternativas de las *constituciones democráticas del siglo XX*». El aspecto en el que de modo predominante se fija el autor italiano es la posición de cada uno de los autores a propósito del pluralismo. En este sentido, continúa, «para la primera, la de Carl Schmitt, es imprescindible la referencia al poder constituyente: la constitución es democrática porque ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Desde ese momento en adelante, la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su *actuación*, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos. Por ese motivo, el principal adversario de la constitución democrática es el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de la articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución».

Por el contrario, «en la línea de Kelsen la constitución es democrática porque rechaza toda “unidad” preconstituida y porque permite desplegar completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional –vista como mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría–. Por eso, la constitución democrática de Kelsen rechaza el poder constituyente del pueblo soberano. En la misma

¹¹ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 159. Ver, en sentido similar, MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 491-503

idea de una constitución hecha por un “poder” está contenido el peligro de que esa constitución pueda tener un “dueño”, alguien que en nombre de ese “poder”, es decir, del mismo pueblo soberano, pueda pretender ocupar todo el espacio de la constitución y así imponerse, esencialmente como mayoría política, a todas las fuerzas operantes en la sociedad y en las instituciones»¹². De ahí el empeño de este autor por extraer de las Constituciones las determinaciones materiales susceptibles de interpretaciones diversas desde distintas concepciones de justicia. De ahí, también, su concepción de la legitimidad democrática del sistema como la necesidad de hacer referencia a la voluntad actual de la mayoría.

Los distintos puntos de partida también conducirán a cada uno de estos autores a conclusiones distintas sobre la instancia adecuada para defender la Constitución. En el caso de Schmitt, el Presidente del Reich es el sujeto competente para proteger la Constitución dado que la defensa de la Constitución es, puntualmente, defensa de la unidad¹³.

La figura del Parlamento como defensor es rechazada porque es precisamente del Parlamento de quien hay que guardar la Constitución. Más aún si se tiene en cuenta que se trata de la instancia política que «se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista», con lo que «en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder, y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso»¹⁴.

Tampoco sirve un órgano judicial para realizar esta tarea. Es posible ordenar el planteamiento sobre la base de dos ideas, a saber: que en un Estado de Derecho corresponde al poder judicial la administración de justicia y que la interpretación de la Constitución es un problema político. Es desde estas premisas desde las que es posible entender las reflexiones sobre el garante más adecuado de la Constitución.

¹² FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 160. En opinión de MORRONE, A., *Op. cit.*, p. 504, «en Kelsen la unidad encuentra su fundamento en la superioridad de la Constitución como norma sobre el procedimiento de normas generales», se trata de una unidad relativa, o formal. La unidad material se renueva constantemente a través del compromiso parlamentario.

¹³ Entendida, como «unidad absoluta», en el sentido de «unidad política del pueblo alemán como totalidad», MORRONE, A., *op. cit.*, p. 505.

¹⁴ SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 128-154, pp. 151 y 152.

En la construcción de su rechazo del poder judicial, a este respecto, se basa en el establecimiento de una tajante diferencia entre política y justicia¹⁵ que debe ser trasladada a la división de Poderes. En su esquema, si el Estado es de Derecho, al poder judicial le corresponde, exclusivamente, la labor de hacer Justicia, «no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial»¹⁶.

Por otra parte, a la exposición de Schmitt en relación con la interpretación de la Constitución, subyace la idea de que se trata de una cuestión que debe ser diferenciada de la de la interpretación de la ley. Las cuestiones constitucionales no suelen plantearse a propósito de contradicciones manifiestas entre Constitución y ley, sino sobre aspectos en relación con los cuáles la existencia o no de contradicción depende del sentido en el que se entiendan los preceptos legales y constitucionales. De este modo, afirma C. Schmitt, «en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma»¹⁷. Precisamente por ello, las cuestiones constitucionales deben presentarse como discusiones a propósito del sentido en el que hay que entender los preceptos de la Constitución; con lo que únicamente pueden resolverse a través de una decisión política, y ello desde cualquiera de las comprensiones de la Constitución al uso.

Desde una concepción de la Constitución como contrato entre sujetos portadores de intereses, coherente a su vez con una concepción pluralista del Estado, el litigio constitucional sería una situación de desacuerdo a propósito del sentido de los pactos llevados a cabo entre las distintas partes. Tanto desde esta concepción, cuanto desde aquella en que la Constitución se representa como unidad, un órgano de carácter judicial no resulta adecuado para resolver, dado que la interpretación de la Constitución se convierte en una tarea política desde el momento en que escapa de las pautas del método jurídico.

En este momento es donde entra en juego la primera de las ideas apuntadas. Efectivamente, la argumentación de Schmitt es la siguiente:

¹⁵ KELSEN, H., *op. cit.*, p. 18, «dichos argumentos parten del presupuesto erróneo de que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional las funciones “políticas”, y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de las leyes inconstitucionales son actos “políticos”, de lo que se sigue que tal actividad no sería ya más Justicia».

¹⁶ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 77.

¹⁷ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 87.

puesto que constituye una característica definitoria de la función judicial, junto con su independencia, su sometimiento a la ley y a la constitución¹⁸, otorgar a un órgano de este tipo competencia para decidir en relación con la interpretación de preceptos constitucionales, supone eliminar la vinculación y con ello uno de los elementos constitutivos del Estado de Derecho.

Por otra parte, si el Tribunal de Justicia Constitucional se mantiene fiel a esta exigencia de vinculación y «sólo se pronuncia contra transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres»¹⁹.

H. Kelsen, por el contrario, se fija en las relaciones entre Constitución y ley como un problema de regularidad de la legislación. La defensa de la Constitución, en este sentido jurídico, supone el establecimiento de «garantías de regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes»²⁰. La relación entre la legislación y la Constitución no es diferente, desde el punto de vista de la teoría pura, de la que se establece entre legislación y administración, salvo por la mayor libertad del legislador, «la libertad del legislador, que no está subordinado más que a la Constitución, no está sometida más que a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación es relativamente grande. Cada vez que se desciende un grado, la relación entre libertad y limitación se modifica a favor del segundo término: la componente de aplicación aumenta; la de libre creación disminuye»²¹. Por esta razón, el control de constitucionalidad tampoco difiere del control de legalidad y el órgano adecuado para llevarlo a cabo debe tener una estructura jurisdiccional que asegure su independencia frente al Parlamento y frente al ejecutivo.

En el caso de R. Smend, el punto de partida puede ser situado en su «rechazo de la pretensión normológica de articular la Constitución como parte integrante —e incluso— como requisito imprescindible para la validez de cualquier ordenamiento jurídico»²². El concepto de Constitución debe tener en cuenta su función específica que es la de integración²³.

¹⁸ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 242.

¹⁹ SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 100.

²⁰ KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *op. cit.*, p. 112.

²¹ KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *op. cit.*, p. 111.

²² SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M.^a Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 135

²³ SMEND, R., *op. cit.*, p. 132: «la Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados en ese proceso».

Desde este punto de vista, la cuestión de la aplicación de la Constitución como realidad también debe diferenciarse de la referida a la aplicación de las restantes normas. Así pues, «el Derecho político es un Derecho fundamentalmente integrador y el Derecho administrativo es un Derecho esencialmente técnico»²⁴, de tal modo que mientras el método técnico-jurídico puede ser adecuado para resolver problemas de Derecho administrativo, en relación con el Derecho político, la metodología debe basarse en las ciencias del espíritu.

En la teoría de Smend se desarrolla un concepto, el de «cambio constitucional», que cobra todo su sentido desde la idea de la Constitución como proceso político²⁵. Desde este planteamiento, se diluyen las diferencias entre interpretación y reforma de la Constitución, «de esta forma, se convierte en punto de partida de la interpretación constitucional –conscientemente entendida como algo en movimiento– el principio funcional del efecto más integrador posible de la Constitución, el cual, interpretado normativamente, puede acabar por hacer necesarias reformas constitucionales. El cambio constitucional a través de la interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración sino que se opone a ella, pero entonces el Derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?»²⁶.

En la teoría de Smend, los derechos fundamentales constituyen, junto con algunas otras de las restantes disposiciones de la Constitución, los elementos sobre los que se produce la integración material –de nuevo nos encontramos con la referencia a la Constitución como un instrumento que limita al pluralismo–. Frente a «la opinión general» que «ve en los derechos fundamentales, al menos en su contenido clásico, principalmente una formulación especial del principio, de por sí evidente de legalidad, que rige el actuar de la Administración pública»²⁷, Smend presenta los derechos fundamentales como parte del Derecho constitucional y, por tanto, como elementos que escapan al «Derecho técnico». Desde el punto de vista del método que propone Smend, «aparte de la significación, mediata o inmediata que puedan tener los derechos fundamentales para el Derecho especial, existe otra más, que es la fuente de aquélla; con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica, los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la

²⁴ SMEND, R., *op. cit.*, p. 194.

²⁵ SMEND, R., *op. cit.*, pp. 201-203.

²⁶ BÖCKENFÖRDE, E.W., «Notas sobre el concepto de “cambio constitucional”», *Estudios sobre el Estado Derecho y la democracia*, trad. R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, pp. 159-196.

²⁷ SMEND, R., *op. cit.*, p. 228.

Constitución»²⁸, por lo que se impone su consideración como «objeto de estudio puramente histórico».

El esquema desde el que hemos repasado las propuestas de Schmitt, Kelsen y Smend no tiene en cuenta que en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial se incorporan normas que contienen determinaciones materiales y se habilita a los órganos de control de constitucionalidad, que tienen características jurisdiccionales, para hacerlas valer en última instancia. En relación con los dos primeros autores, tanto uno como otro, se muestran recelosos ante la «juridificación de los valores»²⁹, y tanto en uno cuanto en otro esta idea se representa como un peligro para la democracia –no es necesario recordar las dimensiones totalitarias del pensamiento de Schmitt, quien atribuye la última palabra a propósito de la interpretación constitucional al Presidente del Reich–. Sin embargo, se trata de una cuestión que ocupa de forma principal a R. Smend y, paradójicamente, teniendo en cuenta que «no contaba con un Tribunal Constitucional como intérprete decisivo de la Constitución»³⁰, es en las aportaciones de este autor –muchas veces a través de la versión que de ellas aparece en la jurisprudencia alemana– donde el Tribunal Constitucional encuentra una referencia para enfrentarse a lo que constituye un problema presente en la actualidad.

En el caso de las Constituciones actuales, el modelo se presenta como «antidemocrático» –si por democracia se entiende la adopción de decisiones por mayoría–. Sin embargo, los límites a las mayorías se justifican en nombre de la existencia de determinados elementos que trascienden la vinculación del Derecho con el poder. La constitucionalización de catálogos de derechos fundamentales se suele utilizar como argumento frente a una concepción en última instancia voluntarista del Derecho. Las dos grandes tendencias que Tarello identifica en relación con la codificación –voluntarista y sistemática– pueden apreciarse, en el contexto del constitucionalismo, en la tensión entre los derechos y la democracia³¹. La prioridad de los derechos es, de este modo, coherente con la ideología sistemática y con una teoría racionalista de la interpretación.

²⁸ SMEND, R., *op. cit.*, p. 232.

²⁹ LLAMAS, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1993, pp.144-152.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, E.W., «Notas sobre el concepto de “cambio constitucional”», *op. cit.*, pp. 159-196, p. 195.

³¹ El modelo que se está consolidando, el de la democracia constitucional, constituye un híbrido en el que se trata de equilibrar la democracia y el constitucionalismo, «este mismo equilibrio, precisamente por haber sido alcanzado en tiempos recentísimos y porque, en suma, carece de una larga tradición a la que referirse, es sin embargo inevitablemente inestable y está sometido a tensiones de distinto género. La primera de ellas, la única que puede ser mencionada aquí como conclusión, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los Tribunales constitucionales, por otra», FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 164.

La tensión entre el modelo voluntarista y el modelo sistemático se manifiesta especialmente en las distintas teorías sobre el sentido de las declaraciones de derechos y de los límites a su interpretación. Habida cuenta que en los derechos fundamentales se creen ver restricciones a las mayorías políticas, en su conceptualización se suele optar por un modelo sistemático. Básicamente, se dice, la constitucionalización de los derechos supone la racionalización de la política. Este objetivo se consigue sometiendo las decisiones de las mayorías a los contenidos de racionalidad incorporados al Derecho como derechos fundamentales. Si se adopta esta perspectiva, la interpretación de los derechos se justifica como investigación de esa racionalidad.

Desde el punto de vista histórico, podemos pensar que existen dos formas alternativas de entender las declaraciones de derechos, una que se dice «antidemocrática» y otra que, por contraposición, podemos llamar «democrática»³². La primera de estas versiones del constitucionalismo apunta a la idea de que el sentido de la Constitución es precisamente el establecimiento de límites a la democracia. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular están en conflicto. Ésta puede ser, en el contexto de determinadas interpretaciones, la fórmula en la que se basa el constitucionalismo norteamericano.

En la concepción «democrática», la llamada a la soberanía popular constituye el criterio último de legitimidad del poder. Si los derechos se incorporan al Derecho es porque han sido decididos democráticamente. También desde determinadas interpretaciones ésta es la versión que se considera presente en el modelo francés.

La primera visión resulta coherente con lo que en anteriores páginas he denominado modelo sistemático, mientras en la segunda, la concepción del Derecho es voluntarista. Con independencia de que sea más o menos acertada esta caracterización del constitucionalismo americano y del constitucionalismo francés, me sirve para ilustrar estos modelos que, en todo caso, están presentes en las discusiones actuales sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Y es que hoy en día, en las propuestas teóricas de uno y otro lado del Atlántico se reproducen argumentos que sólo pueden entenderse desde su conexión con alguna de las teorías (voluntarista o sistemática) en las los modelos trazados se fundamentan.

Identificar estos dos modelos de constitucionalismo resulta interesante, pues, en relación con dos tipos de cuestiones, por otra parte ampliamente relacionadas. La primera de ellas hace referencia a los argumentos adecuados para interpretar las declaraciones de derechos y la segunda se refiere a la caracterización de la actividad del órgano de control de constitucionalidad.

En relación con la interpretación de los derechos, como en relación con la interpretación de la Constitución y de la interpretación en

³² FIORAVANTI, M., *op. cit.*, 120.

general, la discusión sobre los criterios enfrenta a quienes consideran que debe prevalecer el argumento sistemático –partidarios de una teoría racionalista de la interpretación– y quienes afirman que mediante la interpretación ha de contribuirse a la efectiva realización de la voluntad del autor –partidarios, a su vez, de una teoría voluntarista–. M. Troper plantea en términos similares esta cuestión; en este sentido, afirma: «recientemente ha surgido en Francia una polémica que no carece de puntos comunes con aquella otra que enfrenta en Estados Unidos a interpretativistas y no interpretativistas. Se refiere a la cuestión de cómo deben considerar los jueces de hoy la Declaración de derechos, un problema muy relevante en lo que respecta a los métodos interpretativos que se deben aplicar a ese texto. Los jueces pueden, sin profesar por ello una creencia en los derechos naturales, considerar que los hombres de 1789 pensaban que estaban haciendo una mera declaración. También pueden, en sentido inverso, considerar el texto como un acto de voluntad a través del cual se establecieron nuevas reglas creadoras de derechos. En el primer caso, el significado que los jueces atribuyen al texto no es la intención original de sus autores, y perfectamente pueden dar a los derechos fundamentales tal o cual contenido conforme a las necesidades de la sociedad contemporánea. En el segundo caso, al contrario, puesto que la “Declaración” no es más que la expresión de la voluntad de sus autores, la obligación de aplicar este texto significa la obligación de ejecutar esa voluntad, y lo más importante es hallar esa voluntad a través de la interpretación literal y recurriendo a los trabajos preparatorios»³³. En el primer caso, pues, la adecuación del resultado de la interpretación la determina su racionalidad, en el segundo caso, sin embargo, su coherencia con lo querido por el poder constituyente.

A propósito de la caracterización de la actividad de control de constitucionalidad, la concepción coherente con el modelo sistemático presentaría la interpretación de la Constitución como una actividad cognoscitiva³⁴. La supremacía de la decisión del Tribunal Constitucional se justifica porque está aplicando los derechos contenidos en la Constitución³⁵, aunque éstos no se infieran de una lectura inmediata del texto. Los lugares en los que encontrar esta interpretación correcta

³³ TROPER, M., «Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789», *Derechos y Libertades*, núm. 8, pp. 541 y ss, y p. 547.

³⁴ En este sentido se orientan los argumentos no originalistas cuando «reconocen que al interpretar la Constitución, los jueces deben hacer algo más que “adentrarse” en ella. En muchas ocasiones, se admite, los jueces deben “escapar de las cuatro esquinas de la Constitución”, y salir a buscar, en alguna parte, las respuestas que en ella no se encuentran. Una vez que se reconoce cuál es la “fuente” externa capaz de proveernos de las respuestas que necesitamos, la tarea de los jueces vuelve a convertirse en una tarea (más o menos) indisputable», GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 60 y 61.

³⁵ El sentido de este modelo, se encuentra resumido en las palabras de PASQUINO, P.: «La política limitata. I principi liberal-democratici dello Stato di diritto e il controllo

de los derechos son de distinto tipo, en función de la concepción del Derecho del teórico o del intérprete: el Derecho natural, una constitución material, la moralidad en la que los derechos se insertan...³⁶.

La concepción voluntarista, tal y como la describe Troper, es también compatible con una presentación de la interpretación de los derechos como investigación³⁷. Para aceptar esta propuesta, sería necesario salvar las fuertes críticas dirigidas frente a la posibilidad de hallar la voluntad del constituyente –e incluso frente a su existencia–.

Todavía es posible, sin embargo, optar por una concepción voluntarista que nos lleve a sostener que cuando se habilita a los tribunales constitucionales para controlar al legislador, y en los aspectos en los que esta habilitación tenga lugar, lo que se está haciendo es otorgar supremacía a su voluntad sobre la voluntad del Parlamento.

En definitiva, y a modo de resumen, se puede decir que si la concepción es voluntarista, la justificación de las decisiones jurídicas depende de la legitimidad del órgano que decide. Normalmente, en estas circunstancias y en nuestro entorno, se mantiene la necesidad de limitar la capacidad decisoria del juez a favor de la del sujeto que tiene legitimidad democrática –será el legislador o el constituyente originario, en las distintas versiones–.

Si, por el contrario, la concepción es racionalista, la decisión se justifica precisamente por su racionalidad y no por la autoridad de quien la efectúa. De esta forma, el argumento de la democracia pierde sentido en relación con la interpretación. La voluntad democrática del órgano que crea la norma puede dejarse de lado si es posible

de costituzionalità», *Analisi e diritto*, P. Comanducci y R. Guastini (ed.), Giappichelli, 1996, pp. 187-206, p. 206, «sería más exacto decir que en el constitucionalismo de los sistemas parlamentarios existen dos tipos de poder que se equilibran: el legislativo y el ejecutivo, por un lado, expresión de la mayoría política e investido de una legitimación democrática, y el judicial y la corte constitucional, de otro, que tienen la función de proteger a los ciudadanos y sus derechos de posibles abusos de poder de los órganos democrático-electivos».

³⁶ R. Gargarella, en el contexto norteamericano, señala los siguientes: las tradiciones, el Derecho natural, principios neutrales, el consenso, principios filosóficos, GARGARELLA, R., *op. cit.*, pp. 64-79. Sobre la repercusión de algunos de estos argumentos en la jurisprudencia constitucional y su inserción en diferentes teorías, DORADO, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

³⁷ En los Estados Unidos, esta concepción de la Constitución da lugar al originalismo como posición sobre su interpretación, GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 60, «los argumentos originalistas parten del reconocimiento de que los jueces, en su tarea de “lectura” de la Constitución, se ven permanentemente forzados a interpretarla. Sin embargo, entienden que dicha tarea no presenta mayores complejidades: sólo se requiere estar capacitado para realizar las investigaciones que sean pertinentes en cada caso, y para “desentrañar” el sentido que originariamente se le otorgó a la Constitución. El argumento central del originalismo, posiblemente, consiste en afirmar que “no es necesario ir más allá de la Constitución” para entenderla, sino que lo que se requiere es “adentrarse en ella”, hasta encontrar los significados que hoy no nos resultan claros».

presentar como irracional el resultado de la interpretación conforme a tal criterio.

Entiendo que la circunstancia que se produce en relación con el Estado constitucional es que el propio Derecho articula un sistema de control en el que la decisión última la tiene un órgano que se organiza y funciona como un tribunal. En este contexto, pues, resulta imprescindible construir el esquema desde el cual se pueda dotar de legitimidad de las decisiones del órgano de control de constitucionalidad frente a las de aquel que tradicionalmente se considera portador de la legitimidad democrática.

La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy

Por JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN. 3. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA. 4. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS. 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Toda discusión acerca del concepto de derecho, por compleja y aparentemente novedosa que pueda ser, deviene, tarde o temprano, en una discusión acerca de la relación entre derecho y moral; se trata, en definitiva, de dilucidar si existe entre ambos algún tipo de conexión ineludible en algún sentido. Esta conexión sería de *necesidad*, si nos referimos al plano conceptual o analítico, o de *preferibilidad* (en cuanto dicha conexión sirve a la consecución de objetivos deseables), si nos situamos en el normativo. En relación con cualesquiera de los sentidos, conceptual o normativo, es posible reducir el debate a dos posiciones básicas: la *tesis de la separación* y la *tesis de la vinculación*¹. Según la primera, el concepto de derecho no incorpora necesi-

¹ En buena parte motivados por los ataques de Dworkin a las principales tesis del positivismo hartiano, han aparecido últimamente en el contexto anglosajón (en unos términos algo distintos de los aquí empleados) una serie de planteamientos que pretenden situarse a medio camino entre ambas posiciones. Estas corrientes «incorporacionistas» o «incluyentes» suelen desembocar, sin embargo, en dilemas que los sitúan en uno u otro lado del debate. Vid. BAYÓN, J. C. «Derecho, convencionalismo y controversia», en Navarro, P. E./Redondo, M. C. (comp.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, 2002, pp. 57-91; ESCUDERO ALDAY, R. *Los calificativos del positivismo jurídico*, Civitas, 2004.

riamente elementos morales (y tampoco es deseable que lo haga, desde un punto de vista normativo), de manera que es posible determinar la existencia y el contenido del derecho sin recurrir a argumentos morales, esto es, sobre la base exclusivamente de hechos sociales. En cambio, la tesis de la vinculación, y sin que ello suponga negar la presencia de elementos empíricos en la determinación del derecho, incorpora elementos morales a la definición del concepto de derecho.

Entre los intentos actuales de fundamentar tanto la verdad (analítica), como la preferencia de la tesis de la vinculación destaca el de Robert Alexy². El planteamiento del profesor alemán en defensa de la tesis de la vinculación está construido sobre tres argumentos: el *argumento de la corrección*, el *argumento de la injusticia* y el *argumento de los principios* (el primero y el tercero de ellos refutan las tesis positivistas desde un punto de vista analítico, el segundo, desde un punto de vista normativo).

Alexy incorpora una serie de distinciones que matizan el alcance de esta defensa de un concepto no positivista. En primer lugar, distingue entre las perspectivas del participante y la del observador. Según Alexy, adopta la *perspectiva del participante* «quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado», mientras que adopta la *perspectiva del observador* «quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico»³. La corrección de la tesis de la vinculación en ambos sentidos, analítico (conceptual) y normativo, se da únicamente en el marco de la perspectiva del participante⁴.

Otra distinción especialmente relevante para determinar el alcance de la tesis de la vinculación formulada por Alexy es la que distingue entre conexiones clasificantes y cualificantes. Se trata de una conexión *clasificante* cuando «las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales o normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos», mientras que una conexión *cualificante* es aquella en función de la cual «normas o sistemas jurídicos que satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos, pero son normas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no

² Vid. sus primeras intervenciones en el frente antipositivista [«On necessary Relations between Law and Morality», *Ratio Juris* 2 (1989), pp. 167-183; «Zur Kritik des Rechtspositivismus», *ARSP Beiheft* 37 (1990), pp. 9-26] anticiparon lo que sería el concienzudo y elaborado estudio en defensa de la tesis de la vinculación titulado «El concepto y la validez del derecho» [en *Id. El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña), Geisha, Barcelona, pp. 13-130].

³ «El concepto y la validez del Derecho», p. 31.

⁴ Esta opinión es compartida, entre otros, por Garzón Valdés (vid. «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», en GARZÓN VALDÉS, E. *Derecho, Ética, Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 317-335).

meramente moral»⁵. En realidad, desde un punto de vista conceptual, lo relevante no es la efectiva satisfacción o realización de este o aquel criterio moral, sino la formulación misma de una pretensión de corrección en las normas o decisiones jurídicas. Así, en términos conceptuales, la tesis de la vinculación tendría en principio el carácter de una conexión clasificante, esto es, establecería como condición necesaria de la juridicidad el planteamiento de una pretensión de corrección. Pues bien, Alexy admite que, desde la perspectiva del observador y considerando únicamente las normas aisladas de un sistema jurídico, entre el derecho y la moral se daría únicamente una conexión cualificante, de manera que la constatación de la inmoralidad de una norma e incluso una ausencia total de pretensión de corrección en la misma, no supondría la negación de su carácter jurídico. O dicho de otro modo, que, en esos términos, la tesis de la separación es correcta, también en un sentido analítico o conceptual⁶. Respecto al sistema jurídico considerado como un todo, sin embargo, «la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria»⁷, forma parte del concepto de sistema jurídico. Aunque, desde un punto de vista meramente empírico, resulte altamente improbable la existencia de un sistema jurídico que no formule una pretensión de corrección, esto supondría ya un límite para la tesis de la separación incluso desde la perspectiva del observador. En cuanto al punto de vista del participante, ya se refiera a las normas jurídicas consideradas aisladamente o a los sistemas jurídicos en su conjunto, sólo sería correcta la tesis de la vinculación. En definitiva, salvo que adoptemos la perspectiva del observador y únicamente en relación con normas jurídicas aisladamente consideradas, Alexy sostiene que el concepto de derecho no puede (dimensión conceptual), ni debe (dimensión normativa), ser ajeno a los aspectos materiales del derecho.

En adelante, voy a revisar y cuestionar cada uno de los argumentos sobre los que descansa la propuesta no positivista de Alexy.

2. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN

Según el argumento de la corrección, las normas jurídicas, las decisiones judiciales, así como los sistemas jurídicos, formulan, en tanto que actos de habla regulativos, una pretensión de corrección. Esta pretensión de corrección no es, en lo esencial, distinta de aquellas pretensiones de verdad asociadas a los actos de habla asertivos e

⁵ *Idem.*, p. 32.

⁶ En este sentido, Alexy afirma que «existe un uso de la expresión “derecho” en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible» («El concepto y la validez del Derecho», p. 36).

⁷ «El concepto y la validez del Derecho», p. 40.

implica, igualmente, una pretensión u oferta de fundamentación y una expectativa de aceptación⁸. Esto es, la pretensión de corrección formarí­a parte del núcleo de significado de los actos de habla regulativos, propios del discurso práctico, y del que el razonamiento jurídico es un caso especial⁹. Alexy pretende demostrar el carácter necesario de la pretensión de corrección de los actos de habla regulativos mediante reducción al absurdo a partir de algunos ejemplos. Considérese, en primer lugar un precepto constitucional que estableciera:

(1) *X es una república soberana, federal e injusta.*¹⁰

Según Alexy, este artículo es defectuoso no ya sólo por razones *técnicas* (funcionales), *convencionales* o *morales*, que también, sino, y sobre todo, por razones *conceptuales* similares a las que hacen de la afirmación «el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo» un enunciado defectuoso. Un artículo como (1) es conceptualmente defectuoso porque contiene una contradicción performativa, esto es, lo que está explícitamente manifestado en el acto de habla contradice lo que está implícitamente presupuesto en el mismo: en el ejemplo, el legislador constitucional que niega la pretensión de corrección (justicia) que, necesariamente, está vinculada y presupuesta en el acto de sanción de una Constitución¹¹.

El segundo ejemplo es el siguiente fallo pronunciado por un juez:

(2) *El acusado es condenado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua*¹².

También en este caso, Alexy considera que se trata, esencialmente, de un error conceptual. Ciertamente, el juez vulnera, al pronunciar

⁸ ALEXY, R. «Recht und Richtigkeit», en Krawietz, W./Summers, R. S./Weinberger, O./von Wright, G. H. (eds). *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 3-19 (p. 6); *Id.* «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», en Wintgens, I. (ed). *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academics Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1999, pp. 23-45 (p. 24).

⁹ ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Trad. M. Atienza e I. Espejo), CEC, Madrid, 1997, pp. 34 y 207 y ss.; *Id.* «La argumentación jurídica como discurso racional», en A.A.V.V. *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 219-245; *Id.* «La tesis del caso especial», *Isegoría* 21 (1999), pp. 23-35.

¹⁰ «El concepto y la validez del Derecho», p. 42.

¹¹ MACCORMICK, desde posiciones muy similares, hace notar en apoyo de la tesis de la pretensión de corrección implícita en la propia idea de Derecho que hablamos de «administración de justicia» y no de «administración de injusticia» («Natural Law and the separation of Law and Morals», en GEORGE, P., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 105 ss., cita en p. 112).

¹² *Idem.*, p. 44. He traducido el término alemán «falsch» como «erróneo» y no como «falso», como suele hacerse, porque de otro modo el enunciado (3) carece, en mi opinión, de sentido (no alcanzo a entender qué significa que una interpretación del derecho es «falsa»).

esta sentencia, convenciones sociales; cosa que también haría, sin embargo, si dictara la sentencia con un aspecto descuidado o desaliñado («sin haberse afeitado y con una toga sucia», dice Alexy). Del mismo modo, contraviene las reglas de derecho positivo que le obligan a interpretar correctamente el derecho vigente; lo que también ocurriría, si el juez, ignorando que su interpretación es errónea, sostuviera que es correcta. Ahora bien, si el juez creyera erróneamente que su interpretación no es correcta, pero sí lo fuera, entonces, la sentencia no sería jurídicamente defectuosa, sino sólo conceptualmente. Quien pronuncia una sentencia como (2) comete una contradicción performativa, es como si no hubiera entendido cómo «usamos» o «hacemos» las decisiones judiciales¹³; toda sentencia judicial eleva una pretensión de que el derecho es aplicado correctamente, de manera que el contenido explícito de la sentencia contradice la pretensión implícitamente formulada con el acto institucional de juzgar.

En fin, estos ejemplos pretenden poner de manifiesto que los participantes en la práctica social en que, desde algún punto de vista, consiste el Derecho, plantean necesariamente, en distintos niveles (legislativo, judicial, etc.), pretensiones de corrección, que, en la medida en que contienen implicaciones morales, expresan una *conexión conceptual* entre Derecho y Moral. Sin embargo, esta conexión tiene un sentido distinto según se trate de normas o decisiones jurídicas consideradas de un modo individual, por un lado, o sistemas jurídicos, por otro. Respecto de las normas y las decisiones judiciales, la pretensión de corrección es relevante en un sentido exclusivamente *cualificante*, mientras que en relación a los sistemas jurídicos habría que distinguir entre la formulación y la satisfacción de la pretensión de corrección: respecto a lo primero, tiene (como ya ocurría en el plano del observador) relevancia *clasificante* o constitutiva de la juridicidad, en cuanto a lo segundo, se trata de una relevancia *cualificante*. Simplificando: las normas y decisiones jurídicas que no formulan o satisfacen la pretensión de corrección son, en cualquier caso, sólo jurídicamente deficientes; en cambio, el sistema normativo que ni siquiera formula una pretensión de corrección, no es un sistema jurídico, y el que simplemente no la satisface, es un sistema jurídicamente defectuoso¹⁴.

Contra este planteamiento se han formulado una serie de objeciones que afectan (i) a la relevancia de la perspectiva que se adopte en relación con la verdad de la tesis de la separación; (ii) a la consistencia interna del planteamiento (en concreto a cómo entender la afirmación de que la pretensión de corrección es, respecto de las normas y decisiones judiciales, relevante en un sentido meramente cualificante y no constitutivo); y, (iii) a los presupuestos teóricos que sustentan la tesis de la pretensión de corrección.

¹³ PAVLAKOS, G. «The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law», *Ratio Juris* 11 (1998), pp. 126-154, cita en p. 132.

¹⁴ «El concepto y la validez del Derecho», pp. 41-42.

(i) En primer lugar, se ha cuestionado que el punto de vista, interno (del participante) o externo (del observador), desde el que se considere una proposición pueda afectar al valor de verdad de la misma, ya que esto depende únicamente (de la correspondencia con los hechos) del objeto a que aquélla se refiere. Así, no se entiende bien que la tesis de la vinculación, expresada en el enunciado «la moral es un elemento necesario en la definición del concepto de derecho» sea verdadera únicamente cuando es formulada por un participante en un sistema jurídico determinado, salvo que se trate de dos conceptos de derecho distintos: prescriptivo en los participantes y descriptivo para el observador. En ese caso, el enunciado anterior contendría ya dos proposiciones distintas, y sería posible que una fuera verdadera y la otra no, pero, entonces, el fundamento de la distinción no estaría ya en la relevancia cognitiva del punto de vista adoptado en la identificación del derecho, sino de los distintos usos del lenguaje¹⁵. Como sabemos, según Alexy, adopta la perspectiva del participante quien participa en una argumentación acerca de lo que *está ordenado, prohibido y permitido o autorizado en un sistema jurídico*, mientras que adopta la del observador *quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico*, sino cómo se decide de hecho en el mismo; dicho de otro modo, quien pregunta acerca del resultado de las argumentaciones llevadas a cabo por los participantes. Alexy ha deslizado ya aquí los presupuestos para que su planteamiento resulte plausible, al menos aparentemente. La cuestión es qué se supone que (se) pregunta un participante. Cuando se discute acerca de *qué está ordenado, prohibido y permitido o autorizado en un determinado sistema jurídico*, ¿se está preguntando algo distinto a si una norma *N* pertenece o no al sistema jurídico *X? Y*, ¿no es eso mismo lo que hace el observador? La distinción sólo tiene sentido si ambos contestan cosas distintas; y, de hecho, según Alexy, es lo que hacen, pero no en función del punto de vista, sino de los criterios de pertenencia (con lo que ya tenemos dos conceptos de derecho distintos). Desde el punto de vista del observador, «pertenece al derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz»¹⁶, de manera que el enunciado «la norma *N* es derecho» será verdadero si satisface estas condiciones de verdad. Desde el punto de vista del participante, en cambio, sería posible afirmar: «*A* ha sido privado de su nacionalidad de acuerdo con los criterios válidos en Alemania y la pérdida de su nacionalidad es también socialmente eficaz pero, ¿es esto derecho?»¹⁷, o lo que es lo mismo, cuestionar si los efectos de la aplicación de una norma válida y eficaz son, en virtud de su contenido, derecho. Y esto

¹⁵ BULYGIN, E. «¿Hay una vinculación necesaria entre derecho y moral?», en Vázquez, R. (comp.) *Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998, pp. 217-218.

¹⁶ «El concepto y la validez del Derecho», p. 36.

¹⁷ *Ibidem*.

sólo es posible desde un punto de vista práctico, o sea, normativo. Pero entonces, mientras que el del participante es un concepto normativo (moral) de derecho referido a valores, el del observador es un concepto descriptivo referido a hechos. El par observador/participante conduce así a una pseudodisputa acerca del concepto de derecho en el plano analítico o conceptual. La perspectiva del participante no prueba nada, sino que, más bien, presupone ya un concepto normativo de derecho.

(ii) La segunda objeción se refiere a la posible contradicción que encierra la afirmación de que tanto los sistemas jurídicos, como las normas consideradas aisladamente y las decisiones judiciales formulan *necesariamente* una pretensión de corrección a la vez que, únicamente respecto de los sistemas jurídicos, podemos hablar de una conexión clasificante o constitutiva de la juridicidad. Como vimos, se da una conexión clasificante entre derecho y moral si la satisfacción de determinados criterios es condición necesaria de la juridicidad, mientras que se trata de una conexión cualificante cuando no lo es; de ahí resulta que la primera es una conexión conceptual y, por tanto, analítica, mientras que la segunda, en tanto contingente, es empírica. Si, como sostiene Alexy, la formulación de una pretensión de corrección constituye condición necesaria de la juridicidad (conexión cualificante) únicamente respecto de los sistemas jurídicos, pero no de las normas aisladas o las decisiones judiciales (conexión cualificante), entonces, y en clara contradicción con la tesis de la vinculación, la formulación de una pretensión de corrección no es condición necesaria de la juridicidad de las normas aisladas o las decisiones judiciales¹⁸.

Para escapar del problema de la contradicción, Alexy distingue entre una formulación *subjetiva* y otra *objetiva* (o institucional) de la pretensión de corrección¹⁹. En sentido estricto, sólo los individuos, en tanto capaces de actos de habla, pueden formular pretensiones de corrección: la validez de los actos jurídicos, judiciales o legislativos, realizados por las personas (participantes) en el contexto de un sistema jurídico deriva de las normas de competencia que confieren esos poderes a determinados sujetos que desarrollan, en el ejercicio de los mismos, un papel institucional al que –dice Alexy– está *necesariamente* asociada una pretensión de corrección en la medida en que el sistema jurídico considerado en su totalidad la formula. Así, cuando un juez, como en el fallo referido más arriba [(2)], contradice la pretensión de corrección, lo hace en un sentido meramente subjetivo; la actuación de los jueces o legisladores en tanto tales, incorpora ya, en un sentido objetivo, una pretensión de corrección. Así explica Alexy, sobre la base de la contingencia de la pretensión de corrección en tér-

¹⁸ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», en Aarnio, A./Paulson, S./Weinberger, O./von Wright, G. H./Wyduckel, D. (Hsg.) *Rechtsnorm und Rechtswirlichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 20-21.

¹⁹ ALEXY, R. «On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique», *Ratio Juris* 13 (2000), p. 145; «Recht und Richtigkeit», p. 4.

minos subjetivos, cómo es posible que la contravención de hecho por parte de legisladores, jueces y tribunales de la pretensión de corrección que necesariamente, desde el punto de vista institucional, formulan los actos jurídicos, no obstaculice que sigamos considerando jurídicas tales normas o decisiones. Los actos jurídicos individuales que no plantean dicha pretensión son, sencillamente, defectuosos (*faulty*).

Esta solución del problema de la contradicción nos conduce a un segundo problema asociado a la idea de una conexión cualificante basada en la pretensión de corrección: el problema de la trivialidad. Si sólo las conexiones clasificantes describen condiciones necesarias, las conexiones cualificantes, por tanto, describen condiciones contingentes que pueden darse o no, de manera que su concurrencia o falta de ésta en normas y decisiones judiciales no confirma o destruye su carácter jurídico. Alexy, sin embargo, y con la intención de salvar el carácter necesario de la pretensión de corrección, sostiene que las condiciones cualificantes también son necesarias en algún sentido: los sistemas jurídicos que no satisfagan la pretensión de corrección son *necesariamente* sistemas jurídicos defectuosos, del mismo modo que las normas y decisiones jurídicas que no formulen o satisfagan una pretensión de corrección son *necesariamente* normas y decisiones jurídicas defectuosas. Esto es, las condiciones cualificantes son definitorias (clasificantes) no ya de la juridicidad de un sistema normativo, una norma o una decisión, sino de cuándo éstos son defectuosos²⁰. Ahora bien, como sostiene Bulygin, esto resultaría trivial: es una verdad analítica que las normas jurídicas que no formulan una pretensión de corrección son defectuosas, pero eso sería lo mismo que afirmar que «las normas jurídicas defectuosas son defectuosas»²¹. Lo que, según Alexy, conferiría un carácter especial (y convierte esta afirmación en algo no tan trivial) al «defecto» de los sistemas, normas y decisiones jurídicos es el hecho de que la pretensión de corrección tiene un carácter constitutivo; el derecho que no realiza una pretensión de corrección es moralmente defectuoso (dimensión externa), pero, al mismo tiempo, y en la medida en que necesariamente formula, en un sentido objetivo y no contingente, dicha pretensión de corrección, que incluye una pretensión de corrección moral, se trata de un defecto jurídico (dimensión interna): «[I]a pretensión de corrección transforma los defectos morales en defectos jurídicos»²².

²⁰ ALEXY, R. «Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments», en Garzón Valdés, E. et al. (eds.). *Normative Systems in Legal and Modern Theory. Festschrift für Carlos Alchourrón und Eugenio Bulygin*, Dunker & Humblot, Berlin, 1997 [se cita por la versión española «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», en Alexy, R./Bulygin, E. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre el derecho y la moral* (Trad. e Intro. de P. Gaido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 53-84, referencia en pp. 65-67].

²¹ BULYGIN, E. «Alexy's Thesis of Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Iuris* 13 (2000), p. 135.

²² «On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique», p. 146.

En definitiva, la defensa de Alexy contra las acusaciones, primero de contradicción (basada en la distinción de una dimensión subjetiva y otra objetiva de la pretensión de corrección), y luego, de trivialidad (que presume el carácter constitutivo de la pretensión de corrección), descansa en una concepción de lo *conceptual* esencialista y teleológica²³ (en contraposición a una concepción convencional y arbitraria²⁴, que vaciaría lo conceptual, reduciéndolo a las características definitorias de los conceptos, cualesquiera que fueren éstas), que asocia al derecho la idea de corrección²⁵. Y, como intentan mostrar los anteriores ejemplos de Alexy, esta conexión estaría implícita en las reglas que constituyen el núcleo de significado de los actos de habla regulativos específicos del derecho, como son la creación de normas generales y su aplicación a casos particulares. Esta tesis es objeto de crítica en el siguiente apartado.

(iii) En última instancia, la conexión conceptual entre el derecho y la corrección (moral) descansa en una serie de presupuestos lingüísticos en relación con determinadas prácticas jurídicas (básicamente, la legislación y la aplicación del derecho) en tanto que actos de habla regulativos. Alexy no desarrolla una auténtica teoría en relación con esta cuestión, sino que, asumiendo las ideas fundamentales de Apel y Habermas, se limita a formular una serie de ejemplos que vendrían a mostrar cómo se da esa conexión. Aquí cabrían, por tanto, dos estrategias de ataque: una crítica general y frontal a la teoría del lenguaje subyacente en esta defensa de la tesis de la vinculación²⁶, o bien una crítica indirecta, que toma como objetivo inmediato los ejemplos sugeridos por Alexy. En este trabajo seguiré la segunda.

²³ En este sentido se refiere a la pretensión de corrección como un «universal jurídico material» [«Law, Discourse and Time», *ARSP Beiheft* 64 (1995), p. 103]. Una tesis muy similar a la de Alexy es sostenida por MACCORMICK en «Law, Morality and Positivism», en MacCormick, N./Weinberger, O. *An Institutional Theory of Law. New approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, pp. 127 y ss., en especial, pp. 140-141.

²⁴ Vid. WITTGENSTEIN, L., *Los cuadernos azul y marrón* (Trad. F. Gracia Guillén), Tecnos, Madrid, 1976, pp. 53-54.

²⁵ GAIDO, P., «Introducción», en Alexy, R./Bulygin, E. *La pretensión de corrección del derecho*, pp. 24-25; sobre el «esencialismo conceptual», vid. NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 28.

²⁶ Una crítica de este tipo puede verse en HILGENDORF, E., *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, pp. 131-157; GRIL, P., *Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 47-57; ENGLÄNDER, A., *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 41-68; *Id.* «Zur begrifflichen Möglichkeit des Rechtspositivismus. Eine Kritik des Richtigkeitsargument von Robert Alexy», *Rechtstheorie* 28 (1997), pp. 437-485, en especial, pp. 446-449; *Id.* «The Failure of Discourse Theory. Critical Remarks on Habermas' Moral and Legal Cognitivism», *Associations* 4 (2000), pp. 223-251; GUARIGLIA, O., *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, FCE, Buenos Aires, 1996, pp. 156-157.

Lo que aquí se cuestiona, por tanto, es que el ejemplo formulado por Alexy muestre una conexión conceptual entre derecho y moral. En este sentido, Eugenio Bulygin sostiene que, efectivamente, el enunciado (1) –X es una república soberana, federal e injusta– es defectuoso, pero, a diferencia de lo afirmado por Alexy, no desde todo punto de vista y, sobre todo, no por incurrir en contradicción. Para fundamentar esta tesis, analiza el enunciado desde distintas perspectivas posibles (considerándolo alternativamente como un enunciado descriptivo, normativo o una mera declaración política).

a) Si fuera contemplado como una *descripción*, podría ser verdadero o falso y no carecería en absoluto de sentido, pero, obviamente, no es este el caso: (1) forma parte de una constitución hipotética y tiene, por tanto, carácter prescriptivo.

b) Como *prescripción*, no tiene ningún sentido, del mismo modo que no lo tendría ordenar que «los países deben ser ricos o los árboles verdes»; que una constitución sea o no justa no es algo que pueda ser prescrito –sólo las acciones o sus consecuencias pueden serlo–, es una cuestión relativa a hechos²⁷.

c) En último lugar, cabría considerarlo como una *declaración política*²⁸. En este caso, tendría pleno sentido significativo (conceptual); no así, sin embargo, desde un punto de vista político, en que resultaría completamente inadecuado²⁹.

Contrario a este planteamiento, Alexy mantiene que un enunciado como (1) sigue un modelo típico de formulación de preceptos constitucionales y su sentido normativo es similar al que posee el artículo 20, párrafo 1, de la Ley Fundamental alemana: «La República Federal Alemana es un Estado federal, democrático y social», del que derivan cuatro principios constitucionales –república, democracia, Estado social y Estado federal– dirigidos a todos aquellos, poderes públicos o particulares, cuyas acciones puedan verse afectadas por dichos principios³⁰. En todo caso, aun admitiendo que tuviera sentido prescriptivo, cabría preguntarse si los enunciados normativos pueden ser autocontradictorios del mismo modo en que lo son los enunciados descriptivos, como parece admitir Alexy al equiparar el artículo constitucional al enunciado descriptivo del gato sobre el felpudo³¹. En el caso de los enunciados descriptivos o usos descriptivos del lenguaje, la contradicción performativa consiste en que, simultáneamente, se

²⁷ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», p. 22.

²⁸ Las «declaraciones políticas» pertenecen a un tipo de enunciados que no influyen sobre las consecuencias normativas del sistema, carecen de toda relevancia normativa (vid. ALCHOURRÓN, C./BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 106-107).

²⁹ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», p. 22.

³⁰ «La crítica de Bulygin al argumento de la corrección», pp. 75-77.

³¹ SILTALA, R. «Derecho, moral y leyes inmorales», *Doxa* 8 (1990), pp. 149-170, en especial, p. 166.

expresa *implícitamente*³² y se niega *explícitamente* una misma creencia; en el ejemplo, que «el gato está sobre el felpudo». Pero, ¿en qué podría consistir la contradicción en relación con un enunciado normativo como (1)? Del planteamiento de Alexy parece deducirse que incurre en tal contradicción quien admite abiertamente el carácter injusto del sistema jurídico que pretende instaurar. Esto, sin embargo, no es correcto. Pensemos en un legislador constituyente que reconociera en el propio texto constitucional que el sistema jurídico que ha creado está orientado a la satisfacción del interés de determinados grupos sociales y, en todo caso, de los ciudadanos de ese Estado frente a cualesquiera otras personas, así como a favorecer los medios que proporcionen la estabilidad de dicho sistema, ignorando muchas de sus propias convicciones morales y de justicia de inspiración universalista³³; ¿dónde está la contradicción (conceptual)? Sencillamente, no la hay.

Algo similar ocurre con el fallo: «El acusado es condenado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua» [(2)]. Considerado como una prescripción, (2) carece de todo sentido. Alexy confundiría aquí dos funciones del lenguaje: naturalmente que un juez puede opinar, según su propio criterio, acerca del contenido de justicia de una decisión o de su adecuación al derecho vigente; ahora bien, el fallo tiene carácter *normativo* (establece qué se *debe hacer* con el acusado o demandado), no *descriptivo*, de manera que una declaración del tipo de la incluida en (2), está fuera de lugar. Cuando un juez opina sobre su propia sentencia, «no está ya actuando como tal, esto es, no está pronunciando un fallo, sino manifestando su opinión personal acerca del mismo»³⁴. En este sentido, Neumann ha llamado la atención acerca de la necesidad de diferenciar entre el rol social de quien realiza un acto de habla y las reglas lingüísticas que lo rigen. Así, por ejemplo, quien en la entrega de un premio afirma: «Le concedo el premio X, aunque no lo merece», estaría defraudando las expectativas de comportamiento asociadas a su papel en la ceremonia de entrega (sobre la base de determinadas reglas sociales), pero, en ningún caso, puede decirse que su afirmación sea contradictoria³⁵. Efectivamente, no es infrecuente que la concesión de un premio obedezca a motivos distintos del mérito (al menos, del mérito declarado); sí lo es, en cambio, que se diga, rompiendo así las reglas de cortesía, en el momento de la entrega. No hay nada de contradictorio, desde un punto de

³² Esta expresión implícita de una creencia depende, a su vez de presupuestos, cuyo carácter convencional o no, no es discutido en este trabajo; es el caso del presupuesto de que los actos de habla asertivos (y me refiero aquí a genuinos actos de habla asertivos que no formen parte de estrategias de engaño o de otros usos del lenguaje, como el humor, etc.) plantean una *pretensión de verdad* [Vid. WEINBERGER, O., *Rechtslogik*, Dunker & Humblot, Berlin, 1989 (2.ª ed.), p. 54].

³³ Tomo el ejemplo, con ligeras modificaciones, de Armin ENGLÄNDER «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 444.

³⁴ BULYGIN, E. «Alexy und das Richtigkeitsargument», p. 23.

³⁵ NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, pp. 88-89.

vista lingüístico-conceptual, en afirmar que la propia decisión judicial es incompatible con el derecho vigente. La pretensión de corrección, entendida como pretensión de adecuación al derecho vigente, tiene un fundamento jurídico positivo, no lingüístico-conceptual; sencillamente, se espera que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, fallen a favor o en contra de la parte acusada o demandada conforme al derecho vigente, so pena de responsabilidad jurídica. Que (3) resulta un fallo absurdo, es algo que está fuera de toda duda: conecta unas consecuencias jurídicas a unos hechos y, a la vez, cuestiona la relación de imputación que fundamentaría dicha conexión normativa. Aquí lo que hay es, simple y llanamente, una contravención del principio de legalidad, que es un presupuesto de naturaleza jurídico-política. Para que hubiera una contradicción conceptual, habría que mostrar, y Alexy sólo lo presupone, un presupuesto lingüístico de igual contenido. Como he sostenido antes, la interpretación correcta del derecho vigente y la adecuación al mismo forma parte de una pretensión de corrección de fundamento jurídico positivo.

En fin, resulta discutible que (1) y (2) pongan de manifiesto una conexión conceptual entre derecho y moral por medio de una contradicción performativa entre la pretensión de corrección que Alexy (pre)supone implícita en los enunciados normativos y su contenido. Ciertamente, (1) y (2) son ejemplos de, respectivamente, un artículo constitucional y un fallo judicial defectuosos, pero, como se ha mostrado, es dudoso que lo sean por razones conceptuales.

3. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA

La aceptación del argumento de la corrección no implica, necesariamente, la aceptación de la tesis de la vinculación: un positivista podría objetar que la pretensión de corrección fundamenta, salvo en el supuesto remoto de los sistemas normativos que ni siquiera la formularan, una conexión cualificante, no clasificante. Consciente de esta limitación, Alexy hace entrar en juego al *argumento de la injusticia*, que consiste, básicamente, en una defensa de la así llamada *fórmula Radbruch*, según la cual, cuando las normas traspasan un determinado umbral de injusticia, pierden su carácter jurídico³⁶. Esta «tesis débil de la vinculación», como el propio Alexy la denomina³⁷, no exige un correlativo moral para toda norma jurídica, sino un marco de inmoralidad tolerable: el derecho no es *definido*, sino *limitado* por la moral, esto es, se trataría de una vinculación parcial entre derecho y moral³⁸,

³⁶ RADBRUCH, G. «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en *Id. Gesamtausgabe*. Bd. 3, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 83-93, cita en p. 89.

³⁷ «El concepto y la validez del derecho», p. 53.

³⁸ «A Defence of Radbruch's Formula», en Dyzenhaus, D. (ed.) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 1999, p. 17.

de manera que seguiría siendo posible desde esta perspectiva una actitud crítica frente al derecho³⁹.

A diferencia del argumento de la corrección, que se desarrolla en el plano analítico o conceptual, el argumento de la injusticia tiene carácter normativo. En cuanto problema normativo, el argumento de la injusticia se despliega en términos de preferibilidad de un concepto no positivista de derecho frente a uno positivista. La preferibilidad es siempre en relación con uno o varios fines considerados valiosos. Alexy analiza una serie de argumentos (que denomina como los argumentos *lingüístico*, de la *claridad*, de la *efectividad*, de la *seguridad jurídica*, del *relativismo*, de la *democracia*, de la *inutilidad*, y de la *honestidad*⁴⁰) que harían preferible, en su opinión, un concepto no positivista de derecho (tesis de la vinculación) o, en todo caso, no permitirían defender una clara preferibilidad de una concepción positivista de derecho (tesis de la separación). Estos argumentos se refieren, fundamentalmente, a tres cuestiones importantes: el problema de la eficacia de un argumento no positivista para combatir la injusticia manifiesta de algunos ordenamientos jurídicos (argumentos de la eficacia y de la inutilidad); la identificación del derecho y de su contenido (argumentos lingüístico, de la claridad y del relativismo); y, por último, la retroactividad del derecho (argumentos de la seguridad jurídica, de la democracia y de la honestidad). Aquí me ocuparé esencialmente de las dos primeras cuestiones.

La postura antipositivista a que conduce el argumento de la injusticia puede tener una enorme trascendencia práctica, como se ha puesto de manifiesto en algunos fallos de los tribunales alemanes en relación con hechos acaecidos durante el período del régimen nacionalsocialista⁴¹ o en la extinta República democrática alemana (RDA)⁴², que han negado el carácter jurídico de algunas leyes (promulgadas conforme a los procedimientos de creación de normas y obedecidas y aplicadas, esto es, válidas y eficaces) por razón de su contenido altamente injusto. Esto, sin embargo, no deja de ser la revisión de una situación histórica por parte de quienes detentan el poder tras el derrumbe de los

³⁹ «El concepto y la validez del Derecho», p. 53.

⁴⁰ *Idem.*, pp. 46-67.

⁴¹ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1968 en relación con el Decreto 11 que desarrollaba la Ley de Ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941, que privaba de la nacionalidad alemana por razón de la raza a los judíos emigrados (*vid.* «A Defence of Radbruch's Formula», pp. 18-19).

⁴² Alexy se ha ocupado por extenso del asunto de los centinelas del muro de Berlín (*Mauerschützen*) en varios trabajos: *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993; *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze von 24. Oktober 1996*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1997 [de este último existe traducción castellana: «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. 197-232].

sistemas políticos y jurídicos injustos: establece qué parte de todo aquello resulta ideológica y moralmente (in)asumible por el presente. Esta relevancia práctica a posteriori nada tiene que ver con el concepto de derecho, sino con la ideología y la moral dominantes en el momento histórico.

Que el derecho es un instrumento en manos del poder es una de las principales líneas de defensa del positivismo jurídico⁴³ frente al argumento de la indefensión formulado por Radbruch. Como es sabido, Radbruch responsabilizó al positivismo de haber dejado indefensos a los juristas alemanes frente a la injusticia legalizada y amparada por el derecho nacionalsocialista. Con el tiempo se ha visto que, como hipótesis histórica, el argumento de la indefensión, es manifiestamente falso⁴⁴; y, desde un punto de vista teórico, inaceptable⁴⁵, de manera que la cuestión de la eficacia para combatir la injusticia amparada por el derecho positivo no queda resuelta mediante la tesis simplista de que para el formalismo positivista cualquier norma, por muy indeseable que resulte desde un punto de vista moral, puede ser una norma jurídica, lo que dejaría sin argumentos a los juristas. El segundo paso en la defensa del positivismo fue darle la vuelta al argumento de la indefensión: es precisamente el concepto no positivista de derecho, al asociar elementos morales a la validez, el que propicia situaciones de legitimación y obediencia acrítica del derecho.

Como vimos más arriba, el riesgo de pérdida de la actitud crítica no afecta a planteamientos como el de Alexy, que admite la juridicidad de normas injustas, pero tolerables. No obstante, el estado de la cuestión ha desplazado la carga de la argumentación, situando ahora a los no positivistas en situación de tener que justificar que un concepto de derecho no positivista no es menos eficaz o, en su caso, algo más eficaz para combatir la injusticia legal que un concepto positivista de derecho. Alexy despliega aquí dos líneas de argumentación: el argumento de la *praxis jurídica* y el *efecto de riesgo*.

Según el argumento de la *praxis jurídica*, si existe un consenso en la comunidad jurídica acerca de la necesidad de que las disposiciones estatales satisfagan determinados contenidos mínimos de justicia, «se dispone ya de una argumentación jurídica enraizada en la *praxis jurídica* y no sólo de una argumentación moral para enfrentarse a los actos de un régimen injusto»⁴⁶. No escapa al propio Alexy la escasa resistencia que un consenso de este tipo ofrece frente a un régimen

⁴³ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (trad. G. Carrió), 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 259-260.

⁴⁴ GARZÓN VALDÉS, E., «Notas sobre la Filosofía del Derecho alemana actual» y «Derecho natural e ideología», en *Id.*, *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, pp. 235 y ss. (cita en p. 237) y 145 y ss., respectivamente.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, GARCÍA AMADO, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», en *Id.*, *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fé de Bogotá, 1997, pp. 233 y ss.; FÜßER, K., «Rechtspositivismus und gesetzliches Unrecht. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende», *ARSP* 78 (1992), pp. 301-331.

⁴⁶ «El concepto y la validez del Derecho», p. 55.

injusto, de manera que la efectividad del argumento de la praxis jurídica se referiría principalmente a regímenes injustos débiles en su fase inicial. Sea como fuere, este argumento está de más en relación con los sistemas jurídicos que ya incorporan en sus constituciones ciertos principios fundamentales de justicia; ¿qué aportaría un concepto de derecho no positivista en un panorama como éste? ¿Acaso podría ofrecer una resistencia mayor que la que ya ofrece la propia constitución? Parece que no. Al fin y al cabo, el argumento de la praxis jurídica incurre en el mismo error que el argumento de la indefensión de Radbruch: pensar que los argumentos jurídicos tienen, por sí mismos, una capacidad o efecto práctico del que los argumentos morales carecen. Pero, sean del tipo que sean, los argumentos por sí mismos carecen de capacidad para determinar la realidad. La fuerza de los argumentos jurídicos no reside en que sean jurídicos, sino en que todos, o la mayoría de nosotros, nos sentimos obligados por ellos, creemos que las normas jurídicas están para ser cumplidas y las sentencias para ser ejecutadas. Resulta irrelevante de qué tipo de argumentos dispongamos para enfrentarnos a un orden injusto cuando éste se convierte en la ideología dominante. La experiencia nacionalsocialista y otras muchas han mostrado que ningún concepto de derecho proporciona inmunidad frente a ideas e interpretaciones aberrantes de las disposiciones legales y, en general, contra prácticas jurídicas moralmente insoportables⁴⁷; como sostiene Engländer en relación con aquella etapa de la reciente historia alemana, «el problema no radicó en el antagonismo de un derecho injusto, pero efectivo, y una moral correcta, pero impotente, sino, más bien, en la coincidencia de la moral dominante y el derecho»⁴⁸.

Las consecuencias favorables de un concepto no positivista de derecho se anticiparían en el tiempo también en el plano individual en lo que Alexy denomina el «efecto de riesgo»: la adopción de un concepto no positivista del derecho puede favorecer y/o acelerar el derrumbe de los sistemas injustos o, al menos, reducir el grado de injusticia porque las perspectivas de responder judicialmente ante un

⁴⁷ Es el caso, por ejemplo, de las leyes de frontera de la extinta RDA. Para un análisis del contraste entre la legislación vigente entonces y la interpretación y aplicación de la misma, véase, JAKOBS, G. «Crímenes del Estado-Ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?», *Doxa* 17-18 (1995), pp. 445-467; NEUMANN, U. «Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA», *Doxa* 17-18 (1995), pp. 435-444; ALEXY, R. *Mauerschützen*; *Id.* «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal»; DREIER, R. «Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes», en HAFT, F. *et al.* (Hg.) *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 57-70; DANNECKER, G./STOFFERS, K., «Rechtsstaatliche Grenzen für die Strafrechtliche Aufarbeitung des Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze», *JZ* (1996), pp. 490-494; AMELUNG, K., «Strafbarkeit von Mauerschützen», *Jus* (1993), pp. 637-643; ARNOLD, J./KÜHL, M., «Probleme der Strafbarkeit von Mauerschützen», *Jus* (1992), pp. 991-997.

⁴⁸ ENGLÄNDER, A., «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 458.

hipotético, pero, a la vez, seguro, derrumbe del sistema, desincentiva la participación en la injusticia, incluso de aquéllos que comparten sus fundamentos⁴⁹. El argumento del efecto del riesgo será un buen argumento en la medida en que lo sea la predicción que contiene. Esta predicción tiene su fundamento en un cálculo de utilidad, o sea, en la prudencia de las personas. Pues bien, de entrada, el efecto de riesgo resulta inocuo frente a los fanáticos, figura nada ajena a los sistemas de extrema injusticia, dicho sea de paso, que si algo no hacen, son cálculos de utilidad; al menos, en términos comprensibles para el sentido medio de la prudencia. Pero es que tampoco en relación con aquéllos que sí pueden verse potencialmente influidos por el «riesgo» de ser juzgados en el futuro resulta plausible el argumento. El participante en un sistema de extrema injusticia (por voluntad propia o por otro tipo de razones, por ejemplo, profesionales) se enfrenta a dos riesgos: de un lado, el riesgo a que se refiere Alexy, que es un riesgo incierto y a más o menos largo plazo, de ser juzgado como participante en un sistema de extrema injusticia tras el derrumbe de éste por los participantes en un sistema posterior; y, de otro lado, el riesgo, inmediato en el tiempo, de ser juzgado como opositor al régimen extremadamente injusto del que el agente se niega a formar parte. A la proximidad en el tiempo hay que unir otra circunstancia: las garantías del proceso. Es probable que a un sistema extremadamente injusto le suceda un sistema que incorpore ciertas garantías procesales, respete el principio de proporcionalidad de las penas y reconozca ciertos derechos en el cumplimiento de éstas. En cambio, ya sabemos cómo juzgan los sistemas totalitarios, precisamente para desincentivar la disidencia, la negación de obediencia o a aquéllos que, de un modo más o menos disimulado, se oponen al régimen (procesos sumarios, por lo general, carentes de ningún tipo de garantías). Pero es que también podría suceder que a un sistema extremadamente injusto siga otro sistema injusto, como de hecho ocurrió tras la guerra en la Alemania oriental, donde el totalitarismo nacionalsocialista dio paso al totalitarismo soviético. Desde un punto de vista estrictamente prudencial y no moral (que es de lo que se trata en este argumento del «efecto de riesgo»), ante esta posibilidad ¿qué motivos puede tener un demócrata para, poniendo en riesgo su vida y la de los suyos, plantar cara al sistema? En mi opinión, Alexy no tiene en cuenta algunos factores, entre ellos la incertidumbre, que hacen bastante implausible el argumento de la efectividad⁵⁰.

Hay un último aspecto problemático del argumento del «efecto de riesgo» que conecta directamente con el asunto de la identificación del derecho, en especial, con el argumento del relativismo. La efectividad de un concepto no positivista de derecho (en los térmi-

⁴⁹ «El concepto y la validez del Derecho», p. 56.

⁵⁰ Una argumentación similar en ENGLÄNDER, A., «Zur begrifflichen Möglichkeit der Rechtspositivismus», pp. 458-459 y DORADO PORRAS, J. *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 114-116.

nos que describe el argumento del efecto de riesgo) presupone, no sólo la asunción por los juristas de un tal concepto de derecho, sino la percepción de la injusticia extrema e insoportable que ya no es derecho y cuya obediencia o aplicación constituiría el principal cargo contra ellos en un futuro (y, por ahora, hipotético) juicio. Si no se es capaz de identificar la injusticia extrema e insoportable, resultaría irrelevante, desde el punto de vista de la efectividad, la adopción de un concepto no positivista de derecho. La identificación del límite, dónde comienza el umbral de la injusticia insoportable, no es algo fácil. El propio Radbruch admite que «resulta complicado establecer la frontera entre las normas injustas, pero todavía jurídicas, y las insoportablemente injustas»⁵¹; y no se avanza demasiado en claridad al afirmar, como hace Alexy, que el límite de lo soportable lo constituyen «exigencias morales mínimas», como los derechos humanos elementales a la vida y a la integridad física⁵². Alexy pretende salvar la dificultad para establecer nítidamente un límite de lo soportable vinculando el aspecto material y el epistemológico de la corrección: «cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento»⁵³, o lo que es lo mismo, que lo (más) insoportable resulta (más) evidente.

Sin embargo, esta especie de intuicionismo moral al que recurre para establecer el límite de la injusticia extrema resulta cuestionable. El hecho de que no sólo no sea descartable, sino muy probable (tanto más probable cuanto más nos acerquemos al límite de lo soportable), la hipótesis de una pluralidad de percepciones de la evidencia, pone de manifiesto la carencia de un criterio objetivo de decisión⁵⁴. Percibimos como evidente, principalmente, aquello que hemos interiorizado en el proceso de socialización⁵⁵; así, la percepción de la injusticia extrema e intolerable, evidente al fin y al cabo, depende en su mayor parte, si no en toda, de las convicciones morales vigentes en la comunidad, lo que sitúa a la evidencia más como «una expresión de aceptabilidad en el sentido (...) de adhesión a una determinada forma de vida», que como un signo de racionalidad u objetividad⁵⁶.

⁵¹ RADBRUCH, G. «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», p. 89.

⁵² «El concepto y la validez del Derecho», p. 54.

⁵³ *Idem*, p. 57.

⁵⁴ *Vid.* SIECKMANN, J.-R., «Die “Radbruch’sche Formel” und die Mauerschützen», *ARSP* 87 (2001), pp. 497-515.

⁵⁵ El propio Alexy acepta supuestos de «ceguera moral» provocada por ofuscación ideológica o fanatismo para justificar la posibilidad de un error de prohibición invencible en casos de extrema injusticia en el asunto de los «Mauerschützen» (*Mauerschützen*, p. 24). Para un completo tratamiento de esta cuestión, véase el capítulo IV del libro de DAVID FELIP I SABORIT, *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 209-253.

⁵⁶ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998, p. 379.

4. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS

Mientras que el argumento de la injusticia conecta derecho y moral en el plano de la validez mediante la incorporación de contenidos morales mínimos al concepto de derecho (aquellos cuya vulneración constituye una injusticia insoportable), el *argumento de los principios* lo hace en el plano de la interpretación y aplicación del derecho, estableciendo, desde el punto de vista del participante, un vínculo conceptual y cualificante⁵⁷. El argumento, cuyo presupuesto fundamental es la distinción entre reglas y principios⁵⁸, consta de tres partes.

En primer lugar, Alexy afirma que «todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios» (*tesis de la incorporación*)⁵⁹. Como tesis empírica, la tesis de la incorporación es verdadera, pero también contingente, y por ello, irrelevante para el debate acerca del concepto de derecho. La presencia de principios en el sistema jurídico puede ser asumida por un positivista sin renunciar a la tesis de la separación, ya que la incorporación de principios al derecho positivo y el vínculo con la moral que dicha incorporación fundamenta puede resolverse como una cuestión de validez o pertenencia al sistema, sin recurrir necesariamente a un concepto normativo de derecho. La cuestión es si la tesis de la incorporación es necesariamente verdadera. Para ello habría que preguntarse si es posible pensar en algún sistema jurídico que no los incorporara, porque de ser así, la tesis de la incorporación, como tesis conceptual, es falsa. Para Alexy, la tesis de la incorporación se vería confirmada por la necesidad de ponderar que tiene el aplicador jurídico (o participante) en los casos difíciles: «cuando alguien realiza una ponderación, entonces necesariamente se apoya en principios»⁶⁰.

La corrección del argumento de Alexy descansa en dos asunciones: la necesidad de ponderar en los casos difíciles y el carácter jurídico de los principios involucrados en la ponderación. Lo primero depende en gran medida de qué se entienda por un sistema jurídico «mínimamente desarrollado». Desde luego que es factible pensar en un sistema jurídico muy simple en el que la posibilidad de que se produjeran casos difíciles fuera muy remota, pero, ¿sería eso un sistema mínimamente desarrollado? El problema de la tesis de la incorporación como tesis conceptual, es que esconde, en su indeterminación, una petición de principio, ya que, aunque no lo diga expresamente,

⁵⁷ «El concepto y la validez del Derecho», p. 75.

⁵⁸ Vid. ALEXY, R. «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *Rechtstheorie, Beiheft 1* (1979), pp. 59-87; «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», *ARSP, Beiheft 25* (1985), pp. 13-29; «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa 5* (1988), pp. 139-151; y *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. E. Garzón Valdés), CEC, Madrid, 1997, en especial, pp. 81 y ss.

⁵⁹ *Idem*, pp. 75-76.

⁶⁰ «El concepto y la validez del Derecho», p. 77.

parece presuponer que un sistema desarrollado es aquél susceptible de producir casos difíciles en los que es necesaria la ponderación. Sólo así, como definición, resulta necesariamente verdadera la tesis de la incorporación, en relación con los casos difíciles.

En cuanto a lo segundo, ¿cómo se justifica que los principios que intervienen en la ponderación son principios jurídicos y no meramente principios morales (lo que confirmaría la tesis positivista de la discrecionalidad)? Alexy sostiene aquí dos argumentos. Por un lado, que, para el participante en la praxis jurídica, el sistema jurídico no es sólo un sistema de normas, sino también un sistema de procedimientos: los principios que son tomados en cuenta por el participante en el procedimiento de decisión y fundamentación del fallo pertenecen, en cuanto parte de dicho procedimiento, al sistema jurídico⁶¹. Este primer intento no parece satisfacer ni al propio Alexy, que ensaya otra vía recurriendo al argumento de la corrección. La pretensión de corrección que necesariamente formula toda decisión jurídica, obliga, en los casos dudosos, a ponderar entre las alternativas de decisión; y en cuanto que se trata de una pretensión asociada a toda decisión jurídica, es una «pretensión jurídica y no meramente moral»⁶². Esto significaría que en todos los sistemas jurídicos para los que son pensables casos dudosos, los principios son, por razones jurídicas y no sólo morales, elementos necesarios del mismo.

Desde las filas positivistas se ha puesto en duda que el argumento de la corrección pueda justificar el carácter jurídico de todos los principios que intervienen en el razonamiento jurídico: la pretensión de corrección que formulan las decisiones jurídicas no es una pretensión de corrección moral, sino una pretensión de corrección jurídico-positiva, relativa al marco del ordenamiento jurídico vigente, esto es, relativa a los principios jurídicos, bien se trate de principios reconocidos explícitamente por el ordenamiento jurídico (o derivados de normas), bien de principios pertenecientes a la estructura profunda del orden positivo. Por otro lado, la toma de decisiones jurídicas se rige por normas metodológicas de carácter político y no por reglas de uso del lenguaje: cuándo el intérprete o decisor jurídico tiene la obligación jurídica de considerar principios extrajurídicos en sus decisiones es algo que no puede ser determinado sobre la base de presupuestos lingüísticos, sino en función del derecho positivo, y, en ningún caso, afecta a la naturaleza extrajurídica (previa a su incorporación mediante una decisión jurídica) de dichos principios⁶³.

En todo caso, la presencia de principios en el sistema jurídico no confirma ningún tipo de conexión necesaria entre el derecho y la

⁶¹ Acerca de la idea del sistema jurídico como sistema de normas y procedimientos, *vid.* ALEXY, R. «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems», *ARSP. Beiheft* 44 (1991), pp. 30-44.

⁶² «El concepto y la validez del Derecho», p. 78.

⁶³ ENGLÄNDER, A. «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 476; en un sentido similar, GARCÍA FIGUEROA, A. *Principios y positivismo jurídico*, p. 392.

moral. Para ello, Alexy avanza una segunda tesis de su argumento, la *tesis moral*. En ella sostiene que los principios traídos al razonamiento jurídico para la satisfacción de la pretensión de corrección pertenecen a *alguna* moral (versión débil de la conexión necesaria entre derecho y moral)⁶⁴, de manera que tienen la doble propiedad de pertenecer simultáneamente al derecho y a la moral. «Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales –sostiene Alexy–, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas. Si se quiere recurrir a la ambigua dicotomía de forma y contenido, se puede decir que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas»⁶⁵.

Como ocurría en el argumento anterior, hay que afinar la vista para ver qué tesis del positivismo se ve aquí comprometida. Desde luego que la identidad de contenidos entre el derecho y la moral, muchas veces consecuencia de la recepción en el derecho, también en los razonamientos de los jueces, de las deliberaciones morales que tienen lugar en una comunidad, es algo que no incomoda en absoluto la tesis de la separación positivista: se trata de una cuestión empírica y, por tanto, constituye una relación contingente. El problema surge cuando, como hace Alexy, se pretende justificar una conexión necesaria a partir de esta relación meramente empírica entre los contenidos del derecho y cualquier moral⁶⁶. Que algo tenga lugar de hecho, incluso de una forma generalizada y muy extendida, no implica que *necesariamente* tenga que ser así.

Por otro lado, la dicotomía forma-contenido resulta fallida en relación con el razonamiento jurídico. Cuando se decide conforme a los principios reconocidos, explícitamente o no, por el ordenamiento, no sólo la forma, sino también el contenido, con independencia de si éste es coincidente o no con alguna moral, son jurídicos. Si, por el contrario, se toma una decisión considerando principios que no están previamente incorporados al ordenamiento jurídico, esto es, conforme a criterios no jurídicos, el contenido de la misma es netamente moral. En cuanto a la forma, no entiendo qué podría hacer de ese razonamiento moral un razonamiento *formalmente* jurídico que, a su vez, justificara la doble pertenencia de los principios a la moral y al derecho simultáneamente. Se supone que no se utiliza la expresión «formalmente jurídico» en el sentido en que lo hacen los realistas, como sinónimo de aparentemente jurídico, sino en referencia a la incorporación de dichos principios en un razonamiento jurídico, pero eso sería como decir que una ley de la física que sirve como fundamento probatorio en un razonamiento jurídico tiene la doble propiedad de ser una ley física y jurídica simultáneamente.

⁶⁴ «El concepto y la validez del Derecho», p. 79.

⁶⁵ *Idem*, p. 80.

⁶⁶ ENGLÄNDER, A., «Zur begrifflichen Möglichkeit del Rechtspositivismus», p. 477.

Queda un último punto. Aunque de un modo discutible, la *tesis moral* pretendía fundamentar una conexión necesaria entre derecho y alguna moral. En el tercer tramo del argumento de los principios, la *tesis de la corrección*, Alexy da un paso más al afirmar la existencia de una conexión conceptual o necesaria entre derecho y moral, no ya con alguna o cualquier moral, sino con la moral *racional* o *correcta*. En cuanto tesis conceptual, la tesis de la corrección no se vería confirmada por el simple hecho de que los principios que forman parte del derecho positivo fueran coincidentes con los contenidos de esta moral racional (como ocurre en muchas de las actuales constituciones occidentales), ya que esto justificaría únicamente una conexión contingente. Para justificar una conexión conceptual entre derecho y moral, Alexy recurre, de nuevo, a la pretensión de corrección: la pretensión de fundamentabilidad que incorpora la pretensión de corrección no se refiere a *alguna* o *cualquiera* moral, sino a una moral *fundamentable* o *correcta*⁶⁷. Ahora bien –continúa Alexy– «fuera del ámbito del argumento de la injusticia, es decir, antes del umbral de la injusticia extrema, sólo la pretensión y no su realización puede crear una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta»⁶⁸.

Pero, precisamente porque la formulación de la pretensión de corrección no es más que una pretensión de moralidad fundamentada, no excluye la posibilidad de fundamentación sobre la base de una concepción moral aberrante, de manera que la tesis de la corrección no muestra cómo los principios conectan el derecho con la moral correcta⁶⁹, sino más bien con una inclinación o disposición a la corrección presupuesta en las reglas que rigen nuestros usos lingüísticos regulativos.

Aquí deben ser hechas dos observaciones. Primero, en cuanto disposición o actitud moral sin más, la pretensión de corrección es compatible con cualquier código moral⁷⁰. Siendo esto así, no se ve cuál es la diferencia entre la *tesis moral* defendida en el segundo punto del argumento de los principios y la *tesis de la corrección*. La clave está –sostiene Alexy– en que la pretensión de fundamentabilidad vinculada a la pretensión de corrección «conduce a las exigencias que, por lo menos, debe satisfacer una moral a fin de no ser identificada como falsa moral e igualmente a las exigencias que una moral tiene que cumplir en una medida lo más alta posible a fin de poder aspirar a ser una moral correcta»⁷¹. Pero más allá de algunas cuestiones obvias, por manifiestamente falsas o de una inmoralidad extrema (algo no exento

⁶⁷ «El concepto y la validez del Derecho», p. 82.

⁶⁸ *Idem*, p. 83.

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 78.

⁷⁰ El propio Alexy sostiene que «el juez que aplica el principio de la raza y del líder formula con su decisión una pretensión de corrección», aunque más tarde afirma que el intento de fundamentación de un principio racista «no satisface las exigencias mínimas de una fundamentación racional» («El concepto y la validez del Derecho», pp. 82 y 84, respectivamente).

⁷¹ «El concepto y la validez del Derecho», p. 84.

de dificultades), o presupone algún tipo de teoría moral objetiva o la pretensión de fundamentabilidad es una exigencia vacía.

Segundo, el hecho de que los principios positivos de un sistema jurídico satisfagan determinadas exigencias morales no permite concluir necesariamente que como tales principios jurídicos eleven una pretensión de corrección moral. La valoración moral de un estado de cosas resultante de una decisión política es algo distinto a la intención (fin) que la inspira, de manera que no toda situación valiosa desde un punto de vista moral (por ejemplo, una decisión jurídica justa que, a su vez, es estrictamente compatible con el derecho positivo) debe ser vista necesariamente como la realización de una pretensión de corrección y, según la *tesis moral*, de corrección moral en algún sentido. En fin, nada en el derecho o en la praxis jurídica muestra esa conexión necesaria entre derecho y moral. El único sustento de la tesis de la vinculación es aquí la teoría lingüística de las pretensiones de validez (argumento de la corrección), cuya proyección al razonamiento práctico plantea no pocos problemas, sobre todo en relación con el contenido de la corrección en los distintos contextos prácticos⁷². Mientras en el plano teórico la pretensión de verdad se ve confirmada o no en los discursos teóricos por un único criterio –la correspondencia con el mundo–, la pretensión de corrección propia de los discursos prácticos se enfrenta al problema de la fragmentación de la razón práctica en diversos contextos de acción: moral, político, jurídico, pragmático, etc. Cuál sea el contenido de la pretensión de corrección (y, visto desde otro punto de vista, qué confirmaría dicha pretensión, es decir, qué la haría válida) en cada contexto práctico es algo previo, presupuesto en el correspondiente discurso. La afirmación de que la pretensión de corrección que formulan los actos jurídicos de legislación y aplicación de normas incorpora contenidos de moralidad (lo que confirmaría la tesis conceptual de la vinculación), es un presupuesto de la pretensión de corrección, no algo que derive de la misma, de manera que el vínculo conceptual entre derecho y moral no puede explicarse como consecuencia de la pretensión de corrección. Sólo si presupone-mos un concepto de derecho no positivista podemos sostener que la pretensión de corrección que formulan los actos jurídicos contiene elementos morales; pero eso (a qué llamamos derecho y qué es una decisión jurídica correcta o justificada) es precisamente lo que se discute.

5. CONCLUSIÓN

Hasta este punto, la defensa de un concepto no positivista de derecho por parte de Alexy no resulta convincente, ni como tesis concep-

⁷² Sobre la diversidad de discursos prácticos, *vid.* HABERMAS, J. *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Trad. M. Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998, pp. 172 y ss. y 227 y ss.; *Id.* «Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica», en *Id. Aclaraciones a la ética del discurso* (J. Mardomingo), Trotta, Madrid, 2000, pp. 109-126.

tual, ni como tesis normativa. Desde un punto de vista normativo (argumento de la injusticia), un concepto de derecho no positivista no sólo no resulta más eficaz que un concepto positivista para combatir la injusticia legal, sino que supone, además, la asunción de algún tipo de objetivismo moral, siempre difícil de justificar. Desde un punto de vista analítico o conceptual (argumento de la corrección/argumento de los principios), la cuestión del concepto de derecho tampoco queda resuelta en el planteamiento de Alexy, puesto que la pretensión de corrección presupone ya la tesis de la vinculación, que es lo que se pretende demostrar. No obstante, esto no cierra el debate. La cuestión de fondo es la relación entre los distintos contextos de la razón práctica. Un concepto no positivista de derecho presupone el *principio de unidad del razonamiento práctico*; así Alexy⁷³. Según este principio, la *corrección* es una categoría absoluta y unívoca, de manera que, predicada de una decisión o argumento, lo es en un sentido único y definitivo⁷⁴. Esto no supone la negación de la existencia de una diversidad de discursos prácticos (moral, político, jurídico), sino el establecimiento entre ellos de una relación de *prioridad* que hace descansar la unidad de la razón práctica en las razones morales (argumentos universalizables). Así, todo deber justificado lo es también, y necesariamente, en un sentido moral, o mejor dicho, todo deber, cualquiera que sea el discurso práctico en que se debate, o está justificado (en un sentido único) o no lo está. No cabe, por tanto, decir que un mismo deber u obligación está justificado jurídicamente, pero no moralmente. Para quien defienda el principio de unidad de la razón práctica, las pretensiones de corrección formuladas por los actos jurídicos de creación y aplicación de normas contienen, aunque no únicamente, aspectos morales. Pero, como se ve, el vínculo entre derecho y moral que plantea la pretensión de corrección es anterior a ésta, no consecuencia de la misma. Los defensores de un concepto positivista de derecho sostienen, en cambio, la *independencia* de los distintos contextos prácticos y de los respectivos discursos, en cada uno de los cuales el deber o la obligación de seguir un curso de acción o abstenerse de hacerlo tiene un sentido específico propio que no está supeditado a su confirmación moral en última instancia. Desde este punto de vista, qué sea derecho o qué constituya una decisión jurídica justificada (es decir, cuál es el contenido de la pretensión de corrección que formulan los actos jurídicos de creación y aplicación normativa) es una cuestión interna que se resuelve en términos de validez y sujeción a la ley. Por lo visto hasta aquí, los presupuestos que rigen nuestros usos lingüísticos tienen mucho que ver con nuestros presupuestos metaéticos y quizá la discusión acerca del concepto de derecho haya que comenzarla desde este punto.

⁷³ «La tesis del caso especial», *Isegoría* 21 (1999), pp. 23-35, en especial, p. 28.

⁷⁴ Vid. REDONDO, M. C. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pp. 239 y ss.

Consideraciones sobre poder y formas políticas en el pensamiento de la contrarrevolución

Por ENRIQUE V. DE MORA QUIRÓS

Universidad de Cádiz

SUMARIO: Como reacción a los principios de la Revolución Francesa, Europa conoce durante la primera mitad del siglo XIX, y sobre todo en su primer tercio, un conjunto de pensadores que, bajo diversas denominaciones, intentaron oponer al liberalismo y sus valores un pensamiento alternativo sustentado en categorías teológico-autoritarias. Dichos autores registraron en su espíritu la profunda conmoción del fenómeno revolucionario y orientaron su esfuerzo a restaurar los valores que la Revolución había arrastrado: Origen divino de la ley, monarquía autoritaria y sociedad jerarquizada forman así una trilogía básica para entender el pensamiento reaccionario europeo, del que Francia da importantes ejemplos. En ellos late también el espíritu romántico, siquiera sea en la agitación interior que vibra en algunos de sus escritos.

1. INTRODUCCIÓN

La obra de Saint-Martin, *Des Erreurs*, fechada en 1775, puede ser tomada como referencia anticipada que señala el cansancio frente a las ideas revolucionarias e individualistas que estallaron en la Revolución Francesa¹. Más adelante, cuando Francia queda maltrecha por los esfuerzos revolucionarios y por las consecuencias que se siguieron desde ellos, la mentalidad conservadora y legitimista se manifestó en

¹ En este sentido, cfr. MICHEL, H., *L' idée de l' Etat. Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution. Troisième édition, revue*, Paris, Librairie Hachette, 1898, p. 108.

toda su amplitud, entre 1815 y 1830. El Congreso de Viena y la Santa Alianza fueron frutos maduros de esta mentalidad, por su guerra declarada al gobierno representativo y su deseo de instaurar un orden presidido por la religión. Se trataría de poner de manifiesto, frente al racionalismo ateo o vagamente deísta de la Revolución, un sistema teocrático en el que Dios fuera el origen de toda soberanía, y el Estado una manifestación de Su voluntad. Frente a la exaltación de los derechos del hombre, una Declaración de Derechos de Dios y un conjunto de valores alternativos y contrapuestos a los típicamente revolucionarios². Así, la dimensión social del hombre como respuesta a la exaltación de lo individual propia del iusnaturalismo moderno³. En el terreno político, el pensamiento conservador creará toda una literatura apologética sobre las bondades de la monarquía absoluta y la necesidad de restaurar las concepciones tradicionales sobre la unidad y fortaleza del poder. Precisamente en la cuna geográfica de la Revolución, y con independencia de las manifestaciones del pensamiento reaccionario en otros países, surgieron los autores más representativos de la «reacción». A través de estas líneas, trataremos de mostrar los elementos más significativos de su pensamiento político y jurídico, sin olvidar la proyección que tuvo la figura del español Donoso Cortés.

2. NECESIDAD DE LA AUTORIDAD

Para el pensamiento reaccionario decimonónico, existe un presupuesto fundamental para entender la confusión acerca de las cuestiones sobre el poder y la autoridad. Tal presupuesto descansa en la influencia funesta que para Europa ha significado el protestantismo. Donoso Cortés lo enuncia de forma categórica: «El verdadero peligro para las sociedades humanas comenzó en el día en que la gran herejía del siglo XVI obtuvo el derecho de ciudadanía en Europa. Desde entonces no hay revolución ninguna que no lleve consigo para la sociedad un peligro de muerte»⁴. Donoso entiende

² Como expresa DUMONT, L., «de l'optimisme au pessimisme, du rationalisme au positivisme, de la démocratie abstraite à la recherche de l'organisation, de l'accentuation politique à l'accentuation économique et sociale, de l'athéisme ou d'un vague théisme à la quête d'une religion réelle, de la raison au sentiment, de l'indépendance à la communion», *Essais sur l'individualisme*, Paris, Editions du Seuil, 1983, pp.108-109.

³ En este sentido, comenta DUMONT: «En somme, les penseurs français de la première moitié du XIX siècle, furent conduits à considérer l'homme comme un être social, à insister sur les facteurs sociaux qui constituent la matière première de la personnalité et expliquent en dernier ressort que la société n'est pas réductible à une construction artificielle à base d'individus. Le plus évident de ces facteurs, la langue fut souligné par Bonald, qui attribuait son origine à Dieu», *Essais sur...*, *cit.*, p.112.

⁴ DONOSO CORTÉS, J., *Obras Completas*, recopiladas y anotadas con la aportación de nuevos escritos por el Dr. don Juan Juretschke, 2 tomos, Madrid, BAC, 1946. La cita es del tomo II, p. 501.

que todas las revoluciones han traído su causa de aquella herejía, razón por la que son igualmente heréticas, desde las agitaciones de los *sans culottes* hasta la última revolución acaecida hasta ese momento, la de 1848⁵. A partir de este presupuesto, común a la reacción del XIX, se articula un pensamiento fuertemente venerador de la idea de autoridad, pues sólo gracias a ella pueden contrarrestarse las desviaciones revolucionarias. Así, el Conde José de Maistre nos ilustra acerca de la razón por la que, en general, conviene siempre que nos apoyemos en los criterios de autoridad a la hora de tomar una decisión: la razón humana, nos dirá De Maistre, «está manifiestamente convencida de la impotencia para conducir á los hombres, porque hay pocos que estén en estado de raciocinar bien sobre alguna materia, y ninguno sobre todas»⁶. Sin embargo, razona F. de Lamennais, esta conveniencia de la autoridad se ve frenada por el orgullo humano, pues éste se halla siempre en revolución contra el poder. De aquí que se produzca el siguiente efecto: «El hombre, fijándose en sí mismo, queda como suspenso entre la luz y las tinieblas, entre la vida y la muerte. Se persuade que es exigirle el sacrificio de su razón, obligarle á obedecer la autoridad»⁷. Sin embargo, para Lamennais no queda otra salida, no en términos de ciega necesidad sino por un deber al que el hombre debe someterse. Para él, la autoridad es principio y final, la regla básica a la que el hombre debe acomodar su existencia⁸.

La autoridad es necesaria igualmente cuando se ejerce a través de la función del gobierno político. De Maistre expone las razones por las que, a su juicio, el hombre debe ser gobernado. Él nos explica que al ser un ente a un mismo tiempo moral y corrompido, justo en su inteligencia pero perverso en su voluntad, y necesariamente social, debe estar sometido a un gobierno. Por tanto el establecimiento de éste no depende de la voluntad. Con un indudable eco iusnaturalista moderno, De Maistre afirma que la función de gobernar, que él identifica con la soberanía, debe resultar directamente de la naturaleza

⁵ Cfr. *Obras...*, cit., *ibidem*.

⁶ DE MAISTRE, J., *Las veladas de San Petersburgo, ó diálogos sobre el gobierno temporal de la providencia*, 3 tomos. Con licencia del Real y Supremo Consejo de Castilla. Valencia, Imprenta de J. Gimeno, 1832, t. I, p. 109. En todas las obras del siglo XIX que se citan en este trabajo se han respetado la ortografía y acentuación de la época, razón por la que algunos acentos pueden parecer chocantes.

⁷ LAMENNAIS, F. de, *De la indiferencia en materia de religión*, 5 tomos. Obra escrita por Mr L'Abbé Fr de la Mennais y traducida de la 4.^a edición francesa por Fr. Jose M.^a Lasso de la Vega, Cádiz, 1820 a 1833. La cita corresponde al t. III, fechado en 1821, p. 139.

⁸ «Así por todas partes nos sale la autoridad al encuentro; anima y conserva en universo que ha creado. Sin ella no hay exigencia, no hay verdad, no hay orden. Como principio y regla que es de nuestros pensamientos, de nuestros afectos y deberes reina sobre toda nuestra alma, que vive únicamente por la fé, y que muere al punto que deja de obedecer. Y esto no debe sorprendernos, pues que el imperio de la autoridad no es mas que el imperio de la razón manifestado por la palabra». *De la indiferencia...*, cit., t. III, p. 139.

humana⁹. Y debe ejercer el poder y procurar la obediencia. Por esto las nociones de poder y deber son la esencia de toda sociedad, sin las que ésta no puede concebirse. Si no, estaríamos hablando de un estado antinatural¹⁰. Por eso, continúa, al igual que una religión exige que sus fieles realicen el acto de fe con sus dogmas, un gobierno legítimo exige de sus súbditos la obediencia que les impone la sumisión al poder¹¹. En este sentido, con su habitual estilo, Lamennais nos habla del poder como de una idea sublime «que es el fundamento único de toda obligación moral, el orden conservador de la sociedad con todos los deberes»¹². De aquí que, según este autor, «el cristianismo no sólo obedece al poder, sino que le ama porque viene de Dios y le representa en la sociedad».

3. LA LÓGICA DE LA JERARQUÍA Y LA PROPORCIÓN

El pensamiento legitimista puso todas sus energías al servicio de una literatura apologética del poder, muy al estilo de lo que demandaba el ambiente romántico del XIX¹³. Así no tiene nada de extraño que Lamennais hable del «culto sagrado al poder», aludiendo a una cita de Tertuliano que lo llama *religión de la segunda majestad*. El abate explica cómo el principio de ordenación que todo poder entraña, al ordenar la sociedad constituye el poder social, y al obrar sobre las familias constituye el poder doméstico. Por tanto, estos dos poderes son a la vez semejantes y desiguales. La semejanza está en que la familia es como una pequeña sociedad, mientras que la desigualdad se refiere a que la sociedad puede considerarse como una gran familia, o bien la reunión de todas las familias particulares. Pero en ambos casos son la manifestación del poder mismo de Dios¹⁴. Lamennais sigue un pensamiento muy común en el primer tercio del siglo XIX, característico de la oposición romántica al racionalismo político moderno, en el

⁹ Cfr. DE MAISTRE, J., *Del Papa*, dos tomos, seguida de la obra *De la Iglesia Galicana en sus relaciones con la Santa Sede*, Barcelona, Librería Religiosa, Imprenta de Pablo Riera, 1856, t. I, pp. 185-186.

¹⁰ En este sentido, cfr. DE BONALD, L. A., *Investigaciones filosóficas acerca de los primeros objetos de los conocimientos morales*, dos tomos, traducida del francés al castellano por DJPV Madrid, Imprenta Real, 1824, t. II, p. 8.

¹¹ Cfr. DE BONALD, L. A., *Investigaciones...*, cit., t. II, p. 9.

¹² *De la indiferencia...*, cit., t. II, pp. 133-134.

¹³ Debe recordarse, no obstante, que la literatura apologética que reacciona frente a los ataques que la Ilustración lanza contra los dogmas de la fe cristiana «nace», por un lado, a lo largo del XVIII, con autores como Anselmo Desing, como acertadamente ha mostrado L. CABRERA en su obra *Modernidad y Neoescolástica: Anselmo Desing*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, pp. 61 ss. Otra vertiente de la «reacción» surge de la Revolución Francesa, también con un claro sentido apologético, como afirma J. RANDALL. Cfr. de este autor, *La formación del pensamiento moderno*, Buenos Aires, Ed. Mariano Moreno, 1952, p. 435.

¹⁴ Cfr. LAMENNAIS, F. R. de, *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 136.

que la familia sirve de modelo para concebir el Estado¹⁵. De aquí que todo ataque a la familia, como el divorcio o la poligamia, destruye también al Estado, al introducir la anarquía en la sociedad doméstica¹⁶. Esta idea, junto con la concepción organicista del universo, constituye uno de los pilares del legitimismo decimonónico¹⁷.

Lamennais prosigue sus razonamientos. Ya hemos visto que el poder es, pues, una de las condiciones de existencia de toda sociedad. Pero el elemento más importante para concebirla es Dios. Él es el autor tanto de la sociedad como del hombre, al que ha formado precisamente para poder vivir en comunidad. Pero para que la vida social exista son indispensables dos cosas: una ley que una a sus miembros entre sí, y un poder conservador de tal ley. Por tanto, nos dirá este autor, existe una ley divina que es fundamento de toda sociedad, invariable e indescriptible, contra la que es nulo cuanto se hace. Pero la potestad es también divina en su origen. Esto hay que entenderlo en sus justos términos, porque la sagrada Escritura no dice que todo soberano provenga de Dios, sino la soberanía y la potestad «en cuanto tales». Esta última está ordenada al fin de la conservación de la sociedad para el reino de la justicia, o lo que es lo mismo, de la ley divina. Por tanto, tal potestad se refiere al derecho divino. Según Lamennais, esto es lo que la distingue de la mera fuerza material, que nunca puede ser verdadera potestad ni soberanía. Por esto él critica igualmente las concepciones que hacen del pueblo o del rey la fuente de la soberanía, porque en ambos casos se legitima la arbitrariedad o el despotismo, y se olvida que la soberanía es una potestad derivada de Dios¹⁸.

Esta idea sobre el poder es inseparable de otra noción: el orden. Lamennais lo define como el conjunto de relaciones que se derivan de la naturaleza de los seres. Según nos explica, si nos fijamos en el acto de la creación por parte de Dios, vemos que fue la manifestación de una parte de las verdades que encierra el Ser divino. Dichas verdades están ligadas entre sí por relaciones necesarias en el pensamiento de Dios, y su voluntad, al realizar dichas verdades exteriormente, «ha realizado por el mismo hecho estas relaciones inmutables que constituyen el orden»¹⁹. Pero frente a él, la actividad del hombre libre se dirige al desorden, bien porque ignora o no quiere conocer las leyes que conservan el mundo moral, o porque no se conoce, o se conoce mal a sí mismo. De este modo, su fuerza se dirige a colocar a los seres bajo relaciones falsas o contrarias a su naturaleza. Así tenemos que la sociedad humana, compuesta por seres libres sujetos al error, está

¹⁵ Con relación a esta cuestión, *vid.* CARPINTERO, F., *Los inicios del Positivismo Jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993, pp. 40 ss.

¹⁶ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, *cit.*, t. II, p. 145.

¹⁷ Cfr. CARPINTERO, F., *Los inicios...*, *cit.*, p. 42.

¹⁸ Cfr. *La religión considerada en sus relaciones con el orden político y civil*, por al Abate F. de la Mennais, dos tomos, Valladolid, Imprenta de Aparicio, 1826, t. II, pp. 118-121.

¹⁹ Cfr. *De la indiferencia...*, *cit.*, t. II, p. 128.

dividida entre dos potencias: una que pretende destruir y otra que pretende conservar. La potencia negativa estaría encarnada en la filosofía, que trabaja a favor del desorden, pues niega otra inteligencia que esté más allá de la razón del hombre, con lo que se precipita en la fuerza²⁰. Debemos señalar que esta visión negativa de la filosofía, referida a la Ilustración y al pensamiento del XVIII, es muy común en los autores conservadores del XIX. Así para De Maistre, la Ilustración tiene como objetivo hacer la guerra a Roma y a todo lo que significa el catolicismo. Por eso la filosofía del último siglo no omitió diligencia en apartarnos de la oración, de Dios, y así consagrar el ateísmo práctico y lo que él denomina teofobia. De ahí que estime que casi toda la filosofía del siglo XVIII sea enteramente negativa y nula²¹. En idénticos términos, De Bonald achaca todos los desórdenes que se observan en Europa y en Francia a la filosofía moderna, herencia de Epicuro con un barniz de física y fisiología modernas²². Chateaubriand la llamará «mezquina», al reducir el universo y aun al mismo Dios a una pasajera sustracción de la nada²³.

Otro autor especialmente significativo para ilustrar la idea del poder en el pensamiento de la reacción es De Bonald. Con su habitual estilo repetitivo y su cansina exposición de ideas, este autor pretende crear una física social con base en el modelo matemático²⁴. Según él, todos los seres están comprendidos en las categorías fundamentales de causa, medio y efecto. Estas expresiones dan cuenta de los estados posibles del ser. Las relaciones que tengan los seres se adecuan siempre a la siguiente regla o proporción: la causa es al medio lo que el medio es al efecto, o el efecto es al medio lo que el medio es a la causa. Por ejemplo, explica De Bonald, el jefe manda a los oficiales y éstos a los sujetos o soldados, el padre tiene autoridad sobre la madre y la madre a su vez sobre los hijos, etc. Todas estas relaciones forman parte del orden del universo. Este orden se subdivide en dos partes a las que De Bonald denomina mundos:

²⁰ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. II, pp. 128-129.

²¹ Vid. al respecto, *Del Papa...*, cit.; *Las veladas...*, cit., t. II, pp. 40, 41 y 98, entre otras.

²² Cfr. *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social, ou de Pouvoir, du Ministre et su Sujet dans la société*, Paris, Librairie D'Adrien Le Clerc et Cie. 4.^a ed., 1840, pp. 25 ss. Igualmente, *Legislation Primitive, considérée dans les derniers temps par les seules lumières de la raison*, tres tomos, Paris, Librairie D'Adrien..., cit., 3.^a ed., 1829, t. I, pp. 30, 97 y 240, entre otras; cfr. asimismo, *Investigaciones...*, cit., pp. 213-214, entre otras.

²³ Cfr. CHATEAUBRIAND, F. R., *Genio del Cristianismo*, dos tomos, Madrid, Mellado editor, 1850, t. II, p. 33. Igualmente, del mismo autor, cfr. *Ensayo sobre las revoluciones antiguas y modernas*, dos tomos, Nueva ed. Española, Madrid, establecimiento tipográfico de D. F. de P. Mellado, t. II, pp. 19 y 72, entre otras.

²⁴ Sus palabras son muy ilustrativas al respecto: «Mais ces mêmes expressions, proportions, rapports ou raison, extrêmes, moyen, etc., se retrouvent dans la science des êtres physiques, et de leurs rapports de nombre et d'entendue: ces expressions sont donc communes à l'ordre moral et à l'ordre physique. Elles sont donc générales ou mathématiques, car mathématique veu dire doctrine en général, la science par excellence, et sous cette acception étendue, elle peut embrasser les sciences morales comme les sciences physiques». *Legislation...*, cit., t. I, p. 373.

moral, cada uno de los cuales reproduce la tríada básica antes vista. Así, la causa conservadora del mundo físico se llama primer motor, Dios en definitiva. El medio general de conservación es el movimiento y los efectos son los cuerpos. En el mundo social o moral la causa es el poder, el medio es el ministro y el efecto es el sujeto. Por tanto, poder, ministro y sujeto, las denominadas personas sociales, comprenden todos los posibles modos de ser del hombre en sociedad, al igual que mediante la causa, el medio y el efecto se constituyen todas las relaciones físicas del universo. Así, las relaciones de los seres en sociedad se comprenden todas en esta proporción: el poder es al ministro lo que el ministro es al sujeto²⁵. Esta es la traducción de la proporción general de causa, medio y efecto, y mediante dicha trilogía se expresan la generalidad de las relaciones posibles entre los seres que forman la sociedad²⁶. No puede olvidarse que para De Bonald esta trilogía expresa también la constitución natural de toda sociedad, de modo que cuando ésta deja de reproducir las relaciones necesarias entre estas personas, las funciones del cuerpo social experimentan una decadencia: el poder se convierte en tiranía, las funciones ministeriales devienen en servidumbre y la obediencia degenera en esclavitud. Se ha transgredido entonces el orden natural social, concebido como ley inviolable de los seres inteligentes²⁷.

De Bonald define el poder como el ser que quiere la conservación de la sociedad y por tanto actúa para ello. Por tanto, manifiesta una voluntad y realiza una acción conservadora²⁸. A la manifestación de dicha voluntad la llamamos ley, y su acción recibe el nombre de gobierno, si se trata del estado político, o culto, si estamos en el estado religioso²⁹. El poder es preexistente a toda sociedad, pues el poder constituye la sociedad. Por esto se afirma que el poder pertenece en primer lugar a Dios, de modo que de Él viene toda potestad: *potestas ex Deo est*³⁰. Existe así un ejercicio divino o legítimo del poder y un ejercicio humano viciado y puramente legal, según que las leyes que dirigen la acción social estén o no conformes con el orden de relaciones «naturales» de los seres en la sociedad, o sea, con la jerarquía natural de los poderes³¹. Esta idea de poder se corresponde perfectamente, según él, con el concepto de causa³².

²⁵ Vid. DE BONALD, L. A., *Legislation Primitive...*, cit., t. I, pp. 377 y 383-385.

²⁶ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai analytique...*, cit., p. 15.

²⁷ Cfr. DE BONALD, L. A., *Legislation Primitive...*, cit., «Discours Préliminaire», p. 154; cfr., igualmente, *Essai...*, cit., p. 17.

²⁸ Cfr. *Essai...*, cit., p. 45.

²⁹ Cfr. *Legislation Primitive...*, cit., «Disc. Prelim.», p. 145. *Essai...*, cit., p. 185.

³⁰ «Je dois répéter ici que j'entends par *pouvoir* émané de la souveraineté de Dieu et conforme à sa volonté, le *pouvoir* constitué, sur ou par des lois politiques ou religieuses (seules constitutives de l'un ou de l'autre pouvoir), lois qui sont le résultat des rapports *naturels* entre les êtres dans l'une ou l'autre société, par conséquent l'expressions des volontés de l'être créateur des êtres, et auteur des rapports *naturels* qui les conservent». DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., p. 197.

³¹ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., p. 113.

³² Cfr. *Essai...*, cit., p. 46.

Pero el poder debe actuar mediante alguien. Nos referimos entonces al elemento personal. De Bonald nos dice que todo poder, en la medida en que es mediador entre el soberano y el sujeto o pueblo, debe ejercer una acción que excede a las fuerzas de un hombre solo. Por esta razón actúa a través de una pluralidad de sujetos intermediarios, es decir, un número proporcionado de agentes y funcionarios públicos, cooperadores necesarios y subordinados, que se llaman ministros o servidores del poder³³. Dichos ministros a las órdenes del poder público ejercen la función de hacer cumplir la voluntad pública expresada por la ley. Para dicha ejecución, De Bonald estima que son necesarias dos cosas: el conocimiento de lo prescrito por la ley, que él denomina *jugement*, y la destrucción de los obstáculos que se oponen a la ejecución de la ley conocida, que De Bonald denomina *combat*³⁴. El poder supremo se configura así a través de los dos elementos de la justicia y la fuerza, *Juger et Combattre* en palabras del Vizconde, ejercidas a través de los dos brazos o poderes principales de todo gobierno: el judicial y el militar. De este modo, los diferentes ministros políticos, jueces, guerreros, magistrados o funcionarios públicos, en los que De Bonald estima como requisito su pertenencia al estamento noble, tienen como misión juzgar al enemigo interior del Estado y le combaten por la espada de la ley, o bien rechazan por las armas al enemigo extranjero³⁵.

La cuestión del status del sujeto que ejerce el poder es esencial para comprender el pensamiento de De Bonald. Él concibe a la nobleza de un modo ideal-caballeresco, como estamento destinado a servir al Estado, no como elemento decorativo o de brillo social para el noble. Es el medio por el que el hombre se destina a servir a los otros a través del Estado. Este poder debe gozar de la mayor estabilidad posible, y nada mejor que la herencia para perpetuarlo y conservarlo. Esto asegura la permanencia de la sociedad bien constituida, cuyo lema según De Bonald es *régner pour reunir*. Por el contrario, el estado en el que predomina el elemento popular se basa en la máxima *diviser pour régner*³⁶.

Finalmente, el sujeto es el término de la acción social conservadora ejercida por el poder a través de los ministros. Él es quien debe ser defendido de los errores de su voluntad y de la tiranía de sus pasiones para hacerlo disfrutar de su verdadera libertad, una libertad que no es completa sin que exista la sujeción al poder³⁷.

4. LA ANTÍTESIS: ROUSSEAU ES CULPABLE

Este modelo de sociedad y de poder que ejemplifican las tesis bonaldianas encuentra su reverso en el modelo liberal y contractualis-

³³ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., pp. 8, 9 y 185, entre otras. Igualmente, *Legislation Primitive...*, cit., «Disc. Prelim.», p. 146.

³⁴ Cfr. *Essai...*, cit., p. 185.

³⁵ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., pp. 186-187.

³⁶ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., pp. 204-205 y 242.

³⁷ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., p. 14.

ta que llega hasta Rousseau. Por ello, los legitimistas de la reacción cargarán con toda la fuerza de sus argumentos y su retórica contra todas las tesis características de la Escuela del Derecho Natural Moderno, especialmente las que se refieren al estado de naturaleza, el mito del buen salvaje y el pacto como creador del poder político. Pero es importante señalar una cuestión que, con carácter previo, debe quedar clara: en realidad podemos decir que estos autores no distinguían lo que ignoraban y en consecuencia hicieron responsable a Rousseau de argumentos y nociones como la del *Status Naturae*, que habían sido creados y utilizados desde mucho antes. En efecto, no puede hablarse sólo de un origen extraño a nuestras fronteras de las tesis políticas liberales. Las ideas individualistas y contractualistas, con independencia de sus precedentes medievales, se encuentran ya expuestas en los españoles Luis de Molina y Francisco Suárez, en el tránsito de los siglos XVI-XVII. Incluso anteriormente, podemos encontrar ideas similares en los teólogos españoles del XVI, fueran de Salamanca o de Coimbra, aunque no desde el ángulo expresamente individualista de Molina y Suárez. Toda esta tradición de pensamiento es desconocida y por ende ignorada por los reaccionarios, que hacen así a Rousseau cabeza de turco de los «pecados» liberales³⁸.

El Conde De Maistre rechaza la tesis de un hipotético tránsito de un estado natural a otro social y político, desde un punto de vista lógico: así él razona que si el salvaje de nuestros días puede tener conocimiento de los dos estados, puesto que en algunos países puede compararlos, pero a pesar de ello permanece firmemente en el suyo, resulta difícil creer que el salvaje primitivo haya abandonado su estado por vía de deliberación, para pasar a otro estado del que no tenía conocimiento. Según De Maistre, este imposible prueba dos cuestiones: que la sociedad es tan antigua como el hombre, y que el salvaje es un hombre degradado y castigado. De este modo, frente al mito del *bon sauvage* propio de los *philosophes*, el pensamiento reaccionario parte de una concepción antropológica pesimista, matizada no obstante por la idea de trascendencia divina. Una exposición muy ilustrativa sobre esto se encuentra en José de Maistre y sus *Veladas de San Petersburgo*. En este caso, el Conde reflexiona, por boca de los personajes que ilustran su obra, acerca de por qué los males físicos que el hombre hereda hayan de ser la obra del gobierno temporal de la Providencia. Para nuestro autor, la idea central que lo explica todo es la del pecado original. Éste se repite constantemente en la historia, aunque de un modo secundario³⁹. El hombre como ser imperfecto está sujeto al mal, pero en virtud de una degradación accidental, ya que si no habría que

³⁸ *Vid.*, para un acercamiento a las ideas liberales en España, el artículo de CARPINTERO, F.; «Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo», en *La Ilustración Liberal*, 12, 2002, pp. 39-70; *vid.* también del mismo autor *Del Derecho Natural medieval al Derecho Natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977, especialmente las pp. 117 a 185.

³⁹ Cfr. *Las Veladas...*, *cit.*, t. I, p. 76.

pensar que Dios le ha creado malo, lo cual es imposible. Pero si esta sujeción al mal se reproduce insistentemente, puede llegar a degradar al sujeto y a sus generaciones venideras de modo absoluto. De este modo nace el llamado pecado original de orden secundario. Pero también existe otra cuestión a tener en cuenta: «Que todo ser que tiene la facultad de propagarse no puede producir más que seres semejantes a sí mismo»⁴⁰. Por tanto, si un ser llega a ser degradado, su posteridad no será semejante al estado primitivo de ese ser, sino al estado degradado al cual ha descendido por una causa. En el caso de De Maistre, esta causa es el estado criminal de un pueblo, que comete atropellos como tal pueblo⁴¹. De aquí proceden los denominados «salvajes», tomados como modelo por J. J. Rousseau. Según De Maistre, el ginebrino ha confundido al salvaje con el hombre primitivo, cuando aquél «ni es ni puede ser mas que el descendiente de un hombre desprendido del grande árbol de la civilización por alguna prevaricación cualquiera»⁴². Por tanto, junto al pecado original existe lo que denomina «enfermedad original», por la que estamos sujetos en general a toda clase de padecimientos físicos y a toda clase de vicios⁴³.

No obstante, este hombre degradado busca salir de su postración, pues existe en su ser una tendencia que le lleva a buscar su estado primitivo. Esta es para De Maistre la prueba de su grandeza y su miseria a la vez. Dicho estado no cabe confundirlo con la representación del salvaje, tomado por la filosofía del siglo dieciocho «para fundar sus vanas y culpables declamaciones contra el orden social»⁴⁴. Pero en realidad, a poco que analicemos el personaje que sirve de modelo a los iusnaturalistas modernos, nos daremos cuenta de las maldades con las que está adornado⁴⁵.

Para los legitimistas, este «buen salvaje» ha tenido su máximo apologeta en Rousseau. De aquí que disparen contra el ginebrino las cargadas armas de su retórica. Así, Chateaubriand analiza si el contrato social de los publicistas es la convención primitiva u original de los gobiernos. Si tomamos como base la fórmula de Rousseau, es decir, que cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo, Chateaubriand estima que para que este raciocinio sea exacto es necesario suponer una sociedad que no existía, y un conjunto de personas que realizarán el tránsito a la sociedad civil, lo que plantea el problema de quiénes serán estos sujetos. No puede pensarse en un tránsito tan brusco, por lo que es necesario imaginar un estado civil intermedio entre el de naturaleza y aquel del que

⁴⁰ Cfr. DE MAISTRE, J., *Las Veladas...*, cit., t. I, pp. 83 y 77-78.

⁴¹ Cfr. *Las Veladas...*, cit., t. I, p. 93.

⁴² Cfr. DE MAISTRE, J., *Las Veladas...*, cit., t. I, pp. 78-79.

⁴³ Cfr. DE MAISTRE, J., *Las Veladas...*, cit., t. I, p. 80.

⁴⁴ Cfr. DE MAISTRE, J., *Las Veladas...*, cit., t. I, p. 95.

⁴⁵ La descripción del Conde DE MAISTRE es suficientemente ilustrativa para ahorrar comentarios: Cfr. *Las Veladas...*, cit., t. I, pp. 96-97.

habla Rousseau. Por tanto, el contrato que supone no es el original⁴⁶. Para Lamennais la doctrina del pacto es funesta, absurda y degradante. En primer lugar, porque nunca se vio sociedad alguna que comenzase por semejante pacto, y ello por una razón muy sencilla: porque supone al menos un principio de sociedad o la reunión de un cierto número de hombres con un lenguaje común, habitación común y relaciones habituales, «cosas imposibles sino existía algún orden entre ellos, y por consiguiente leyes y autoridad encargada de ejecutarlas»⁴⁷. En segundo lugar, si estos hombres que se reúnen deliberan sobre intereses comunes, ¿de dónde toman las nociones de gobierno si hasta entonces no han tenido ninguna? En este caso, piensa Lamennais, no sólo establecerían la sociedad sino que la inventarían, cuestión que llena de perplejidad al abate⁴⁸. Pero, además, continúa, todo pacto incluye la idea de una sanción que lo haga obligatorio. El mero concurso de voluntades no es para Lamennais título suficiente, pues si la voluntad del hombre no es obligatoria por sí misma, no puede serlo para otro. Luego tanto el que cede como el que recibe la soberanía dan o reciben una facultad temporal, un poder físico para gobernar. Nuestro autor percibe que tras la apariencia de bondad de la teoría del contrato, se esconde la realidad última de la fuerza, que es la que finalmente se erige en árbitro de la situación⁴⁹. Luego el pacto establece un conflicto de voluntades arbitrarias, y pone en estado de guerra la autoridad contra sus súbditos y viceversa, haciendo oscilar la sociedad entre el despotismo y la anarquía. A Lamennais no le cabe duda de que, puestos a elegir, es preferible el despotismo⁵⁰.

Pero la teoría de Rousseau no conduce sólo al predominio de la fuerza. Para Lamennais la concepción de la libertad que exhibe el ginebrino conduce a una mayor sujeción personal: si cada uno es soberano de sí mismo, la libertad será la ausencia de un poder general en la sociedad, o el reino más o menos libre de todos los poderes particulares: «Se vé bien que en este caso cada poder particular debe tener sus súbditos que él gobierne por sus voluntades particulares, es decir, esclavos: porque la esencia de la esclavitud consiste en la sujeción á la voluntad del hombre; y cualquiera que obedece al hombre solo es esclavo, aun cuando este hombre fuese él mismo»⁵¹. Excluida

⁴⁶ Cfr. CHATEAUBRIAND, F. R., *Ensayo...*, cit., t. I, pp. 73-74.

⁴⁷ LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 72.

⁴⁸ «¡Idea estraña! Hacer salir el orden social de una deliberación, no de salvajes, porque estos estan unidos por vínculos sociales, sino de criaturas humanas reunidas por acaso en los bosques, donde ocupadas necesariamente en solas las necesidades físicas, se alimentarían á duras penas de algunas bellotes que escaparon á la voracidad de los animales». *De la indiferencia...*, cit., *ibidem*.

⁴⁹ Cfr. *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 73.

⁵⁰ Cfr. *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 74.

⁵¹ *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 77. Esta es una crítica inteligente, porque es realista, pero que Lamennais no continúa, ya que desde el rechazo del sometimiento al arbitrio «salta» a una fundamentación con pretensión de ultimidad: La soberanía absoluta de Dios. De este modo, disuelve la ciencia de la justicia en mera politología.

la soberanía de Dios y los principios religiosos, la soberanía del pueblo no es más que la teoría de su servidumbre⁵². Por ello, Lamennais no duda en afirmar que el contrato social «no es mas que una declaración sacrílega de guerra contra la sociedad y contra Dios»⁵³, que conduce al puro ateísmo en el orden social, al legitimar la soberanía del pueblo. Y es que, en esta argumentación conservadora, la sola voluntad humana no es título para hacer llegar a los hombres el sentido de obediencia que tiene su fundamento en el Ser Supremo⁵⁴. Si se prescinde de esta visión, tanto la sociedad política como la autoridad carecen de fundamento y se convierten en la dominación del hombre y en un conjunto de convenciones temporales⁵⁵. Rousseau se convierte así en el gran maestro en ocultar el error y disfrazarlo para que huya del examen de la razón⁵⁶. Él ha establecido la naturaleza contractual del poder, idea que a De Bonald le parece absurda, pues para la validez de todo contrato se precisa la igualdad de las partes, mientras que entre el soberano y el sujeto no puede existir otra relación que la de dependencia⁵⁷.

Otros conservadores como el Conde José de Maistre ven en el contrato social un ejemplo de lo que denomina «una de las singularidades ridículas del último siglo», como fue la de «querer juzgar de todo por reglas abstractas, sin consideración a la experiencia»⁵⁸. Esto le parecía al Conde un tanto chocante, pues era precisamente este siglo el que no cesaba de gritar contra los filósofos que utilizaban principios abstractos. Una de tantas máximas de este estilo era la que utilizó Rousseau al principio del *Contrato Social*: «El hombre nace libre y en todas partes se halla entre cadenas». De Maistre cree que lo contrario de esta aserción es en realidad la verdad pura, si contemplamos dicha afirmación desde una perspectiva histórica. Así, vemos que hasta que se estableció el Cristianismo y aun después, la esclavitud constituyó el estado natural de una gran parte de la humanidad⁵⁹. De Bonald, por su parte, y en la línea conceptual del pensamiento iusnaturalista se detiene en la clásica cuestión de los *status* sociales y jurídicos, y distingue entre el *estado nativo* o de pura naturaleza y el *estado natural*. El primero es una situación imperfecta en la que el hombre se halla sumido en el vicio y la degeneración, mientras que el estado natural es aquella situación en la que el individuo alcanza su perfección. El error de Rousseau consiste en haber tomado el estado imperfecto por el natural, cuando en realidad el verdadero estado natural es aquél en el que el individuo desarrolla su razón y su virtud en la sociedad, participan-

⁵² Cfr. *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 130.

⁵³ *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 84.

⁵⁴ Cfr., entre otros, DE BONALD, *Investigaciones...*, cit., t. II, p. 29.

⁵⁵ Cfr. DE BONALD, L. A., *Investigaciones...*, cit., t. II, p. 63.

⁵⁶ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. I, pp. 92-93.

⁵⁷ Cfr. *Essai...*, cit., p. 111.

⁵⁸ *Del Papa...*, cit., t. I, p. 327.

⁵⁹ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, pp. 327-328.

do en las instituciones naturales como la familia y el Estado⁶⁰. Estas realidades, al contrario de lo que sostuvo el pensamiento iusnaturalista moderno, no tienen nada de artificiales, pues son constitutivas de la persona en el mundo⁶¹.

La visión negativa que estos autores mantienen de los dogmas iusnaturalistas modernos puede quedar ejemplificada en una idea de Chateaubriand, según la cual no puede separarse la verdad moral de la verdad política, y si además se destruye la verdad moral, esto supone retrotraerse al estado de naturaleza. Por esta misma senda, Lamennais nos argumenta cómo el estado de naturaleza es contrario al ser moral del hombre. Él explica que en el hombre existe un principio inexplicable de fe que le fuerza a creer en la autoridad general, o autoridad del Creador. Esta autoridad es el vehículo de unión entre los seres inteligentes en los que es propio subsistir y estar unidos, y a causa de estas relaciones su existencia misma depende de su unión. Luego toda filosofía que en vez de establecer los derechos de la autoridad los somete a la razón individual, es contraria a la naturaleza de los seres inteligentes y reduce al hombre a ese estado de naturaleza donde el hombre moral no puede formarse ni conservarse⁶².

La crítica de los legitimistas reaccionarios a la idea del pacto pone en realidad al descubierto una gran ignorancia de la historia de las ideas jurídicas. Contagiados de las influencias más recientes, como las de los siglos XVII y XVIII, con el ascenso del prestigio de la monarquía absoluta, vuelcan en su siglo XIX una idea de la monarquía como manifestación de un orden eterno e inmutable de relaciones, y dejan de lado toda la tradición de Luis de Molina o Francisco Suárez, en los siglos XVI y XVII, que hizo del contrato la idea necesariamente reguladora del ejercicio y naturaleza del poder político.

5. EL ORIGEN DIVINO DE LA LEY

Frente a los dogmas del ginebrino, los legitimistas no dudan en volver sus ojos a las concepciones anteriores al triunfo de la moderni-

⁶⁰ Con relación al modelo familiar como cauce expresivo del pensamiento romántico antiilustrado, *Vid.* CARPINTERO, F., *Los inicios...*, *cit.*, pp. 40 ss.

⁶¹ «Diremos que la legislación positiva ó política es tan natural como la legislación llamada natural, porque el Estado es tan natural para la conservación de las familias como la misma familia para la propagación del hombre; y que en ninguna parte se ha podido ver que el hombre nazca sin familia, ni que se conserven las familias sin formar un estado público. Diremos que las leyes no son naturales porque Dios las ha escrito en el fondo de nuestros corazones, ni artificiales porque sean promulgadas por el hombre, sino que las leyes domésticas ó públicas son naturales cuando son perfectas ó conformes á las relaciones naturales de los seres; y que todas las leyes buenas, perfectas, naturales, dadas á los hombres, emanan de Dios como razón suprema y voluntad general, y se promulgan por un hombre como órgano de sus voluntades, y medio de su transmisión á los demas hombres». DE BONALD, L. A., *Del divorcio en el siglo XIX*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 57.

⁶² *Cfr.* *De la indiferencia...*, *cit.*, t. III, pp. 53-54.

dad, y rescatan así los materiales para la reconstrucción de la idea del poder. Entre ellos, resulta imprescindible ubicar el origen de la soberanía en lugar distinto de la mera voluntad humana. La idea de su génesis divina sirve como oposición a las ideas de la legitimidad popular y democrática. Así, De Maistre nos relata que desde que empezaron a establecerse las nuevas soberanías tras la caída del Imperio Romano, la Iglesia no cesó de recordar a los pueblos las palabras de la Sagrada Escritura: *Por mí reinan los Reyes*, y a los reyes, *No juzguéis para que no seáis juzgados*, todo ello a fin de establecer a un mismo tiempo el origen divino de la soberanía y el derecho divino por el que deber regirse los pueblos⁶³. Esta soberanía que De Maistre hace depender de Dios, tiene la ventaja, según argumenta Lamennais, que es más tolerada por el hombre debido a la grandeza de su origen, ya que jamás el hombre ha sufrido con gusto el yugo del hombre⁶⁴. Además, nos dice el Abate, antes de Cristo el hombre era esclavo del hombre, y Cristo vino a establecer la libertad a través de la máxima de que todo poder viene de Dios. De este modo, puede decirse que la religión cristiana ha realizado una revolución completa y feliz en la legislación, el derecho político y el de gentes. Como consecuencia de esto, la ley ya no es la expresión de la voluntad del más fuerte, sino de un orden eterno. Por eso hay obligación de someterse a ella como a la voluntad de Dios mismo⁶⁵. Esta idea del origen divino del poder permite, según el legitimismo, frenar la tiranía, pues ésta significa otorgar a un hombre en cuanto hombre un derecho sobre otro, mientras que la concepción que hace descansar el origen del poder en Dios afirma que el mando sólo puede ejercerse para el bien común y conforme a derecho. Así se frena tanto la rebelión del pueblo como la tiranía del príncipe. Por estas razones, Donoso Cortés se escandaliza de que el catolicismo haya sido acusado de favorecer el despotismo⁶⁶, y Chateaubriand niega que la religión protestante sea más favorable a la causa de la libertad que la religión católica⁶⁷.

Esta concepción del poder conlleva una visión distinta de la ley, como expresión de los mandatos del poder. De manera tanto ambigua, Lamennais explica que las leyes son la expresión de las relaciones que unen entre sí los miembros de una misma sociedad. Cuanto más naturales y perfectas sean las relaciones que expresan, tanto más perfectas serán las leyes. En cambio, si las leyes expresan relaciones arbitrarias o falsas, producirán el desorden. Más adelante, y por una vía indirecta, Lamennais nos aclara qué es lo que entiende por relaciones arbitrarias y naturales, pues afirma que cuando la ley se hace depender de un pacto dependiente de las voluntades libres, se destruye la noción de autoridad al separar a Dios de la sociedad. Convertida la

⁶³ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. II, p. 6.

⁶⁴ Cfr. *La Religión considerada...*, cit., t. II, p. 303.

⁶⁵ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. II, pp. 132 y 143.

⁶⁶ Cfr. *Obras Completas...*, cit., t. II, p. 619.

⁶⁷ Cfr. *Ensayo...*, cit., t. I, Prefacio, p. XLI.

ley en expresión de la voluntad general, y puesto que, según Rousseau, dicha voluntad es siempre recta y justa, las leyes son siempre justas y el pueblo crea la justicia del mismo modo que la ley. Así, argumenta De Bonald, llegamos a que al negar la intervención de Dios en la sociedad y una vez atribuida la soberanía al hombre colectivo o pueblo, al ser el pueblo el soberano legítimo todas sus leyes serán buenas, lo mismo aquella que establezca el infanticidio que la que fomente los matrimonios⁶⁸.

Para Lamennais las máximas modernas son fuente de calamidades y delitos, en las que «parece se lee el código del desorden y la teoría de la muerte»⁶⁹. Él ha visto con perspicacia que, pese a que Rousseau se esfuerce en convencernos, al principio de su *Contrato Social*, de que la voluntad general es algo distinto a la suma numérica de voluntades particulares, al final termina legitimando como buena cualquier mayoría⁷⁰. Siendo así, la reunión de las voluntades particulares que forma la voluntad general, está presidida por la regla del interés particular, y ésta es la única razón de la ley⁷¹.

En otro estilo, y con su habitual gusto por las relaciones triádicas, el Vizconde De Bonald nos ofrece una concepción de la ley más personal y no exenta de zonas de oscuridad. Su punto de partida es similar a las definiciones que encontramos en otros autores, afines o no, pues nos dice que la ley es el conocimiento de las relaciones «verdaderas» de los seres, revelado y transmitido por la autoridad⁷². Él no se conforma con dar sólo una definición, y por eso en sus obras encontramos diversas nociones de ley, que se van construyendo escalonadamente, a medida que avanzan sus razonamientos. Así, define también la ley como la expresión de una voluntad general y la declaración de las relaciones derivadas del estado «natural» de los seres, que para De Bonald es el estado de convivencia en sociedad y en el Estado. Esta definición puede, a su juicio, traducirse del lenguaje filosófico a uno más familiar, diciendo que es la voluntad de Dios y la regla del hombre⁷³. Es voluntad, es decir, pensamiento de aquel ser que quiere algo,

⁶⁸ Cfr. *Legislation Primitive...*, cit., t. II, pp. 21-22.

⁶⁹ *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 91.

⁷⁰ Así, en el Capítulo III del Libro II del *Contrato*, diferencia la voluntad general de la llamada voluntad de todos o suma de voluntades particulares. En cambio, en el Capítulo II del Libro IV dice expresamente que del cálculo de votos se saca la declaración de la voluntad general. Vid. *El Contrato Social*, Prol. de M. Tuñón de Lara, 4.ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1987, pp. 54 y 134. En este sentido, vid. CARPINTERO, F., «Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural», *Persona y Derecho*, 13, 1985, pp. 61-109.

⁷¹ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 91.

⁷² Cfr. *Legislation Primitive...*, cit., t. II, p. 3. Hay que recordar que ya MONTESQUIEU había afirmado que «las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas». *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de la Vega. Prol. de E. Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1980, p. 51.

⁷³ Cfr. *Legislation Primitive...*, cit., t. II, p. 9. Según DE BONALD, en la definición de Rousseau late un error, pues cuando define la ley como expresión de la voluntad general, la está confundiendo con la voluntad popular. *Ob. cit., ibidem*.

cuya representación fundamental se halla en el poder. Cuando éste expresa su pensamiento y voluntad, surge la llamada palabra del poder. Por ello, podemos definir también la ley como la expresión de la voluntad del soberano, promulgada por el poder, para ser la regla del sujeto⁷⁴. El elemento personal y el poder pueden ser de distintos grados. Tenemos, pues, distintos «hombres» que encarnan los distintos poderes sociales: Hombre-Dios en la religión, hombre-príncipe en el Estado y hombre-padre en la familia⁷⁵.

La ley más importante es la ley general o divina, eterna e inmutable y que no admite jamás dispensa, al ser portadora de una bondad absoluta. Es la palabra del poder soberano, de Dios mismo. En cambio, la ley local o civil es la palabra del hombre, poder subordinado a Dios. Estas leyes son temporales y susceptibles de dispensa, pues contienen un grado de bondad relativo. Por eso afirma que la ley general participa de la inmutabilidad de Dios y las leyes particulares de la mutabilidad del hombre. De Bonald realiza además una importante distinción entre lo legítimo y lo legal: la ley general expresa la legitimidad y es sinónima de permanencia, en cambio la local expresa lo simplemente legal o contingente. En las sociedades bien constituidas, legitimidad y legalidad se confunden, pues las leyes locales, al estar inspiradas en las generales, expresan también relaciones inalterables⁷⁶.

De Bonald realiza una división de las leyes en humanas, locales o civiles, atendiendo también al contenido. La ley es la regla del hombre en las relaciones con sus semejantes, bien sea para prescribir o para prohibir. En este caso se llaman leyes políticas. En cambio las leyes morales son las reglas de las voluntades humanas y las que él denomina leyes de *police* son la regla de las acciones. Las leyes civiles conducen al hombre al orden, y las criminales lo devuelven al orden. Las leyes domésticas son la regla de la familia, las públicas la regla del Estado y las de derecho de gentes la regla de las naciones⁷⁷.

Para este autor, la ley por excelencia es la que se contiene en los preceptos del Decálogo, pues a través de ellos se expresan las relaciones verdaderas desde las que se desarrollan en deducción los principios de la sociedad política⁷⁸. Así, el precepto que manda adorar y

⁷⁴ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, cit., p. 115.

⁷⁵ Cfr. DE BONALD, L. A., *Legislation Primitive...*, cit., t. II, p. 25. LAMENNAIS utiliza también una terminología muy similar. Él habla del hombre-poder, que es el mediador entre Dios y el hombre, y el hombre-dios, mediador entre Dios y el hombre en la sociedad religiosa. Cfr. *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 118. Como se verá, esta forma de argumentar es puramente neoescolástica en la acentuación del voluntarismo divino, del que dimanan las otras voluntades legítimas que estructuran la sociedad a distintos niveles.

⁷⁶ Cfr. DE BONALD, L. A., *Legislation Primitive...*, cit., t. II, pp. 32-33.

⁷⁷ Cfr. DE BONALD, L. A., *Legislation Primitive...*, cit., t. II, pp. 25-26.

⁷⁸ «Ces paroles (se refiere al Decálogo), déclaration écrite des personnes sociales et de leurs rapports naturels, son la promulgation de le verité, l'institution de la raison humaine et le fondement de la societé». *Legislation Primitive...*, cit., t. II, p. 8. En el *Essai* afirma en similares términos: «Ces lois sont la base de tute législation morale, civile et criminelle chez tous les peuples, et on les appelle exclusivement *naturelles*. Ce

servir a Dios, expresa la ley fundamental de la soberanía de Dios sobre los hombres y las relaciones de éstos con Aquél, consistentes en la adoración, el servicio y el amor. De Bonald destaca el amor como principio de la voluntad y de la acción social, y por tanto del poder. Dicho principio se contradice con el de la filosofía moderna, que basa la sociedad en el interés privado⁷⁹. Siguiendo con el Decálogo, honrar padre y madre expresa una ley del poder, ya que éste, sea doméstico político o religioso, no expresa otra cosa que el ejercicio de una paternidad, sea ésta doméstica, pública, particular o general. Por último, tenemos las prescripciones que castigan el asesinato, el robo, el adulterio... y que expresan las relaciones de los hombres entre ellos, bien en su dimensión espiritual, bien como seres físicos con relaciones de propiedad. Desde estas leyes generales deben surgir las leyes particulares de carácter religioso, político, moral y civil. Entre unas y otras no puede haber contradicción⁸⁰. Con otras palabras, las leyes que derivan de la voluntad de Dios, llamadas comúnmente leyes naturales, deben ser el antecedente de las leyes particulares o positivas. Estas últimas tampoco deben ofrecer contradicción, y aunque pueda parecer que existe, lo que en realidad ocurre es que obedecen a finalidades distintas. Por ejemplo, la ley que permite el celibato no se opone a la que regula el matrimonio, pues el fin de éste es el de conservar el género humano por la reproducción, mientras que el celibato tiene como fin dar a la sociedad ministros que prediquen el amor entre los hombres y les impidan turbar la paz⁸¹.

Como puede verse por el tono general de estas exposiciones, la filosofía reaccionaria insiste de manera especial en el carácter inmutable de la ley natural. Pese al error, muy difundido, de entender que ésta y otras ideas responden al más puro tomismo, son en realidad una creación moderna, que arranca de los escolásticos españoles del siglo xvi Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez. Desde ellos sólo se admite, o bien un voluntarismo divino donde todo es creación contingente de Dios, o un objetivismo en el que existe un orden inmutable de las cosas. Dicen comentar a Santo Tomás, pero en realidad tienen poco que ver con la explicación tomista de la ley natural⁸².

De la misma manera, el rígido esquema imperativista basado en la simple relación entre mandato y obediencia para llegar al bien, parece ser bastante ajeno a lo expresado por la filosofía de Tomás de Aquino y su interpretación de la vida práctica. El Aquinate explica que la moralidad no consiste simplemente en adecuar el propio comportamiento a una norma externa, aunque esto no implica que cada cual

sont les lois fondamentales du genre humain, le titre primordial de la fondation de la société, et les moyens généraux de sa conservation». *Ob. cit.*, pp. 147-148.

⁷⁹ Cfr. *Essai...*, *cit.*, pp. 141-142.

⁸⁰ Cfr. DE BONALD, L. A., *Essai...*, *cit.*, pp. 142, 144 y 149.

⁸¹ Cfr. DE BONALD, L. A., *Legislation Primitive...*, *cit.*, t. II, pp. 24 y 31, apdo. c).

⁸² Con relación a esta cuestión, *vid.* CABRERA, L., *Modernidad y Neoescolástica...*, *cit.*, pp. 98-102.

haga lo que quiera: es más bien contemplar la cuestión desde la realidad de un mundo multiforme de bienes o fines en el que cada ser va tras lo que es suyo; de aquí que las acciones no puedan ser explicadas por un solo tipo de ellas, como un modelo único y excluyente, porque cada acción tiene su fin y estructura. Con esto, no sólo cabe contemplar la necesidad de realizar una acción basada en la coacción, sino en algo más importante: en la existencia de un fin, ya que la *necessitas coactionis* no sería un acto propiamente humano. El de Aquino, por el contrario, entendía que imperar es ante todo un acto de la razón, porque es ella la que nos ordena tratar de alcanzar aquello que es mejor para nosotros. La Ética, pues, no reviste un tono imperativo, sino indicativo⁸³.

6. LA RESISTENCIA AL PODER

En su obra *Du Pape*, el saboyano Conde De Maistre estima que en la obediencia al poder debe partirse de un principio general e incontestable: que todo gobierno es bueno cuando se halla debidamente establecido y subsiste sin oposición desde largo tiempo. Con esta afirmación De Maistre no parece abogar ni por la legitimación de todo gobierno de hecho ni por la inmovilidad absoluta del poder establecido, pues a continuación nos dice que sólo las leyes generales son eternas, y todo lo demás está sujeto a mudanza. Tampoco parece una legitimación del despotismo, pues lo considera insoportable⁸⁴. La cuestión que quiere abordar De Maistre, y que nos sirve de muestra de la filosofía conservadora del siglo XIX, es la de la resistencia al poder civil, o dicho con sus palabras, «cómo se puede limitar el poder soberano sin destruirlo»⁸⁵. Con carácter general, explica De Maistre, puede afirmarse que ningún poder soberano puede sustraerse a una cierta resistencia. Esta fuerza podrá variar de nombre, de atribuciones o de situación, pero existirá siempre. Ni siquiera el derramamiento de sangre por su causa puede hablar contra ella, pues, como argumenta De Maistre, «éste será un inconveniente semejante al de las inundaciones y los incendios, que de ningún modo prueban que deba suprimirse el agua o el fuego»⁸⁶. Pero debemos tener en cuenta una cuestión. Según nuestro autor, el dogma católico proscribía toda especie de rebelión sin distinción alguna. Luego si hablamos de resistencia cabe la permisión. Es preciso entonces resolver si el hecho de la resistencia esté radicando en alguna institución o

⁸³ Vid. al respecto, con relación a la exposición de esta y otras cuestiones, F. CARPINTERO, *Justicia y Ley Natura: Tomás de Aquino y los otros escolásticos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2004, especialmente las páginas 85 a 98.

⁸⁴ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, p. 189.

⁸⁵ Cfr. *Del Papa...*, cit., *ibidem*,

⁸⁶ *Del Papa...*, cit., t. I, p. 261.

individuo, cuándo se pueda usar de este derecho y qué hombres pueden ejercerlo⁸⁷. La razón de tal derecho estriba en el principio general de que ningún poder humano puede extenderse a crear una ley que no esté sujeta a ninguna excepción⁸⁸. Por tanto, es necesario que toda legislación contemple un poder que pueda dispensar las leyes, a fin de que no se caiga en su violación. Esta dispensa será siempre mejor ya que, según De Maistre, «no se puede pedir dispensa de una ley sin reconocerla y respetarla, y sin confesar el que pide que no tiene por sí mismo fuerza contra ella»⁸⁹.

Pero, ¿quién puede ser la autoridad que pueda dispensar? Para el Conde, sólo la autoridad del supremo poder espiritual, esto es, el Sumo Pontífice, puede dispensar del juramento de fidelidad. La razón se halla en su idea de la soberanía como poder emanado del poder divino y en el reconocimiento del Soberano como representante o imagen del mismo Dios en la tierra⁹⁰. Esta dispensa no contradice el origen divino de la soberanía, pues con ella sólo se atestigua que al ser la soberanía una autoridad divina y sagrada, no puede ser revisada sino por otra autoridad igualmente divina⁹¹. Para De Maistre esta concepción conlleva además mejores consecuencias prácticas: al residir el derecho de resistencia en una autoridad y no en el súbdito, se impide la rebelión, y tal resistencia puede someterse a ciertas reglas. En cambio, si el derecho se deja en manos de los súbditos no puede llevarse a cabo nada más que por la rebelión. Por otra parte, este veto del Papa se podría adaptar a todas las distintas constituciones de los Estados⁹². Además hay que destacar que este acto no implica violación de la soberanía⁹³. Si acudimos a los ejemplos de la historia, nos dicen que cuando los Papas dispensaban a los súbditos del juramento de fidelidad al poder temporal, declaraban al mismo tiempo que la soberanía era inviolable⁹⁴.

⁸⁷ Cfr. DE MAISTRE, J., *Del Papa...*, cit., t. I, pp. 189-191.

⁸⁸ Cfr. DE MAISTRE, J., *Del Papa...*, cit., t. I, p. 194.

⁸⁹ *Del Papa...*, cit., t. I, *ibidem*.

⁹⁰ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, p. 195. Esta idea del Conde podemos encontrarla ya en el siglo XVII, en el marco de las luchas entre papistas y presbiterianos en Inglaterra. Tanto en unos como en otros se encuentra la idea de que sólo la Iglesia puede gestionar la remoción de un «idólatra», o la de que la resistencia al gobernante sólo se justifica porque éste mande cosas contrarias a la religión. Cfr. a este respecto el libro de FIGGIS, John N., *El Derecho divino de los Reyes*. Trad. de E. O'Horman, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 173.

⁹¹ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, p. 198.

⁹² Cfr. DE MAISTRE, J., *Del Papa...*, cit., t. I, p. 199.

⁹³ Según la concepción del Conde De Maistre, ninguna soberanía es limitada en el ejercicio legítimo de su poder, pero a la vez puede decirse que tiene límites. Semejante paradoja la explica del siguiente modo: podemos decir que toda soberanía es limitada porque no hay ninguna que lo pueda todo. Pero al mismo tiempo decimos que no tiene límites porque en el círculo de su legitimidad, descrito por las leyes fundamentales de cada país, es siempre y en todas partes absoluta, sin que nadie tenga el derecho a decirle que es injusta. Por tanto, la legitimidad no consiste en que se conduzca de este ó del otro modo dentro de su círculo, sino que jamás se salga de él. Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, p. 196.

⁹⁴ Cfr. DE MAISTRE, J., *Del Papa...*, cit., t. I, p. 201.

Toda esta argumentación camina hacia un fin concreto: la sujeción de la soberanía, y por ende el soberano, a la ley religiosa y espiritual. Lamennais lo enuncia del siguiente modo: la ley divina comprende todos los deberes inmutables del hombre y constituye todos sus derechos, y por tanto debe reglar el ejercicio de la soberanía. Hay una ley religiosa y espiritual a la que Dios ha sujetado la soberanía, y esta ley obliga al soberano como hombre y como soberano. El abate acude a la autoridad de Gerson para explicar la naturaleza y extensión de esta soberanía. Según este autor, no debe decirse que los reyes y príncipes reciben del Papa y de la Iglesia sus tierras y heredades, de modo que el Papa tenga sobre ellos una autoridad civil o jurídica. Más bien cabe decir que la sujeción al Pontífice se produce en cuanto que el gobernante pretende abusar de su jurisdicción y soberanía para ir contra la ley divina y natural⁹⁵. Por tanto, el sometimiento lo es en cuanto se cumple la condición de que el gobernante esté sometido a la religión católica⁹⁶.

7. LA FORMA DE GOBIERNO: OPCIÓN MONÁRQUICA

En el pensamiento reaccionario del siglo XIX resulta clara la opción de sus representantes más significativos por el ideal de la monarquía. No obstante, en algún caso como el de Chateaubriand dicha opción va acompañada de cierto relativismo por las formas de gobierno. Este autor razona que al ser la libertad de derecho natural y al nacer con el hombre, puede existir en porciones iguales en las tres formas de gobierno. Él quiere dejar claro que la tarea del historiador no consiste en preferir una forma a la otra, sino en observar en su tarea la mayor libertad para poder enjuiciar sin perjuicios a los pueblos y juzgarlos, no conforme a reglas a priori, sino conforme a los siglos en que se desarrollaron⁹⁷. Para Chateaubriand, uno de los peligros que también se debe evitar en cuanto a formas políticas es el de la imitación, porque lo que para un pueblo puede ser adecuado no

⁹⁵ LAMENNAIS, F. R., *La Religión considerada...*, cit., t. II, pp. 127-128. B. DE JOUVENEL hace referencia a esta idea como prototípica de la concepción cristiana de raíz medieval, anterior al triunfo de la moderna idea de soberanía. *Vid. La soberanía*. Trad. y prolog. de L. Benavides, Granada, Comares, 2000, pp. 179 a 228. Con relación a la evolución del concepto de soberanía, *vid.*, entre otros, HINSLEY, F. H., *El concepto de soberanía*, trad. de F. Morera y A. Blandí, Barcelona, Nueva Colección Labor, 1972, cap. 3, pp. 45 a 48.

⁹⁶ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *La Religión considerada...*, cit., t. II, p. 134. De nuevo nos encontramos con la coincidencia histórica entre ideas procedentes de distintas confesiones religiosas. Si acudimos a los textos de la teoría presbiteriana del siglo XVII podemos ver idénticas opiniones acerca de la primacía de la Iglesia sobre el Estado. *Vid. FIGGIS, John N., El derecho divino...*, cit., pp. 149 ss.

⁹⁷ Cfr. CHATEAUBRIAND, F. R., *Estudios Históricos*, dos tomos, Madrid, Mellado editor, 1850. La referencia es del t. I, p. 129.

tiene por qué serlo para otro⁹⁸. Él se preocupa de atender a la diferencia que existe entre la enunciación de los principios y sus consecuencias prácticas. Así, si nos fijamos en la idea de la soberanía popular puede pensarse que en teoría es buena, pero si atendemos a sus consecuencias prácticas veremos que en realidad es funesta⁹⁹. Por eso le parece que existe un gobierno particular y natural, adecuado al momento histórico de cada nación. Cuando este sistema se altera, la nación tarde o temprano termina volviendo al sistema que le es adecuado¹⁰⁰.

Para los autores que prefirieron la reacción a los principios revolucionarios de 1789, la monarquía hereditaria satisface plenamente su concepción del poder¹⁰¹. En ella, y bajo la influencia del Cristianismo como motor de unificación de la humanidad, el punto de partida lo constituye la idea de un único Dios, un único pueblo y un único pastor o gobernante, así como de un único orden moral y jurídico que constituye la Cristiandad (*Christianitas* o *Respublica Christiana*)¹⁰². En este esquema resalta la idea de unidad como valor,

⁹⁸ Cfr. *Ensayo sobre...*, cit., t. I, p. 354.

⁹⁹ «En cuanto a mí, que con un corazón y ánimo sencillo tomo la conciencia por guis del talento, confieso que creo en teoría en el principio de la soberanía del pueblo; pero añadido al mismo tiempo que si se pone rigurosamente en práctica, vale más para el género humano volver a la barbarie y huir desnudo a los bosques». CHATEAUBRIAND, F. R., *Ensayo sobre...*, cit., t. I, pp. 369-370.

¹⁰⁰ «La libertad completa se acomoda con los salvajes, la república real con los pastores, la democracia con las virtudes sociales, la aristocracia con la relajación de las costumbres, la monarquía con la edad del lujo, y el despotismo con la corrupción. De donde se deduce que cuando quereis dar a un pueblo la constitución que no le es propia, le agitaís sin conseguir vuestro objeto; porque tarde ó temprano vuelve al régimen que le conviene por la fuerza sola de las cosas. Esta es la razón porque muchas pretendidas repúblicas se transforman de repente en monarquías, sin que se descubra la causa: de tales principios tal consecuencia, de tales costumbres tal gobierno». CHATEAUBRIAND, F. R., *Ensayo sobre...*, cit., t. I, pp. 399-400.

¹⁰¹ Son bastantes ilustrativas las palabras del Conde DE MAISTRE: «¿Qué hay más extravagante en teoría que la Monarquía hereditaria? Nosotros juzgamos en el particular por los resultados; pero si nunca se hubiese oído hablar de gobierno, y fuese menester elegir uno, ¿no sería reputado por loco cualquiera que prefiriese el gobierno hereditario al electivo? Sabemos no obstante por experiencia, que el primero es en todos conceptos el mejor, y el segundo el peor. ¡Cuántos argumentos se pueden acumular para establecer que la soberanía deriva del pueblo! Mas a pesar de esto no hay tal cosa». *Las veladas...*, cit., t. III, p. 4. En similares términos cfr. DONOSO CORTÉS, *Obras...*, cit., t. II, p. 638. A este respecto, resulta ilustrativa la génesis que, según John N. FIGGIS, da lugar a la preferencia histórica por esta opción. Nos dice que descansa en una tesis de los juristas del siglo XIII, consistente en pensar que únicamente Dios es quien puede hacer un heredero, «tesis que, si bien se formuló con expresa referencia a las herencias particulares, seguramente influyó para fortalecer el sentimiento a favor de la rigurosa sucesión hereditaria: hizo que los hombres vieran en este modo de transmisión de la Corona un medio que de un modo misterioso era superior al recurso humano de la elección». *El derecho divino...*, cit., pp. 38-39.

¹⁰² Cfr. MONTORO, A., *Supuestos teológico-políticos de la idea de ordenamiento jurídico*, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2001, pp. 11-12.

como bien expresa el pensamiento de Lamennais. Él explica que la unidad es la esencia del orden, porque el objeto del orden es unir, y la misma sociedad no es otra cosa que la unión de criaturas semejantes entre sí. En esta concepción, Dios es visto no sólo como creador y ordenador del mundo, sino también como su rey. De aquí que la imagen de Dios como rey del universo opera como paradigma del orden político, y eleva la monarquía a la condición de la mejor forma política adecuada a la condición humana¹⁰³. De Bonald es quizá quien mejor ilustra estas tesis. Para él, la monarquía es la forma de gobierno que mejor encarna la unidad física del poder, y como la misma palabra rey hace referencia al poder mismo¹⁰⁴. Al mismo tiempo, la monarquía es la que mejor responde a la constitución humana, pues, según el Vizconde, si consideramos al hombre en sí mismo puede decirse de él que es también una monarquía, donde se repite el conocido esquema de poder, ministro y sujeto. En el hombre, la parte súbdita estaría constituida por todas las necesidades físicas y las pasiones que nos igualan con los animales, pasiones que de continuo luchan con la parte racional y superior para establecer su dominación. Por eso el poder en el hombre debe velar por la conservación de la parte sensitiva subordinada¹⁰⁵.

Pero la argumentación de De Bonald acerca de la perfección de la monarquía no estaría sin su exposición de los tres estados de la sociedad, a la que ya hicimos referencia. Estos son el imperfecto, el perfecto o natural y el corrompido o contra la naturaleza. Los seres organizados, que para el Vizconde son el hombre y la sociedad, nacen en una situación de debilidad. Ese es el estado imperfecto. Manifestaciones concretas de él son el repudio o la poligamia en la familia, la religión natural y el despotismo o poder arbitrario en el Estado. Desde él, pueden pasar a un estado de madurez, que en el hombre se define por la virilidad y la razón. Este es el estado natural o perfecto, que referido a la sociedad recibe el nombre de civilización. Pero los seres pueden empeorar en su estado, porque sus medios no han sido bien desarrollados o han hecho un mal uso de ellos. Así llegamos en el hombre al estado de enfermedad corporal o debilidad moral. Esto es en la sociedad lo opuesto a la civilización, estado malo, corrompido o contra la naturaleza. Ejemplos de semejante estado se representan en el divorcio y el infanticidio en el individuo, y la soberanía del pueblo en el Estado. En cambio, el estado bueno o perfecto se caracteriza por la superación de estas lacras, y consiste, podríamos decir, en el tránsito de lo plural a la unidad, esto es, en la instauración del cristianismo

¹⁰³ Cfr. MONTORO, A., *Supuestos...*, cit., pp. 13-14.

¹⁰⁴ «Dans toutes les langues d'origine scythique, celtique, germanique, teutonnes, etc., et depuis la Moselle jusqu'au Kamtschatka, l'homme revêtu du pouvoir public s'appelle *Koenig, King, Kan, Chagan, Kien*, mots qui ont tous pour racine le verbe *Koennen*, qui dans leur langue, signifie pouvoir», *Essai...*, cit., p. 89.

¹⁰⁵ Cfr. DE BONALD, L. A., *Investigaciones...*, cit., t. I, p. 192.

como religión de un único Dios, la monogamia, la indisolubilidad del matrimonio y la monarquía¹⁰⁶.

Como consecuencia de esta bondad intrínseca del régimen monárquico, la propia Iglesia lo adopta para su gobierno, dando los autores un argumento más en este sentido. De Maistre afirma que la Iglesia universal es también una monarquía semejante a todas las demás, aunque templada por el elemento aristocrático, y se refiere a la supremacía del Sumo Pontífice como monárquica¹⁰⁷. Igualmente, el abate Lamennais afirma que si Jesucristo ha establecido el gobierno monárquico en la Iglesia, y si el Papa es su soberano, atacar su autoridad y limitar su poder es destruir la Iglesia y pretender sustituir un gobierno humano y arbitrario al que ella ha recibido de Jesucristo¹⁰⁸. En el pensamiento de Lamennais, Dios es así el gran monarca, como él lo llama, del que dependen todas las sociedades de la tierra, dependientes de la gran sociedad perfecta y eterna de las inteligencias, regida por Dios. Subordinado a Él se encuentra el otro gran soberano, el Papa, que ejerce una monarquía espiritual. Según Lamennais, este es el fundamento y la garantía de las monarquías temporales de los reyes, y por esto, sustraer a los reyes del poder de la Iglesia es someterlos al poder del pueblo y al vaivén de sus pasiones¹⁰⁹. La analogía entre autoridad pontificia y real es puesta de manifiesto también por De Maistre, para quien jamás se ha podido alterar el poder pontificio sin que se resintiera el de los príncipes. De ahí que la monarquía europea no pueda constituirse ni conservarse sino por la religión una y única, y si este aliado falta, el poder perece¹¹⁰. Por estas razones, se comprende el ataque lanzado por este autor contra el Jansenismo, al que acusa de dar los primeros golpes a la piedra angular del edificio eclesiástico con sus «criminales innovaciones»¹¹¹. De Maistre ve también en el Jansenismo una manifestación más del Calvinismo, que se disfraza con otro nombre para avanzar en una nueva fase de la historia¹¹². Pero los ataques no se dirigen tan sólo contra esta corriente, sino también contra el galicanismo, en cuanto viene a sustraer a los reyes de la autoridad eclesiástica en los asuntos temporales, y a poner en duda la dimensión monárquica de la Iglesia¹¹³. No extraña así la insistencia

¹⁰⁶ Vid. DE BONALD, L. A., *Del divorcio...*, cit., pp. 53, 54 a 59 y 74.

¹⁰⁷ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, pp. 43 y 69-70, y t. II, p. 31.

¹⁰⁸ Cfr. *La Religión...*, cit., t. II, p. 63.

¹⁰⁹ Cfr. *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 179, y *La Religión considerada...*, cit., t. II, p. 153.

¹¹⁰ Cfr. *Del Papa...*, cit., t. I, pp. 203-204, y t. II, p. 89.

¹¹¹ Cfr. *De la Iglesia Galicana...*, cit., p. 29.

¹¹² Cfr. *De la Iglesia...*, cit., pp. 14 y 18. Sobre el Jansenismo, resulta de interés el libro de KOLAKOWSKY, L., *Dios no nos debe nada*, Barcelona, Herder, 1996.

¹¹³ Se conoce con el nombre de galicanismo a una antigua tendencia del credo francés a disfrutar, bajo la protección de sus reyes, de una cierta autonomía dentro de la Iglesia Católica. Sus manifestaciones se remontan a la Edad Media, en la época de San Luis, y se van acentuando progresivamente bajo Felipe el Hermoso y luego con

del abate Lamennais sobre este punto con el que, según él, se convierte a la Iglesia en una República¹¹⁴.

8. PROTESTANTISMO Y DESPOTISMO

Pero existe, además, un enemigo más importante que todas estas doctrinas, pues con él se causa el gran trastorno de una Europa que, en el río revuelto de sus luchas, produce la ganancia de los pescadores heterodoxos. Como ya indicamos al principio, la Reforma y el Protestantismo son para la reacción las dos caras de un mismo mal y por tanto el objeto de sus más feroces invectivas. Por eso, no extraña que Lamennais se refiera a la Reforma como el verdadero motivo del trastorno político europeo, antes incluso que la Revolución Francesa, pues allí donde se estableció nacieron al instante el despotismo o la anarquía, como lo demuestran los ejemplos de Prusia o Inglaterra bajo Enrique VIII¹¹⁵. Por esto Europa fue degradándose hasta frenar su proceso natural de desarrollo y desgarrando la Cristiandad en un gran cisma destructor¹¹⁶. Con la variación de las doctrinas, la autoridad de la Iglesia sufrió un menoscabo por el principio del libre examen, hecho que produjo asimismo la quiebra de la unidad de doctrina. Rota la unidad religiosa, quebró también la unidad política y los pueblos se clasificaron según sus creencias¹¹⁷. No es extraño entonces que el Vizconde De Bonald cargue con fuerza contra el tratado de Westfalia, al consagrar el dogma ateo de la soberanía religiosa y política del hombre, que es el principio de todas las revoluciones y el germen de todos los males que afligen a la sociedad¹¹⁸.

De Maistre, por su parte, señala al respecto que el espíritu protestante observa un carácter democrático muy propio para seducir por todos lados al pueblo¹¹⁹. Y Lamennais, con su habitual estilo dramático, describe con exageración sus efectos en la sociedad. Este autor explica que todo gobierno tiene su carácter propio, y el de la democracia se caracteriza por ser de una movilidad continua, como resultado de las pasiones y las opi-

Carlos VII y la Pragmática Sanción de Bourges. Entre sus principales afirmaciones destacan la de que, en lo que se refiere al gobierno universal de la Iglesia, de forma habitual, el Papa es un soberano absoluto, pero que si se mira en quién reside la verdadera autoridad suprema e infalible, sólo la Iglesia Universal, reunida o dispersa, es soberana. Como consecuencia de lo anterior, los teóricos del galicanismo afirman que el Papa puede equivocarse en sus definiciones sobre la fe y costumbres. Cfr. al respecto, entre otros, EHLER, Sydney Z., *Historia de las relaciones entre Iglesia y Estado*, Madrid, Rialp, 1966, pp. 109-110.

¹¹⁴ Cfr. *La Religión considerada...*, cit., t. II, p. 159.

¹¹⁵ Cfr. *La Religión considerada...*, cit., t. I, p. 6.

¹¹⁶ Cfr. DE BONALD, L. A., *Del divorcio...*, cit., p. 77, entre otras.

¹¹⁷ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. I, p. 30. También del mismo autor, *La Religión considerada...*, cit., t. II, pp. 231 ss.

¹¹⁸ Cfr. *Essai...*, cit., pp. 36-37.

¹¹⁹ Cfr. *De la Iglesia Galicana...*, cit., p. 11.

niones. Esto produce que todo se encuentre sometido a una indeseable inestabilidad, lo mismo las leyes que los principios o las instituciones¹²⁰. Frente a la virtud del acatamiento al poder surgen la indocilidad, la censura y un desarreglo de los valores morales que facilita un tenor de vida sensual y corrupto¹²¹. De todos modos, Lamennais matiza que estos efectos que describe no se producen en un gobierno democrático por el solo hecho de serlo, sino sólo cuando la religión no ejerce sobre él su autoridad, cosa que en su opinión sólo ocurre en Estados pequeños como los cantones suizos, o en aquellos en los que reinan costumbres sencillas mantenidas por la fe¹²². Lamennais considera que estos casos de democracia templada por la religión son extremadamente raros, y para él no existe esperanza en este régimen. De ahí que «cuando permanece como ella es por su propia esencia, la democracia destruye las nociones de todo derecho divino y humano»¹²³. Al descansar sobre el dogma de la soberanía del pueblo, que al abate le parece ateo, trastorna todas las doctrinas establecidas y siembra el desgobierno y la opresión al sustituir la autoridad de Dios por la del hombre¹²⁴. Cuando esto sucede, nos dirá De Maistre, y el lazo entre Dios y el hombre se suprime, la criatura humana pasa de la sublimidad a la destrucción, y sus acciones serán negativas¹²⁵. La única solución, nos dirá el autor, es volver a sustentar las instituciones humanas sobre el cimiento firme y duradero de los principios divinos¹²⁶.

Este nuevo espíritu democrático trae además como bandera un concepto del que Lamennais desconfiaba igualmente: la tolerancia. Nuestro autor estima que esta idea no envuelve más que un odio inveterado contra los principios religiosos, solapado bajo la cobertura de la moderación y la indulgencia¹²⁷. Contra este peligro advierte igualmente Chateaubriand, pues, a su juicio, cuando al pueblo se le retira la afección religiosa no queda sitio sino para el mal. La Revolución Francesa constituye el ejemplo más claro de lo que puede suceder cuando la sociedad sustituye el bien por el mal¹²⁸. Por eso todos los esfuerzos deben orientarse a no repetir la experiencia.

¹²⁰ «Una fuerza irresistible arrastra y agita a los hombres; todo cuanto se encuentra en el camino, sea lo que sea, se pisa: avanzan, vuelven atrás; vuelven a avanzar, y todo el orden social es para ellos como un camino de paso. El poder, lejos de dar impulso, le recibe, y no se que de indefinible arrastra al pueblo y a sus gefes». *La Religión considerada...*, cit., t. I, pp. 24 ss.

¹²¹ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *La Religión considerada...*, cit., t. I, p. 28.

¹²² Cfr. *La Religión considerada...*, cit., t. I, pp. 30 y 103.

¹²³ LAMENNAIS, F. R., *La Religión considerada...*, cit., t. I, p. 30.

¹²⁴ Cfr. LAMENNAIS, F. R., *De la indiferencia...*, cit., t. II, p. 78.

¹²⁵ «L'homme en rapport avec son Createur est sublime, et son action est creatrice: au contraire, des quil se separe de Dieu et quil agit seul, il ne cesse pas d'etre puissant, car c'est un privilege de sa nature; mais son action est negative et n'aboutit qu'a destruire». *Essai sur le Principe Generateur des Constitutions Politiques*, Lyon, Librairie Catholique Emmanuel Vitte, 1924, p. 64.

¹²⁶ Cfr. *Essai...*, cit., *ibidem*.

¹²⁷ Cfr., *De la indiferencia...*, cit., t. I, p. 19.

¹²⁸ Cfr. *Genio...*, cit., t. I, p. 486.

La opinión pública

Por JOSÉ J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ

Universidad de Granada

«Eso haré yo de muy buena gana –respondió don Álvaro Tarfe–, puesto que cause admiración ver dos don Quijotes y dos Sanchos a un mismo tiempo, tan conformes en los nombres como diferentes en las acciones; y vuelvo a decir y me afirmo que no he visto lo que he visto ni ha pasado por mí lo que ha pasado.»

M. de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, II, 1615, p. 1124.

«El Estado es, en definitiva, el estado de la opinión.»

J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, 1930, pp. 233-234.

«Pequeña –le dijo–, la política es un juego muy duro, tal como se desenvuelve en estos tiempos.»

D. Hammett, *La llave de cristal*, 1931, p. 124.

SUMARIO: 1. JURIDIFICACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA. 2. LA OPINIÓN PÚBLICA EN UNA DEMOCRACIA LIMITADA.

1. JURIDIFICACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA

Cuando Habermas afirma que si el principio de discurso toma «forma jurídica se transforma en un “principio de democracia”»¹,

¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introd. y trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998 (1992 y 1994), p. 653.

constata algo evidente, en la medida en que reconoce que la democracia, como cualquier forma de dominación política, se ejerce siempre por medio del derecho. No obstante, Habermas no se queda en lo anterior pues, al mismo tiempo, propone un modelo de democracia que no puede confundirse con otras concepciones de la democracia, la fascista y la soviética, e incluso hoy día las de raíz nacionalista, pues su democracia entronca por medio de ese principio de discurso con la tradición liberal e incorpora toda una serie de derechos y libertades individuales desde los que podrá evitarse o corregirse los excesos en el ejercicio del poder político democrático. Esto hace que esa democracia de raíz liberal sólo sea factible por medio de un derecho, en el que se plasme el principio de discurso, que exige que aquél respete los valores democrático-liberales que responden a una situación en la que «son válidas aquellas y sólo aquellas normas de acción a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»². Es indudable que con tal formulación no se acaban las dificultades, pues el principio de discurso las posee, aunque no sólo, pues también tiene virtudes, y ambas –dificultades y virtudes– son parecidas a las que poseía la voluntad general de que hablaba Rousseau o la voluntad unida del pueblo que defendía Kant. Sin embargo sabemos que sólo es posible tener tales principios como referentes ideales que de algún modo nos sirvan para controlar y encauzar la instrumentalización que de los mismos se hace por medio del principio de las mayorías, la voluntad de todos de Rousseau o la mayoría de Kant. La diferencia de la construcción de Habermas con las anteriores es que ha hecho posible la realización de su principio en un terreno, el derecho, que evita en gran medida los inconvenientes que tuvo la instrumentalización de la voluntad general por medio de la voluntad de todos, esto es, el reinado irrestricto del principio de las mayorías que tantos inconvenientes trajo. Ahora bien, las ideas de Habermas evitan que esa utilización de la voluntad general por medio del principio de las mayorías sea ilimitada, lo que se alcanza a través de su encauzamiento en el derecho. Esto conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y libertades civiles y políticas de carácter individual que al mismo tiempo que aseguran la libertad personal y el derecho de ciudadanía, remiten a la idea primigenia, la voluntad general o voluntad unida del pueblo, y embridan su instrumentalización por medio del principio de las mayorías.

El problema con el que nos enfrentamos, la conformación de la opinión pública en una democracia, no se agota en la realización del principio de discurso en el medio derecho a fin de constituir una democracia. Éste es un referente que no podemos dejar de lado, pero que hemos de completar estableciendo las mediaciones necesarias entre ese mundo normativo y el mundo fáctico. La fórmula jurídico-constitucional que establece que la soberanía radica en el pueblo, esto

² HABERMAS, *Facticidad...*, *op. cit.*, p. 658.

es, aquella que establece la democracia, es la que responde al principio de discurso tal y como establece Habermas, aunque no ha de quedarse ahí, pues esa fórmula no puede permanecer encerrada en el terreno normativo, sino que ha de mirar necesariamente al mundo del ser, lo que en verdad hace ya que la formulación jurídica «la soberanía radica en el pueblo» es necesariamente portadora de signos y participante de la substancia del poder constituyente, que no puede ser otro, y en esto tenía razón Schmitt, que la opinión pública. La fórmula jurídico-constitucional ha de salir necesariamente del poder constituyente, es decir, el poder constituyente es el origen de la misma, y si esto es así, entonces tiene que haber coherencia entre esa formulación jurídico-constitucional y el poder constituyente. Dicho de otro modo, tiene que haber coherencia entre el emisario –el pueblo soberano en términos jurídico-constitucionales– y el emisor, el poder constituyente –el pueblo soberano en términos reales, lo que se puede entender como opinión pública–. Así pues, se trata de sostener la existencia de dos pueblos soberanos o mejor dicho, dos soberanos aunque entendidos de manera muy diferente, pues uno se describe en términos fácticos y al otro se le comprende en términos normativos. El problema subsiguiente consistirá en dilucidar cómo se articulan ambos y qué mediaciones hayan de darse entre ellos.

Como bien sabemos, la democracia consiste en que «el conjunto de los electores adultos toman decisiones partiendo de una voluntad que está presente en su interior»³. Esta es la matriz de la democracia y a la que responde la idea de que el poder constituyente es la opinión pública. Sin embargo, esa definición resulta insuficiente pues queda abierta a diversas interpretaciones de lo que pueda entenderse por democracia, pues no impide que como tal puedan entenderse las interpretaciones fascistas, comunistas y hoy día, nacionalistas. A lo largo del siglo xx dos autores, Kelsen y Hart, tratarán de corregir esas insuficiencias por medio del establecimiento de las mediaciones necesarias entre los ámbitos fáctico y normativo.

Kelsen diseña un soberano democrático sobre el ejercicio del principio de las mayorías, al mismo tiempo que trata de limitarlo por medio de las exigencias que conlleva el respeto a una serie de derechos público-subjetivos, a los que hoy denominaríamos derechos y libertades individuales, pero también colectivos. En este sentido, su propuesta resume en una la que hicieron Hobbes y Locke, el primero construye un soberano, el segundo lo limita. Sin embargo, Kelsen se encuentra con una dificultad irresoluble cuando construye en términos fácticos un soberano sobre el ejercicio de la voluntad de todos, pues no puede justificar los límites que ha diseñado. La paradoja en la que cae es similar a la del primer Hobbes. Si quien decide es la voluntad mayoritaria, ¿cómo puedo limitarla por una serie de derechos público-

³ LIPPMANN, W., *La opinión pública*, trad. B. Guinea Zubimendi, Langre, Madrid, 2003 (1922), p. 305.

subjetivos?, pues si así lo hiciera, entonces el poder de la voluntad de la mayoría ya no sería tal, ya que estaría limitado por esa serie de derechos, cuyo creador sería el auténtico soberano; si la voluntad mayoritaria decide, por otra parte, limitarse por medio de la creación de una serie de derechos, es claro que en la medida en que ella los ha creado, también puede derogarlos, con lo que entonces esos derechos no constituirían ningún límite de la voluntad mayoritaria, pues siempre estarían a su albur. Planteado en estos términos, el problema no tiene salida, sólo cabría apelar, como hizo Kelsen, a la necesidad de limitar el poder, aunque la dificultad que nos importa, no radica en esa apelación, sino en la justificación de tales límites.

Sin embargo, la obra de Kelsen no se queda en esto. Como en el caso de Hart su obra se construye sobre tres movimientos, aunque no coinciden exactamente, pues en el caso del primero sólo se mueve por su trasfondo relativista entre dos mundos, el de los hechos y el derecho, mientras que en el caso de Hart va más allá, pues reconoce la necesidad de la justificación de nuestras decisiones. El primer movimiento que hace Kelsen es similar al que realizan los autores que concibieron la soberanía en términos fácticos. La diferencia con ellos se encuentra en que ahora se ha pensado esa soberanía democráticamente, pero respecto de lo demás, su concepto y límites, Kelsen se mantuvo dentro de sus parámetros. De los otros dos movimientos que dibuja Kelsen hablaremos muy brevemente, pues Hart prácticamente los asume en los dos primeros pasos que dio, aunque Hart se distanciará de Kelsen al dar un tercero consistente en caracterizar la aceptación como una actitud crítico-reflexiva.

Ante la insuficiencia de su caracterización de la soberanía en términos fácticos y dado que desde tal concepción le resulta imposible la justificación de sus límites, Kelsen da un segundo paso consistente en concebir la soberanía en términos normativos, pues «sólo un orden normativo puede ser “soberano”»⁴ o dicho con otras palabras, «la soberanía sólo es concebible (...) dentro del marco normativo»⁵. Esto es, una norma es la que establece quien es el soberano, por lo que sólo será una norma la que autorice a alguien a ejercer el poder sobre otro, de manera que ordene su conducta de acuerdo con lo establecido por el primero. Además, esa norma no sólo tiene que disponer quién sea el soberano, con independencia de cómo lo diseñe; sino que también puede o no establecer los límites dentro de los que puede actuar el mismo, pues al concebirlo normativamente, el problema de los límites no adquiere la relevancia que tenía cuando la soberanía se concebía en términos fácticos. Ahora todo queda remitido a la norma, el soberano, pero también sus límites, sin que sea contradictorio ni surja ninguna paradoja. De este modo Kelsen niega que el Estado esté tras el dere-

⁴ KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, UNAM, México, 1995 (1944), p. 456.

⁵ KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 225.

cho, pues no existe tal dualidad, es decir, no hay poder soberano tras el derecho, pues el derecho es el poder soberano. Indudablemente, las dificultades no terminan con estas apreciaciones, ya que Kelsen tiene que reconocer necesariamente la existencia de otra dualidad, la que «existe entre validez y eficacia del orden jurídico»⁶, lo que le permite formular un tercer movimiento, que lo aproxima de nuevo al primer paso que dio y lo lleva al reconocimiento de la diferencia entre lo normativo, que es el terreno en el que se desenvuelve la validez, y lo eficaz, que es el espacio propio del poder político, al que no hay que confundir con el poder soberano y que define como «la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho»⁷, lo que repetirá con otras palabras al afirmar que «el derecho es un orden u organización específicos del poder»⁸. La conclusión parece evidente: todo orden normativo asentado en un poder suficiente es un orden válido y legítimo⁹. Esto no quiere decir que la razón de la validez se encuentre en la suficiencia de un determinado poder, pues la razón de la validez de una norma sólo cabe encontrarla en otra norma, aunque «la eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran»¹⁰. Sólo en la medida en que un orden jurídico sea eficaz, habría que reconocerlo como tal; si no lo fuera no tendría ningún sentido plantear las cuestiones relativas a la legalidad. Estas ideas las recogerá posteriormente Habermas cuando al hablar de la interconexión entre derecho y democracia, plantee que dado que «toda dominación política se ejerce bajo la forma del derecho, existen por tanto también ordenamientos jurídicos allí donde la violencia política no está aún domesticada»¹¹. Esto no quiere decir que fuese admisible desde un punto de vista normativo, pues desde el mismo existe un vínculo interno entre ambos, entre un poder democrático y su institucionalización en las formas del Estado de derecho; aunque desde un punto de vista empírico hay que reconocer que pueden producirse situaciones en las que se dé un poder democrático sin Estado de derecho, como un Estado de derecho sin que el poder se haya democratizado.

La obra de Hart remite a las mismas cuestiones de las que acabamos de hablar, aunque fuerza la obra de Kelsen situándose más allá de la mera eficacia al preguntarse no sólo por quiénes son los que aceptan y la fuerza que poseen, sino fundamentalmente por cómo ha de ser

⁶ KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 227.

⁷ *Idem.*

⁸ KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 142.

⁹ El principio de legitimidad consiste en que las normas «permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine», esto es, el principio de legitimidad se identifica con el principio de legalidad, *vid.* KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰ KELSEN, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 140.

¹¹ HABERMAS, «El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia», *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de J. C. Velasco Arroyo, Paidós, Barcelona, 1999 (1996), p. 247.

la aceptación, con lo que ha dado un paso que rompe con la concepción de Kelsen acerca del poder constituyente, en la medida en que lo sitúa más allá de la mera facticidad. Hart planteará la necesidad de que el poder político acompañe sus decisiones de razones, con lo que entrará en el problema de la justificación de sus acciones. Para él, la aceptación de los criterios de validez a los que han de responder las normas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico, supone dos cosas. Primero, se trata de aceptar aquellos criterios que establecían la validez o invalidez de las normas del sistema, con lo que de los mismos criterios no podía predicarse validez. Sin embargo y en esto consiste lo segundo, esa aceptación no puede caracterizarse como actitud arbitraria o irreflexiva. Tenía que ser necesariamente una actitud crítico-racional, que por hacerse en nombre de otros exige que esa aceptación exceda el mundo de los hechos y mire más allá, al lugar de donde el derecho se alimenta de justicia. Sólo si pensamos de esta manera la aceptación, podremos salir de las dificultades en las que se encontraba la teoría de Kelsen. Y al hacerlo así, es cuando podemos sobrepasar la identificación entre legalidad y legitimidad, con lo que evitamos la expulsión de esta última al terreno de la irracionalidad.

En definitiva, uno y otro, Hart y Kelsen, abordan el mismo problema de fondo: cómo ha de concebirse la cuestión de la soberanía, que remite a las relaciones entre el poder constituyente y el poder constituido; lo que en términos de Kelsen habría que entender como la relación entre el poder político y el poder soberano, y en los de Hart como la relación entre la actitud crítico-racional de los aceptantes respecto de los criterios de validez recogidos en la regla de reconocimiento. En el caso de este último, el problema adquiere una perspectiva más moral, ya que se trata de saber las razones que acompañan esa aceptación. En el de Kelsen, es más jurídica, pues plantea, aunque no la resuelva, la paradoja sobre la que se fundan nuestros sistemas jurídico-políticos: el reconocimiento de un derecho que se asienta en su efectividad, al mismo tiempo que esa efectividad es condición del derecho, lo que es una consecuencia necesaria de que el poder político hable mediante la forma derecho. Se trata, en el caso de Kelsen, de una comprensión de la soberanía en términos normativos, mientras que Hart habría intentado asentar la soberanía más allá del terreno jurídico, para lo que acudiría al espacio moral, desde el que han de justificarse las diferentes posiciones que se dilucidan en el terreno de la opinión pública. Sin duda, esto no quiere decir que todo lo que se defiende, tenga el mismo valor puesto que, de acuerdo con las ideas de Hart sobre la aceptación, habría que dar razones de las posiciones que cada uno sustenta y como parece evidente, no todas tendrían el mismo peso. Cabe exponer todas las razones, pero no todas pesan lo mismo al menos en las distintas circunstancias.

En la obra de Habermas se entrecruzan estas dos líneas de reflexión sobre los problemas de carácter jurídico-político: en primer lugar, las relaciones entre el poder y la legalidad, que provie-

nen del modo en que las había dejado planteadas Kelsen; en segundo lugar, las cuestiones relativas a la caracterización de Hart sobre la aceptación como actitud crítico-reflexiva, que excede la legalidad y nos lleva al terreno de la legitimidad. Precisamente este terreno es en el que ahora hemos de entrar pues es aquel en el que ha de resolverse, si es que queremos ir más allá del enfrentamiento directo, la lucha política real. Ésta se desenvuelve en la conformación de la opinión pública, lo que puede hacerse de dos modos, permaneciendo en el terreno del ser, lo que llevaría inevitablemente al enfrentamiento físico entre las distintas formas de existencia que pudieran darse en una sociedad, o bien tratando de salir de ese terreno, tal y como se hizo en la articulación jurídica del poder político. Es indudable que el terreno jurídico es insuficiente para dilucidar esas disputas, lo que exige necesariamente que sea otro, el ámbito moral, en el que pueden formularse diversas razones, al mismo tiempo que se facilitan los mecanismos oportunos que nos permitan sopesarlas. Esto no quiere decir que sea un mundo radicalmente diferente del jurídico, todo lo contrario, las razones que se den tienen que ser coherentes con la formulación jurídica de la que hablamos con anterioridad. Además, esa coherencia viene demostrada por la propia argumentación de Habermas, aunque su recorrido sea justamente el inverso del que hemos realizado nosotros, pues él plasma el principio de discurso en un terreno jurídico y nosotros hemos partido de una realidad completamente diversa, del poder constituyente y de la necesidad de abandonar el terreno en el que el mismo se desenvuelve para entrar por un lado en el terreno jurídico y, por otro, en un terreno crítico-racional. Del primero ya hemos hablado por extenso, ahora lo haremos del segundo.

Esto no quiere decir que no vayamos a encontrarnos con dificultades, pues en tal ámbito, como ocurrió con el jurídico, se plantean problemas y de muy diversa entidad. El primero de ellos se refiere a la complejidad de la sociedad moderna. En una sociedad simple podría suceder que la mayoría de la gente común no se limitara sólo a obedecer el derecho, sino que también comprendiera y aceptara la regla que habilita a una sucesión de legisladores para legislar. Esto ya sucedió en la Atenas clásica en la que según dice Constant, los veinte mil ciudadanos que la habitaban disponían del tiempo y recursos necesarios, entre otras razones gracias al sistema esclavista, para discutir en la plaza pública sobre los asuntos de la ciudad. También Rousseau se refirió a su Ginebra natal como modelo de una democracia directa, en la que era posible una participación de toda la gente. Sin embargo, tales modelos son imposibles en sociedades más complejas y lo son no sólo por las dificultades inherentes a las mismas, lo que las hace desde la perspectiva de la participación inmanejables, sino también porque las sociedades modernas se asientan sobre principios radicalmente diferentes a aquellos sobre los que lo hacían las sociedades antiguas. En los estados en que hoy vivimos parece razonable admitir

que sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tiene conciencia clara del trasfondo jurídico-racional de las reglas que especifican los requisitos para integrar un cuerpo de personas en continuo cambio, facultado para legislar, esto es, para ordenar la vida ajena, así como muy difícilmente los puede tener de los asuntos públicos que preocupan en esa sociedad. Esto no quiere decir que la gente no sepa cuidar de sus asuntos lo que, por lo que uno aprecia a su alrededor, hace muy bien, sino sólo que existe una diferencia entre sus asuntos privados y los asuntos públicos. Además, estos entrañan ciertas dificultades, tanto más cuando los principios o reglas generales sobre los que cabría asentar su solución no están claros, bien porque no poseamos la inteligencia suficiente, bien porque no se quiera aclararlos. De ahí la necesidad de especificar con toda la claridad posible las reglas sobre las que se asienta el orden en nuestra sociedad. Esto no eliminaría la dificultad de la empresa, aunque al menos la facilitaría. Las advertencias que, al respecto, nos hizo Hobbes en su *Behemoth*, son iluminadoras. Allí nos dice, quizá con excesiva crudeza, que el «pueblo llano nada sabe, por su propia meditación, de lo recto y lo indebido; hay, pues, que enseñarle los fundamentos de su deber, y las razones de por qué la desobediencia a sus legítimos soberanos siempre acarrea calamidades»¹². De ahí que insista en que el gobierno de una república exige algo más que la «prudencia», «diligencia e ingenio natural», pues estos no bastan cuando «faltan reglas infalibles, así como la verdadera ciencia de la equidad y la justicia»¹³.

Todo esto es lo que, en mi opinión, justifica que Hart formule de manera intuitiva la diferencia entre aquiescencia y aceptación, al mismo tiempo que caracteriza la segunda como una actitud reflexiva, es decir, de carácter crítico-racional. Mientras que la aquiescencia se refiere a la generalidad de la población que se limitaría al cumplimiento de las normas, la aceptación quedaría en las autoridades y expertos del sistema, los tribunales, juristas y funcionarios. «Por lo menos algunos –dirá Hart– tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo»¹⁴. Aún admitiendo que esta distinción sea acertada, plantea problemas muy difíciles, en tanto que el concepto de aquiescencia debilita el concepto de regla, hasta el

¹² HOBBS, *Behemoth*, estudio preliminar, trad. y notas M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992 (1668), p. 188.

¹³ HOBBS, *Behemoth*, *op. cit.*, pp. 91-92. En la p. 54, Hobbes se pregunta lo mismo que, al menos en este país en que nos tocó vivir, nos seguimos preguntando hoy día: «¿Por qué no se enseña a los hombres su deber, esto es, la ciencia de lo *justo* y de lo *injusto*, igual que se han enseñado otras diversas ciencias, a partir de principios verdaderos y demostración evidente, y mucho más fácilmente de lo que ninguno de esos predicadores y gentileshombres demócratas podían enseñar la rebelión y la traición?».

¹⁴ HART, *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980 (1961), p. 71.

punto de que se oscurece la diferencia entre hábito y regla. Si Hart sostiene que la semejanza entre el hábito y la regla consiste en que la conducta de que se trate, tiene que ser general y luego diferencia la regla del hábito por la diferente actitud que se tiene ante ellos, en tanto que el hábito es irreflexivo, mientras que la actitud ante la regla es crítico-reflexiva; entonces habríamos de preguntarnos ¿cómo se puede sostener que esa actitud reflexiva puede ser la de unos pocos, cuando si de lo que se trata es de aceptar una regla, ésta tendría que ser general y por tanto la actitud reflexiva ante ella, también? ¿No nos llevaría tal distinción a mantener que sólo el hábito podría ser general y no la regla? ¿Acaso sólo del hábito podemos predicar la generalidad, siendo la regla algo propio de las elites? ¿No nos conduciría todo esto a sostener que Austin tenía razón, puesto que explica mejor lo que sucede con la mayor parte de la población –hábito de obediencia–, aunque no con lo que sucede con las minorías –aceptación–? La solución de estas dificultades se encuentra en la admisión de que ambos autores tienen algo de razón. La explicación de lo que sucede por medio de una práctica como la del hábito de obediencia explica parte de lo que sucede, posiblemente lo que sucede con la masa de la población, especialmente en tiempos de confusión en los que los presupuestos jurídico-políticos sobre los que se levanta un determinado orden social no están claros. Pero esa práctica no agota todo lo que ocurre, pues junto a ella se da una práctica más compleja: la aceptación. Austin no estaba, entonces, completamente confundido, ya que lo que describe es lo que sucede normalmente con la mayor parte de la población, especialmente en las sociedades complejas donde la distancia entre lo que ocurre entre la población y las elites es enorme.

En mi opinión, Hart tiene también razón, más razón que Austin, pues va más allá de éste al conjugar la aquiescencia, similar a aquello de que habla Austin, con la aceptación. De este modo se sitúa en la tradición liberal que desconfía de la sola expresión de la voluntad del pueblo y exige que la misma se conforme mediante razones, esto es, que posea un cierto grado de racionalización. Esta sería la labor que tendrían que desarrollar los aceptantes, en la medida en que lo que aceptan no es algo que se refiere a ellos mismos, pues aceptan en el nombre de otros, por lo que sólo cabría la justificación de lo que hubieran aceptado si estuviera apoyado en razones que cualquier afectado pudiera aceptar en unas condiciones ideales. El terreno de la aceptación como podemos apreciar es el mismo que aquel en el que Habermas desarrollará de manera más completa el principio de discurso que encontrará en el terreno jurídico la posibilidad de la democracia. De esta manera parece que se cierra el círculo y ahora sí parece que se abandona el modelo emanativo, pues no se trataría ya de un salir de algo hacia alguna parte, sino de una autorreferencia continua de un terreno a otro, que es además lo que caracteriza al discurso ilustrado, un discurso que encuentra en la autorreflexión la posibilidad de

corrección¹⁵. El terreno moral no tiene sentido si no es capaz de realizarse en el derecho, esto es, requiere del derecho, aunque éste a su vez ha de inspirarse en los requisitos del primero. Pero el derecho no puede obviar la substancia real de la que ha de proceder todo su vigor —el poder político, el poder constituyente, el poder de la opinión pública—, al mismo tiempo que los signos de ese poder —es decir, del ser—, han de articularse de manera racional, pues si se abandonara este terreno estaríamos abiertos al enfrentamiento continuo. De hecho estamos siempre a las puertas de ese conflicto, aunque posiblemente de lo que se trate, sea en primer lugar de alejarlo y, después, evitarlo.

2. LA OPINIÓN PÚBLICA EN UNA DEMOCRACIA LIMITADA

G. Sartori reconoce como buen ilustrado que en nuestra sociedad hemos sustituido el móvil de la Ilustración, «*sapere aude!*», por «*sapere fuge!*»¹⁶; en consonancia con ello, la democracia ha dejado de tener como modelo al *homo sapiens* para adoptar el del *homo videns*¹⁷ que parece que es el que hoy se encuentra generalizado en nuestra sociedad, en la que «la televisión favorece la acción y sofoca el planteamiento»¹⁸, con lo que la política se reduce a «la acción directa», así como a facilitar una retórica de «píldoras» que favorecen la acción del «demagogo y del populista»¹⁹. Esto es lo que ha llevado, según dice

¹⁵ BORRADORI, G., *Philosophy in a Time of Terror. Dialogues with Jürgen Habermas and Jacques Derrida*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2003, p. 42.

¹⁶ SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?*, trad. M. A. González Rodríguez y M.ª C. Pestellini Laparelli Salomon, Taurus, Madrid, 2003 (1993), p. 393.

¹⁷ Vid. SARTORI, G., *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. A. Díaz Soler, Taurus, Madrid, 1998 (1997).

¹⁸ SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, *op. cit.*, p. 427.

¹⁹ SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, *op. cit.*, p. 428. Al menos en nuestro país habría que extender también su apreciación sobre la televisión a la radio, lo que nos permitiría añadir a su tipología de hombres, uno nuevo, el *homo audiens*. En relación con esto son muy significativas las declaraciones de Gabilondo a A. Espada en *El País*, 29 de agosto de 2004, en las que afirma: «(...) Así que empecé a hacer opinión. Lo que pasa es que la cosa ha adquirido últimamente un carácter que no me gusta. Porque al final yo me he cabreado de una manera muy oficial con Aznar. Yo me sentí muy agredido con Aznar, sentí que mucha gente estaba siendo muy agredida y me pareció que era necesario fajarse a leche limpia. Cuando a mí me empezaron a decir que ponerle una pega a la política nacionalista de Aznar era ser enemigo de la patria y cómplice de los terroristas, pensé que si esto iba de jugar sucio... yo también sabía dar dentelladas. *Pero me pasé* [subrayado mío]. No en las cosas que le he estado diciendo a Aznar, que se las merecía, sino que le he dado a mi trabajo como conductor de programa un carácter que no le corresponde. No le corresponde, no debe ser eso (...) Creo que no debo seguir en el sermón (...) Yo quiero entender que ese tono ha formado parte de una emergencia. Una emergencia derivada de una emergencia política». No creo que hiciera faltar añadir nada más, aunque me parece que dos apostillas vendrían bien. Primero, con independencia de cómo fuera o dejase de ser la política de Aznar, posiblemente muy torpe en algunos aspectos, hay que reconocer un hecho

Sloterdijk, a construir una sociedad de «individuos desgarrados del cuerpo colectivo y cercados por los campos de fuerza de los medios de comunicación en una situación de pluralidad que permanece fuera del alcance de cualquier mirada»²⁰. Los individuos se encuentran aislados al mismo tiempo que son masa, aunque sin entrar en contacto con los otros, pues ya no constituyen la masa tumultuosa de Canetti²¹, sino que son masa sin necesidad de «ver a los otros»²², en la medida en que está «involucrada en programas generales»²³ construidos en torno al principio del entretenimiento. En esta situación bien descrita por Sloterdijk, tiene razón Sartori cuando percibe, sin decirlo, algo más, al describir cómo las concepciones de masa de Canetti y Sloterdijk se aunaron en las revoluciones que tuvieron lugar a finales de los ochenta en los países del Este, «cuando los ciudadanos, encerrados en casa, han visto en el vídeo que podían salir y bajar a la calle sin peligro, salieron en masa a la calle y la revolución venció rápidamente»²⁴. Después lo volvimos a ver el 12 y 13 de marzo de 2004. Ahora ya en nuestro país.

Esto muestra que del mismo modo que el pueblo revolucionario francés actuó de acuerdo con un modelo de comportamiento propio del antiguo régimen, antes que adaptado a las exigencias de un nuevo régimen, esto es, que el pueblo protestaba de la misma manera que lo hizo con anterioridad²⁵, así ha sucedido en España. El pueblo no ha actuado de

evidente, se atuvo a la ley, esto es, el estado de derecho se mantuvo firme, lo que es esencial a la hora de alcanzar la legitimación de las decisiones del poder. Si esto fue así y si esa política mereció una reacción de tal calibre, por qué cuando en este país los políticos no se atuvieron a las exigencias del estado de derecho, no se reaccionó de manera proporcionada a como ahora se ha hecho, esto es, con una mayor indignación y emergencia políticas. De ahí que en mi opinión la reacción que generó la política de Aznar me parezca absolutamente desproporcionada si la comparamos con la que suscitó la política antiterrorista de los primeros años de los gobiernos socialistas. Segundo, la declaración de la situación de emergencia se parece demasiado a una situación de excepción que justificaría ciertos excesos que en una situación normal no lo estarían. De nuevo vuelvo a la primera cuestión. Ha habido situaciones en este país que lo merecieron. Así sucedió el 23 de febrero de 1981, y si alguna otra hubo, desde luego fue antes el Gal que la política nacionalista de Aznar, que por conservadora que fuera, siempre lo fue dentro de los límites de la Constitución, que mientras no se diga lo contrario, y no sé quién podría decirlo, es el marco dentro del que han de jugar las diferentes opciones políticas.

²⁰ SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, trad. G. Cano, Pre-Textos, Valencia, 2002 (2000), p. 17. Desde otro punto de vista ya lo había percibido Hobbes al constatar que «el pueblo tiene un día de ocio a la semana para recibir instrucción», por lo que su juicio natural es insuficiente cuando se trata de problemas complejos como la obediencia o desobediencia del súbdito respecto del poder soberano, vid. *Behemoth*, *op. cit.*, p. 207.

²¹ CANETTI, E., *Masa y poder*, trad. H. Vogel, Muchnik Editores, Barcelona, 1985 (1960), pp. 12 ss. y 339.

²² SLOTERDIJK, *El desprecio...*, *op. cit.*, p. 17.

²³ SLOTERDIJK, *El desprecio...*, *op. cit.*, p. 16.

²⁴ SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?*, *op. cit.*, p. 434.

²⁵ TAYLOR, Ch., *Modern Social Imaginaries*, Duke University Press, Durham and London, 2004, pp. 109 ss.

acuerdo a las exigencias de una democracia constitucional, sino que llamado por unos y alentado por otros, así como por una parte importante de los medios de comunicación, el pueblo ha salido a la calle y ha actuado de acuerdo con la exigencia de una masa tumultuosa. En cierta medida se ha reproducido una situación similar, pero sólo similar, a la de los revolucionarios franceses, aunque con una diferencia importante, en este caso las élites no se han ajustado al modelo de la democracia constitucional, con lo que su posición ha sido tan reaccionaria —o tan revolucionaria—, como la de los defensores de las democracias populares.

La democracia constitucional se eleva sobre las exigencias del modelo jurídico-racional, asentado en el reconocimiento de la igualdad formal, vehículo de la expresión del principio democrático en el medio derecho, así como en la necesidad de la racionalización de la opinión pública, que ha de conformarse de acuerdo con el mejor o los mejores argumentos de que podamos disponer. La consecuencia inmediata de la alteración de uno o ambos presupuestos supone la quiebra no ya del modelo del club literario²⁶, sino de la misma democracia liberal tal y como está diseñada en los países occidentales. Cuando se alienta la constitución de una masa en la que necesariamente ha de desaparecer el elemento formal en el que nos reconocemos como iguales con los demás en situaciones de normalidad; cuando constatamos, además, que la constitución de esa masa ya no puede realizarse en las condiciones que la hicieron posible con anterioridad, en las que esa masa se generaba necesariamente en la calle, en el contacto con los demás; cuando percibimos que ahora la situación es muy distinta, pues esa masa está ya constituida, antes de entrar unos en contacto con los otros, por los medios de comunicación de masas en la soledad de cada uno, fácilmente podemos apreciar que la situación que se provoca es explosiva, tal y como hemos podido constatar en las situaciones en las que a la masa ya constituida en soledad, le añadimos la posibilidad de su contacto físico.

La situación descrita más arriba muestra la necesidad de revitalizar los presupuestos del modelo jurídico-racional sobre el que se asientan nuestras democracias, especialmente y por lo que ahora nos interesa, el presupuesto de la racionalización de la opinión pública en un tiempo en que las condiciones reales en las que se desenvuelve, no acompañan en exceso. Posiblemente la mejor manera de abordar la cuestión sea percibir, en primer lugar, cuál es el modelo de organización política al que responde la sociedad en que vivimos. Para ello haría falta volver por un instante a las reflexiones de Constant sobre el principio de representación. En su famoso ensayo «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos»²⁷ pone de manifiesto la diferencia fundamental entre ambas sociedades y lo hace desde el

²⁶ Vid., al respecto, CRAVERI, B., *La cultura de la conversación*, trad. C. Palma, Ediciones Siruela, Madrid, 2003 (2001), *passim*.

²⁷ Vid. en CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» (1819), en *Escritos políticos*, trad., estudio preliminar y notas M.^a L. Sánchez Mejía, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257 ss.

comienzo al reconocer que el resultado de la revolución francesa fue el de llamar «a disfrutar de las ventajas del gobierno representativo»²⁸. Un sistema que no existió con anterioridad dado que fue un «descubrimiento de los modernos»²⁹, un sistema en el que se defiende una libertad completamente diferente de la que aseguraba el sistema político de la antigüedad.

El sistema político moderno es un sistema de representación, que ha de entenderse necesariamente en términos formales, pues define la libertad no como con posterioridad hará Canetti al entenderla como la libertad que se experimenta en la masa tumultuosa, una libertad que es liberación de desigualdades, jerarquías, «límites, cargas y agujones»³⁰. Por el contrario, la libertad de los modernos se piensa desde la idea del límite, es una libertad limitadora en tanto que formal. Está inspirada en el concepto de libertad política de Montesquieu, para quien esa libertad «no consiste en hacer lo que uno quiera», pues la libertad «es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad»³¹. La libertad de los modernos es, pues, una libertad que sólo cabe realizar en el derecho, pues se reconoce que sólo se está legitimado para actuar bajo la forma jurídica. De esta manera se trata de evitar los inconvenientes de una práctica libre de restricciones al mismo tiempo que arbitraria. En coherencia con este planteamiento, Constant comprende la libertad como «el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes», que encuentran su justificación siempre y cuando aseguren «el disfrute apacible de la independencia privada»³². Esto exige que el derecho reconozca todo un conjunto de libertades civiles y políticas:

«el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad, y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. Es, en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración»³³.

²⁸ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 257.

²⁹ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 259.

³⁰ CANETTI, *Masa y poder*, *op. cit.*, p. 339, así como pp. 12, 13, 320, 330, etc.

³¹ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1987 (1735), p. 106.

³² CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 268.

³³ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, pp. 259-260.

Esta distinción entre libertad civil y política es lo que permite que Constant dé un paso más en la argumentación. A la primera la considera como la auténtica libertad individual, como «la verdadera libertad moderna»; a la segunda, la libertad política, la define como «su garantía»³⁴, como la salvaguarda de la primera. En definitiva, el «objetivo de los modernos es la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes»³⁵. Por eso pedirá a la autoridad «que permanezca en sus límites; que se limite a ser justa: nosotros –añadirá Constant– nos encargaremos de ser felices»³⁶. La razón de tal distinción, de tal articulación entre ambas de manera que se asegure la libertad privada con la garantía de una libertad política que es por definición limitada, se asienta sobre una razón poderosa, que además se mantiene en nuestros días. En la antigüedad se participaba directamente en la soberanía, uno podía palparla, uno podía contemplarse como soberano, claro está que si era ciudadano, pues la mayor parte de la población –esclavos y mujeres– no podían acceder a tal responsabilidad. Sin embargo, en la modernidad no se da esa participación directa, sino que «la parte que cada cual [tiene] en la soberanía nacional [...es] un supuesto abstracto»³⁷. Y lo es, a su vez, por otras dos razones: porque sólo es posible participar de manera abstracta, en tanto que sujetos de derecho, que en nada se parecen a los sujetos naturales, pues su realidad no es sino la de una construcción formal y, además, porque esa participación se hace por medio de la representación. Esto es, hay dos mediaciones que alejan a los sujetos naturales de la realidad de la soberanía, la primera se lleva a cabo por el derecho y la segunda, ya en el derecho, por la representación.

Es verdad que esa participación en el poder podría, luego, recuperarse en la opinión pública. Sin embargo, Constant se muestra escéptico, pues reconoce que mientras que en la antigüedad la «voluntad de cada uno tenía una influencia real (...) para nosotros –dirá Constant–, esta compensación ya no existe. Perdido entre la multitud, el individuo casi nunca percibe la influencia que ejerce»³⁸. Desde entonces no hemos dejado de enfrentarnos con trabas similares, si bien muy aumentadas. De ahí que esa recuperación del poder en la opinión pública conlleve, hoy día, dificultades aún mayores, especialmente por la manera en que la misma se conforma, pues la multitud se encuentra disuelta en la soledad del aislamiento en el que viven los individuos –*the lonely crowd*–. Además, esa soledad está administrada de acuerdo con programas generales a través de los medios de comunicación, tal y como hemos visto que cuenta Sloterdijk.

³⁴ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 278. En la página siguiente se reafirmará en lo dicho al sostener que «no es a la libertad política a la que quiero renunciar, es la libertad civil la que reclamo».

³⁵ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 269.

³⁶ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 283.

³⁷ CONSTANT, *De la libertad...*, *op. cit.*, p. 268.

³⁸ *Idem.*

La modernidad nos ha facilitado la posibilidad de que encontremos nuestra forma de felicidad, pero no debemos olvidar que la misma depende al final de que haya garantías políticas suficientes para que puedan ejercerse tales derechos civiles³⁹. Esto es, debe haber coherencia entre ambos y no cabe hablar de derechos civiles si no se apoyan en las garantías que para los mismos suponen los derechos políticos. Tal situación condujo a la construcción de un sistema político abstracto, al mismo tiempo que se producía un alejamiento de los individuos respecto del ejercicio del poder. La modernidad nos ha traído una política que ha sufrido necesariamente de la abstracción, pero también del alejamiento. Sobre lo primero no cabe apenas hacer nada, es consustancial con el sistema que tenemos. Sobre lo segundo es sobre lo que se han intentado dar diversas soluciones, aunque algunas de ellas no me parecen demasiado acertadas. Me refiero en especial a la última de la que se ha tenido noticia, aquella planteada por Ackerman y Fishkin en su último libro⁴⁰, en el que defienden la institucionalización del día de la deliberación —«dos semanas antes de las elecciones nacionales más importantes»—, de manera que los votantes registrados se reúnan en ciertos lugares vecinales por pequeños grupos de quince y otros más amplios de quinientos con la finalidad de «debatir los asuntos centrales planteados en la campaña»⁴¹. Esta propuesta se asienta en la idea de que el proceso democrático sólo puede tener verdadero sentido si los ciudadanos están informados⁴², que se complementa con otra, aquella que defiende que «el público tiene la capacidad de ocuparse de complejos asuntos públicos»⁴³, lo que indudablemente es cierto, pues la capacidad de ocuparse la tiene, pero no creo que ese sea el problema, sino si posee la capacidad de resolverlos acertadamente. Es tal la dificultad de los asuntos públicos que se me hace muy difícil aceptar que en un solo día y en una asamblea de quinientos bien avenidos vecinos se pudiera llegar a algún resultado sensato. Tampoco creo que la situación mejorara si se ampliaran los días. No obstante hay que reconocer la bondad de esta propuesta, que en nada se parece a la irracionalidad que conlleva aquellas otras partidarias de lo que se ha denominado «democracia de algarada»⁴⁴. No deberíamos dejar caer en el olvido las advertencias de Kelsen sobre el régimen de los soviets ni tampoco aquellas en las que se refirió al carácter plebiscitario del fascismo, necesitado permanentemente del asentimiento de la masa⁴⁵.

³⁹ Vid., sobre ello, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J., «Una genealogía de los derechos humanos», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 12, enero-diciembre 2003, pp. 251-278.

⁴⁰ ACKERMAN, B. y FISHKIN, J. S., *Deliberation Day*, Yale University Press, New Haven, 2004.

⁴¹ FISHKIN, Ackerman, *Deliberation...*, *op. cit.* p. 3.

⁴² Sobre esta cuestión puede verse GANS, H. J., *Democracy and the News*, Oxford University Press, 2003.

⁴³ FISHKIN, Ackerman, *Deliberation...*, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁴ RAMÍREZ, M., *Consenso, Constitución y partidos políticos*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2004, p. 14; *vid.*, asimismo, p. 17.

⁴⁵ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Lábor, Barcelona, 1977 (1929), pp. 60 ss.

Frente a estas ideas me parecen mucho más acertadas las que propuso en su día un autor como Lippmann cuyo planteamiento, respetuoso con la visión de Constant acerca de lo que supone la sociedad moderna, nos hace ser muy precavidos frente a estas ideas tan novedosas⁴⁶. Por el contrario, Lippmann sostiene que debería defenderse justamente lo opuesto y antes que «imponer a todos los ciudadanos la responsabilidad de que se formen opiniones expertas sobre todos los asuntos públicos», lo que habría que hacer es «quitarles de encima esa carga y delegarla en las administraciones responsables»⁴⁷. Es verdad que la dificultad de los mismos es tal que ni siquiera a quienes están dedicados a su resolución, les basta para alcanzarla atenerse sólo y exclusivamente a reglas generales; habrán de solicitar ayuda y la podrán obtener de los expertos, que poseen una libertad de pensamiento de la que no disponen quienes están sometidos a la urgencia de la toma de decisiones. De ahí que tras la apelación que se hace al público para que sea él quien resuelva los asuntos difíciles

«casi siempre subyace el deseo de escapar a la crítica de quienes sí saben, a base de reclutar una amplia mayoría a la que no se le ha brindado la oportunidad de saber. En estos casos, el veredicto público favorecerá a quien haya elevado más la voz, haya resultado más fascinante, haya contratado al publicista más descartado, o al más capaz, y haya obtenido más espacio en la prensa (...) Tal vez no tarde en llegar el día en que veamos al ciudadano particular, acosado por las apelaciones partidistas que solicitan sus opiniones públicas en préstamo, darse cuenta de que dichos llamamientos no constituyen una alabanza a su inteligencia, sino una imposición a su bondad y un insulto a su sentido de la evidencia. A medida que su educación cívica tenga en cuenta la complejidad de su entorno, el público se interesará más por la imparcialidad y la cordura de los procedimientos»⁴⁸.

La razón se encuentra en que los «ciudadanos particulares y votantes soberanos» no podemos controlar la mayor parte de los aspectos de la vida de nuestra sociedad, pues «no disponemos de tiempo, ni prestamos atención, ni mostramos interés, ni tenemos el conocimiento necesario para formarnos opiniones específicas al respecto»⁴⁹. De aquí deduce la imposibilidad de que nos ocupemos de la mayor parte de los asuntos públicos; son tan complejos, tan difíciles, requieren tanto tiempo y esfuerzo que se nos hacen inasequibles. Sin embargo reconoce que la opinión pública sí que puede actuar sobre ciertas cuestiones, sobre «principios generales» que son «fundamentalmente los principios de procedimiento»⁵⁰, es decir, sobre cuestiones de justi-

⁴⁶ La referencia en este punto a las propuestas de democracia deliberativa es inevitable, *vid.*, por ejemplo, aunque la bibliografía sea inmensa, DRYZEK, J. S., *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2000.

⁴⁷ LIPPMANN, W., *La opinión pública*, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁸ LIPPMANN, *La opinión...*, *op. cit.*, p. 321.

⁴⁹ LIPPMANN, *La opinión...*, *op. cit.*, p. 320.

⁵⁰ *Ídem.*

cia e injusticia desde un punto de vista formal. Así, mientras que han de ser los representantes quienes decidan, el público habría de cuidar de que tales decisiones se realicen con imparcialidad y en el respeto de las procedimientos adecuados, lo que exigiría que aquéllos debatan asesorados de los expertos, a la vez que lo hacen bajo las formas exigidas por esos procedimientos. De esta manera, las voces partidistas se dejarían oír «enfrentándose a individuos que no estén personalmente implicados en el conflicto, que conozcan un número suficiente de hechos, y que tengan la suficiente capacidad dialéctica para separar lo que de verdad constituye una percepción real de lo que sólo son estereotipos, modelos y artificios»⁵¹.

Lo fascinante de esta argumentación que me parece irreprochable, no consiste sólo en que ya posea algunas de las ideas que con posterioridad desarrollarán los partidarios de la democracia deliberativa, sino que se aproxima a las ideas expresadas trescientos cincuenta años antes por Hobbes. Éste reformula de manera muy profunda su teoría en *Behemoth* con respecto a lo que había sostenido en *Leviatán*, hasta el extremo de reconocer a la opinión pública como el poder fundante de todo régimen político. Esto le lleva obligadamente a prestar atención a los mecanismos de formación de la misma. Es claro que en su época no existían los medios de comunicación con los que nos encontramos hoy, lo que no evitaba que hubiera medios de conformación de aquello en lo que se funda «el poder del poderoso»: «la opinión y la creencia del pueblo». Hobbes identifica esos medios con las universidades y los predicadores. Ambos han ejercido, en su opinión, una influencia perniciosa en el pueblo, al que han conducido a la rebelión frente al poder establecido, lo que le llevará a examinar «las doctrinas y falsas concepciones que contribuyeron a socavar la autoridad del rey, así como de los mecanismos mediante los que se cautivó la voluntad del pueblo»⁵². A partir de ahí hará ciertas propuestas, que es lo que ahora nos interesa, especialmente en relación con lo que considera «el alma de la rebelión», las universidades, que

«no hay que suprimir, sino disciplinar mejor; es decir, hacer que la doctrina política que en ellas se enseña sea (como debe ser la verdadera doctrina política) la adecuada para hacer saber a los hombres que su deber es obedecer todas las leyes promulgadas por la autoridad del rey, hasta que la misma autoridad las revoque; la ade-

⁵¹ LIPPMANN, *La opinión...*, *op. cit.*, p. 322. Sirva como ejemplo la distinta manera de constituir una comisión de investigación en Estados Unidos, la del 11 de septiembre, compuesta por antiguos políticos y asistida por una centena de expertos, y en España, la del 11 de marzo, donde sólo se oyen las voces enfrentadas de los partidos y especialmente la de aquellos que constituyen la mayoría, con la que se identifica el interés general, que no puede ser sino partidario en una situación en la que el procedimiento establecido adolece de imparcialidad. Sobre los excesos de la democracia de partidos en nuestro país puede verse RAMÍREZ, M., *Consenso, Constitución y partidos políticos*, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁵² RODILLA, «Estudio Preliminar» a Hobbes, *Behemoth*, *op. cit.*, p. XXX.

cuada para hacer entender a los hombres que las leyes civiles son leyes de Dios, porque quienes las hacen han sido señalados por Dios para hacerlas; y para hacer saber a los hombres que el pueblo y la Iglesia son una sola *cosa* y no tienen sino una sola cabeza, el rey; y que nadie tiene título alguno para gobernar por debajo de él si no lo ha recibido de él»⁵³.

La falta de unas reglas claras de justicia es, de acuerdo con Hobbes, donde se encuentra la causa última de los conflictos por lo que ha pasado Inglaterra. La confusión sobre las mismas, la divulgación de otras falsas, así como la influencia que tuvieron en el pueblo llano, es lo que condujo a una época de penuria y enfrentamiento. Sin embargo, Hobbes cree que esa falta «puede ser fácilmente enmendada, enmendando las universidades»⁵⁴, de manera que se lograra que éstas se ocuparan de establecer con claridad cuáles han de ser esas reglas para el buen gobierno de la república. Así podría lograrse, una vez establecidas, que se conocieran de manera generalizada, especialmente por el pueblo llano. No se trata de que Hobbes defendiera que el pueblo se ocupara de las reglas, sino sólo de que las aprendiera y las siguiera, aunque lo que más nos importa no es eso, sino el hecho de que centre perfectamente cuál es el ámbito propio de la política, que consiste no tanto en la deliberación sobre los asuntos públicos, como en el debate y la aclaración sobre las reglas generales, que aseguren una comprensión adecuada de los procedimientos a los que la solución de aquéllos ha de atenerse.

La superación que estas dificultades plantean en nuestra sociedad, no se encuentra, o al menos no somos capaces de entreverlo, en un modelo distinto del propio de la misma democracia formal, afinada hoy en la llamada democracia constitucional. Esta democracia consiste en una conjugación entre democracia y liberalismo, en la que la autonomía política de los ciudadanos, que se deduce del principio de la soberanía popular, se expresa por medio del principio de las mayorías, cuyos posibles excesos han de corregirse mediante el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales que actúan como freno de aquel principio. Esta es la razón fundamental por la que la democracia liberal ha de entenderse como una democracia limitada, pues se asienta sobre restricciones a las que se somete el ejercicio de la voluntad popular, cuya justificación se encontraría en que esos límites garantizarían la misma democracia pues permiten construir y asegurar sus condiciones de posibilidad. Sólo asegurando que las minorías sean gobernadas por las mayorías en condiciones tales que les sea posible construir nuevas mayorías, será factible hablar de una democracia justificada desde un punto de vista normativo.

La conjugación entre ambos principios, el democrático y el liberal, puede adquirir formas diversas, aunque creo que ese problema es irre-

⁵³ HOBBS, *Behemoth*, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁴ HOBBS, *Behemoth*, *op. cit.*, p. 92.

levante en una época en la que parece que en las sociedades occidentales comienza a revivir y cada vez con más fuerza una nueva aproximación a los postulados de la democracia directa, también llamada democracia real e incluso verdadera democracia. Parece que se insiste en la reivindicación de una mayor democracia, de que la voz del pueblo se oiga y de manera permanente, sin que se le preste la atención debida a las formalidades a las que tendría que someterse esa voz. Todo el mundo encuentra justificación para sus planteamientos en la medida en que los mismos quedan atribuidos a los deseos de la mayoría, sin que se preste atención a los postulados liberales que habrían de actuar como frenos de lo primero. En el fondo parece como si hubiera reverdecido de nuevo una reivindicación de la democracia real frente a la democracia formal, la democracia propia de la burguesía. Sin embargo, este democratismo no se entiende bien y aún menos después de la caída del muro de Berlín en 1989 y el colapso del régimen soviético en 1991. En el fondo parece como si no se hubiera entendido bien qué sea la democracia liberal. Es cierto que podremos despreciarla y sustituirla por otra más próxima a la voluntad del pueblo, pero antes de hacer esto deberíamos recordar cuáles fueron los inconvenientes de las llamadas democracias populares y cuáles son las condiciones de funcionamiento de las democracias liberales.

A mi no me interesa detenerme en la exposición de los inconvenientes de las democracias reales, sino que mi interés se centra en señalar cómo ha de construirse la democracia liberal. La primera idea que hemos de tener clara es que una democracia liberal se asienta sobre su propio límite, esto es, sobre el mismo concepto de democracia limitada⁵⁵. Aquélla sólo puede levantarse sobre cinco pilares trabados entre sí por la norma que establece quien sea el soberano. Me explico. La democracia liberal o constitucional requiere cinco elementos: el principio de las mayorías y su expresión por medio del de representación, el imperio de la ley, el reconocimiento de una serie de derechos y libertades tanto de carácter individual como colectivo, y la separación de poderes⁵⁶. Todo ello muestra la necesidad que existe en una democracia constitucional de instancias que preserven la continuidad de la constitución aunque una voluntad mayoritaria pudiera actuar e incluso legislar en su contra, excluidos claro está los procedimientos de reforma constitucional. A pesar de que esta idea es la que preside esos cinco elementos, hemos de resaltar el último, la separación de poderes, pues sobre él podemos ir aún más allá, en tanto que permite articular la construcción de un poder, el judicial, alejado por completo de la fuente de legitimidad de la

⁵⁵ Vid., sobre ello, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J., «A limited democracy», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. 90, 2, 2004, pp. 181 ss.

⁵⁶ Vid., al respecto, MANIN, B., *Los principios del gobierno representativo*, trad. F. Vallespín, Alianza Editorial, Madrid, 1998 (1997), y DAHL, R., *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, trad. F. Vallespín, Taurus, Madrid, 1999 (1998).

que proceden los otros dos, el legislativo y el ejecutivo, aunque sea en el fondo el que puede sustentarla. Las consideraciones de Tocqueville⁵⁷ sobre la desconfianza respecto del ejercicio de la voluntad popular y su defensa de un poder judicial que pueda, sin legitimidad democrática, enfrentarse a lo decidido por la mayoría del pueblo en un momento concreto, muestran bien el sentido de su construcción. Ahora bien no podemos olvidar que esos cinco elementos se originan en la soberanía del pueblo, que se expresa en una democracia liberal por medio de tales elementos y nunca al margen de ellos. La diferencia central entre una democracia liberal y otra directa o real consiste en que la soberanía del pueblo está encauzada en la primera, mientras que en la directa, la voluntad del pueblo desborda todo encauzamiento. Es verdad que nada hay que impida que podamos optar por una o por otra, aunque desde luego que las razones en que pueda apoyarse cada una de las opciones no tienen el mismo valor. Es evidente que la opción por la democracia directa, el democratismo que parece extenderse hoy día, deja bastante que desear por difundido que esté.

La democracia liberal tiene problemas; los tiene y de gran importancia, por lo que la misma dependerá de que seamos capaces de encontrar una salida adecuada dentro de sus mismos presupuestos y no dentro de los de una democracia liberal de masas⁵⁸ que parece que es en la que nos encontramos. Por ello ha sido imprescindible entrar en la cuestión de la opinión pública. Desde los tiempos de la Ilustración, siempre se diseñó la constitución de la opinión pública de acuerdo con el modelo del club literario, un club en el que participaran iguales y en el que los iguales son capaces de sopesar los diferentes argumentos que los distintos tertulios aportan. Es decir un club en el que el diálogo entre sus componentes es posible y donde ese diálogo se construye sobre la capacidad de sopesar las distintas razones que se aportan a fin de inclinarnos por las que consideremos más poderosas, salvaguardando siempre, como decía Spinoza, la capacidad de rectificación «tan pronto descubriér[amos] algo mejor»⁵⁹. Por tanto un club que no es ni unidireccional ni tampoco está construido sobre la sucesión de monólogos ininterrumpidos cuya única finalidad consiste en imponerse sobre el otro. Pero hemos visto que las exigencias de ese club, las propias del modelo jurídico-racional, poco tiene que ver con las condiciones reales en las que se desenvuelve la conformación de la opinión pública en nuestra socie-

⁵⁷ TOCQUEVILLE, A. de, *La democracia en América*, ed. y trad. De E. Nolla, Aguilar, Madrid, 1988 (1835 y 1840), vol. I, pp. 100 y ss. *Id.*, asimismo, una argumentación más extensa sobre esta cuestión en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J., «La legitimidad del juez constitucional», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 303-325.

⁵⁸ SLOTERDIJK, P. *El desprecio de las masas...*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁹ SPINOZA, *Tratado teológico-político*, trad., introd., notas e índices de A. Domínguez, Alianza Editorial, Madrid, 1986 (1670), p. 417.

dad. Ante esta situación no creo que quepa cosa distinta que tratar de fijar con cierta claridad las reglas de funcionamiento de una democracia liberal, esto es, asentada en la idea del límite, de manera que pudieran divulgarse ampliamente y constituyeran el objeto central del debate ciudadano.

La situación de las mujeres. De la felicidad a los derechos

Por JORGE F. MALEM SEÑA

Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. DE LA FELICIDAD.-II. DE LOS DERECHOS.-III. DE LA IGUALDAD.

Es un dato incontrovertible de la realidad que algunas mujeres padecen una situación de absoluta penuria de recursos y de falta de derechos que ninguna teoría éticamente aceptable podría llegar siquiera a intentar justificar. El bienestar de estas personas se acerca peligrosamente a cero y su posición suele verse con una mezcla de fatalismo, resignación o incluso de indiferencia y abandono.

Algunos pocos datos pueden dar una imagen bastante clara de cuál es el estado de la cuestión. Se estima que cerca de 130 millones de mujeres sufren mutilación genital en más de veinte países de África y Asia, fundamentalmente. Asimismo, se ha calculado que en el mundo del subdesarrollo dos tercios de los pobres son mujeres y que algunas de ellas son sometidas a diversos tipos de maltrato o de tráfico sexual. En Botswana y Namibia, las mujeres casadas no tienen derecho a administrar su patrimonio. En Bolivia o Siria el marido tiene el derecho de establecer las condiciones de trabajo fuera del hogar de su cónyuge, a reducirle el horario laboral e incluso a prohibirle que trabaje. En algunos países árabes, el consentimiento del marido es necesario para que la esposa obtenga el pasaporte¹.

Naturalmente, el estado de privación económica, de carencia de derechos o de sometimiento de algunas mujeres se manifiesta con mayor crudeza en los países del llamado Tercer Mundo, en algunos de ellos obviamente más que en otros. Sin embargo, su falta de posibilidades para

¹ *Human Development Report*, 1995. Oxford University Press, p. 45.

diseñar y llevar a cabo sus propios planes de vida no es privativo de los países atrasados, como pudiera pensarse, sino que se verifica respecto de ciertos colectivos de mujeres también en los países desarrollados.

En algunos de estos países, los desarrollados, el maltrato que sufren ciertas mujeres es cotidiano y las inequidades y desigualdades a las que son sometidas en su propio hogar o en su lugar de trabajo son tan conocidas como injustificables. Estudios de Alemania estiman que cerca de cuatro millones de mujeres al año sufren violencia doméstica y que en Estados Unidos y Canadá una de entre seis mujeres es violada a lo largo de su vida. Además, mientras en 1940, en los Estados Unidos el 46 por 100 de los pobres eran mujeres, en 1980 era del 62 por 100². Esta feminización de la pobreza operada en algunos países desarrollados se debe, en parte, a la menor preparación de las mujeres para asumir posiciones relevantes en el mercado de trabajo, a su situación familiar o a prácticas sociales discriminatorias.

Es evidente, por otra parte, que la situación de ciertos grupos de mujeres, respecto de determinadas cuestiones, ha mejorado de una manera ostensible en los últimos años. En los países desarrollados, por ejemplo, entre las décadas de 1970 y 1990, la expectativa de vida de las mujeres se incrementó en nueve años, un 20 por 100 más que la de los hombres. Su alfabetización y su acceso a la instrucción aumentaron en casi dos tercios, y la maternidad descendió a un tercio, respecto de décadas anteriores, lo que permitió a estas mujeres mejorar su calidad de vida y ejercer de un modo más pleno su autonomía. Para ese mismo período temporal, en Sri Lanka y en Zimbabwe la alfabetización de la mujer creció hasta situarse en un porcentaje mayor del 70 por 100; y en América Latina y zona del Caribe, el progreso en la educación universitaria de la mujer ha sido notable, pasó del 9 al 26 por 100³.

Pero esta mejora en la educación y en los niveles generales de salud de las mujeres no ha estado siempre acompañada de una mejora de su situación en el mercado laboral, en las instituciones políticas o en las prácticas sociales más representativas de su comunidad. No existe una relación necesaria entre mejora de la alfabetización y disfrute de derechos⁴. Y ello a pesar de los datos esperanzadores de paí-

² *Ibidem*, p. 36.

³ *Human Development Report*, 1995. *Ob. cit.*, p. 29. En el sudeste de Asia el analfabetismo femenino pasó del 45 por 100 en 1970 al 19 por 100 en 1990; y en América Latina del 30 al 17 por 100. En los Emiratos Árabes, la alfabetización de la mujer se incrementó en 68 puntos. En Cuba, por ejemplo, las mujeres representan el 48 por 100 de los médicos y ocupan el 47 por 100 de los cargos directivos en hospitales y clínicas. De los 12.000 médicos de familia, el 61 por 100 son mujeres. Los servicios de salud llegan al 99,8 por 100 de las mujeres, y la mortalidad maternal es de 27 por cada 100.000 nacimientos, una de las más bajas del mundo. El 70 por 100 usa anticonceptivos y el 58 por 100 de los estudiantes son mujeres.

⁴ *Cf.*: DASGUPTA, Partha, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 115 ss. Ello se debe, entre otras cosas, a que las personas que tienen acceso a la educación pueden ser indoctrinadas para que rechacen «voluntariamente» incluso aquellos derechos que les son más favorables.

ses como España donde la participación de la mujer en la vida económica, política y social, sin ser igualitaria a la de los hombres, se desarrolla en paulatino ascenso. Así lo prueba el hecho de que en la última promoción de jueces, cuyos miembros recibieron sus acreditaciones en marzo del 2001, el número de mujeres jueces –151– doblaba al de los hombres –71–, y que de seguir esta tendencia, la feminización de uno de los poderes del Estado se habrá completado en un espacio relativamente corto de tiempo.

Ahora bien, para hacer frente a la situación de debilidad que sufren algunas mujeres, para justificar porqué se ha de salir de ella y hacia dónde se han de dirigir los esfuerzos encaminados a ese fin se han ensayado diversas vías. En este trabajo analizaré tan sólo dos de ellas: la que pone el acento en el respeto de los deseos de las mujeres y que, en consecuencia, apuesta por su felicidad, y la vía que se basa en una teoría de los derechos, prestando especial atención al llamado derecho a la igualdad.

I. DE LA FELICIDAD

Hay quienes sostienen que cualquier diseño institucional que regule la situación de las mujeres ha de tomar en consideración fundamentalmente los deseos de las propias mujeres. La satisfacción de los deseos o preferencias de las mujeres se manifestaría así como un dato esencial, ya que dicha satisfacción conduce a ese estado mental que solemos denominar felicidad; y alcanzar la felicidad es algo que no únicamente los individuos suelen perseguir sino que en no pocas ocasiones la persecución de la felicidad ha sido el contenido de normas constitucionales.

Ahora bien, las mujeres suelen tener una gran variedad de deseos, de acuerdo a los valores, educación u objetivos que poseen. En ese sentido, no todas las mujeres, sobre todo si pertenecen a lugares o tradiciones diferentes, tienen idénticos deseos o pueden compartir experiencias comunes.

Los deseos que realmente tiene una persona en una ocasión determinada reciben el nombre de «deseos actuales». La cuestión a determinar ahora es si se han de tener en cuenta siempre los deseos actuales de las mujeres en el diseño institucional o en el momento de implementar políticas que tiendan a mejorar su situación. La respuesta no puede ser sino negativa; y ello por varias razones. En primer lugar, porque dada la escasez moderada de recursos, sería imposible la satisfacción de todos y cada uno de los deseos de las mujeres. En segundo lugar, porque no se tiene, ni se debe tener, una información completa acerca de cuáles son los deseos de las personas. En efecto, el Estado en general o cualquier persona en particular carece de la aptitud necesaria para conocer cuáles son las preferencias de los individuos y cuál

es la intensidad con la que se manifiestan; y además tampoco ese conocimiento sería bueno o aceptable, ya que se eliminaría un valor básico de la sociedad como es el de la intimidad de las personas. En tercer lugar, porque algunas mujeres podrían tener deseos extravagantemente caros y no parece que haya razón alguna para detraer bienes sociales con el objeto de satisfacerlos. Finalmente, como históricamente ha quedado demostrado, porque hay mujeres que tienen deseos absolutamente inmorales y tampoco se entendería muy bien en estos casos porqué cabría saciarlos, y no precisamente anularlos⁵.

Los inconvenientes que presenta una posición que asuma como hipótesis la satisfacción de deseos actuales ha llevado a cierta parte de la doctrina a sostener que no todos los deseos de las mujeres han de ser tomados en consideración para intentar mejorar su situación, sino sólo aquellos que son «racionales» o «informados». Por «deseos informados» entenderé aquí, siguiendo a James Griffin, aquellos deseos que se deberían tener si se tuviera un conocimiento perfecto de la naturaleza de los objetivos perseguidos y de los pasos, instrumentos o cualquier otra cosa necesaria para alcanzarlos⁶. En efecto, la idea de los deseos informados aplicada a las mujeres sugiere que éstas deberían conocer la situación en la que viven y los recursos que están a su disposición para alcanzar los planes de vida que escojan. Esto es, supone que conozcan todas las circunstancias relevantes que afectan su situación.

Pero si bien es cierto que los deseos cuando son informados pueden ser de alguna utilidad para evitar las consecuencias más groseras de un comportamiento conforme a los deseos reales, no es menos cierto que la persecución de su satisfacción puede producir resultados desaconsejables. En efecto, una mujer depauperada, desnutrida y explotada que tiene conocimiento del medio social en el cual está inmersa y de las escasas posibilidades que tiene para superarlo debería ajustar sus deseos informados a la situación fáctica que le toca vivir. Dicho de otra manera, debería evitar toda preferencia que no pudiera realizar, con el fin de reducir sus frustraciones y potenciar así su infelicidad. Por ello, aquellas mujeres menos conscientes de su situación, aunque vivan en un estado de pobreza y sometimiento, al satisfacer unos pocos deseos previamente retraídos en cantidad e intensidad pueden llegar a ser muy felices. Como señala Martha Nussbaum haciendo referencia a Amartya Sen, «las mujeres que han vivido toda su vida en situaciones de privación frecuentemente no se sienten descontentas con las formas en que están las cosas, aun en el nivel de la salud física. Ya que una de las condiciones necesarias para un deseo intenso parece ser la capacidad para imaginar el objeto del deseo, es fácil percibir la razón por la que severas limitaciones de la experiencia, en el caso de muchas de las mujeres del

⁵ Véase a este respecto, por ejemplo, MALEM SEÑA, Jorge, «Bienestar y legitimidad», *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 143 ss.

⁶ Cfr. GRIFFIN, James, *Well-being. Its meaning, measurement and moral importance*, Clarendon Press, Oxford, p. 14.

mundo, les llevan también a limitaciones del deseo. Es en especial sorprendente que ciertas mujeres a quienes se les ha enseñado con persistencia que deben comer menos que los otros miembros de sus familias, frecuentemente informen que su condición nutritiva y su salud física son buenas, aun cuando se les puede demostrar que sufren de dolencias físicas asociadas con la desnutrición. Si este es el caso incluso con la salud física, la situación debería ser incluso mucho peor en lo que respecta a la educación y otras aptitudes»⁷.

Se origina así un círculo vicioso donde la estructura socioeconómica genera deseos (actuales o informados) en las mujeres que son perjudiciales para las propias mujeres y estos deseos son consistentes o reproducen esa misma estructura debido al funcionamiento de mecanismos adaptativos cuya función es impedir el surgimiento de nuevas fuentes de frustraciones basadas en la imposibilidad de hacer realidad las preferencias individuales⁸. La manifiesta perversidad de este proceso me exime de mayores comentarios. Por ello, la restricción que implican los deseos informados, aun cuando eliminan algunos de los obstáculos de la tesis de los deseos actuales, no eliminan todos sus problemas. La persecución de la felicidad de la mujer, entendida como la satisfacción de sus deseos, actuales o informados, se manifiesta pues como una guía inadecuada para resolver las situaciones más acuciantes en las que se ven involucradas algunas mujeres. Por ese motivo se hace necesario explorar otra vía de análisis.

II. DE LOS DERECHOS

Una de las soluciones ofrecidas por el liberalismo político y moral a la situación de injusticia que soportan algunas mujeres se basa en la adopción de un sistema de derechos individuales que las proteja frente a la acción del Estado y frente a la de sus conciudadanos. Esta propuesta, sin embargo, no ha sido pacíficamente aceptada por buena parte del feminismo que dice representar los intereses de las mujeres. Su principal objeción consiste en señalar que la alusión a una solución jurídica simplifica el problema de las mujeres, ya que muestra el lado amable de una supuesta resolución de un conflicto que en realidad

⁷ Cfr. NUSSBAUM, Martha, «Comentario a “Justicia, sexo y fronteras internacionales”», en Martha Nussbaum y Amartya Sen (comp.), *La calidad de vida*. Versión castellana: Roberto Reyes, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 421.

⁸ Hay que reconocer, sin embargo, que el origen de los deseos tiene fuentes diversas y que no todos los deseos son adaptativos. A veces las preferencias no se ajustan de un modo conservador a las actuales circunstancias de quienes las poseen, asumiendo de ese modo un impulso innovador. No obstante, a los efectos de este trabajo me basta con que se acepte la hipótesis de que buena parte de nuestros deseos son adaptativos. Para un rechazo de la idea de que los deseos son siempre adaptativos, véase, VALDÉS, Margarita M., «Comentario a “Las mujeres y la calidad de vida: ¿dos normas o una?”», en Martha Nussbaum y Amartya Sen (comp.), *ob. cit.*, p. 390.

disfraza las relaciones de poder que subyacen al propio conflicto para mantenerlas intactas bajo otras formas.

Esta desconfianza hacia el sistema jurídico en general y hacia los derechos individuales en particular se pone de manifiesto en casos en los cuales incluso existe una legislación técnica y moralmente aceptable. Podría ser, se aduce con frecuencia, que una ley sobre el divorcio no fuera criticable en sus propios términos, pudiera ser, además, que los jueces invocando esa ley dieran usualmente el uso del hogar conyugal y la tenencia de los hijos menores a la mujer. En ese contexto, podría ser el caso que, aun cuando ciertas mujeres quisieran divorciarse, conocieran el procedimiento legal y tuvieran acceso gratuito a la tutela efectiva de sus derechos, no hicieran uso de sus posibilidades jurídicas debido a la dependencia económica que tienen de sus respectivos maridos, lo que les imposibilitaría, en caso de divorciarse, autosostenerse o sufragar los gastos originados por el cuidado de sus hijos. En situaciones como ésta, el sistema jurídico tan sólo ofrecería una solución formal. El derecho no daría poder al más débil y el sometimiento de la mujer se perpetuaría bajo apariencias de igualdad. De ahí que la batalla feminista, arguye Carol Smart, debe resistir la tentación de que el derecho ofrece la promesa de una solución⁹.

Algunas feministas incluso han llegado a superar este nivel de crítica al funcionamiento de los sistemas jurídicos liberales y han dirigido sus objeciones hacia el lenguaje y el concepto propios de los derechos. Según estas tesis, la cuestión de la mujer se ha de centrar lejos del ámbito de los derechos. Ello es así, debido a que en el Estado liberal, el derecho institucionalizaría el poder del hombre sobre la mujer y reflejaría únicamente la experiencia masculina. La estructura basada en derechos individuales, en definitiva, sólo sería una expresión de los valores del patriarcado. Las mujeres nada tendrían que ver con la idea de los derechos y los deberes, morales o jurídicos¹⁰.

Pero si se rechaza que la posición de algunas mujeres en la sociedad puede ser mejorada a través de la imposición de medidas legales, habría que encontrar algún mecanismo alternativo que no condujera a la resignación o a su estigmatización sexual, que no las condenara, en definitiva, a una desigualdad y a un sometimiento tan indefectible como permanente. Tan sólo exploraré brevemente dos de las propuestas que se han ofrecido a tal fin.

La primera sostiene que las mujeres han de construir relaciones sociales que se basen en éticas especiales, realmente diferentes de una

⁹ Cfr. por todo, SMART, Carol, *Feminism and the Power of Law*. Routledge, Londres, 1989, p. 165.

¹⁰ Cfr. HELD, Virginia, «Rights», en Alison M. Jaggar y Iris M. Young (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, Blackwell Pub., Oxford, 1998, pp. 501 ss. Naturalmente, esta no es la única visión ofrecida por el movimiento feminista, en clara contradicción con lo expuesto en el texto principal, hay defensoras de los derechos liberales entre las propias feministas. De hecho, como «movimiento y reflexión» el feminismo contiene elementos claramente contradictorios. Por esa razón, la expresión «feminismo» sin adjetivación alguna resulta confudente y habría que dejar de usarlo.

ética masculina que apela a normas y principios generales y abstractos de justicia, y que reduce los problemas morales a demandas opuestas sobre derechos. Las mujeres deberían hacer valer su propia voz, imponiendo modelos de comportamientos menos competitivos, menos agresivos o violentos, basados en el afecto o en los sentimientos. De hecho, existe una amplia panoplia de propuestas acerca de estos tipos de éticas, muchos de ellos con sus respectivas variantes. Desde la llamada ética del cuidado¹¹, con su variante del «pensamiento maternal» a la ética del lesbianismo¹², pasando por las propuestas del autodenominado feminismo radical. No es mi intención pasar revista aquí a todas estas posiciones, sino tan sólo señalar que cualesquiera sean las tesis que sostenga la corriente feminista en cuestión acerca de estas éticas alternativas no podrá prescindir del uso de los derechos para organizar la sociedad de acuerdo con ellas, esto es, del uso de aquel instrumento que decían criticar. Ello se debe, según Jeremy Waldrom, a que el derecho puede verse como un instrumento que otorga seguridad a los acuerdos sociales alcanzados según algún criterio, sea éste el del cuidado y la simpatía, el de la atracción lésbica, o el impulsado por el afecto comunitario o familiar. Precisamente cuando estos acuerdos basados en vinculaciones interpersonales concretas fracasan, y debido a ello las expectativas sobre comportamientos futuros se quiebran, se hace necesario el derecho que, operando como una malla de salvación, asegure lo que de otra manera resultaría imposible. Cuando un matrimonio se rompe produciendo inestabilidad y falta de predecibilidad en las acciones de los cónyuges, por ejemplo, debido precisamente a que su sustento afectivo interpersonal desaparece cobra perfecto sentido la existencia de un instrumento impersonal, el sistema jurídico dotado de derechos individuales, que no dependa de los sentimientos ni de las características de los sujetos involucrados¹³.

Pero es que, además, el derecho no cumple únicamente esta función de seguridad, sino que posibilita que las personas se relacionen de un modo distinto al que resulta habitual según las prácticas comunitarias fundadas en el reconocimiento mutuo, sobre la base de vínculos familiares, de clan, de amistad o de sexo que constituyen precisamente el soporte y la causa de estructuras y situaciones de sometimiento. En ello estaría pensando Onora O'Neill, cuando afirmaba que: «algunas críticas feministas... pueden terminar apoyando, en vez de rechazando, las estructuras sociales y económicas que marginan a la mujer

¹¹ Para una breve descripción de la ética del cuidado y de alguna de sus variantes, véase, MAIHOFER, Andrea, «Care», en *A Companion to Feminist Philosophy*, ob. cit., pp. 383 ss.

¹² Para una ética del lesbianismo puede verse, HOAGLAND, Sarah, «Lesbian Ethics», en Alison M. Jaggar y Iris M. Young, *A Companion to Feminist Philosophy*, ob. cit., pp. 402 ss.

¹³ Cfr. WALDROM, Jeremy, «When Justice Replaces Affection: The Need for Rights», en *Liberal Rights, Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, 1.ª reimpresión 1998, p. 374.

y las confinan a la esfera privada. El separatismo en el nivel de la teoría ética puede ir acompañado de la aceptación de los poderes y tradiciones que ya existen. El costo de prestar demasiada atención al cuidado y a las relaciones con exclusión de la justicia abstracta podría consistir en el relego a la cocina o a las actividades de crianza, al serrallo y a la pobreza. Al rechazar al “liberalismo abstracto”, estas feministas convergen con tradiciones que excluyen y marginan a las mujeres»¹⁴. Para expresarlo de un modo simple, aunque dogmático, el derecho puede contribuir a la liberalización y a la igualdad de la mujer. Negar el valor de los derechos individuales es privarse de un instrumento que puede llegar a ser fundamental para la modificación de la situación de muchas mujeres en el mundo.

La segunda propuesta para rechazar el supuesto uso enmascarador de los derechos individuales en la mejora de la posición de algunas mujeres dirige ahora su mirada al mercado. La noción de mercado es ambigua. Por mercado entenderé aquí, siguiendo a Partha Dasgupta, a aquella «institución que pone a disposición de las partes interesadas la oportunidad de negociar cursos de acción»¹⁵. Obviamente esta es una definición más amplia que la propuesta por la economía clásica –como señala el propio Dasgupta–, ya que incluye por ejemplo las transacciones basadas en la amistad, en las relaciones familiares o en cualquier otro tipo.

Alguien podría pensar que la regulación de derechos y deberes, excepto unos pocos muy generales y básicos que persiguen la exclusión del fraude o de la violencia, deberían quedar fuera de la acción del Estado. Las fuerzas del mercado producirían asignaciones de un modo eficiente y toda interferencia implicaría una pérdida de recursos y un resultado peor del que cabría esperar en ausencia de tal interferencia. Hay que dejar operar libremente al mercado, los incrementos en el bienestar de las personas, y por ende en la mejora de la situación de las mujeres, ocurrirán en consecuencia.

Sin embargo, no sólo esta actitud optimista frente al mercado no se ve reflejada en aquellas circunstancias donde operan los mercados reales, ni siquiera es defendible desde un punto de vista teórico. En efecto, la idea de mercado supone desde el inicio que quienes participan en él están dotados de ciertos derechos individuales de propiedad protegidos por el Estado, especialmente los que hacen referencia a su fuerza de trabajo. Y al menos ciertos derechos de elección, de asociación y de información, en lo que respecta a la actividad económica, no necesariamente a la política. La idea de mercado, en ese sentido, no puede prescindir de la idea de derechos individuales sino que, por el contrario, los presupone.

¹⁴ Cfr., O’NEILL, Onora, «Justicia, sexo y fronteras internacionales», en Martha Nussbaum y Amartya Sen (comp.), *La calidad de vida, ob. cit.*, p. 398.

¹⁵ Cfr., DASGUPTA, Partha, *ob. cit.*, p. 137.

Pero el mercado como una institución o un mecanismo útil para mejorar la situación de las mujeres se enfrenta a numerosos problemas. El mercado excluye a una porción muy significativa de la población, precisamente a la más pobre o débil. Según el Informe sobre el desarrollo humano de 1993, elaborado por Naciones Unidas, en «Indonesia, el 20 por 100 más pobre de la población recibe sólo el 8,8 por 100 del ingreso nacional, en Sri Lanka recibe el 4,8 por 100...»¹⁶. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Además, el mercado requiere para funcionar adecuadamente unas condiciones mínimas de educación, de salud y un reparto razonable de bienes. Es necesario que los individuos puedan operar como oferentes y demandantes reales, y hay ocasiones en las cuales algunas personas debido a su incompetencia técnica, su falta de salud o simplemente porque carecen de bienes, nada pueden ofrecer o demandar de un modo efectivo en el mercado. No todos pueden jugar al juego del mercado¹⁷. En realidad, esta es la situación reinante en los países del Tercer Mundo, respecto de buena parte de su población. Para mejorar la situación de estas personas, el Estado debería reasignar recursos a través de derechos y obligaciones con el fin de reducir o eliminar sus necesidades y discapacidades más básicas y las desigualdades más notorias. Desde un punto de vista instrumental, el mercado no es un medio adecuado para mejorar la posición de los más carenciados. Y tampoco conviene olvidar que el mercado no garantiza la plena vigencia de las libertades y derechos civiles y políticos más básicos, como lo demostró el régimen del dictador Augusto Pinochet en Chile.

Señalar las imperfecciones o limitaciones del mercado es importante por que, como señala Onora O'Neill, en los países no desarrollados las mujeres suelen ser «proveedoras empobrecidas», «pueden carecer de derechos económicos adecuados, de libertades efectivas, o de acceso a las fuentes de información o de debate en las que pueden contrarrestar o enfrentar las propuestas y planes de los más poderosos. Las mujeres en este predicamento carecen de seguridad, y deben hacer frente a las demandas de otros (con frecuencia padres y esposos) que las dominan... Allí donde las mujeres están aisladas, encerradas, imposibilitadas para recibir educación o ganar un salario, o sólo tienen acceso a la información por medio del filtro de los miembros más poderosos de su familia, su juicio se debilita y su independencia no puede desarrollarse»¹⁸.

Estas limitaciones son aún más notables en los llamados mercados delgados, donde hay pocos participantes y las transacciones están fuertemente personalizadas, mediatizadas por relaciones de afecto, de cuidado o de vecindad. En estos casos, las asimetrías entre los participantes es manifiesta y los servicios personales están sujetos a un

¹⁶ Informe sobre el desarrollo humano. PNUD, 1993.

¹⁷ Cfr. DASGUPTA, Partha, *ob. cit.*, especialmente pp. 138 ss.

¹⁸ Cfr. O'NEILL, Onora, *ob. cit.*, p. 415.

abuso mayor del que cabe en un mercado impersonal avalado por derechos individuales de propiedad y de comercio¹⁹. Un mercado delgado constituye, en definitiva, una amenaza mayor para quienes están en una situación de inferioridad, como muchas mujeres desprotegidas del Tercer Mundo, y ésta es otra de las razones para desconfiar de las éticas del cuidado que precisamente basan su diseño institucional en relaciones no impersonales. Mal podría un tal mercado delgado entonces incrementar el disfrute de los derechos básicos de las mujeres.

Si por una parte las éticas especiales y el mercado no pueden prescindir de la idea de los derechos, y si además un mundo en el que no haya derechos individuales genera que las asimetrías existentes provoquen, o posibilitan provocar, un daño mayor a los sectores más desfavorecidos, no parecería haber otra alternativa al diseño institucional para la mejora de la situación de debilidad que padecen algunas mujeres que la fundada en el establecimiento de derechos. El primero de los cuales es naturalmente el derecho a la igualdad.

III. DE LA IGUALDAD

Como ha puesto de manifiesto Ronald Dworkin, la igualdad es la virtud suprema del orden moral y del Estado democrático y social de derecho. Según Dworkin, «ningún gobierno es legítimo si no muestra una igual consideración por el destino de todos aquellos ciudadanos sobre los cuales reclama dominio y de quienes pretende obediencia. La igual consideración es la virtud suprema de la comunidad política –sin ella el gobierno es sólo tiranía– y cuando la riqueza de una nación está distribuida muy desigualmente, como la riqueza de incluso naciones muy prósperas en la actualidad, entonces esta igual consideración resulta sospechosa»²⁰.

Ahora bien, en su versión más general, el principio de igualdad establece que todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo, son iguales. En una versión menos general significa igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades. En lo que sigue prestaré atención únicamente a la interpretación del principio de igualdad como igualdad ante la ley.

La idea más básica que está detrás del postulado de igualdad ante la ley supone que las mujeres y los hombres debemos ser juzgados de acuerdo a pautas generales cuya aplicación no dependa de las circunstancias individuales de cada uno de los implicados. Supone en definitiva que los conflictos sociales han de resolverse apelando a normas y

¹⁹ Cfr. DASGUPTA, Partha, *ob. cit.*, especialmente pp. 142-143.

²⁰ Puede verse, en general, DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, p. 1.

principios con independencia del sexo, situación social o creencia de las personas. Esto puede advertirse en una somera interpretación literal del artículo 14 de la Constitución Española:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

En este sentido, el principio de igualdad podría ser interpretado como directivas a los legisladores, jueces y ciudadanos en general con el fin de evitar la arbitrariedad. El principio de igualdad estaría conectado instrumentalmente así con el valor moral y jurídico de garantizar la imparcialidad, entendida en sentido rawlsiano, por ejemplo²¹.

Sin embargo, no todos estarían dispuestos a sostener que la imparcialidad es un requerimiento inexcusable en el razonamiento moral y jurídico. Buena parte del feminismo llamado del cuidado ha centrado sus críticas contra la propia idea de imparcialidad sosteniendo no sólo su imposibilidad fáctica, sino también que al postular la abstracción de los sentimientos, las relaciones personales y los puntos de vista particulares cumpliría una función ideológica enmascaradora del poder de los grupos sociales dominantes que aducen la universalidad y la imparcialidad para justificar las estructuras jerárquicas de toma de decisiones. La idea de imparcialidad, al suponer un Estado neutral, trataría de legitimar su estructura burocrática y de reforzar de ese modo la opresión, hipostasiando de ese modo la perspectiva de los grupos privilegiados. Según estas tesis, la imparcialidad expresaría, sin duda, el punto de vista masculino²².

Pero estas críticas no resultan fácilmente asumibles. Los seres humanos tienen la capacidad para abstraerse de su propia situación, de sus deseos y pasiones, y para dejar de lado sus propios intereses imaginando un estado de cosas gobernados por la imparcialidad y la universalidad. No sólo desde un punto de vista heurístico, como en la situación originaria propuesta por Rawls, sino también desde un punto de vista empírico. Todo depende de la educación y de la actitud moral.

Pero es que, además, el principio de igualdad sí que toma en consideración, por razones conceptuales, algunas diferencias. El principio de igualdad no supone una igualación absoluta. En efecto, todo enunciado de igualdad debe hacer referencia por lo menos a tres enunciados distintos: *a)* enunciados empíricos acerca de cómo es el mundo; *b)* ciertos criterios de relevancia que permitan clasificar los estados de cosas del mundo entre similares y diferentes; y *c)* enunciados

²¹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Some Reflections on the Concept of Equality», *Associaziones Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 1998*, p. 6.

²² Por todo, véase, YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990, especialmente pp. 96 ss.

valorativos que asignen derechos y obligaciones respecto de aquellos estados de cosas que se han clasificado como similares o diferentes²³.

La cuestión central radica entonces en establecer cuáles son los criterios de relevancia que se van a utilizar para asignar derechos y obligaciones a los seres humanos. La idea de necesidades básicas, necesidades instrumentales y deseos secundarios pueden resultar de utilidad. Las necesidades básicas son aquellas cuya satisfacción es condición necesaria para el diseño de cualquier plan de vida posible. Las necesidades de alimentación, salud, vivienda y abrigo constituyen ejemplos típicos de necesidades básicas. Las necesidades instrumentales son aquellas cuya satisfacción sitúa a las personas en una mejor disposición para conseguir los bienes con los cuales satisfacer las necesidades básicas y los deseos secundarios. Se suele citar a la educación como su caso paradigmático. A la noción de deseos me he referido con anterioridad, no creo necesario hacer referencia a ella nuevamente.

Ahora bien, la pregunta acerca de qué estados de cosas basados en la igualdad deberían estar garantizados por los derechos individuales en un Estado democrático y social de derecho no resultan difíciles de determinar. En primer lugar, el Estado debería garantizar que hubiera mecanismos para que las necesidades básicas de todos los seres humanos bajo su jurisdicción pudieran quedar satisfechas. Dado que un esquema basado en los deseos, actuales o informados, o en el mercado es incapaz de hacerlo, sólo cabe pensar en el Estado que, a través de la imposición de deberes y la adscripción de derechos, genere las condiciones necesarias para su plena satisfacción.

En segundo lugar, la educación, y el resto de necesidades instrumentales, plantea una demanda diferente. Parece obvio que una mejora en la educación de las mujeres, por ejemplo, incrementa ciertos niveles de bienestar. Existen suficientes datos contrastados de que una mejora en la alfabetización y en la educación de las mujeres en el Tercer Mundo reduce su tasa de fertilidad y disminuye tanto la mortalidad maternal como la infantil.

Además, la educación y el conocimiento, sin ser necesidades básicas, originan buenas razones para que en los países más pobres, los grupos de personas más desfavorecidos que frecuentemente son ciertos grupos de mujeres, reciban estos bienes de parte del Estado. No porque sean bienes públicos, sino porque generan fuertes externalidades positivas. Una persona que deja de ser analfabeta incrementa su capacidad como agente y su propia productividad. Su comunicación con otras personas se ve facilitada y se hace posible también una mayor predicción de sus comportamientos futuros, lo que contribuye a la coordinación de sus acciones con las de los demás. Al aumentar su competencia disminuye también la necesidad de control²⁴. Estas son buenas razones para que el Estado provea en

²³ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *ob. cit.*, p. 5.

²⁴ Cfr. DASGUPTA, Partha, *ob. cit.*, pp. 143 ss.

la mayor extensión posible el disfrute de estos bienes destinados a satisfacer las necesidades instrumentales, ya que ni los deseos de las mujeres ni el mecanismo del mercado pueden ocuparse de ellos. Tanto hombres como mujeres deberían tener el derecho a una igual satisfacción de estas necesidades básicas e instrumentales y el Estado el deber poner a disposición de ellos el mecanismo destinado a su satisfacción. La imposición de medidas paternalistas respecto de las necesidades básicas y de las instrumentales podría ser justificada en determinados contextos.

En cuanto a la realización de deseos, por su propia característica de idiosincrásicos, ha de ser dejada a la voluntad y mérito de las personas. Una vez satisfechas las necesidades básicas y las instrumentales, el mercado puede ser la institución que permita a través de la negociación de los cursos de acción que los individuos alcancen los planes de vida deseados. El Estado debería limitarse a establecer las condiciones para que el mercado pudiera funcionar adecuadamente. Cualquier otra política significaría implementar medidas perfeccionistas éticamente injustificadas. De lo expuesto, se sigue que no parecería haber una alternativa más plausible a la de los derechos individuales para mejorar la situación de aquellas mujeres más desfavorecidas.

Desde el punto de vista de los derechos políticos de los hombres y de las mujeres, el derecho a la igualdad supone en una democracia, entre otras cosas, tanto el reparto equitativo del poder para constituir la voluntad política, como una restricción del uso arbitrario de ese poder. En efecto, el sistema democrático de gobierno establece que cada persona, hombre o mujer, debe tener una igual capacidad de influencia política. Ello se ve reflejado en la regla «una persona, un voto». Como se recordará, la democracia es el único sistema que cuenta las cabezas en vez de cortarlas.

Pero, además, supone que el poder así constituido no será ejercido de un modo arbitrario. Arbitrario implica aquí que el poder es utilizado no conforme al derecho o que atenta contra los derechos. Señalar que el principio de igualdad constituye una restricción al ejercicio arbitrario del poder es importante porque las relaciones de poder son siempre asimétricas, y las asimetrías denotan una relación de superioridad-inferioridad. Y quienes están en una situación de superioridad pueden beneficiarse de quienes están en una situación de inferioridad utilizándolos como medio para satisfacer sus propios intereses. Y ello con independencia de si quien ocupa esa posición de superioridad es un hombre o una mujer.

Ahora bien, históricamente, ciertas formas del ejercicio arbitrario del poder fueron monopolizadas por algunos hombres, como el uso de la violencia en la guerra, fueran éstas internacionales o civiles. No obstante, las nuevas condiciones técnicas y científicas posibilitan que actividades que antes estaban vedadas a las mujeres hoy puedan ser perfectamente ejecutadas por ellas. La participación de las mujeres en

unidades de combate de élite de los distintos ejércitos es buena prueba de ello. En efecto, en Alemania, por ejemplo, las mujeres ya pueden ser pilotos de aviones cazabombarderos y en la República Argentina miembros de la marina. Y si se acepta que en la Primera Guerra Mundial el 95 por 100 de los muertos eran combatientes y sólo el 5 por 100 civiles, y que en la Segunda Guerra Mundial esos porcentajes se acercaron al 50 por 100, y que en las guerras actuales el 90 por 100 de los muertos en un conflicto armado es producido entre la población civil, y se acepta que las mujeres pueden utilizar los artilugios de la muerte para alcanzar a la población civil, se entenderá que el ejercicio del poder arbitrario en manos de las mujeres supone también dolor, sufrimiento y muerte para inocentes. En estas circunstancias, la capacidad para infringir el mal de las mujeres en nada difiere cualitativamente de la capacidad de los hombres²⁵.

Esta capacidad no es nueva, ya lo habían demostrado las encomenderas en los siglos XVI y XVII en Hispanoamérica. Basta señalar el ejemplo de las mujeres de la familia Lisperguer-Flores, en el actual Chile. Según Luis Martín, «se esforzaban por reorganizar su mundo colonial situándose ellas en el centro y para eso manipulaban a sus padres, esposos, hijos, criados y hasta a oficiales reales y poderosos miembros de la clerecía. (Algunas de ellas) no vacilaron en infringir la ley y los principios morales más básicos del cristianismo para lograr sus fines, y cometieron algunos de los crímenes más horribles que se recuerdan en la historia del Perú colonial»²⁶. La más famosa de toda la saga era la conocida con el mote de «La Quintrala». La Quintrala nació en 1604 en el seno de esa familia ya muy acaudalada. En 1623 fue acusada de parricidio, había matado a su padre poniendo veneno en el guiso de pollo. Tres o cuatro años después, luego de escribirle una seductora carta de amor, logró que Enrique Enriquez de Guzmán se personara en su domicilio y le asesinó. El poder de su familia evitó que fuera condenada. En los subsiguientes cuarenta años, ejerció como encomendera un poder brutal sobre indios, sirvientes y esclavos. La Quintrala, «sometía a sus víctimas a torturas tales como la flagelación diaria o cubrir las heridas sangrantes con sal y chili, les hacía golpear con garrotes, les hacía apedrear, quemaba sus cuerpos con velas u obligaba... a beber leche hirviendo... Treinta y nueve personas perdieron su vida, torturadas o asesinadas por orden de la Quintrala... Utilizó a los indios y sirvientes de manera cruel e implacable; compró a los jueces y a los fiscales igual que compraba provisiones para su imperio rural, e hizo de sus muchos familiares en

²⁵ No es necesario recordar que la participación de las mujeres en las fuerzas armadas ha sido una demanda largamente reivindicada por el movimiento feminista. Véase, por ejemplo, MACKINNON, C., *Feminism Unmodified*, Oxford University Press, 1987, pp. 33 ss.

²⁶ Cfr. MARTÍN, Luis, *Las hijas de los conquistadores*, Editorial Casiopea, Barcelona, 1983, p. 72.

el clero y en las órdenes religiosas escudos con que protegerse del alcance de la justicia»²⁷.

La Quintrala murió en 1665, sin que nunca fuera llevada a juicio. Fue enterrada con todos los honores de la orden de los agustinos, vestida con el hábito santo de esa congregación; acompañaron al féretro 48 frailes, 20 sacerdotes, el cabildo eclesiástico completo y los estandartes de 8 confraternidades religiosas. La razón de tanta parafernalia era que había donado a la iglesia 1.129 pesos y 6 reales, y el coste de 25.000 misas que se debían decir por el descanso de su alma²⁸.

Muy pocas veces, en la historia del Perú colonial se puede encontrar un ejemplo de un uso tan arbitrario del poder como el de esa mujer, apodada la Quintrala. Pocas veces se encuentran ejemplos tan elocuentes de imposición de daños injustificados. Por todo ello, quienes ven exclusivamente en el varón un ser destructivo, carente de capacidad para la tolerancia, la solidaridad o, en un sentido más amplio, incompetente para el comportamiento moral se equivocan. Tal como lo hace Andrea Dworkin, representante conspicua del feminismo radical. En efecto, Andrea Dworkin sostiene que «los hombres aman la muerte. En cualquier cosa que hagan dejan un lugar central para la muerte y permiten que su rancio olor contamine cualquier dimensión de todo aquello que todavía sobrevive. Los hombres aman especialmente el asesinato. En el arte lo celebran, en la vida lo cometen. Los hombres abrazan el asesinato como si la vida sin él estuviera desprovista de pasión, de significado y de acción; como si el asesinato fuera un consuelo que silencia sus sollozos mientras guardan luto por la vacuidad y alienación de sus vidas»²⁹. Que los hombres amen la muerte, aun si fuera empíricamente verdadero, que no lo es, no sería en todo caso exclusivo de los hombres. Ejemplos como los de la Quintrala dan buena prueba de ello. El problema aquí no es el de la supuesta naturaleza intrínsecamente dañina de lo masculino, la cuestión es el uso arbitrario del poder, y esto con independencia del representante de qué sexo lo detente. Por esa razón, la afirmación ecologista de la feminista Sally Gearhart, de que «la conservación del planeta exige que se reduzca la proporción de hombres y se mantenga aproximadamente en el 10 por 100 de la raza humana»³⁰, parece al menos ciertamente desproporcionada.

El sexismo que se advierte en estas citas no puede dejar de llamar la atención. No existe ninguna base para poder atribuir rasgos permanentes de maldad o de bondad a los sexos. De hecho, históricamente,

²⁷ *Ibídem*, p. 75.

²⁸ Por todo, véase, MARTÍN, Luis, *ob. cit.*, especialmente pp. 72-76.

²⁹ Cfr. DWORKIN, Andrea, «Why So-called Radical Men Love and Need Pornography?», en Laura Lederer (ed.), *Take Back the Night*, William Morrow and Co., Nueva York, 1980, p. 149.

³⁰ Citado por ECHOLS, A., «El ello domado: la política sexual feminista entre 1968-1983», en C. Vance (comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*. Versión castellana: J. Velasco y A. Toda, Editorial Revolución, 1989, p. 83.

en un sentido inverso a lo postulado por A. Dworkin y S. Gearhart, las mujeres también fueron objeto injustificadamente de maledicencia. Fueron en repetidas ocasiones utilizadas como auténticos chivos expiatorios, como cuando bajo la acusación de ser brujas o de realizar prácticas de brujería, por ejemplo, se les imputaba ser la causa de la pérdida de ganado y de cosechas, de la muerte de niños, de enfermedades y de epidemias, de esterilidad, de locura, etc. La locura inquisitorial que desató la caza de brujas produjo en Europa alrededor de 500.000 muertes. Se estima que el 82 por 100 eran mujeres³¹.

Precisamente, para evitar tales comportamientos basados en el uso arbitrario del poder se ha de recurrir a la idea de derechos individuales. No conviene olvidar que los que sufren malnutrición, maltrato físico, privaciones y hasta la muerte no dejan de ser individuos. El derecho a la igualdad, al institucionalizar y restringir el uso del poder, pone coto a la discrecionalidad de aquellos que lo detentan. Puede que no sea tal vez la única solución, pero sin duda es la mejor.

He mencionado al comienzo de este trabajo la situación de debilidad en la que se encuentran algunas mujeres en el planeta, no todas naturalmente. Al hacerlo he señalado que la fuente de esa debilidad es la situación de desigualdad que padecen. Esto es, se debe a que están situadas en el extremo más vulnerable de la cadena asimétrica que implica todo poder: político, económico y social. Para tratar de romper esta cadena se han ensayado diversas alternativas. La que apela a los deseos de las propias mujeres, la que se basa en ciertas éticas especiales y la que acude al mercado como mecanismo de asignación de recursos parecen destinadas al fracaso, sobre todo en los países del Tercer Mundo donde las diferencias son tan abismales. No obstante, en un mundo donde las mujeres disfrutan de bienes suficientes para la satisfacción de sus necesidades básicas e instrumentales, el mercado y la persecución de sus propias preferencias parece ser lo adecuado para que alcancen exitosamente los planes de vida que habían diseñado. De este modo, las mujeres, en su condición de agentes, podrían llegar a tener una vida más plena, tal vez más feliz. El Estado nada tiene que

³¹ Cfr. HARRIS, Marvin, *Vacas, cerdos, guerras y brujas*. Versión castellana: Juan Sánchez Fernández, Alianza Editorial, 13.ª reimpresión, Madrid, 1993, p. 206. El Papa Inocencio VIII promulgó una bula por la que autorizaba a la Inquisición a utilizar todo su poder para luchar contra la brujería. Dos inquisidores dominicos, Heinrich Kramer y Jacob Sprenger, escribieron un manual al respecto, *El martillo de las brujas*, que pronto alcanzó una gran popularidad y difusión (74 ediciones conocidas). En este libro, se dice respecto de las mujeres: «¿Qué otra cosa es la mujer sino un enemigo de la amistad, un castigo insoslayable, un mal necesario, una tentación natural... un peligro doméstico, un mal de la naturaleza pintado con colores hermosos?... La primera mujer... fue formada de una costilla torcida... y debido a este defecto, es animal imperfecto, engaña siempre.» Citado por DONOVAN, Frank, *Historia de la brujería*. Versión castellana: Francisco Torres Oliver. Alianza Editorial, Madrid, 1971, p. 152. Según F. Donovan, para condenar totalmente a las mujeres (Kramer y Sprenger) «elucubran en torno a una filología fantástica y pretenden que la palabra femina (mujer) se deriva de fe, de significado evidente, y minus, que quiere decir menos; de suerte que las mujeres deben carecer de fe». *Ibíd.*, p. 153.

hacer al respecto. Sí en cambio es tarea del Estado obrar para que ello sea posible, instaurando derechos y deberes. De entre ellos, por su centralidad, sobresale el derecho a la igualdad. Si se aspira a la igualdad es porque los seres humanos somos iguales en sentidos muy relevantes. Tomar la igualdad en serio significa huir de cualquier pretensión sexista descalificante. La afirmación de que todos, hombres y mujeres, son iguales ante la ley no es una fórmula vacía, y no hay alternativa mejor a un diseño institucional basado en derechos individuales para construir un mundo más justo³².

³² En idéntico sentido, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 4 ss.

José M.^a Blanco White. Un proyecto liberal en la revolución española

Por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

SUMARIO: 1. LA FIGURA DE BLANCO WHITE.–2. ESPAÑA: LA OBSESIÓN DE BLANCO WHITE.–3. EL PROYECTO POLÍTICO DE BLANCO WHITE.–4. REFLEXIONES FINALES: JOSÉ M.^a BLANCO WHITE, UN ILUSTRADO ESPAÑOL.

1. LA FIGURA DE BLANCO WHITE

Está muy extendida la opinión de que en España no ha habido un genuina doctrina liberal, como la hubo en otras latitudes¹. O, que, al menos, nunca llegó a la altura de otros países que constituyen el modelo de evolución política, de progreso y de modernidad. El objetivo de estas páginas es doble. Por un lado, mostrar que dentro de los límites hispanos también floreció un liberalismo, aunque, eso sí, marcado por los complejos procesos históricos que se sucedieron en las primeras décadas del XIX. Por otro lado, pretendo esbozar unas líneas y unas ideas de un autor, como es el del sevillano José María Blanco y Crespo, que desmonten la imagen y las opiniones que durante décadas han perdurado en el mundo académico sobre su figura. Pocos analistas tan lúcidos y tan comprometidos por la situación de su país como Blanco White han sido sometidos a una estigmatización tan radical e injusta.

¹ Este texto fue expuesto con el título *Los inicios del pensamiento liberal español: José M.^a Blanco White*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el día 21 de enero de 2005 en la celebración de San Raimundo de Peñafort. Agradezco al Decano y a la institución la amable invitación que me hicieron, así como la oportunidad de exponer algunas ideas sobre un autor tan olvidado.

Cierto es que la trayectoria vital de Blanco White tuvo y tiene una influencia determinante en el silencio y en el juicio posterior sobre su obra. Y es que, en efecto, su biografía está marcada por su exilio en Inglaterra producido en 1810 y por la actividad periodística e intelectual que desplegó a partir de ese momento. Pronto, los conservadores no tardaron en etiquetarlo de antiespañol, y los liberales nunca aceptaron su visión de los acontecimientos de la llamada «revolución española», ni entendieron sus consignas, ni su empeño en importar el modelo político inglés, ni, en suma, su peculiar y original lectura de la teoría liberal. El mismo hecho de que su obra más interesante, salvo quizás su labor de editor del periódico *El Español*, fuese escrita en inglés no facilitó el conocimiento ni la propagación de sus ideas entre sus contemporáneos. Cierto es también que alguna de sus ideas, adelantadas en cierto modo a su tiempo, no le granjearon tampoco las simpatías de uno y otro bando, como, por ejemplo, su apoyo explícito a la posición de los insurgentes de las colonias americanas. Con el tiempo, su nombre desapareció de la memoria de los autores españoles a pesar de la riqueza de su pensamiento. Ya al final del siglo XIX, el injusto juicio que vertió Menéndez Pelayo sobre su figura y su personalidad lo condenó al silencio más sonoro. Todavía más de siglo y medio después de su muerte tales opiniones son una pesada losa sobre su figura y su obra. La pereza académica no parece dispuesta a cuestionar este legado y el silencio al que le condenó la opinión sesgada del polígrafo santanderino, salvadas las honrosas excepciones de V. Llorens, J. Goytisolo, A. Garnica y M. Moreno.

En realidad, Blanco White es un hombre de su tiempo sometido a los cambios y conflictos de un mundo en transformación. En efecto, en una época de profundos cambios en Europa y en España, donde el tránsito del siglo XVIII al XIX fue traumático, la figura y la personalidad de Blanco White se nos presenta atravesada por los conflictos y las incertidumbres de su tiempo. Por la tensión entre tradición y modernización, entre religión y razón; por la lucha entre quienes se aferran al estado de cosas del Antiguo Régimen y sus privilegios y quienes buscan la apertura a los nuevos aires y al logro de los ideales de la Ilustración. Y esta tensión fue, sin duda, desgarradora para las mentes sensibles e ilustradas. Puede decirse que Blanco White es un ejemplo (el primer ejemplo) del desgarramiento y ruptura interior tan extendidos durante el siglo XIX entre los intelectuales españoles. Su *Autobiografía* es probablemente una de sus mejores obras por su prosa y su estilo, pero especialmente porque expone con crudeza el proceso interior que sufrió un espíritu inquieto y sensible en el seno de un ambiente de decadencia política como era la España de Carlos IV.

Blanco White es, sobre todo, un ilustrado nacido en una Sevilla que todavía disfrutaba de una posición privilegiada por sus relaciones con las colonias americanas, pero que, al mismo tiempo, se dejaba arrastrar por las inercias provincianas. En su niñez leyó con avidez a Feijoo, lo que despertó en él el afán de la crítica. Un ilustrado que

vivió como algo propio y personal la crisis de la España de primeros del siglo XIX. Tan es así que, una vez en su exilio voluntario hacia el que partió el 23 de febrero de 1810, no volvería a su país en el que había nacido el 11 de julio de 1775 falleciendo en Liverpool el 20 de mayo de 1841. En Inglaterra, donde se convirtió al anglicanismo, conocería los honores intelectuales y literarios que rara vez se conceden a un extranjero.

La figura de Blanco White presenta diferentes facetas literarias y ensayística. La menos conocida es la de teólogo y de polemista contra las religiones dogmáticas e intolerantes. Su búsqueda del cristianismo original le llevó a cambiar y a repudiar las creencias religiosas que asumió como propias. Sin duda, su labor más relevante para un historia del pensamiento fue la de periodista y la de ensayista. Ya en España, en la Sevilla asediada por los franceses fue encargado por el poeta M. J. Quintana, junto con el aragonés I. de Antillón, de la edición del *Semanario Patriótico*. Fue una experiencia breve, pues duró de mayo a agosto de 1809, pero, sin duda, relevante para la vida política del momento: analizó, describió, comentó y criticó los acontecimientos políticos de un período difícil. La finalidad de su empresa era, sobre todo, pedagógica, como lo fue siempre: formar una opinión pública que apoyase el proceso de reforma.

La experiencia de editor la continuó en Inglaterra, pues al poco de llegar fue encargado de la dirección de *El Español*. El objetivo de un periódico que duró hasta la vuelta de Fernando VII (1814) era divulgar los hechos de la revolución española, explicarlos y analizarlos e, incluso, orientar a los dirigentes la dirección que debían seguir. Tamaña empresa le acarrearía no pocos problemas y críticas en España, incluso, entre sus amigos. Llegaría a ser condenado por las Cortes de Cádiz como un enemigo del país, a la altura de Napoleón.

Analizar, denunciar y explicar sintetizan del proyecto filosófico-político de Blanco. Sus obras posteriores son también un ejemplo de esta actitud pedagógica: las *Letters from Spain* en las que, como si fuera un viajero por las tierras de su país, describió las costumbres españolas; aquellas otras cartas en las que hace lo contrario, esto es, describir las costumbres inglesas a los lectores hispanoamericanos y que fueron recopiladas con el título de *Cartas de Inglaterra*; sus escritos sobre la revolución española, la actividad de las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812, publicados en *El Español* con el seudónimo de «Juan Sintierra». Todos ellos muestran la misma pasión y la misma obsesión.

Las *Cartas de España*, escritas en 1821 y publicadas poco más tarde, componen un libro delicioso sobre su país natal. Aun escritas para un público inglés, forman sin embargo un interesante estudio de un español sobre los españoles que, vistas desde la distancia temporal, lo son también para los españoles. Pues, en ellas, encontramos un brillante y desapasionado relato sobre las costumbres españolas, sobre aspectos de la vida cotidiana y sobre acontecimientos históricos de la

España tradicional en el tránsito del siglo XVIII y XIX. Su relato estaba preferentemente basado en experiencias vividas u observadas personalmente. De ahí que especialmente se circunscriba a las ciudades de Sevilla, donde nació, Cádiz y Madrid. En cuanto a las referencias a hechos históricos, procuró estar bien informado.

Resulta así que las *Cartas de España* contienen una información preciosa. Pues, en ellas, se refiere a aspectos tan diversos como la Universidad, los toros, los estamentos sociales, los linajes y la limpieza de sangre, el tan genuino machismo ibérico, el papel de la religión y la formación de los sacerdotes, la siesta, las fiestas sevillanas, la fiebre amarilla que azotó Sevilla en 1800, la Cádiz esplendorosa y festiva de finales del XVIII, la corte de Carlos IV, Godoy, el motín de Aranjuez. ¿Acaso no se percibe en los *Episodios Nacionales* de Galdós un eco de la crónica de las intrigas de la corte borbónica y de la indolencia de Carlos IV, del poder del valido Godoy, de los sucesos de Aranjuez o del 2 de mayo realizada en las *Cartas de España* de Blanco? Su narración así trasciende lo meramente costumbrista para convertirse en una radiografía de la situación del país.

2. ESPAÑA: LA OBSESIÓN DE BLANCO WHITE

La obra y la vida de Blanco White está atravesada por su obsesión por España y por la situación de postración en la que se encontraba. Lo que Blanco White llamaba el «abatimiento» de España. Como a otros contemporáneos suyos, sus opiniones, su proyecto político, sus mismas exageraciones no pueden entenderse sin el potente influjo de la Revolución francesa y de los hechos de 1808.

Como afirma el historiador Carlos Seco, la España de Carlos IV es una España marcada por una triple crisis: política, económica y social. El origen de este escenario negativo parece encontrar una explicación razonable en «el impacto de la Revolución vecina, lo que provoca en nuestro país las tres crisis que llevarán a la catástrofe de 1808» (Seco, 1993: 18). La primera surge de la diferente reacción de los gobiernos de Carlos IV ante el proceso revolucionario y que acabó derivando en la eliminación de los gobernantes de la generación anterior: el año 1792, el año de la caída de la monarquía francesa, supuso también el fracaso tanto de la política de «mano dura» con los revolucionarios impulsada por Floridablanca, como la de «mano blanda» del conde de Aranda, y determinó a la postre el ascenso de Godoy. La segunda es consecuencia de la política de un Godoy que embarca al país en una nefasta «cruzada contrarrevolucionaria». Primero, el esfuerzo bélico contra Francia y, cuándo ésta vence, contra Inglaterra, fue lo que acabó arruinando al país. De la crisis económica derivó a su vez la crisis social que, en opinión de Seco, atravesó de arriba abajo a toda la sociedad española: desde la Iglesia, la nobleza, hasta las clases populares. El cambio de política en relación con Francia y la consi-

guiente guerra contra Inglaterra acabó desencadenando la crisis final en que derivó el reinado de Carlos IV, en 1808. Especialmente, Godoy acabó por granjearse, con su política de desamortizaciones, el odio de los sectores más conservadores de la Iglesia.

Sin este panorama de crisis, de conflictos y de ausencia de poder político como es el que surge en 1808 no se puede entender la figura de Blanco, su apasionamiento sobre la situación española y su frustración final, como sucede con otros tantos autores y políticos, como Argüelles, Toreno, Flórez Estrada y Alcalá Galiano.

En Blanco White, la preocupación por España será una obsesión enfermiza. La cuestión recurrente en sus escritos es el problema del «abatimiento de España» y el estudio de sus causas. A pesar de que son numerosos los textos en los que Blanco trata y analiza la realidad de España, sin embargo, las explicaciones y la descripción de las causas del abatimiento del país son recurrentes: una historia que, ante el reto imperial, trunca la construcción nacional en una evolución insuficiente; un despotismo entendido en el peor sentido, como absolutismo y tiranía, como gobierno personalísimo y arbitrario; una excesiva presencia de la Iglesia católica en la sociedad española y en la vida de los individuos que genera ignorancia, hipocresía y superstición; un sistema educativo y una instrucción inadecuada para aquellos tiempos; lo mismo sucede con las costumbres, la sociedad y las élites, etc. Y lo que es peor: la interacción entre el poder despótico y arbitrario de los monarcas y de sus validos y el control de los espíritus, realizado por la Inquisición, ha instalado la intolerancia como sistema institucionalizado, lo que ha subyugado el entendimiento humano en España. Y lo han sometido a un proceso de decadencia del entendimiento de funestas consecuencias, pues ésta se propaga letalmente por todas las instancias y estamentos sociales. A la postre, éste es el motivo de la desesperanza del autor, pues la causa de los males del país es demasiado profunda: como afirma, allá «donde el entendimiento esté en cadenas, ninguna reforma puede prosperar» (Blanco White, 2001: 65).

De los diferentes comentarios de Blanco, pueden entresacarse dos críticas a la política de los diferentes reyes: la de haber instaurado un gobierno despótico y, además, arbitrario y, con los siglos, ineficaz. Un gobierno despótico que suprimió la libertad por excelencia: la libertad de pensar y «de manifestar sus pensamientos por acciones que no perturben el orden» (Blanco White, 2001: 65). Un gobierno que empieza a instaurarse con Carlos V, «que, más por motivos políticos que religiosos, se empeñó en sofocar la secta luterana, en su cuna». Situación que empeoró con Felipe II «el monstruo más odioso de orgullo, egoísmo, hipocresía, y fanatismo, que el cielo permitió jamás para castigo de todo un pueblo, y sus descendientes por generaciones sin fin». En su reinado, se consagró el dominio omnímodo de la Inquisición que «llegó a tan alto grado de poder que casi se atrevía al autor mismo del dominio» (Blanco White, 2001: 56). Así pues, Felipe II encarna la materialización del

absolutismo y del poder despótico, plasmado en su alianza con la Inquisición y en la persecución de la libertad de creer y de pensar, y de manifestar el pensamiento. Una forma de dominio y de poder que perduraría durante los dos siglos siguientes, con el resto de Austrias pero también con los Borbones, pues, a fin de cuentas, Felipe V, contó con el apoyo de la Inquisición y, una vez instaurado como rey, apoyó y protegió dicho tribunal.

Su tesis central es que el abatimiento de España está producido por la falta de libertad de pensamiento y de creencias que, a su vez, es la causa de la decadencia del saber y del buen gusto existente con anterioridad. La degradación del entendimiento en España –afirma– se debe a «la tiranía mental en que han nacido, vivido y envejecido los españoles desde que la nación ganó el ascendiente, sobre los moros; quienes (con vergüenza y dolor digo) eran mucho más tolerantes que ellos» (Blanco White, 2001: 60). El yugo sobre la libertad de creencias y de pensamiento fue tan poderoso que Blanco considera muy difícil reeducar al país y sembrar la semilla del intelecto. «España (con dolor lo repito y con pena lo he creído por mucho tiempo) –dice–, España es incurable. En ella están arraigados los principios más funestos, y enlazados de modo que no hay poder humano que los separe. La ignorancia mantiene a la superstición, y la superstición a la ignorancia. Así seguirá (si Dios por medios extraordinarios no lo remedia) de generación en generación, de siglo en siglo, desmoronándose poco a poco, y destruyéndose por sus manos, de cuando en cuando. Medios humanos de sacarla de su degradación profunda no se presentan a la vista. ¡Quiera el cielo falsificar por modos imprevistos profecías tan funestas!» (Blanco White, 2001: 196).

3. EL PROYECTO POLÍTICO DE BLANCO WHITE

Durante los dos últimos siglos, ha predominado una lectura de la obra y de la figura de Blanco White que ha utilizado los excesos retóricos, las inexactitudes históricas, los errores de estrategia e, incluso, las dudas religiosas del autor para estigmatizar y condenar un pensamiento y un proyecto político sin parangón en la España derivada de la crisis de 1808. Si se tiene el cuidado de desbrozar los numerosos escritos y publicaciones, la cantidad de información que, directa o indirectamente, ya sea a través de la edición de los periódicos *Semanario Patriótico* o *El Español*, ya sea a través de sus *Cartas*, procuró y transmitió a sus contemporáneos Blanco White, puede fácilmente percibirse que su empresa personal era de un profundo calado y que destacaba por encima de la de otros. Ciertamente es que en sus escritos late una *hybris* política que, en determinados momentos, le lleva casi a la exasperación, pero también es cierto que su extensa obra sobre la realidad española aparece, con sus luces y sus sombras, inspirada en un ideario y que éste se

expresó en un proyecto político renovador y original para la España de la época. Otra cosa es que los acontecimientos que sucedieron entre 1808 y 1814 no fueron de su agrado ni procuraron la materialización de los ideales más reformistas. Blanco White, como muchos otros de su época, consideró que el fracaso de la «revolución española» supuso también el fracaso de una gran oportunidad histórica para la modernización de la estructura política y social del país y para su inserción en el seno de los movimientos europeos más renovadores.

El ideario político de Blanco White era, sobre todo, un ideario de raíz ilustrada que creía en la poder de la razón, en la capacidad de convencer a partir de argumentos y que se debía luchar contra la superstición, la ignorancia y el fanatismo. El pensamiento y, por ello, el proyecto político de Blanco, tal y como emerge de las páginas de los artículos más importantes publicados en el *Semanario Patriótico* y, sobre todo, en *El Español*, era, como he señalado antes, renovador y reformista. Era, por encima de todo, un ideario que hoy llamaríamos liberal. Moreno Alonso, uno de los representantes más cualificados de la labor de recuperación de la figura de Blanco White en los últimos veinte años, ha afirmado con rotundidad, y no sin razón, que: «En España no se ha dicho hasta ahora –pero no cabe duda de que hay que rendirse ante la evidencia– que don José María Blanco White es el “inventor” del Liberalismo en España. No basta decir que es “uno de los padres”; el otro podría ser su amigo Quintana. Es su inventor: su definidor, su defensor, su introductor, su propagandista. Y esto puede demostrarse objetivamente: por su formación, por su actitud de defensor de la libertad empezando por sí mismo, por sus denuncias y por sus periódicos» (Moreno Alonso, 2002: 17).

La labor periodística de Blanco White, tanto en su vertiente informativa como en su sesgo más crítico, estaba fundada en un ideario que atraviesa el numeroso conjunto de artículos publicados. Este ideario, como afirmé antes, sustenta un proyecto político de clara inspiración liberal. Pues bien, en mi opinión, este proyecto político, en el que se expresa el ideario de Blanco White, está formado por cuatro elementos a cada cual más importante. Éstos son: su intención, las ideas que defiende, el modelo político que propone e inspira sus artículos y la valoración política de las medidas tomadas por los diferentes gobiernos. El análisis conjunto de estos cuatro elementos explica la afirmación recurrente de que José M.^a Blanco White deber ser considerado como uno de los padres del liberalismo español y quien inicia una línea de pensamiento original y distinta y, por supuesto, radicalmente opuesta a la que apadrinaría Menéndez y Pelayo, uno de sus grandes detractores y responsables de que la leyenda negra sobre este autor perdurase tanto tiempo.

La labor educativa: la formación de la opinión pública

No cabe duda de que su objetivo permanente, más allá de las circunstancias y de sus obsesiones cíclicas, fue siempre la realización

de una labor formativa. Su intención fue siempre una intención pedagógica. En efecto, a lo largo de sus años de editor puso todo su empeño en la exposición de ideas y de argumentos que sustentaran su obra reformista. Como vimos, Blanco White consideraba que la causa principal del abatimiento del país era la obcecación, la falta de pulso vital en el entendimiento, el escaso interés por la reflexión y por la crítica del pensamiento tradicional e, incluso, por cualquier saber y, en especial, por las ciencias prácticas, pero también por las letras. En una situación de parálisis intelectual generalizada, era imprescindible reeducar los espíritus. Su misión era, pues, una misión predominantemente educativa.

Aunque la actividad de Blanco White se desplegó en el contexto de la revolución española, en ningún modo, era revolucionario. Por el contrario, era un proyecto gradualista, reformista y mesurado que confiaba en los cambios cualitativos y en la formación cultural de los españoles. En su «Bosquejo de la historia del entendimiento humano en España desde la restauración de la literatura hasta nuestros días», de 1824, Blanco White lo expresará con claridad: «No hay país español que no necesite una reforma completa: completa, digo, no violenta, ni inconsiderada. El remedio se debe aplicar de raíz; pero sin arrancarla. Sin alumbrar los entendimientos, afinar el gusto, y elevar el tono general de la opinión pública, en vano se hacen constituciones y se publican leyes» (Blanco White, 2001: 64). Si se quiere, por tanto, que las reformas constitucionales y jurídicas perduren en un país con los espíritus encorsetados tras siglos de tiranía de la inteligencia, la primera tarea es formativa. Lo que hay que hacer es reeducar y, sobre todo, formar una opinión pública que sustente esas reformas. Los cambios legislativos por sí mismos no garantizan la modernización del país: «esperar que en tanto que un error fundamental, que corrompe todas las facultades, o impulsos del hombre, está carcomiendo a la sociedad, ha de mejorarse ésta por medio de leyes y estatutos que sólo atacan los efectos secundarios del mal original y primitivo; es armar de acero los pies y los brazos, ofreciendo el pecho desnudo al enemigo.

A la vista de estas consideraciones, resulta de sumo interés recordar que uno de los primeros actos en los que Blanco White explicita su evolución interior fue precisamente en su discurso sobre Pestalozzi, mencionado al principio. Es decir, un ensayo dedicado a exponer una de las teorías sobre la educación más actuales en ese momento y que representaba los ideales de la Ilustración. Una pedagogía renovadora centrada en la educación de los niños, como si su mismo país no hubiera alcanzado la madurez. Blanco White, pues, pronto se percató de los frutos de una educación vinculada a la naturaleza humana y a la razón: «El método de educación en que se facilita el raciocinio, no puede dañar a los talentos ulteriores, sean cuales fueren, porque todos ellos tienen por principio a la razón, que es invariablemente una misma» (Blanco White, 1971: 153). Con el tiempo, no tendría

más que aplicar estas enseñanzas a su tesis sobre la renovación gradualista del entendimiento.

Los objetivos pedagógicos de Blanco White y su interés por formar una opinión pública liberal que sustente la obra reformadora de las leyes están también explicitados en los textos de sus dos empresas periodísticas más emblemáticas: el *Semanario Patriótico* y *El Español*.

Los conceptos básicos: libertad, igualdad y tolerancia

La clarificación de conceptos proyectándolos sobre problemas y conflictos concretos fue, pues, una de las obsesiones de Blanco White. En particular, hay que señalar tres términos: el de libertad, el de igualdad y el de tolerancia. Insisto en que en el análisis del concepto de libertad, de igualdad y de tolerancia el editor español no sólo muestra un perfecto conocimiento de los debates y teorías de la modernidad, sino que también emerge como uno de los representantes más cualificados del pensamiento liberal en la España de inicios del siglo XIX.

Ya en la edición del *Semanario Patriótico*, Blanco White se preocupó como primera tarea aclarar los conceptos de libertad y de igualdad. Corría el año 1809 y en ese período de indefinición política, previo a la convocatoria de Cortes, era necesario desbrozar los usos espurios de ambos términos y que estaban siendo utilizados interesadamente obstaculizando la obra reformadora. Los conceptos de libertad y de igualdad que eran profusamente utilizados en la revolución española trayendo a colación las experiencias francesas requerían, pues, la atención del análisis y de la precisión terminológica. Son varias las intervenciones de Blanco White en el *Semanario*, a lo largo de 1809, con este objetivo. En ellas, queda, cómo no, bien patente la impronta liberal de su pensamiento.

Blanco, pues, se propone demostrar que la idea de libertad no significa «desorden», ni la de igualdad «anarquía», que ambos conceptos no «son opuestos al gobierno monárquico» y que con estos términos no se trata de repetir los horrores de la revolución francesa. La idea de libertad para nada se identifica, en su significado genuino, con el desorden. «No hay delirio igual al de confundir la libertad con el desorden». Más bien, al contrario, es la tiranía, es decir, la no existencia de libertad la que genera «licencia y desenfreno» (Blanco White, 2001: 77).

En el análisis del concepto «libertad», el liberalismo de Blanco White aparece con nitidez: «La *libertad política* consiste en que una nación sólo esté sujeta a las leyes que de su agrado haya reconocido». Esto afirma en 1809, tan tempranamente en su tarea formativa. Quizás, no es descabellada la idea de la influencia de Rousseau en esa definición: *la libertad como gobierno de las leyes*. Más aún, cuando a continuación afirma que «esta *libertad* general no vive sino a costa de

sacrificios de la libertad de cada uno». Vivir con libertad no significa «vivir más a sus anchas», sino de acuerdo a las leyes.

No parece que en los inicios del liberalismo español haya algún autor que haya definido con tanta claridad qué es y en qué consiste la libertad como gobierno de las leyes, ni que haya diferenciado el gobierno libre del despotismo. La modernidad del pensamiento de Blanco White queda fuera de toda duda y no es tampoco descabellado reivindicar su puesto en la historia del primer liberalismo español. Sus frases rotundas expresan las ideas esenciales de esta doctrina política. La idea de que la libertad es el gobierno de las leyes y éste el respeto de los derechos y la encarnación de la dignidad humana. La libertad no es el desorden, sino el orden de las leyes, el respeto de los derechos y la fijación ordenada de las obligaciones y los deberes:

«La *libertad* no es la exención de obedecer; es el derecho de conservar la dignidad del hombre, obedeciendo; como el despotismo, por el contrario, es el estado de perpetuo abatimiento aun cuando nada quiera mandar el que lo ejerce. Esta es la máxima que debe excitar en ellos esa palabra, que nunca deberá carese de sus bocas. *Gozar libertad* es obedecer solamente a las leyes; *sufrir despotismo* es estar dispuesto a someterse al capricho. La voz de la ley no cesa un solo instante; la voz del despotismo se oye de tiempo en tiempo: aquella es la voz de un padre que no pierde de vista a sus hijos; ésta, la de un señor que, cuando se digna de hablar es para hacer temblar a sus esclavos. En una palabra, los individuos de un pueblo libre están rodeados de perpetuas obligaciones y deberes, al modo que los de una familia numerosa y bien ordenada; mas pueden vivir tranquilos cuando los han satisfecho» (Blanco White, 2001: 80).

El modelo político: el equilibrio y el pragmatismo inglés

La obra pedagógica y formativa de Blanco White está claramente inspirada en la historia y en la experiencia política de Inglaterra, el país de acogida a partir de 1810. Su modelo político es, pues, el modelo inglés de gobierno. Son muchas y constantes las referencias a las bondades de este sistema en sus comentarios y artículos. Cuando desesperado por el Decreto de Fernando VII por el que deroga la obra de las Cortes de Cádiz y, por tanto, se frustra la obra reformadora no deja de insistir en que la única manera de corregir la realidad política española es importar el modelo político inglés y su sistema de libertades. Con claridad, lo afirmará en la «Conclusión» al *El Español*, en su último número: «Un solo medio hay de poner a la nación al nivel que le pertenece entre las demás de Europa: este es, establecer un gobierno fundado en los principios que han elevado a Inglaterra al alto puesto en que se halla –fundado en verdadera libertad religiosa y civil. No hay que engañarse: la una no puede crecer ni arraigarse sin la otra». Pero, Blanco no cree que el nuevo rey ni el partido que sustenta su

«cetro» concedan lo que el rey inglés dio, esto es, «la libertad de profesar la religión que a cada cual dicte su propia conciencia».

Son muchas las ventajas del sistema político inglés y de su traslación a la realidad española. El modelo inglés es ejemplo de equilibrio, de ponderación y de evolución gradual y mesurada de una sociedad. Blanco White ensalza el equilibrio político de Inglaterra como resultado de un desarrollo que encarna la esencia de lo que debe ser la política, pero, al mismo tiempo, considera que el modelo inglés es resultado de la ejecución de reglas pragmáticas que son seguidas por todas las facciones. Así, en una de las Cartas afirma con rotundidad que las Cortes deben imitarlo «no porque esté en la constitución inglesa, sino porque está fundado en la experiencia de la naturaleza humana» (Blanco White, 1990: 81). No es obra del ingenio de un solo hombre, sino que es resultado de un saber hacer inconsciente residenciado en la cultura y en las actitudes de sus hombres. Blanco White, en este punto, parece olvidar el tormentoso siglo xvii de este país.

El modelo político inglés representa, por encima de todo, la esencia de lo que debe ser la política. Para Blanco White, el mérito y la virtud de la política reside en la capacidad de los agentes para alcanzar consensos y para cumplirlos. La política es el arte de «concordar», y los políticos de ese país han sabido aprender de su propia historia que los acuerdos son imprescindibles para el equilibrio institucional. Por el contrario, la política española de Cádiz, en un momento tan trascendente para España, está dominada por el conflicto de las diversas facciones sin que pueda entorse una vía de acuerdo y compromiso entre los que llama partidos servil y filosófico.

4. REFLEXIONES FINALES: JOSÉ M.^a BLANCO WHITE, UN ILUSTRADO ESPAÑOL

El propósito principal de estas páginas es la recuperación de la figura y de la obra de José M.^a Blanco White para la historia del pensamiento español. Recientemente, Eduardo Subirats ha escrito que «en el mundo intelectual hispánico el nombre de José María Blanco White es una sonora ausencia» (Subirats, 2003: 241). José María Blanco White era, sobre todo, un ilustrado español en una situación histórica de España a un tiempo dramática y decisiva. Dramática por cuanto el siglo de dominación de la dinastía borbónica se cerraba en un escenario de crisis en todos los frentes –política, social, cultural–. Decisiva por la necesidad de afrontar los profundos cambios que se estaban produciendo en Europa tras la Revolución francesa. En última instancia, las primeras décadas del siglo xix brindaron a las élites españolas una oportunidad para la reforma y para la modernización del país. El fracaso del proyecto reformista, que era defen-

dido por liberales como Blanco White, fue una rémora que ha marcado de forma indeleble los siglos XIX y XX de la historia de España. El fracaso de la revolución española encastilló posiciones de los conservadores y de los liberales, pero, sobre todo, radicalizó la política de los primeros, de los vencedores, quienes no sólo restauraron el poder absoluto del monarca, sino que también iniciaron un espiral de represión que sólo podía conducir a la incomunicación y al enfrentamiento. Conviene recordar la opinión temprana de Blanco White de que la política es «concordar», es decir, dialogar, transigir y consensuar.

Como ilustrado fue un defensor de la libertad individual, de la tolerancia y de la igualdad. En la obra de Blanco White no es difícil encontrar los mimbres necesarios para construir una lectura del autor como defensor de los derechos humanos y de la igualdad. Sus artículos están impregnados de una actitud clara de defensa de la libertad de pensamiento y de creencias y de la libertad de expresión. Instrumentos necesarios para la reforma de las costumbres y para la formación de una opinión pública abierta y libre. La defensa de la idea de libertad y de igualdad es la que llevará a Blanco a justificar la posición de las colonias americanas frente a la metrópoli e, incluso, a reivindicar para ellas también la libertad y la independencia. Precisamente, esta postura acarrió a Blanco no pocos problemas en España además de servir de fundamento de su particular leyenda negra. Blanco previó las consecuencias de la cerrazón peninsular frente a las reivindicaciones de las colonias y ello le llevó a vaticinar la pronta desmembración del viejo imperio hispano y una decadencia que se alargaría durante todo el siglo.

Pocos intelectuales hay como Blanco White que se percatasen de esta ambigüedad y de la urgente necesidad de implantar la tolerancia y la libertad de creencia en España, y, sobre todo, de las nocivas consecuencias de la Ilustración insuficiente. Con la excepción de Goya. Subirats se ha percatado del estrecho vínculo existente entre dos intelectuales de formación ilustrada y de preclara clarivencia. *Cartas de España*, ese retrato costumbrista de la sociedad española de finales del XVIII y principios del XIX, es el correlato de los tapices de Goya. Del mismo modo, sus descripciones del abandono de la familia real, el motín de Aranjuez o de los hechos del 2 de mayo son también el correlato de los cuadros sobre la guerra de la Independencia o de los *Desastres* del pintor aragonés. Ambos pintan un cuadro de decadencia moral, social y política que concluirá con el fin del imperio español. Ambos describen una misma realidad y una misma frustración: la de una España hundida, sin posibilidades de reacción debido a los siglos de falta de desarrollo del entendimiento, de libertad y de respeto de las creencias y de la diferencia cultural. Esto hace que ambos intelectuales sean los representantes más genuinos de la Ilustración española, conscientes de sus luces y de sus sombras.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLES, A. (1970): *La reforma constitucional de Cádiz*, coment. por J. Longares, Iter, Madrid.
- BREÑA, R. (2002): «José María Blanco White y la independencia de América: ¿Una postura pro-americana?», *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional* (<http://hc.rediris.es/tres/articulos/html/01.htm>).
- DOMERGUE, L. (2001): «Blanco White: la hora inglesa (1808-1814)», en A. Gil Novales, eds., *La Revolución liberal*, Ediciones del Orto, Madrid, pp. 179-192.
- ESCUADERO, J. A. (1991): *La abolición de la Inquisición española*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (2003): «La libertad de imprenta en las Cortes y en la Constitución de Cádiz de 1812», *Dereito*, vol. 12, núm. 1, pp. 37-60.
- LLORENS, V. (1979): *Liberales y románticos*, Castalia, Valencia.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2000): *Constitución y libertad religiosa en España*, prólogo de J. I. Lacasta-Zabalza, Dykinson, Madrid.
- MENÉNDEZ PELAYO, M. (1978): *Historia de los heterodoxos españoles*, 2 vols., BAC, Madrid.
- MORÁN ORTÍ, M. (1991): «La formación de las Cortes (1808-1810)», *Ayer. Asociación de historia contemporánea*, 1, pp. 13-36.
- (1992): «Revolución liberal y reforma religiosa en las Cortes de Cádiz», *Revista de las Cortes Generales*, 26, pp. 117-134.
- MORENO ALONSO, M. (1988): «La política americana de las Cortes de Cádiz (Las observaciones críticas de Blanco White)», *Cuadernos hispanoamericanos*, 460, pp. 71-90.
- (1998): *Blanco White. La obsesión de España*, Alfar, Sevilla.
- (2002): *Divina Libertad. La aventura liberal de Don José María Blanco White, 1808-1824*, Alfar, Sevilla.
- PI I MARGALL, Fco. (1982): *La reacción y la revolución*, estudio preliminar y notas de A. Jutglar, Anthropos, Barcelona.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1974): *Historia del constitucionalismo español*, 3 edic., Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SECO, C. (1993): «La España de Blanco White», *Archivo Hispalense*, tomo LXXV, núm. 231, pp. 17-30.
- SUBIRATS, E. (2003): *Memoria y exilio*, Madrid, Losada.
- TOMÁS Y VALIENTE, Fco. (1995): «Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, pp. 13-126.
- (1996): *Constitución: Estudios de introducción histórica*, prol. de B. Clavero, Marcial Pons, Madrid.
- VARELA BRAVO, E. (1988): «Blanco White, la tolerancia y las Cortes de Cádiz», *Cuadernos hispanoamericanos*, 460, pp. 91-104.
- VÉLEZ, R. de (1812): *Preservativo contra la irreligión o Los planes de la Filosofía contra la Religión y el Estado*, Imprenta Brusi, Palma.

Obras de José M.^a Blanco White citadas

- (1971): *Antología de obras en español*, edición, selección, prólogo y notas de V. Llorens, Labor, Barcelona.

- (1972): *Cartas de España*, intr. de V. Llorens, traducción y notas de A. Garnica, Alianza, Madrid.
- (1988): *Autobiografía de Blanco White*, 2.^a edic., edic. trad., introducción y notas de A. Garnica, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- (1989): *Cartas de Inglaterra*, intr. y selección de M. Moreno, Alianza, Madrid.
- (1990): *Cartas de Juan Sintierra, Crítica a las Cortes de Cádiz*, edición de M. Moreno, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- (1993): *Conversaciones americanas y otros escritos sobre España y sus Indias*, edición de M. Moreno, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid.
- (1998): *Obra inglesa de Blanco White*, traducción y prólogo de J. Goytisolo, 1.^a edic. en 1972, Alfaguara, Madrid.
- (1999): *Escritos autobiográficos menores*, edición y traducción de A. Garnica, Universidad de Huelva, Huelva.
- (2001): *Ensayos sobre la intolerancia*, edición a cargo de M. Moreno, Caja San Fernando, Sevilla.

Camino hacia la unidad europea desde el federalismo en los personalismos del siglo XX

Por JOAN ALFRED MARTÍNEZ I SEGUÍ

Universitat de València

SUMARIO: El conjunto de círculos personalistas, y especialmente los representados por las revistas *Esprit* y *L'Ordre Nouveau* durante la década de 1930, así como sus herederos a lo largo del siglo XX, se enclavan dentro de unas coordenadas comunes, no sistemáticas, delimitadas con un talante, a veces, difuso e incluso conflictivo. Se trata de una tercera vía entre liberalismo y colectivismo, de un proyecto a favor de una Europa pluralista: democrática en un sentido sustantivo superior de la mera partitocracia, participativa desde el momento en que fomenta una viva y activa sociedad civil, federal preservando la unidad en el seno de la diversidad nacional y regional, socialista en la acepción proudhoniana de mutualismo, más que no en la de estatalismo planificador, opuesta al colonialismo y, en correlación, abierta a una vocación mundial y mundializadora de estructuración jurídica de la sociedad internacional, y, finalmente, guiada en todo instante por el primado de lo espiritual, trascendente, centrado en la persona humana en interrelación comunitaria.

La visión del personalismo comunitario, enraizado en el humanismo cristiano, como única escuela renovadora del pensamiento filosófico-político durante el transcurso de los convulsos años treinta, constituye ya un lugar común de encuentro para la historiografía dedicada al tema. Al menos, desde que Jean Touchard ¹, eminente historiador de

¹ Vid. TOUCHARD, J., «L'esprit des années trente: une tentative de renouvellement de la pensée française», en *Tendances politiques dans la vie française depuis 1789*, Hachette, París, 1960, y también LOUBET DEL BAYLE, J.-L., *Les non-conformistes des années trente. Une tentative de renouvellement de la pensée politique française*, Seuil, París, 1969. O, más recientemente, WINOCK, M., *Le siècle des intellectuels*, Seuil, París, 1997, pp. 203-211.

las ideas políticas, así lo afirmara, al evidenciar la originalidad de los postulados argüidos por los heterogéneos autores aglutinados bajo las siglas de *Esprit* o de *L'Ordre Nouveau*. Reunidos alrededor del llamado «espíritu de los años treinta», estas publicaciones y sus respectivos movimientos, impulsados por la convicción del necesario compromiso social de los intelectuales, llegan a configurar una vía intermedia entre las dos ideologías, o incluso economías paralelas, de carácter dominante por aquel entonces, el liberalismo capitalista y el colectivismo abanderado por el socialismo marxista. Tan sólo desdibujadas por los nacionalismos totalitarios de matriz fascista y la estrategia de frentes populares. Pero que, en definitiva, muestran ya la realidad fáctica de la posterior Guerra Fría de manera incipiente en medio de las tensiones propias de la Europa de entreguerras, encaminada, sin remedio, hacia un segundo conflicto bélico de alcance mundial².

En esta búsqueda de un discurso sociopolítico alternativo, los dos principales polos personalistas ya citados, el grupo *Esprit* encabezado por E. Mounier y el de *Ordre Nouveau* representado por Arnaud Dan-dieu, Alexandre Marc, Denis de Rougemont o Robert Aron, desarrollarán las enseñanzas heredadas tanto, por una banda, del vitalismo humanizador de Ch. Péguy (*alter ego* francés de Nietzsche, pero desde una aprehensión enérgica y constructiva de la ética, lejana de la connotación castradora y enervante de la moral que se halla en el autor alemán) como, por otra banda, del socialismo cooperativo de P. J. Proudhon, peyorativamente calificado de «utópico» por su contemporáneo K. Marx³.

Es así como a lo largo de la década de 1930 al igual que con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la pugna latente entre la URSS y el bloque occidental liderado por los EE.UU., se podría afirmar a buen seguro que el pensamiento destilado por los círculos personalistas se enclava dentro de unas coordenadas comunes, no sistemáticas, delimitadas con un talante, a veces, difuso. Se trata de una tercera vía, del proyecto a favor de una Europa pluralista, democrática en un sentido sustantivo superador de la mera partidocracia, participativa desde el momento en que fomenta una viva y activa sociedad civil, federal preservando la unidad en el seno de la diversidad nacional y regional, socialista en la acepción proudhoniana de mutualismo, más que no en la de estatalismo planificador, opuesta al colonialismo y, en correlación, abierta a una vocación mundial y mundializadora de estructura-

² En esta línea argumental, Giorgio Campanini defiende que «si potrebbe, al limite, affermare che, nel bene e nel male, l'eredità alla quale nel successivo cinquantennio la coscienza europea si è alimentata affonda le sue radici nello "spirito degli anni '30". La stessa seconda guerra mondiale, sotto questo aspetto, appare assai più una crisi interna di quella coscienza che non un brusco capovolgimento di prospettiva. Prima e dopo quella cesura, il dilemma di fronte al quale la coscienza europea viene a trovarsi è quella del significato e del destino della *persona*». CAMPANINI, G., «Persona e personalismi negli anni '30», en *Persona i personalismi* (A. Pavan et A. Milano, dres), Edizioni Dehoniane, Nápoles, 1987, pp. 371-372.

³ Vid. LOUBET DEL BAYLE, J.-L., *Les non-conformistes des années trente...*, op. cit.

ción jurídica de la sociedad internacional, y, finalmente, guiada en todo instante por el primado de lo espiritual, trascendente, centrado en la persona humana en interrelación comunitaria⁴.

Sin embargo, a pesar de esta consistencia y unidad profunda en todo aquello ligado a la inspiración última de unas ideas prestas a la acción política inmediata, las distintas sensibilidades y prioridades en cuanto al compromiso intelectual, así como las dispares estrategias y tácticas de actuación determinadas por los avatares históricos y, a menudo, por los lazos personales, evidencian la necesidad de distinguir tres etapas, claramente perfiladas, en la evolución del posicionamiento de los grupos personalistas respecto al ideal de una Europa unida y la asunción del federalismo: 1) El decenio de los treinta prolongado en la Segunda Guerra Mundial. 2) La posguerra hasta bien entrados los años setenta. 3) De fines de la década de 1970 hasta la actualidad.

Comenzando este repaso cronológico, durante la época de gestación del pensamiento personalista encontramos muchos ejemplos que cabría remarcar para verificar la construcción progresiva de un horizonte político de máximos orientado hacia el anhelo de una Europa unida de cariz federal y garante de la paz en el viejo continente. Se trata, por un lado, de un objetivo en parte convergente, desde la distancia crítica al mundo burgués, con algunos destacados esfuerzos europeístas de sectores liberales, como también de instituciones de más amplio espectro ideológico, como es el caso de la Unión Paneuropea fundada en 1923 por el conde Richard de Coudenhove-Kalergi, en pro de consolidar y desarrollar la frágil estructura del organigrama internacional presidido por la inoperante Sociedad de Naciones ginebrina. Por otro lado, no es en nada menospreciable una cierta huella internacionalista de origen inequívocamente socialista, contrapuesta entonces al nuevo rumbo que el Komintern comunista, dirigido por Stalin, impulsaba bajo la consigna de «socialismo en un solo Estado», la URSS, y la consiguiente persecución de los elementos trotskistas, adalides de «la revolución internacional permanente».

Ahora bien, en cuanto a los textos que ejemplifican mejor esta postura europeísta y federal, cohesionadora del conjunto de los autores personalistas durante la década de 1930, cabe apuntar sobre todo, además de las abundantísimas referencias que se pueden hallar en las páginas de la revista *Ordre Nouveau*⁵ (1931-1938), el artículo «Europa contra las hegemonías» firmado por Mounier en *Esprit* en noviembre de 1938, dos meses después de los claudicantes Acuerdos de

⁴ Vid. BEA, E. y COLOMER, A., «Mounier i Esprit: Europa contra les hegemonies», en *4r Premi Cirera i Soler 2001*, Unió de Treballadors Democratacristians de Catalunya, Barcelona, 2002.

⁵ Vid. *L'Ordre Nouveau* (reedición íntegra a cargo de la Fondation Émile Chanoux), Aosta, Le Château, 1997. El conjunto de la obra está compuesto por cinco volúmenes, cuatro con la reproducción facsímil de la revista y uno con la introducción y el índice confeccionados por Marc Heim.

Munich que consagraron la pujanza dominante de la Alemania hitleriana sobre los vencedores de la Primera Guerra Mundial.

En él, el director de la revista personalista más relevante denuncia la política de sometimiento y control opresivo practicada por las sucesivas potencias europeas, en el intento de mantener un equilibrio de terror y de prestigio hegemónico entre Estados-nación. Así, reclamando a la vez la alianza de los diferentes humanismos, tanto de raíz cristiana como laica, y la asunción de una política exterior de fuerza a favor de la paz (rehuyendo el pacifismo inocente y purista), propone la lucha contra el totalitarismo fascista al aseverar lo siguiente: «Dicho esto, no es únicamente Francia [...] lo que nosotros tenemos que defender para el futuro contra la hegemonía de Berlín: *es la realidad federal de Europa*. Eso implica que nosotros no tenemos nada que hacer [...] persiguiendo la quimera de una nueva hegemonía diplomática francesa»⁶.

En este mismo sentido, con antelación, en octubre de 1937, *Esprit. Revue internationale*, como se subtitulaba entonces, publicó un dossier de especial interés, en la medida en que presentaba una concreción paradigmática de sus principios en la observación de la realidad cotidiana de Suiza, mostrada desde la propia autopercepción de los grupos de trabajo personalistas de aquel país, encabezados por D. de Rougemont. Este pensador destaca la proximidad de la filosofía personalista a las estructuras sociopolíticas helvéticas, reformulando la finalidad última de la neutralidad suiza en aras de una vocación pedagógica de ámbito europeo e incluso mundial enfocada hacia la extensión de una sociedad internacional de base federal.

Reproducimos a continuación las sintomáticas palabras que inician el preámbulo del susodicho informe «El problema suizo: persona y federalismo»: «Si, desde el principio, *Esprit* ha provocado en Suiza unas adhesiones y unas reacciones particularmente numerosas y claras, es porque el personalismo encontraba en los cantones confederados unas tradiciones cívicas y un clima moral que le daban de inmediato un sentido concreto. Lo que podía parecer, en Francia, no ser en sus inicios más que una protesta, una reivindicación, incluso una ruptura, en nombre de una concepción del hombre en general, se hallaba de acuerdo en Suiza con las condiciones físicas e históricas del país. Así, por la fuerza de las cosas –no menos que por la de los temperamentos– la actitud personalista se convertía rápidamente en una política, en el sentido más alto del término. Ella reunía y ella ampliaba una mística no “nacional” –eso no es posible en Suiza– sino más bien comunitaria, y más exactamente: federalista»⁷. Dando continuidad a

⁶ «Ceci dit, ce n'est pas uniquement la France [...] que nous avons à défendre désormais contre l'hégémonie de Berlin: *c'est la réalité fédérale de l'Europe*. Cela implique que nous n'avons rien à faire [...] en poursuivant la chimère d'une nouvelle hégémonie diplomatique française»; MOUNIER, E., «L'Europe contre les hégémonies», *Esprit*, noviembre 1938.

⁷ «Si, dès le début, *Esprit* a provoqué en Suisse des adhésions et des réactions particulièrement nombreuses et nettes, c'est que le personnalisme trouvait dans les

esta vía helvética hacia el federalismo europeo, Rougemont se transformará, después de la Segunda Guerra Mundial, en su principal paladín intelectual, al plantear, en palabras del filósofo existencialista Karl Jaspers⁸, el dilema entre la helvetización o la balcanización nacionalista de Europa.

No obstante, el final de la contienda militar, a pesar del carácter decididamente europeísta de gran parte de los grupos resistentes a la ocupación nazi⁹, determina un punto de inflexión en la hasta entonces unidad plural de doctrina y acción de los personalismos. Más allá incluso de su palpable y diversa influencia, a modo de cultura política compartida, sobre distintas corrientes ideológicas emergentes, como acaece entre la democracia cristiana y la socialdemocracia. Es en medio de esta encrucijada histórica cuando, en efecto, se abre una etapa de divergencias y separaciones, salpicada incluso de momentos de conflicto frontal entre dos ramas personalistas bien diferenciadas¹⁰. Por una banda, el progresismo del equipo renovado de la revista *Esprit*, dirigida por Mounier hasta su muerte prematura en 1950 y, después, sucesivamente, por Albert Béguin (1950-1957) y Jean-Marie Domenach (1957-1976). Y, por otra banda, los herederos directos del desaparecido movimiento *Ordre Nouveau*, ahora identificados bajo la definición de «federalistas integrales o globales», entre los que sobresalen los ya conocidos A. Marc, D. de Rougemont o R. Aron, junto a otras incorporaciones llegadas de la Resistencia, como es el caso de uno de los fundadores del Partido Laborista holandés, Henri Brugmans.

Es así cómo la ruptura, paralela al surgimiento del antagonismo entre el bloque capitalista y el del socialismo real y sostenida por una serie de tomas de posición tanto teóricas como prácticas, va escenificándose paso a paso a lo largo de la inmediata posguerra, hasta alcanzar un máximo punto de enfrentamiento durante la década de los cincuenta.

En marzo de 1945, con ocasión de la Conferencia Federalista Europea organizada en París, Mounier toma ya sus distancias escépti-

cantons confédérés des traditions civiques et un climat moral qui lui donnaient d'emblée un sens concret. Ce qui pouvait sembler, en France, n'être d'abord qu'une protestation, une revendication, voire une rupture, au nom d'une conception de l'homme en général, se trouvait convenir en Suisse avec les conditions physiques et historiques du pays. Ainsi, par la force des choses –non moins que des tempéraments– l'attitude personnaliste devenait tout de suite une politique, au plus haut sens de ce terme. Elle rejoignait et elle élargissait une mystique non pas «nationale» –cela n'est pas possible en Suisse– mais bien communautaire, et plus exactement: fédéraliste»; en «Le problème suisse: personne et fédéralisme», *Esprit*, octubre 1937.

⁸ Vid. AA.VV., *L'esprit européen*, La Baconnière, Neuchâtel, 1947.

⁹ Vid. TRUYOL Y SERRA, A., *La integración europea. Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)*, Tecnos, Madrid, 1999, vol. I, p. 37; o también de PUIG, Ll. M.^a, *Historia de la unidad europea*, Anaya, Madrid, 1994, p. 25.

¹⁰ GRÉMION, P., «Personnalisme, fédéralisme, progressisme», en *Du personnalisme au fédéralisme européen. En hommage à Denis de Rougemont*, Centre Européen de la Culture, Ginebra, 1988, pp. 125-136.

cas respecto a los balbucientes proyectos de unión federal de Europa, a los que califica de antisoviéticos y utópicos en exceso¹¹. De 1945 a 1948 se observa un proceso de radicalización en los postulados de *Esprit*. Se produce un acercamiento dialogante al marxismo y al represtigiado PCF (entendido como una exigencia de compromiso con los desheredados, con la clase obrera), la reconsideración positiva de la función intervencionista del Estado y el correlativo rechazo de la incipiente construcción europea sobre el fundamento de una alianza estratégica con los EE.UU.¹². Con todo ello, y sobre la base de una precedente «Llamada a la opinión internacional a favor de la paz» realizada en 1947 por obra de la *intelligentsia* de izquierdas francesa no comunista (A. Camus, S. de Beauvoir, J.-P. Sartre, Mounier...), Paul Fraisse y otros destacados colaboradores de *Esprit* se implicarán en la fundación en 1948 de un efímero partido político, el RDR (*Rassemblement Démocratique Révolutionnaire*), defensor en clave interna francesa de una tercera vía de la neutralidad y de la paz entre los dos bloques, fundamentada en dos notas irrenunciables. Primero, ni comunismo ni socialdemocracia liberal, sino erección de unas auténticas democracias populares y socialistas en Europa. Y, segundo, la descolonización urgente y sin dilaciones¹³.

En síntesis, y ante tales posicionamientos, no nos parece osado aventurar dos conclusiones. En primer lugar, la ausencia de reflexión en *Esprit* sobre el sistema de relaciones internacionales de la posguerra, lo cual condiciona las conflictivas relaciones con los federalistas europeos y, asimismo, su ceguera hacia la URSS, a pesar de la condena fehaciente del estalinismo y la desvinculación respecto al PCF a partir de 1949-1950¹⁴. En segundo lugar, la reflexión sobre las élites y la necesaria regeneración nacional del período de posguerra conduce a una deriva, cada vez más sentida, hacia la reivindicación del marco estado-nacional como espacio de referencia política incuestionable. Actitud propia no sólo de políticas nacionalistas de derecha como pudiera ser el gaullismo, sino también, en general, de la izquierda de Europa occidental de posguerra por razones diversas (táctica de independencia nacional contra los EE.UU. propugnada por los comunistas, antiamericanismo generalizado e identificación del europeísmo

¹¹ *Ibid.*, pp. 125-126.

¹² Vid. LINDENBERG, D., «Mounier i Europa», en *Emmanuel Mounier i el personalisme*, Cruïlla, Barcelona, 2002, pp. 99-119. En este sentido es clarificadora la siguiente afirmación mounieriana: «El federalismo como utopía directriz es ciertamente una expresión del personalismo, pero una utopía directriz, ya se trate de pacifismo o de federalismo, no se debe transformar jamás en utopía actual y ocultarse el sentido que le hacen tomar las circunstancias, a veces contra su espíritu»; MOUNIER, E., *El Personalismo* (1949), en *Obras Completas, tomo III (1944-1950)*, Sígueme, Salamanca, 1990, pp. 540-541.

¹³ BEA, E. y COLOMER, A., *art. cit.*, p. 24. Véase también LOTTMAN, H., *La Rive Gauche. La élite intelectual y política en Francia entre 1935 y 1950*, Tusquets, Barcelona, 1994, pp. 410-417.

¹⁴ GRÉMION, P., *art. cit.*, pp. 132-133.

con la política atlantista norteamericana o intervencionismo estatal en la economía y vertebración del Estado del bienestar impulsados en parte por los socialdemócratas, escépticos al principio en algunos países a la hora de apoyar el proyecto europeísta).

Estos trazos, que denotan un retraimiento de las inquietudes de *Esprit* hacia la realidad más intrínsecamente francesa, se verán intensificados a causa de las tensiones ligadas a los sucesivos procesos de descolonización en Indochina y, sobre todo, en Argelia, en los años cincuenta y sesenta. Así como por la labor de director ejercida por J.-M.^a Domenach, intelectual influido por el nacionalista francés Maurice Barrès, como él mismo reconocía, y que, en una época de aceleración de la construcción europea, soslayó la presencia de la cuestión en las páginas de la revista hasta bien entrado el decenio de 1970¹⁵.

Por lo que se refiere a la corriente federalista que habíamos dejado de momento al margen, cuya acción multiforme emprendida a través de partidos políticos y toda clase de movimientos cívicos primará durante la primera posguerra sobre la reflexión teórica, el planteamiento de la situación internacional es diametralmente opuesto al de los progresistas. Según Rougemont, los dos bloques nacientes, poseedores de las fuerzas económicas, militares y científicas, no son en ningún caso deseables. Ni el individualismo feroz del *american way of life* liberal, ni el colectivismo estatalista y, por tanto, totalitario, de los soviéticos. Cabe, pues, reinventar el carácter intrínseco del hombre europeo, recuperar la idea de equilibrio humano, como si del Ave Fénix se tratase, hay que rehacer Europa desde sus cenizas, aferrándose a lo que le queda, la cultura. Una actitud filosófica, espiritual y humana portadora de unas estructuras políticas e institucionales a la medida del hombre: el federalismo. Es así cómo, en su opinión, la verdadera tercera vía debe materializarse en Europa a modo de *alternativa de las libertades organizadas*¹⁶.

Tal postura llevaba aparejada la fidelidad a la fuente proudhoniana, la actitud anticomunista de rechazo del estatismo totalitario del régimen estalinista y el compromiso sin cuartel a favor del europeísmo, aunque fuera mediante una obligada alianza provisional con los intereses norteamericanos. De esta forma, la común concepción democrática, socialista y, en suma, federalista que había animado *Esprit* y *Ordre Nouveau* en los años treinta, dentro de un amplio abanico de matices, era interpretada, pues, de manera diferente, a la luz de las circunstancias históricas, por sus protagonistas¹⁷.

¹⁵ Vid. AA.VV., *Esprit. Une revue dans l'histoire 1932-2002*, Esprit, París, 2002.

¹⁶ Vid. ROUGEMONT, D. de, *L'Europe en jeu* (1948), en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont. Écrits sur l'Europe*, t. III, vol. I, Éditions de la Différence, París, 1994, pp. 13-70. Para un somero resumen del debate interpersonalista de la posguerra véase: LINDENBERG, D., *op. cit.*, pp. 6-9.

¹⁷ No faltan, además, a modo de expresión de esta comunión básica de ideas europeístas de inspiración federal ínsitas en los distintos personalismos, figuras fuertemente comprometidas en los equipos dirigentes de los partidos de posguerra.

Rougemont entregaría sus últimos artículos a *Esprit* en el otoño de 1946, a la vez que iniciará, junto con el resto de federalistas, su compromiso con la denominada «campana de los congresos» (Montreux 1947, La Haya 1948, Lausana 1949...) que fructificará en la creación de las primeras instituciones europeas: la OECE, futura OCDE, en 1948, para gestionar las ayudas estadounidenses del Plan Marshall; el Consejo de Europa en 1949, la CECA en 1951, la disminuida Unión Europea Occidental (UEO) en 1954 como transformación del proyecto inicial de una Comunidad Europea de Defensa (CED) de naturaleza supranacional, y finalmente la CEE y el EURATOM en 1957.

Mientras tanto, con la aparición en *Esprit* del dossier «Las dos caras del federalismo europeo», en el número de noviembre de 1948, llegan los momentos más álgidos de la disputa. Desde la redacción encabezada por Mounier, amparándose en un pretendido federalismo «enraizado profundamente» y vigilante en atención a las fuerzas imperialistas, se acusa al federalismo comprometido en el proceso de integración europea de ser «una pasta muy mezclada de olores sospechosos»¹⁸, de no tener más cimiento común que el anticomunismo y de estar coaligados y dominados por la derecha, representada por la corriente unionista de los W. Churchill y E. Herriot, heraldos de una Europa asociativa de los Estados no federalista.

H. Brugmans, presidente de la Unión Europea de Federalistas (UEF), ejerció el derecho de réplica, meses después, en el número de junio de 1949 de la misma publicación. Para el personalista holandés, curtido en los campos de concentración nazis, el balance del susodicho dossier es simple y llanamente nulo. Nulo porque apela a un «puritanismo» injustificable. De esta manera lejos de resguardarse bajo un cúmulo de principios teóricos, responde con la enumeración de una serie de cuatro retos concretos afrontados por el compromiso en la acción de los federalistas, a saber: 1) ¿Cómo se puede reintegrar la Europa oriental al proyecto europeísta sin recurrir a la guerra? 2) ¿Cómo puede Europa occidental aliarse militarmente con los EE.UU. (porque ella no puede hacer otra cosa sino es desarmarse) sin hacer el juego a un militarismo agresivo? 3) ¿Cómo se puede liberar

Étienne Borne y André Philip (antiguos colaboradores habituales de *Esprit*) por lo que se refiere al MRP francés y a la SFIO respectivamente, o el laborista holandés H. Brugmans, ya aludido, ejemplifican bien la pluralidad de vínculos surgidos en el seno de un común horizonte personalista. Aunque no cabe tampoco olvidar que, estrechamente ligado al arranque del proceso de integración europea, las reflexiones sobre Derechos Humanos y organización institucional del Estado de autores como J. Maritain y G. La Pira, nutrieron, asimismo, la elaboración de las nuevas constituciones nacionales promulgadas como antídoto antitotalitario y base de las nacientes democracias; caso paradigmático y bien conocido son la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Vid. AA.VV., *L'apporto del personalismo alla costruzione dell'Europa* (dr. R. Papini), Editrice Massimo, Milán, 1981.

¹⁸ El texto original dice «cette pâte très mêlée d'odeurs suspectes où se lève aujourd'hui ce qu'on appelle le fédéralisme européen», en «Les deux visages du fédéralisme européen», *Esprit*, noviembre 1948.

la economía europea del nacionalismo autárquico sin olvidar la planificación estatal? 4) Y, finalmente, ¿cómo se puede preparar la reconquista de la independencia europea definitivamente perdida sobre el plano nacional?

En todo caso, a pesar de esas lacerantes diatribas, la controversia más sangrante no aconteció hasta el bienio 1952-1954, cuando después de la firma del Tratado que instituía la CED, el proyecto quedó frustrado por la negativa de la Asamblea Nacional francesa a ratificarlo el 30 de agosto de 1954; en parte gracias a una enérgica campaña mediática orquestada por un dispar conglomerado formado por gaullistas, comunistas y una porción considerable de la izquierda democrática gala, *Esprit* incluida. Este hecho hizo clamar con gran dureza a D. de Rougemont: «No es más que *Esprit*, revista francesa, antaño “internacional”. [...] *Esprit* fue en otro tiempo la revista del personalismo. Desde hace algunos años, sus numerosos redactores han intentado agruparse con la línea comunista. Si ellos no han llegado nunca a encontrarla, es porque la buscaban hacia la izquierda. Hoy, su política se precisa. [...] Aún un poco más de perseverancia, ellos van a hallar lo que perseguían desde el principio: *estaba a la derecha*. (Y incluso un poco más lejos)»¹⁹.

Este estado de cosas sólo cambiará a partir de los acontecimientos de Mayo del 68 y la transformación del clima político internacional con la distensión de la Guerra Fría consagrada por los Acuerdos de Helsinki (1975), creadores de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE). Es entonces cuando se asientan las bases de una nueva etapa de diálogo y acercamiento entre las distintas escuelas de pensamiento personalista. La razón fundamental es bien clara: *Esprit*, aún dirigida por Domenach, muda el viejo soplo de la Resistencia por los nuevos aires de demanda de libertad inspirados por las revueltas estudiantiles; así, abandona la búsqueda de una conciliación humanista entre marxismo y gaullismo, experimenta un viraje gradual hacia el liberalismo político, sin renunciar a dotar de mayores cuotas de participación democrática a la sociedad civil, retorna a las fuentes primigenias del personalismo y se suma a la crítica antitotalitaria de los crecientes ex progresistas filosoviéticos, aterrorizados súbitamente por el histórico libro de Solzhenitsyn, *El Archipiélago Gulag*.

Este renovado rumbo se consolidará durante los años en los que Paul Thibaud permanecerá como director de 1977 a 1988. Tiempo en

¹⁹ «Ce n'est qu'*Esprit*, revue française, autrefois “internationale”. [...] *Esprit* fut jadis la revue du personalisme. Depuis quelques années, ses nombreux rédacteurs ont tenté de rejoindre la ligne communiste. S'ils ne sont jamais arrivés à la trouver, c'est qu'ils la cherchaient vers la gauche. Aujourd'hui, leur politique se précise. [...] Encore un peu de persévérance, ils vont trouver ce qu'ils cherchaient depuis le début: *c'était à droite* (Et même un peu plus loin)»; DE ROUGEMONT, D., «De gauche à droite», *Preuves*, núm. 49, marzo 1955, en *Oeuvres complètes de Denis de Rougemont...*, op. cit., t. III, vol. I, pp. 239-240.

que, junto a la adopción de una sana y constante autocrítica respecto a las propias ideas personalistas y la profundización multidimensional de la reflexión sobre la democracia y la sociedad de consumo, la revista redescubrirá definitivamente el anhelo de integración europea como mística y, sin duda, como política, por obra, en cierta medida, del medio personalista que trabaja en el entorno de la redacción (asociaciones cívicas, sindicatos, clubs de pensamiento, destacados políticos en ejercicio como Jacques Delors... entre algunos de los cuales ya fluye el europeísmo desde mediados de los años sesenta)²⁰.

Será aquí donde los esfuerzos renovadores de *Esprit* confluirán con una considerable labor ya cumplida por los integrantes del federalismo global. Éstos, además de la nada menospreciable influencia en la gestación de las diversas instituciones europeas actuales y su compromiso antitotalitario desde foros como el Congreso para la Libertad de la Cultura (1950-1978), continuaron el quehacer de investigación intelectual desde dos frentes. En primer lugar, de forma personal con el ejercicio de una crítica incansable y la formulación de propuestas; tales como «la Europa de las regiones»²¹ desde finales de los cincuenta, la reforma de la democracia liberal a través de mecanismos de participación social más directa, la revalorización del discurso económico cooperativista o mutualista intrínseco al llamado Tercer Sector, la apertura a la sensibilidad ecologista desde antes de la crisis del petróleo de 1973 o la anticipación de un necesario diálogo entre culturas a nivel mundial desde el respeto al mínimo común denominador ético constituido por los Derechos Humanos, más de 25 años antes que S. Huntington hablara de un choque

²⁰ AA.VV., *Esprit. Une revue dans...*, op. cit., pp. 47-60. No son fútiles las palabras de Daniel Lindenberg cuando sentencia: «Les reserves d'Emmanuel Mounier davant la idea europea i les temptatives concretes de realitzar-la han sobreviscut a *Esprit* durant un període bastant llarg; de fet, tant de temps com han sobreviscut l'antinord-americanisme i una certa complaença respecte al socialisme real». Pero, a pesar de todo, como señala el mismo autor, existe una rutilante paradoja, y es que, «malgrat que va ser refractari tota la seua vida a la idea d'una Europa política i va privilegiar des del punt de vista espiritual la "Persona-França" [...] i la Ciutat Universal [...], Emmanuel Monier va engendrar i educar diverses generacions d'europeus convençuts»; LINDENBERG, D., op. cit., pp. 99 y 116.

²¹ «Europa de las naciones» en la versión más étnico-política de Guy Héraud, desarrollada a partir del regionalismo predicado por A. Marc y D. de Rougemont a guisa de complemento de los procesos de integración europea. Se trata, en el caso de los tres autores citados, de un modelo regido por los principios de autonomía, solidaridad-cooperación, participación y subsidiariedad, apto para superar la crisis de soberanía de los Estados-nación tradicionales, anclados en un único nivel centralizado de gobierno inoperante en muchos aspectos competenciales. Esta filosofía política se plasma en la defensa tanto de una supranacionalidad continental e incluso mundial, como en descentralización política y administrativa a favor de entidades regionales y locales. En cuanto a la lectura más etnicista realizada por el Prof. Héraud, en su ya clásico *L'Europe des ethnies* (Presses d'Europe, Niza, 1963), siempre desde una óptica personalista y, por tanto, respetuosa con las libertades individuales, hay quien asegura que sigue siendo «la Vulgata de los nacionalistas sin Estado»; AA.VV. (dr. Jesús María Osés), *10 palabras clave sobre el nacionalismo*, Verbo Divino, Estella, 2001, p. 43.

próximo de civilizaciones en la década de los noventa ²². En segundo lugar, otro segundo frente, no menos desdeñable, reside en la fundación de multitud de centros de formación propagadores de valores europeístas y generadores de abundantes discípulos en el mundo académico, cívico y político. Por ejemplo, el Colegio de Europa de Brujas de la mano de H. Brugmans, el Centro Internacional de Formación Europea (CIFE) de Niza por obra de A. Marc o el Instituto Universitario de Estudios Europeos de Ginebra (rebautizado en 1992 con el nombre de Instituto Europeo de la Universidad de Ginebra) mediante la intervención de D. de Rougemont, por citar tan sólo algunos de los aún existentes en la actualidad.

En consecuencia, en camino hacia el alba del hundimiento del ignominioso muro de Berlín en 1989, esta búsqueda de una deseada reunificación europea (que deja pendientes cuestiones delicadas como la de Rusia y la del Islam europeo), junto con el acompañamiento de las dinámicas de emancipación en curso dentro de los diversos países del bloque comunista, constituirán los dos vectores que reunirán de nuevo a todas las familias personalistas hasta entonces dispersas ²³.

²² Para una visión de conjunto de la obra de los principales pensadores personalistas ubicados dentro del espectro del llamado federalismo integral o global, así calificado por el alcance de doctrina social de aplicación general que en él adopta el federalismo a causa del profundo influjo de Proudhon, véase: ROEMHELD, L., *Integral Federalism. Model for Europe, a way towards a personal group society. Historical development, Philosophy, State, Economy, Society*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1990; o también IZARD, P., *Personnalisme et fédéralisme à travers l'oeuvre des fondateurs de la revue Ordre Nouveau*, tesis doctoral, Universidad de Toulouse, 1986, 2 vol. [mecanografiada].

²³ Vid. AA.VV., *Esprit. Une revue dans...*, op. cit., p. 58; y también LINDENBERG, D., op. cit., pp. 116 y 119. Valgan a título de ejemplo los esfuerzos empleados a favor de la reintegración de España y Portugal en la Europa democrática después de la caída de los regímenes franquista y salazarista, así como también el apoyo a los disidentes chinos y del Este europeo: sostén a la «Carta 77» en Checoslovaquia encabezada por el filósofo Jan Patocka, los vínculos mantenidos entre *Esprit* y los personalistas polacos de la revista *Wież* y de la organización de intelectuales KOR, que ayudaron a posibilitar el ascenso del sindicato *Solidarnosc*...

Dignidad, universalidad y derechos humanos

Por JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS
Universidad de Cádiz

SUMARIO: El artículo es una aproximación al problema de la universalidad de los derechos humanos, reclamada por las culturas occidentales y rechazada por las demás culturas. Desde una posición basada exclusivamente en el diálogo intercultural y en la autonomía moral se puede alcanzar la universalidad externa, reducida a los derechos humanos más importantes, pero dejando a disposición de cada Estado o región geográfica el reconocimiento y protección de los demás derechos. Desde un reconocimiento de la dignidad de la persona con fundamento ontológico es posible reivindicar la universalidad intrínseca de todos los derechos humanos para todos los seres humanos, aunque quepa una modulación en atención a las circunstancias históricas de cada lugar.

Una de las cuestiones más debatidas en nuestros días es si se debe o no reconocer a todo ser humano unos derechos –considerados indispensables– para su pleno desarrollo como persona. Para la cultura occidental es algo que, por lo general, resulta evidente. Sin embargo, esta apreciación no es aceptada como tal en los ámbitos geográficos en los que prevalecen otras tradiciones culturales¹. Esta es la razón por la que nos planteamos una y otra vez si ciertamente los derechos humanos son universales, es decir, si en este momento que estamos

¹ Las razones más extendidas quedan recogidas, por ejemplo, en los trabajos de Susan George, Noam Chomsky y Vandana Shiva publicados en Gibney, M. J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2003. El propio Gibney resume las causas aducidas en torno a tres ideas: «un neoliberalismo de alcance mundial, una manifestación de la hegemonía económica y política de Estados Unidos y una prolongación del colonialismo occidental», lo que conllevaría la exigencia universal de unos derechos humanos propios de la mentalidad occidental (p. 14).

viviendo hay que eliminar toda diferencia y discriminación en la titularidad y ejercicio de los derechos humanos por razones de edad, pensamiento, raza, sexo, nacimiento, religión..., e incluso, nacionalidad, y cuál es el fundamento de ello. Una segunda cuestión, inseparable de la anterior, es si se debe negar a los titulares de los derechos una disposición sobre el ejercicio de éstos que –con una excusa cultural– conlleve un ataque contra su propia dignidad.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* pretendió –como indica su propia denominación– ser *universal*, reconociendo en su preámbulo y en su artículo primero que los derechos que *declara* son *inherentes* a todos los hombres². La *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* de 1993, más conocida como Declaración de Viena, en cuyas discusiones se había llegado a poner en tela de juicio la universalidad de los derechos, terminó recogiendo de nuevo las ideas universalistas. Si en su preámbulo reconocía y afirmaba «que todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana», en su párrafo primero podemos leer que «los derechos humanos y las libertades fundamentales son *patrimonio innato de todos los seres humanos*; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos»³. Para no dejar margen a conjeturas sobre la idea de que existe una dignidad que corresponde a todas las personas por igual –desde el primer momento de su existencia hasta el final–, volvía a realizar otra mención expresa al referirse a las poblaciones indígenas –a las que todavía hoy cuesta reconocerles tal dignidad– declarando en el párrafo 20 que «la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la *dignidad intrínseca* y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad». Si hay una misma dignidad para todos, debe haber unos mismos derechos para todos. Aunque ciertamente las diferencias culturales y las circunstancias territoriales puedan modularlos en alguna medida, jamás quedarían sometidos a decisiones arbitrarias⁴.

También R. Spaemann se manifestó rotundamente en favor de la universalidad al poner de relieve, apoyándose para ello en nuestra *dignidad*, que no cabía una diferenciación entre unos seres humanos y

² Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., «Introducción» al volumen IV de *Juristas Universales* (Domingo, R., ed.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 63-67, y «La universalidad de los derechos humanos», en AA.VV., *Diccionario crítico de los derechos humanos*. Univ. Internacional de la Rábida, Huelva, 2000, pp. 34-39. En estos trabajos ofrece argumentos frente a las diversas críticas que se han venido realizando a la universalidad de los derechos humanos en los últimos años. Cfr. también APARISI, A., «Manipulación genética, dignidad y derechos humanos», en *Persona y Derecho*, 41, 1999**, en especial pp. 287-293 y 306-318.

³ Para una visión reciente de las disensiones en torno a estas ideas, vid. DÍAZ DE TERÁN, M.^a C., *Derecho y nueva eugenesia*, Eunsa, Pamplona, 2005, en especial pp. 251-263, en las que hace especial referencia a la universalidad de los derechos.

⁴ Vid. un buen estudio en VELARDE, C., *Universalismo de los derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

otros: «la inviolabilidad de la persona depende de que a ningún hombre le corresponda juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que se fundamentan en el carácter de persona de todo ser humano y que deben reconocerse a todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural»⁵. Todo ser humano, desde su comienzo existencial hasta su muerte natural, es titular idóneo de unos derechos –llamados naturales o humanos– sobre los que nadie puede arrogarse el privilegio de determinar su supresión, ni siquiera en sí mismo⁶.

1. LOS DIFERENTES SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO «DIGNIDAD»

A lo largo de la historia el término dignidad ha tenido diversas acepciones, algunas de ellas ya superadas porque nada tienen que ver con la mentalidad contemporánea. Una de ellas es la que podemos encontrar en los escritos griegos y romanos –admitida también durante la Edad Media–, que guardaba relación con una magistratura o cargo (*dignidad*) ejercido por una persona. Esa posición social o cargo *no añadía algo esencial a la persona* que lo ostentaba, ni la hacía ser más o mejor persona, sino tan sólo le confería un estatus que exigía de los demás un mayor respeto. Esta dignidad dependía exclusivamente del cargo, por lo que las relaciones sociales o jurídicas dejarían de estar afectadas por tales exigencias una vez abandonado. Hoy se sigue utilizando con este sentido, aunque de forma muy residual. Las acep-

⁵ SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989, p. 50. Cada «yo» es un sujeto por sí mismo, no porque un «nosotros» le haya otorgado tal condición. Si quisiéramos excluir de la consideración de persona, por ejemplo, a aquellos seres humanos que no tienen desarrollada su racionalidad –porque la hayan perdido o no la hayan llegado a alcanzar–, o aquellos que son demasiado gravosos para la sociedad (jubilados), o aquellos que son un «estorbo social» (enfermos, ancianos), o a los que pertenecen a determinada raza, etc., tendríamos que hacerlo mediante convenciones y a partir de este momento los que tuvieran más fuerza impondrían el criterio válido para juzgar quién debe poseer derechos y quién no.

⁶ Afirma GONZÁLEZ, A. M., que «no cabe comprobación empírica o experimental de la condición personal, ni tampoco de la dignidad humana: como consecuencia, nadie puede arrogarse el derecho de definir quién, entre los hombres, es persona y quién no lo es. Tal cosa supondría una forma como otra cualquiera de tiranía, una forma más de dominio del hombre por el hombre. Con ello asestaríamos un golpe mortal a la misma idea de derechos humanos, que sólo tienen sentido si se reconocen a todo ser biológicamente humano, por el solo hecho de ser humano, y no si son conseridos en atención a ciertas propiedades más o menos esenciales». «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica», en J. Ballesteros, y A. Aparisi, (eds.), *Bioteología, dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004, pp. 32-33.

ciones que más nos interesan son aquellas que hacen referencia al modo de ser –o cualidad– y al modo de comportarse –capacidad activa– de la persona, facetas distintas en el ser humano, pero indisolublemente unidas como garantía de su pleno desarrollo.

En primer lugar –y con mayor propiedad– el término *dignidad* indica la propia constitución interna del ser humano, una cualidad exclusiva del hombre, que muestra una superioridad en su modo de ser con independencia del comportamiento. Determina el valor en sí que tiene la persona⁷. En este sentido afirmaba Millán Puelles que «la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta»⁸, e independiente también de los cargos ocupados en la sociedad. Es difícil expresar todo su significado, pero podríamos decir que esta manifestación sería como el sustrato de la dignidad o la capacidad pasiva de ser, el peculiar modo de ser en sí mismo considerado de la persona. El ser humano *es* de tal modo que el no aceptarlo tal como *es* supone ya de por sí una falta de respeto hacia su dignidad.

Esta dignidad no expresa superioridad en el *ser* de un hombre sobre otro, sino de todo hombre sobre el resto de seres: la persona es especialmente valiosa en sí misma. Por ello afirma J. Hervada que esta dignidad implica o significa una excelencia o eminencia en el ser, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en *otro orden del ser*. El hombre no es sólo un animal de la especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona⁹. Esta cualidad hace que cada persona tenga valor por sí misma –nadie puede decidir, por ejemplo, si debe vivir o no–, y constituye el fundamento de determinadas exigencias jurídicas naturales cuya garantía resulta imprescindible para lograr un desarrollo íntegro de la persona de acuerdo con su modo natural de ser. Tales exigencias son conocidas hoy día como derechos humanos, unos derechos humanos –en este caso– inalienables.

En otras palabras, es en ese modo de ser donde se asienta y se contiene toda la información necesaria para su posterior desarrollo como

⁷ «La palabra *dignidad* significa la superioridad o la importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que éste se comporte. Y así, cuando se habla en general de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan sólo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional». MILLÁN PUELLES, A., *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1962, p. 16.

⁸ *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, p. 98. En este sentido expone GONZÁLEZ PÉREZ, J., que «cualquiera que fuese su conducta conserva su dignidad. Como la conserva aunque se suma en el vicio, cometa los actos más indecorosos o delinca, fuera internado en un establecimiento penitenciario o psiquiátrico, esté o no en la plenitud de sus facultades mentales». *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 95.

⁹ Cfr. HERVADA, J., «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», en *Humana Iura*, 1, 1991, pp. 361-362.

persona: cuáles son sus fines naturales, cómo descubrirlos, con qué derechos cuenta para alcanzarlos, qué deberes y exigencias debe respetar al mismo tiempo, etc. Esta información –sencillamente natural– es la que permite concluir algunas exigencias de respeto hacia todo ser humano¹⁰. Esta dignidad no es sólo algo estático –una simple cualidad pasiva–, sino que implica al mismo tiempo una *capacidad activa de ser*; es decir, implica dinamismo en el modo de ser y hace posible que cada ser humano se realice como tal, se desarrolle con sus peculiaridades y se diferencie de los demás. Es decir, la dignidad conlleva una capacidad de actuar –y, por lo tanto, otros derechos humanos– que nos permite ser nosotros mismos, distintos de los demás sin que ello suponga ser más o menos que el resto de las personas. En definitiva, es la que hace posible que lleguemos a ser quien deseamos ser, a realizar nuestra propia biografía viva.

Esta capacidad activa conlleva una exigencia de un comportarnos dignamente, por un lado, y de poder actuar libremente, por otro. Lo primero supone que cuando el hombre actúa con rectitud podemos decir que son acciones dignas y que quien las realiza es una persona con dignidad. Del mismo modo, podemos hablar de una persona indigna cuando ésta no obra con tal rectitud¹¹. A esto se refiere R. Spaemann al expresar que «cuando entendemos la dignidad como una cualidad personal nos referimos en primer lugar a algo visible, a un modo de comportamiento tal que es vivido como expresión inmediata de una constitución interna»¹². Este sentido nos permitiría, por ejemplo, hablar de la indignidad de un asesino y de la dignidad con que ha afrontado tal situación la persona asesinada. Con este sentido se hace referencia a la *manifestación externa* de lo que la persona puede llevar en su interior, de su *constitución más íntima*: no significa que una persona sea más o menos persona en sentido estricto, pero sí nos permite juzgar si una persona se acerca o se separa de lo que corresponde a su naturaleza por las acciones que lleva a cabo. Este sentido tiene una gran acogida en el Derecho civil, puesto que en esta rama jurídica la dignidad y la conducta están en el rótulo mismo de la materia: «Civi-

¹⁰ De modo distinto, como veremos, opinan quienes defienden la autonomía moral y el acuerdo como vía apropiada para dar contenido a lo que es propio del ser humano. Cfr., por ejemplo, HABERMAS, J., «Biologie kennt keine Moral. Nicht die Natur verbietet das Klonen. Wir müssen selbst entscheiden», en *Die Zeit*, 9, 1998, p. 34.

¹¹ «La mayoría de las veces expresamos con ella [con la expresión *dignidad*] un sentimiento que lleva a comportarse rectamente, es decir, a obrar con seriedad y pundonor. En este sentido, la dignidad es algo que no se puede, en principio, atribuir a todas las personas, sino únicamente a las que en la práctica proceden de una manera práctica y decorosa». MILLÁN PUELLES, A., *Persona humana y justicia social*, cit., p. 16.

¹² «Sobre el concepto de dignidad humana», en *Persona y Derecho*, 19, 1988, p. 16. Cito por la traducción de D. INNERARITY de su «Über den Begriff der Menschenwürde», en *Das Natürliche und das Vernünftige. Aufsätze Anthropologie*, Piper, München, 1987, pp. 77-106.

liter denota comportamiento, buena conducta, conducta digna»¹³. Ahora bien, el que las acciones sean la *expresión inmediata* de la *constitución interna* de la persona no debe hacernos pensar que las acciones indignas tienen su origen en una constitución interna corrompida –que haya cambiado el modo de ser–, sino en la naturaleza defectuosa de la persona, cuyas deficiencias pueden llevarnos a razonar o querer incorrectamente y, como consecuencia, a una actuación indigna. Es decir, las acciones indignas no son *necesarias*, sino que son consecuencia de un error de la razón, o bien voluntarias –malintencionadas–, o meramente instintivas en el caso de que no haya intervenido la razón para moderarlas.

En segundo lugar, la capacidad activa de ser implica necesariamente el reconocimiento de la libertad para conducir el propio desarrollo como persona, capacidad cuyas manifestaciones externas se reflejarán en la libertad para *descansar-en-sí-mismo* y para *poder-retirarse-a-sí-mismo*. Lo primero supone la posibilidad de independencia interior, es decir, el dominio sobre nuestra persona y sobre lo que nos es necesario –derechos y bienes– para realizar nuestros propios proyectos humanos sin coacciones externas¹⁴. Lo segundo significa el poder hacerse cargo de las relaciones de finalidad en las que participa el hombre en su vida cotidiana y la capacidad de desconsiderarse a sí mismo porque así lo exija una relación determinada¹⁵. Ello es consecuencia de que el hombre, como ser racional y libre, conoce los bienes no sólo en cuanto apetecibles, sino también en cuanto a su verdad y moralidad. Su conocimiento moral no constituye una actividad ajena y sobreañadida al ejercicio de la libertad, sino que pertenece al modo de conocer propio de la criatura racional y libre. A diferencia de los seres no-humanos, cuyos sentidos perciben el bien exclusivamente

¹³ RICO-PÉREZ, F., «Protección civil de la dignidad personal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 265, 1985, p. 847. Recoge ejemplos concretos del Código Civil: la conducta injuriosa o vejatoria para la dignidad de uno de los cónyuges como causa de separación, la conducta indigna como causa de incapacidad en la tutela, etc.

¹⁴ De ningún modo se puede entender como coacción externa los condicionantes naturales y propios de la vida real, que tienen que ser asumidos por cada persona a la hora de elaborar sus proyectos. La coacción debe ser entendida como la falta de libertad o la carencia de los medios necesarios para una vida digna. Vid. CARPINTERO, F., «Libertad y Derecho», en *Persona y Derecho*, 30, 1994*, pp. 41-111.

¹⁵ «Los seres no-humanos no son capaces de hacerse cargo como algo propio de aquellas relaciones de finalidad en las cuales están externamente involucrados. Estos seres permanecen inevitablemente en el centro de su propio ser y refieren todo lo demás a ese centro, a sí mismos o, en todo caso, a su especie. Pero los demás también hacen lo mismo: todos son reducidos por los demás a elementos para la afirmación del propio ser... El hombre es aquel ser que puede desconsiderarse a sí mismo y relativizarse... Dicho de otra manera: puede presentar sus propios intereses en un discurso de justificación cuyo resultado esté abierto, porque puede en principio reconocer como igualmente dignos de consideración los intereses de todos los demás, según su rango y peso... Puede ponerse a sí mismo en servicio de algo distinto de sí, hasta el sacrificio de sí mismo». SPAEMANN, R., *Sobre el concepto de dignidad humana*, cit., p. 22.

como término de su apetito sensible –lo que no implica que no sientan–, el hombre lo capta además en su naturaleza, es decir, como un bien concreto y limitado que le moverá por la relación que guarde con el bien absoluto o felicidad¹⁶.

Mientras que al conocimiento intelectual propio del hombre le puede seguir un movimiento libre de la voluntad, al conocimiento de los animales le sigue únicamente un movimiento instintivo del apetito sensible que le impide ese poder-retirarse-a-sí-mismo. Es decir, el hombre, al conocer los bienes en su valor y en proporción al fin, puede desconsiderarse a sí mismo en favor de los demás, pero no los animales. Es absurdo reivindicar, por tanto, una equiparación entre el ser humano y los animales más desarrollados reclamando un trato idéntico para éstos, como se hace hoy día por parte de algunos sectores. Algunos han llegado a defender que una hipotética exclusión de los discapacitados mentales de nuestra sociedad haría recomendable pensar en una *sociedad abierta* en la que tuvieran cabida tanto estos discapacitados como los primates más desarrollados, que quedarían equiparados¹⁷. Pero este argumento esconde la diferencia esencial entre unos seres y otros. Sólo un error, un defecto, en la constitución de determinados seres humanos conlleva su discapacidad mental, algo que se produce excepcionalmente y que –para comprobarlo– basta con atender a las estadísticas. Sin embargo, esos animales más desarrollados, incluso habiéndoles dedicados muchísimas horas para su educación y estimulación, jamás podrán hacerse cargo de la libertad que se reclama para ellos –con todo lo que supone la libertad– y mucho menos de ser consciente de la responsabilidad de sus acciones. No quiere decir esto que no se deba proteger su vida o protegerles contra las torturas, pero no a costa de manipular la realidad. A este respecto son muy significativas las palabras del biólogo R. Jordana, quien, tras hacer una enumeración de las asociaciones proteccionistas de la naturaleza más destacadas en todo el mundo, termina afirmando

¹⁶ Sobre la relación entre libertad, persona y derecho –como *ius, facultas* y como *qualitas*– a lo largo del pensamiento jurídico, *vid.* los estudios publicados en AA.VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004, por CARPINTERO, F.; RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., y DE MORA, E. V.

¹⁷ «Los conocimientos que hoy tenemos sobre los seres humanos con discapacidad mental profunda y sobre los primates no humanos nos ofrecen razones poderosas para revisar la interpretación que tradicionalmente se hace de la idea de igualdad. Ha llegado la hora de que consideremos que la comunidad de los iguales ya no es una sociedad cerrada, sino una sociedad abierta. La admisión en ella de los primates no humanos y la garantía de determinados derechos fundamentales en favor de todos los miembros de esa comunidad, incluidos los seres humanos con discapacidad mental profunda, sería un primer e importante paso en tal dirección. Entre estos derechos debe contarse el derecho a la vida, la protección de la libertad individual y la prohibición de la tortura». ANSTÖTZ, Ch., «Una comparación entre los seres humanos con discapacidad intelectual profunda y los grandes simios», en P. Cavalieri, y P. Singer, (eds.), *El proyecto «Gran Simio». La igualdad más allá de la humanidad*, Trotta, Madrid, 1998, p. 217.

que «existen en el mundo muchas otras sociedades –casi 8.000, de una cierta entidad– relacionadas con la protección de la naturaleza. Muchas de ellas tienen, en estos momentos, bastante fuerza en los foros internacionales, y –en líneas generales– la visión del hombre que transmiten es de un ecocentrismo biologista muy relacionado con la Ecología profunda (*deep ecology*): el hombre es un enemigo de la Naturaleza. Muchos de ellos establecen un derecho de la Naturaleza a existir sin el hombre. Éste sería un simple espectador, un turista al que hay que reducir al mínimo, para que no la estropee. Se olvidan de que el hombre es parte integrante de esa misma Naturaleza, y la más importante. Sin él, la Naturaleza sencillamente no se entiende»¹⁸.

2. LA FUNDAMENTACIÓN ONTOLÓGICA DE LA DIGNIDAD

Apelar a una fundamentación ontológica de la dignidad implica el reconocimiento de que todo ser humano posee un mínimo intangible de dignidad por el simple hecho de ser, de existir. Esta idea tuvo que irse abriendo paso a lo largo de la historia no sin cierta dificultad, correspondiendo el mayor protagonismo al pensamiento estoico en un principio y después al pensamiento cristiano. Como pone de manifiesto Spaemann, «es una idea relativamente tardía la de que el hombre como tal y por antonomasia tiene una dignidad que debe ser respetada y que no depende de determinadas funciones. Es una idea que surge con el estoicismo y con el cristianismo»¹⁹, y por esta razón apunta que la «dignidad significa algo sagrado. En última instancia, se trata de una idea metafísico religiosa»²⁰. Con la Modernidad, comenzó a imponerse definitivamente la concepción de la persona como un ser valioso en sí mismo, quedando recogida la igual dignidad de todas las personas en los textos positivos del siglo XVIII, pero no constituía algo intangible, sino que quedaba a disposición del sujeto²¹. Nadie más que cada sujeto sobre sí mismo podía disponer de ese mínimo libremente, pero, eso sí, para el titular de la dignidad –reducida a auto-

¹⁸ JORDANA, R., *Protección frente a conservación: gestión. El porqué de la gestión de la Naturaleza*. Lección inaugural del curso académico 2004-05, Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, p. 23.

¹⁹ SPAEMANN, R., *Sobre el concepto de dignidad humana*, cit., p. 19.

²⁰ *Sobre el concepto de dignidad humana*, cit., p. 21. Antes ha explicado con un ejemplo las consecuencias de privar a la dignidad humana de este carácter ontológico: «Si todo el valor es relativo al sujeto que valora, no se puede llamar crimen a la aniquilación completa de todos los sujetos que valoran. Esos sujetos no sufren ninguna pérdida cuando desaparecen. La existencia no es una propiedad por cuya pérdida se vuelva uno más pobre, pues no puede empobrecerse quien ya no existe... Sólo el valor del hombre “en sí” –no únicamente para los hombres– hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar». *Op. cit.*, pp. 20-21.

²¹ CARPINTERO, F., «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 7, 1987, pp. 477-522.

mía moral— no existían los límites²². Así comenzó a establecerse una distinción artificial entre ser humano y persona: sólo tendría consideración de persona y, por lo tanto, sólo tendrían dignidad aquellos seres humanos que dispusieran de autonomía moral.

La fundamentación ontológica de la dignidad, sin embargo, exige la admisión previa de que la persona tiene una base ontológica y no sólo fenomenológica. Es decir, con el término persona no podemos referirnos solamente a un correcto funcionamiento de la racionalidad humana, sino también al propio organismo humano con sus peculiares expresiones somáticas. Y partiendo de aquí, no se puede atribuir exclusivamente el título de persona al individuo que es capaz de manifestar la racionalidad, sino a todo aquel que tiene naturaleza racional, con independencia de sus condiciones concretas de existencia.

No cabe duda de que las personas somos diferentes por el sexo, por las aptitudes, por nuestra inteligencia, por nuestra raza, etc., que cada individuo posee unas características individuales que le diferencian de los demás, pero al mismo tiempo tenemos una coincidencia esencial que nos hace iguales. ¿Qué es lo igual en todos? «Lo igual en todos —independiente de toda condición social o rasgos diferenciales— es justamente la naturaleza. En ella se asienta la dignidad que por ser *de naturaleza*, es igual en todos»²³. Ser persona no depende de cuestiones como la edad, el sexo, la salud, las condiciones psicológicas, etc. La personalidad puede no estar desarrollada —recién nacidos—, puede no ser consciente —durante el sueño o por pérdida accidental—, puede estar escondida —embrión—, o puede, incluso, no manifestarse en los actos que lleve a cabo un individuo por no reunir las condiciones psíquicas necesarias —disminuidos psíquicos—, pero ninguna de estas situaciones puede suponerles en modo alguno la privación de su condición de personas, de seres

²² No es de extrañar que en obras importantes del XVIII —de Ulrich, Höpfner, etc.— se defienda esa libre disposición del sujeto sobre todo lo que le pertenece, incluido el cuerpo y el alma. ULRICH en *Initia Philosophiae iusti seu Iuris Naturae*, Ienae, 1783, parágr. 136, afirma: «Libertate autem illi naturale, nulla sua parte adhuc imminutae, ac circumcisae, respondet ius quoddam cuiuslibet in se ipsum, et omne suus connatum, vitam, corpus, animam, ius ad existendum et operandum». Y HÖPFNER en *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gessellschaften und Völker*. 2.^a ed. Giessen, 1783, parágrs. 37-38, expone que: «Das erste Recht des Menschen in absoluten Zustande; das Recht des Menschen über sich selbst: Nach dem natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte, seinen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern von jeder Disposition darüber auszuschliessen. Diese Dinge gehören also zum Seinen eines Menschen, und zwar zum angebohrnen».

²³ HERVADA, J., *op. cit.*, p. 357. Continúa en la p. 362: «Si (la dignidad) pertenece a la esencia, porque se trata de una perfección del ser, que no consiste simplemente en ser mejor o superior respecto de los otros seres, sino en pertenecer a otro orden del ser, la dignidad no se refiere a cualidades o condiciones individuales —según las condiciones particulares de la existencia—, sino a la esencia, esto es, a la naturaleza humana. La persona tiene dignidad como realización existencial de la naturaleza».

humanos, y la dignidad que les es inherente²⁴. Es cierto que para que un ser humano pueda alcanzar por sí mismo un pleno desarrollo necesita de la racionalidad que le corresponde, vía por la que llega a descubrir todo lo que le es propio. Pero el que carezca de esta racionalidad no significa que haya perdido el sustrato de dignidad al que nos hemos referido anteriormente: siempre será apreciada su dignidad por la racionalidad de los demás. Es cierto que estará incapacitado para hacerse cargo de su propio desarrollo íntegro, pero cuenta con quienes le rodean para alcanzar lo que le es debido como persona. Sobre el resto de la sociedad, muy especialmente sobre la autoridad pública, recae la exigencia de facilitar en la mayor medida posible su desarrollo y su vida digna, respetando su peculiar modo de ser. La racionalidad fáctica no es la que nos hace dignos, sino la que nos permite sacar el máximo partido –y de un modo recto– a nuestra capacidad activa de ser.

En este sentido *dignidad*, como ya hemos advertido, es un término que se aplica al hombre *para señalar una peculiar calidad de ser*, para decir que es persona y no sólo individuo. Por ello, todas y cada una de las personas merecen todo el respeto a su dignidad y este reconocimiento debe presidir toda relación entre los hombres, obligando a la autoridad pública a omitir las normas y medidas que supongan un atentado contra esta dignidad (imposiciones vejatorias, discriminatorias, etc.) y a poner todos los medios para impedir que sea atacada por parte de terceros. Es decir, corresponde a las autoridades sociales la misión de garantizar el respeto a la dignidad de todos los miembros de la sociedad.

Alguna corriente –el personismo, por ejemplo– ha tratado de ver el fundamento de la dignidad no en el peculiar modo de ser sin más, sino en un pacto entre adultos –con autonomía moral– de respeto mutuo²⁵. Sin embargo, Spaemann considera que «respeto mutuo» y dignidad no pueden ser identificados, pues el primero se fundamenta exclusivamente en la consideración del individuo como un ser autónomo que

²⁴ «Esta categoría o dignidad es independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas; pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente persona. Y lo mismo hay que decir si se comparan un hombre que obra moralmente bien y otro cuya conducta es reprobable. Tan persona es el uno como el otro, aunque el primero sea mejor persona». MILLÁN PUELLES, A., *Persona humana y justicia social*, cit., p. 16.

²⁵ Así viene a expresarlo K. Larenz: «Sólo un ser así [se refiere al reconocimiento como persona] puede establecer sus relaciones con los otros sobre la base del reconocimiento recíproco y por ello del Derecho. El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro, en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio profesional)». *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 56-57.

merece ese respeto porque así ha sido establecido mediante el ejercicio de dicha autonomía, es decir, se considera al individuo como un *fin en sí mismo para sí*. Desde esta concepción, es el hombre el que –haciendo uso de su autonomía e igualdad– pacta con los demás unas condiciones de trato y respeto recíproco. La dignidad, en cambio, es algo superior a ese simple respeto e implica la consideración del individuo como *fin en sí mismo por antonomasia*, cuyo valor no es cuantificable, y por ello quedará siempre fuera de la libre disposición de las personas: «desde esa posición que yo denominaría antontológica [que considera al individuo como un fin en sí mismo para sí], no se puede deducir ningún argumento concluyente contra el asesinato silencioso y sin dolor de un hombre que carezca de familia. Si ese hombre es sólo un valor para sí mismo [como un valor relativo al propio sujeto que valora] y no un *fin en sí mismo*, entonces sería válido para este caso el asesinato perfecto»²⁶. Efectivamente, nadie denunciaría la eliminación de una persona que sólo tuviera valor para sí mismo, pues sólo él reconocía su propio valor hasta el momento de la eliminación; sería como tirar a la basura algo sobre lo que nadie tiene el más mínimo interés²⁷.

Cuando el único fundamento que se encuentra a la dignidad es la autonomía del individuo y un consenso puramente fáctico, lo que hacemos es convertir la dignidad en algo subjetivamente valioso, que no es poco, pero no es suficiente. El consenso puede poner de manifiesto que *ahora* la dignidad tiene un contenido concreto y es valiosa, pero puede dejar de serlo o de tener dicho contenido, porque no se debe impedir una modificación del presente en nombre de un concepto que a juicio de algunos es esencialmente revisable²⁸.

3. LOS LÍMITES DERIVADOS DE LA DIGNIDAD ONTOLÓGICA

Entiende B. Schüller que desde fuera se puede *condicionar* la dignidad del hombre, pero no hasta el extremo de anularla, pues debido a su conexión con el ejercicio de la libertad en el obrar, no se le puede en ningún caso privar plenamente de ella sin contar con su libre colaboración. Entiende, más bien, que quien menoscaba su propia dignidad es quien mediante su actuación trata de lesionar la de las otras

²⁶ SPAEMANN, R., *Sobre el concepto de dignidad humana*, cit., p. 20.

²⁷ Este modo de pensar es el que está en la base de la argumentación de Habermas sobre la clonación y la manipulación genética. La primera no tiene justificación porque supone una injerencia no consentida en el «diseño» de un sujeto: hiere «la condición de simetría en la relación entre personas adultas sobre la que hasta ahora descansa la idea del respeto recíproco de libertades iguales». HABERMAS, J., *Biologie kennt keine Moral...*, cit., p. 34.

²⁸ Para una crítica de esta concepción, cfr. SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Eunsa, Pamplona, 1990, pp. 147-148.

personas²⁹. Para Schüller, desde fuera es posible anular alguna manifestación externa de la dignidad –impidiendo el ejercicio de un derecho humano, por ejemplo–, pero no la dignidad propiamente. Un ejemplo ilustrativo y actual de esta concepción minimalista podría venir representado por los abusos de las tropas militares en la guerra de Irak sobre algunos prisioneros, o las aberraciones de los terroristas sobre periodistas, diplomáticos, militares, policías, etc. Si siguiéramos el razonamiento de Schüller, a estas personas sólo se les pudo arrebatar la manifestación externa de su dignidad, pero no la dignidad en sí, porque no existió una colaboración por parte de los prisioneros para degradarse a sí mismos, sino que habían conseguido doblegar su voluntad.

En las doctrinas de este tipo se quiere poner de relieve que cabe una graduación en la pérdida de la dignidad y que, si bien existen situaciones objetivas de menoscabo de la manifestación externa de la dignidad, como las reseñadas, éstas no implican la pérdida de la dignidad propiamente, que sólo se produce cuando haya existido una colaboración voluntaria de su titular, que se rebaja a comportarse de un modo impropio respecto a su modo de ser. Se distingue, por tanto, entre la dignidad en sí misma, como cualidad del ser que corresponde por el modo de ser, y dignidad como manifestaciones externas de aquélla. Contra las dos se puede atentar, pero la primera –defienden estos autores– sólo se puede perder voluntariamente, bien atentando contra sí mismo o contra la dignidad de los demás.

En el extremo objetivista y maximalista se encontraba Werner Maihofer, que entendía que cualquier acción u omisión de una persona podía lesionar la dignidad de otra³⁰, con absoluta independencia de las circunstancias concretas y de lo que sintiera, consintiera o pensara la persona afectada. Siguiendo este planteamiento, causarían igual lesión de la dignidad, por ejemplo, el ingreso en prisión de un delincuente y de una persona inocente. Para Maihofer la situación externa es la misma y a ambos se les sitúa en un mismo plano de indignidad, pues el sentimiento de la persona injustamente condenada no cuenta a estos efectos para considerar un mayor agravio a la dignidad.

²⁹ Cfr. SCHÜLLER, B., «Die Personwürde des Menschen als Beweisgrund in der normativen Ethik Euns», en *Theologie und Philosophie*, 53, 1978, pp. 538 ss. Considera que «la única vulneración clara de la dignidad humana consistiría en inducir a un hombre a que él mismo atente contra su dignidad personal, pues en ese momento estaría obrando inhumana y objetivamente, contra su propia conciencia».

³⁰ Cfr. MAIHOFFER, W., *Die Würde des Menschen*, Hanover, 1968, pp. 41 ss. (cit. por SPAEMANN, *Sobre el concepto de dignidad humana*, cit., p. 25). Considera de tal importancia la dignidad humana que, a pesar y a causa de su indeterminabilidad, el Estado debe garantizar su respeto y protección como objeto o fin supremo; cfr. también su *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt, V. Klostermann, 1968, p. 10. Sobre la actitud del Estado en la garantía y desarrollo de la dignidad, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 58-64.

Creo que ambas concepciones, tanto la minimalista de Schüller como la maximalista de Maihofer, admiten una crítica por ser irreales. En primer lugar, la dignidad de una persona no sólo depende del uso que haga la persona de su libertad. El uso incorrecto de la libertad nos puede llevar a perderla por nosotros mismos, pero también desde fuera se nos puede arrebatar, no sólo lesionar sus manifestaciones externas. Es lo que sucede cuando se convierte al ser humano en un simple objeto del derecho, siendo rebajado a la categoría de animal o cosa. Así sucede con la tortura, con la esclavitud, con el aborto, con la clonación, con la eutanasia, etc., que necesitan de una previa *cosificación* del ser humano para su consiguiente vejación, eliminación, manipulación o sometimiento. Se le ha hecho perder –se le ha arrebatado– su dignidad³¹.

En segundo lugar, tampoco es admisible que cualquier acción externa pueda tener la consideración de lesiva para la dignidad sin otorgar relevancia a la aceptación del sujeto afectado o a las circunstancias en que se produzcan. En este caso habría que distinguir entre atentados graves y leves contra la dignidad de la persona. Los primeros no admiten aceptación posible del sujeto afectado que convierta un ataque a la dignidad en algo admisible (aceptar un contrato de prostitución, sometimiento a una vejación, admisión de un régimen disciplinario que contenga sanciones degradantes, etc.). En cambio, pueden producirse atentados leves que con la aceptación del sujeto dejarían de constituir tales atentados (comentar sobre una persona un hecho que cause hilaridad, determinados tipos de bromas entre amigos, tratamientos jerárquicos entre un jefe o superior y personas que dependan de él, etc.). El consentimiento del sujeto pasivo podría hacer desaparecer el carácter lesivo de la acción³².

¿Hasta dónde podría llegar el consentimiento del titular de la dignidad para que no se deba entender que constituye un atentado ilegítimo? Nos movemos en un terreno donde no existen medidas exactas y en el que pueden tener gran trascendencia las circunstancias que rodean a la acción, pero los límites claros están en lo que hemos llamado a lo largo de estas líneas dignidad como cualidad y dignidad como capacidad activa de ser. La primera no sólo supone el no poder atentar contra nuestro modo peculiar de ser –rebajarnos o degradarnos

³¹ En todos estos casos el ser humano ha sido valorado por los demás, pero se le ha otorgado muy poco valor o ninguno, por ello se le puede quitar la vida o su dignidad. La dignidad aparece como algo medible, cuantificable, no como algo intangible.

³² Imaginemos, por ejemplo, que en una reunión de amigos se está grabando con una cámara de vídeo y que una de las personas realiza una acción que causa gracia a los presente; la acción fue realizada por la confianza con ellos y por la seguridad de que todo quedará en ese círculo de confianza. No se puede hablar de menoscabo de la dignidad si la cinta fuera visionada por los que participaron en la citada reunión, aunque volviera a causar hilaridad. Muy distinto sería, en cambio, mostrarla a personas ajenas al grupo ante las que se hubiera abstenido de actuar de esa forma; más grave sería, aún, enviar la cinta, por ejemplo, a un concurso televisivo.

a la condición animal—, sino que también implica la exigencia a los poderes establecidos de todas las medidas jurídicas necesarias para proteger tal modo de ser: no se puede renunciar a tales medidas. La segunda, la dignidad como capacidad activa de ser, permite una renuncia parcial, pero nunca absoluta y arbitrariamente. El ser humano, como hemos afirmado, puede retirarse-a-sí-mismo y desconsiderarse por el bien de los demás, pero con el límite de su realización personal, pues nunca puede perder de vista su condición humana y, por tanto, de proyección hacia el futuro: no caben las inmolaciones o sacrificios arbitrarios —cuando son de cierta entidad para la persona—, sino cuando existe una razón que lo justifica³³.

Por ello, creo que constituye un error la concepción moderna y kantiana que ha llegado hasta nuestros días de la dignidad. Es cierto que en algunos aspectos aportó una visión muy positiva, como lo es la igualdad en dignidad natural de todos los seres humanos. Pero introdujo un factor que, a la postre, es el que ha determinado que la dignidad se convierta en algo subjetivo. Este factor fue el de la *autonomía moral*. Para los modernos —y después para toda la Escuela kantiana— la dignidad correspondía a quien pudiera tener autonomía moral, a quien no dependiera de nadie para elegir sus fines y proyectar su vida³⁴. Y esto tenía dos consecuencias. La primera de ellas era que, aunque los demás no pudieran decidir sobre él, el propio sujeto con autonomía moral sí que podía decidir sobre sí mismo en cuanto a su dignidad con poder absoluto, hasta el extremo de poner fin a su vida o a los derechos que le correspondieran. Es decir, en principio, sólo se aceptaban unos límites externos a la capacidad activa, límites para los demás, que no podían entrar en nuestras esferas privadas. La segunda consecuencia era más grave, pues esta doctrina implicaba la posibilidad de aceptar voluntariamente —autónomamente— la participación en el juego de que la sociedad pudiera decidir el valor que debería tener la dignidad humana. En este caso, una vez concluido el proceso de negociación, todo ciudadano se tendría que someter a la decisión mayoritaria, justificada por las reglas aceptadas previamente. Lo más dramático era que nadie podía negarse a participar en ese juego: las decisiones mayoritarias del legislativo se imponían por la fuerza a todos los ciudadanos sin excepción, aunque se hubieran negado a participar en el proceso de decisión³⁵.

³³ Por ejemplo, el policía que arriesga su vida —y llega a perderla— por salvar otras vidas.

³⁴ Cfr. CARPINTERO, F., *La independencia y autonomía del individuo...*, cit., pp. 502-519.

³⁵ Una exposición de esta consecuencia, de cómo se llega a su concreción en la doctrina de Rousseau y su ilegitimidad como medio de imposición de cualquier decisión mayoritaria en DELGADO PINTO, J., «La función de los derechos humanos en un régimen democrático (reflexiones obre el concepto de derechos humanos)», en MUGUERZA, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, pp. 135-144.

4. DIGNIDAD Y UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

J. Rawls redujo los derechos humanos universales a una escueta lista: la vida, la salud, la propiedad, la igualdad formal, la emigración y un poco de libertad política y de conciencia³⁶. El resto podrían ser reconocidos o no en cada región geográfica, dependiendo de lo que finalmente se hubiera acordado en los procesos decisorios, de modo que podía distinguirse un segundo grupo de derechos –confundidos con los anteriores–, que por su coincidencia en los textos internacionales podrían ser considerados como el *núcleo duro* de los derechos humanos y que deberían ser reconocidos a toda persona. Esta atención a las coincidencias en los textos internacionales permitiría fijar una universalidad extrínseca de los derechos, que facilitaría declarar universales e inderogables el derecho a la vida –incluidas la integridad física y moral–, el derecho a no sufrir torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho de vivir en libertad –prohibición de la esclavitud– y el derecho a un juicio justo –principio de legalidad penal–. En ello coinciden, además de la Declaración Universal, el artículo 4.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, el artículo 15.2 de la Convención Europea de derechos humanos y el artículo 27.2 de la Convención Americana de derechos humanos, que los declaran inderogables. Cada uno de estos textos, por su cuenta, declara además inderogables otros derechos (reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a una nacionalidad, etc.), pero al no darse la coincidencia general, no podrían formar parte de ese núcleo duro universal. La consecuencia de un planteamiento de este tipo es que se rompe con el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, estableciendo dos categorías, los derogables y los inderogables, y todo ello porque han sido recogidos o no con tal carácter³⁷. Los derogables –que no son universales– quedarían en manos de cada Estado, que cuentan en su territorio con un margen de maniobra en torno a su reconocimiento o, al menos, a su limitación.

³⁶ Vid. «El Derecho de gentes», en SHUTE, S. y HURLEY, S., *De los derechos humanos. Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 47-85. En concreto su propuesta específica recoge los derechos universales «a los medios de subsistencia y de seguridad (derecho a la vida), a la libertad frente a la esclavitud, la servidumbre y la ocupación armada, a la propiedad personal y a la igualdad formal expresada en las reglas de la justicia natural (por ejemplo, el tratamiento igual de casos iguales)» (p. 66).

³⁷ Susan George rechaza esa división o «categorización» de los derechos humanos y afirma que si se desea «una sociedad ética cimentada en los derechos humanos» debemos otorgar importancia a todos los derechos, tanto individuales como sociales, esto es lo que haría posible una democracia con todas las garantías sociales. Cfr. GEORGE, S., «¿Globalización de los derechos?», en M. J. Gibney, (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, cit., p. 25.

Sólo partiendo de la dignidad de la persona podríamos hablar de unos derechos humanos universales sin distinción de categorías. Se trataría de una universalidad intrínseca, que toma como referencia lo esencial e invariable que tienen todos los derechos humanos, su relación con la dignidad de la persona. Es la idea que se refleja en el artículo 1 de la Declaración Universal al afirmar que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», así como en el artículo 2.1, en el que insiste sobre la idea de universalidad: «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición».

En esta línea afirma A. E. Pérez Luño que «sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos (...) Los derechos humanos o son universales o no son derechos humanos (...) La exigencia de universalidad, en definitiva, es una condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de unos derechos inherentes a todos los seres humanos, más allá de cualquier exclusión y más allá de cualquier discriminación»³⁸.

Sobre esta universalidad se podrá establecer algún matiz, pero que no le resta fuerza propiamente. Así lo hace Finnis, por ejemplo, cuando distingue entre una universalidad *absoluta* y otra *total*. La primera corresponde a los derechos cuya formulación en la Declaración utiliza la expresión «nadie estará sujeto a...» (torturas, por ejemplo) y no admite limitación alguna; la segunda corresponde a los derechos formulados con la expresión «todos tienen derecho a...», y admite límites en razón del bien común (límites que aseguran los derechos y libertades de los demás, el respeto a las exigencias morales, el orden público y el bienestar general)³⁹.

En el fondo subyace la idea –si no queremos tener unos derechos humanos muertos desde el principio– de la necesidad de compatibilizar estos derechos con las peculiaridades culturales y nacionales⁴⁰. Si queremos tener unos derechos que sean reales no podemos perder de vista que éstos son exigidos en el seno de una comunidad con sus

³⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *La universalidad de los derechos humanos*, cit., pp. 39-40. La misma idea en su «Introducción» al vol. IV de *Juristas Universales*, cit., p. 64.

³⁹ Vid. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, New York, 1984, pp. 205 ss.

⁴⁰ Afirma C. Velarde que «si los derechos humanos se han de entender al modo racionalista, como un listado inamovible, como una pretensión atemporal de solución a todos los problemas básicos del derecho, entonces, su supresión es urgente. Si por el contrario se entienden como vías contingentes de solución de conflictos que están vigentes en el momento actual, no hay problemas para que sean mantenidos mientras sirvan al objetivo que constituye su razón de ser». *Universalismo de los derechos humanos*, cit., p. 125.

peculiaridades que ejercerán notable influencia sobre su ejercicio; pero de ningún modo se puede llegar al extremo de justificar ataques a la dignidad de la persona e injusticias al amparo de dichas peculiaridades⁴¹. Por ello, los límites que admite Finnis siempre se establecen en razón del bien común, que nos afecta social e individualmente.

⁴¹ La citada Declaración de Viena de 1993 fue muy clara al respecto en su tercer párrafo: «Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)

Por CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. EL CONTEXTO ACTUAL: LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL Y LA GLOBALIZACIÓN.-2. UNA TEORÍA JURÍDICO-MATERIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.-2.1. El término, el concepto y el fundamento de los derechos sociales.-2.2 Las características de los derechos sociales: 2.2.a) La universalidad y la escasez; 2.2.b) El carácter absoluto y la eficacia relativa.-3. UNA TEORÍA JURÍDICO-FORMAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.-3.1 La positivización. 3.2 El concepto jurídico.-3.3 Las garantías: la reinterpretación y los nuevos conceptos en torno a la noción de derechos sociales.

1. EL CONTEXTO ACTUAL: LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL Y LA GLOBALIZACIÓN

La crisis en el contexto actual incide de manera especial sobre los derechos sociales. Hace ya algunas décadas que se hizo patente una situación de segunda ruptura con el modelo adoptado de Estado de Derecho. Tras la crisis del Estado liberal de Derecho las deficiencias del Estado social como Estado de Bienestar son ahora insostenibles en el contexto de la globalización, una globalización que no abarca todos los ámbitos de la vida civil, política y social sino que se reduce al «imperio de la economía». La globalización se identifica actualmente con el fenómeno por el que se mundializan el Estado mínimo, el capitalismo, la flexibilización productiva y la desregulación jurídica, los derechos individuales y especialmente los asociados al mercado, y una supuesta cultura global (la occidental). En este contexto es inmi-

nente avanzar hacia la configuración de un renovado Estado de Derecho que no olvide las conquistas pasadas. El punto de partida ha de ser el mismo Estado social, aunque en su versión no residual sino desarrollista o institucionalista¹, es decir, aquella que persigue la desburocratización, la desmercantilización y la transformación de las exigencias sociales en verdaderos derechos fundamentales². La «cuestión social» ya no puede ser entendida únicamente en términos de disfuncionalidad de la sociedad industrial y capitalista, sino que junto a esta variante aparece ahora una «nueva cuestión social»³ centrada en distintos fenómenos de exclusión y desventaja social que ponen de manifiesto la necesidad de redefinición del Estado social mediante un conjunto de medidas de intervención jurídica e institucional que conlleven, asimismo, un cambio en la noción de ciudadanía entendida hasta ahora en términos de pertenencia a un Estado nacional, y también, una transformación en la visión debilitada de los derechos sociales a favor de la defensa de auténticos derechos sociales constitucionalizados⁴. Junto al nuevo Estado de Derecho se ha de luchar por una globalización distinta⁵. Reivindicada por muchos grupos (los confusamente llamados «anti-globalización») la globalización debe perseguir un intervencionismo social-económico del Estado, una internacionalización de los derechos sociales y un universalismo de la diferencia, del pluralismo⁶. Su objetivo ha de ser una verdadera «globalización jurídico-política» que configure el poder lejos de la soberanía nacional o de un supraestado y reivindique los derechos fundamentales. Un buen paso hacia esta ciudadanía cosmopolita es la propia ciudadanía europea entendida no como «ciudadanía de los europeos» sino como «ciudadanía europea o en Europa»⁷.

¹ TITMUS, R. M., *Política social*, trad. C. Rocha Puyol, Ariel, Barcelona, 1981.

² PISARELLO, G., «La renta básica como derecho y contrapoder», en *El vuelo del Ícaro*, núm. 2 (consultar www.redrentabasica.org). Vid. asimismo COX, R. H., «The consequences of welfare reform: how conceptions of social rights are changing», en *Journal of social policy*, 27/1 (1998), pp. 1-16

³ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, y «Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2 (1999), pp. 239-262. Vid. asimismo, ROSANVALLON, P., *La nueva cuestión social. Repensar el Estado Providencia*, Manantial, Buenos Aires, 1995.

⁴ Este trabajo enfoca los derechos fundamentales como derechos *constitucionalizados* y adopta el paradigma del «neo-constitucionalismo» siempre que se entienda éste como un neoconstitucionalismo teórico [COMANDUCCI, P., «Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. Mazzaresse, (dir.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 71-94].

⁵ Vid. Sen, J., Anand, A., Escobar, A., y Waterman, P. (eds), *El Foro Social Mundial. Desafiando imperios*, trad. G. Galdón, El Viejo Topo, Madrid, 2004.

⁶ FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2000, *passim*.

⁷ BALIBAR, E., *Noi cittadini d'Europa?*, Manifestolibri, Roma, 2001.

2. UNA TEORÍA JURÍDICO-MATERIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

La idea que cuestiona la «fundamentalidad» jurídica de los derechos sociales se ha generalizado en el ámbito académico y público. Dos razones inclinan a sostener una diferente argumentación. En primer lugar, porque los derechos sociales se reconducen a una serie de valores concretados en la noción histórica de dignidad humana. En segundo lugar, porque con su incorporación al ordenamiento jurídico adquieren una función esencial. Esta doble dimensión histórico-axiológica y político-jurídica justifica el estudio de los derechos sociales desde dos perspectivas: la teoría jurídico-material y la teoría jurídico-formal. En este primer apartado, la teoría jurídico-material, se analizan los temas más controvertidos en el análisis de los derechos sociales: el término, el concepto y, sobre todo, el fundamento y las características de estos derechos.

2.1 El término, el concepto y el fundamento de los derechos sociales

El término y, consiguientemente, el concepto del que parte esta investigación es el de «derechos fundamentales»⁸. Esta noción es acorde con la concepción de los derechos, con el mínimo o, en expresión hartiana, el núcleo de certeza por el que los derechos son la traducción normativa histórica de aspiraciones morales de las personas y elementos legitimadores del sistema político y jurídico del Estado de Derecho⁹. Los derechos sociales son, por tanto, derechos sociales fundamentales y más exactamente son «derechos económicos, sociales y culturales fundamentales»¹⁰. Estos derechos nacieron gracias a

⁸ La discusión doctrinal sobre la expresión más correcta para calificar los derechos ha dado lugar a una amplia bibliografía (vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Derechos: cuestiones de terminología jurídica», en *Revista de Derecho Constitucional* (Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de El Salvador, 30 (1999), pp.1-32; BARRANCO AVILÉS, M. C., *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales* (1995), Eds. BOE/UCIII, Madrid, 1999). La noción generalmente asumida es «derechos humanos»; un término que, sin embargo, es equívoco, vago, emotivo y abusivamente empleado, lo que aumenta el riesgo de manipulación y la pérdida de fuerza y credibilidad de esta figura. Ejemplo de manipulación es su utilización como elemento justificador de las nuevas «guerras santas» [vid. GARZÓN VALDÉS, E., «Guerra e diritti umani», en *Ragion pratica*, 13 (1999), pp.25-49; MAZZARESE, T., «Guerra e diritti: tra etica e retorica», en *id.*, pp. 13-23; ZOLO, D., «La guerra come strumento di protezione dei diritti dell'uomo», en T. Mazzarese, (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovranazionale) dei diritti fondamentali*, cit., pp. 257-271].

⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 19

¹⁰ Esta expresión incluye tres categorías de derechos susceptibles de tener un tratamiento jurídico particular: los derechos económicos, los derechos sociales y los

la lucha por conseguir plasmar exigencias morales en el ámbito jurídico en un período de transición entre el proceso de positivización y el de generalización; un período que puso de manifiesto la necesidad de superar la contradicción existente entre la proclamación general de derechos a todos los individuos en abstracto y la práctica real restrictiva de esos derechos¹¹. No obstante, la elaboración histórica posterior de los derechos sociales no es razón suficiente para distinguir distintos «tipos» o «generaciones» de derechos¹² puesto que, aunque el uso de esta división es generalizado y ayuda a la claridad y estudio de los derechos, tiene el riesgo de caer en errores conceptuales importantes¹³. Frente la distinción es posible afirmar, en primer lugar, que la prioridad temporal de los derechos individuales, civiles y políticos es relativa¹⁴; que, además, existe continuidad o conexión entre los derechos individuales, civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; y que, por último, no hay categorías devaluadas de derechos, sino que los derechos fundamentales forman un conjunto único y global sin diferencias cualitativas (en todo caso, lo que hay son diferencias cuantitativas o de grado)¹⁵. Esto conlleva inevitablemente aceptar un fundamento común de todos los derechos.

derechos culturales. Los derechos como la propiedad y la herencia o la libertad de empresa son derechos especialmente limitados y tienen que ser interpretados desde el conjunto constitucional, puesto que las expectativas de carácter económico deben adaptarse a los objetivos de justicia social. Algunos autores han defendido su exclusión de la categoría de derechos fundamentales basándose en razones estructurales [FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta (1999), Madrid, 2001, y FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», en *Teoria Política*, XIV, 2, 1998, pp. 3-33], o razones axiológicas, concretamente en la ausencia del componente igualitario (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 209). Otros autores prefieren salvar la fundamentalidad de estos derechos a partir de un análisis en sentido funcional [PALOMBELLA, G., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», trad. A. García Figueroa, en *Doxa*, 22 (1999), pp. 525-579 y *L'autorità dei diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002].

¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit.

¹² Así lo han hecho PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., o PÉREZ LUÑO, A. E., «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10 (1991), pp. 203-217.

¹³ RABOSI E., «Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché», en *Lecciones y Ensayos*, 69-71 (1997/1998), pp. 41-51. *Vid.* también, GARGARELLA, R., «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?», en *Jueces para la Democracia*, 31 (1998), pp. 11-15.

¹⁴ Esto se comprueba en los derechos de reunión y asociación, que suelen incluirse entre los derechos y libertades civiles y políticas, cuando, en realidad, surgieron a la par que los derechos sociales en los movimientos proletarios del s. XIX.

¹⁵ La devaluación funcional de los derechos sociales es consecuencia del desenvolvimiento de los avatares políticos y producto de una determinada ideología impuesta tras la caída de las dictaduras social-comunistas y el fracaso del Estado social como Estado de bienestar. RABOSI, E., «Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica», en *Revista de IIDH*, 18 (1993), pp. 46-50.

La tarea de fundamentar los derechos fundamentales, a pesar de su dificultad, requiere una especial atención ya que permite reclamar una mejor protección y una realización efectiva de los derechos¹⁶. Gran parte de la doctrina acepta la fundamentación moral del positivismo matizado que está basada en una moral históricamente incorporada en el ordenamiento jurídico; una moral legalizada referida a una serie de valores (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad) reconducibles al concepto de dignidad humana¹⁷. Estos valores, que conforman la denominada «ética pública», legitiman el Estado social y democrático de Derecho y conforman la base material de las Constituciones¹⁸. La ética pública no establece comportamientos o exige conductas y tampoco establece una determinada concepción fija de vida buena. Por el contrario, a través de esta ética se fomenta la condición de todos los individuos como seres libres autónomos y libres, es decir, se respeta la ética privada referida a la libertad de conciencia, religiosa o ideológica¹⁹. A partir de la moral crítica (aquella que todavía no ha sido incorporada en textos positivos) es posible objetar aquello ya plasmado en el Derecho positivo y fomentar a través de nuevas reivindicaciones el progreso social²⁰.

¹⁶ La polémica en torno a la fundamentación de los derechos ha dado lugar a una extendida discusión, especialmente tras la tesis de Bobbio por la que defendía que el problema actual de los derechos no era el fundamentarlos sino el garantizarlos; tesis que en realidad se basaba en prepuestos no-cognocionista que rechazan un fundamento absoluto y optan por uno relativo que dote de las mejores razones. La justificación de los derechos es importante ya que inciden en la protección de los mismos (BOBBIO, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El problema de la guerra y las vías para la paz*, trad. J. Binaghi, Gedisa, Madrid, 1982, p. 128, y «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» y «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 61 y 63; DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001).

¹⁷ Esta es en términos muy generales la teoría del positivismo matizado de Peces-Barba. Este autor se basa principalmente en la conjunción y la compatibilidad entre razón e histórica en la determinación del fundamento de los derechos (vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit.; *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, y *Curso...*, cit.)

¹⁸ El sistema jurídico a partir de ahora no sólo incluye criterios formales de validez, sino también materiales. Se sigue en la línea del positivismo, aunque hay que reconocer que el positivismo corregido se acerca a una teoría no ya meramente descriptiva, sino valorativa, esto es, preocupada por el «deber ser» de conceptos como el de dignidad humana. Es lo que le ocurrió al positivismo suave de Hart (vid. HART, H. L. A., «Postscript», en HART, H. L. A.-DWORKIN, R., *La decisión judicial*, Estudio prel. de César Rodríguez, trad. M. Holgín, Siglo del hombre: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997).

¹⁹ Aunque cabe el riesgo de que las normas de la ética privada puedan introducirse a través de los canales formales que establece el propio Derecho.

²⁰ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Ética pública e ética privada», en *Dereito*, 7, 1 (1998), pp. 165-182 (también publicada en español en el *Anuario de derechos fundamentales*).

La cuestión más crítica de esta teoría es que la ética pública no puede referirse a una supuesta Moral objetiva propia de los países occidentales. Por ello, es importante matizarla con las aportaciones de las teorías consensuales (de la idea de diálogo abierto y flexible en el ámbito espacial y temporal) y las teorías de las necesidades (necesidades humanas básicas sin las cuales el hombre no se puede considerar satisfecho en su dignidad)²¹.

Se parte, por tanto, de la afirmación de que todos los derechos se fundamentan en la dignidad humana concretada en los valores de la libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, valores que no son inmutables y objetivos sino flexibles y abiertos al diálogo intercultural y a la transformación de las necesidades humanas. Los valores que han provocado mayor conflicto en relación a los derechos sociales son la libertad y la igualdad. Los críticos de los derechos sociales afirman que los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales tienen fundamentaciones distintas ya que los derechos sociales son principalmente *derechos de igualdad* y los derechos individuales y políticos son *derechos de libertad*. Este argumento es, sin embargo, poco riguroso puesto que ambos son derechos de libertad y de igualdad, aunque la fundamentación de cada uno se base en una configuración o dimensión diferente de estos valores.

Tanto la libertad como la igualdad tienen una doble dimensión formal y material. Los derechos individuales, civiles y políticos se basan principalmente en la libertad y la igualdad formales. La libertad formal se refiere al concepto histórico de libertad negativa, de restricción y prohibiciones por parte del Estado y de terceros²². La igualdad for-

²¹ Peces-Barba ha aceptado algunas de las propuestas realizadas tanto desde el mismo positivismo matizado como del iusnaturalismo deontológico (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Estudios de derechos fundamentales*, op. cit., p. 235). Dentro del positivismo matizado señalar, por ejemplo, a DE ASÍS, R., «Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos», en MUGUERZA, J. et al., *El fundamento de los derechos*, Debate, Madrid, 1989. Fuera ya del positivismo y más acorde con un iusnaturalismo abierto, funcional y deontológico, destaca PÉREZ LUÑO, E. A., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984. Igualmente destacan las teorías de las necesidades: HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989; AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, y «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp.100-115; o también Añón Roig, M. J./García Añón, J. (coord.), *Lecciones sobre derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; y DE LUCAS, J./AÑÓN ROIG, M. J., «Necesidades, razones y derechos», en *Doxa*, 7 (1990), pp. 55-81; SASTRE ARIZA, S., «Hacia una teoría exigente de derechos sociales», en *Revista de Estudios Políticos*, 112, 2001, pp.253-270; HIERRO, L., «Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto», *Sistema*, 46, (1986), pp. 45-61, y «Justicia, igualdad y eficiencia», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (1998), pp. 145-165.

²² Vid. HAYEK, R., *Los fundamentos de la libertad*, trad. J. V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1982 (4.ª ed.), o BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1998. Vid. igualmente, BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*, introd. de Gregorio Peces-Barba, trad. P. Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 91-98.

mal «se identifica con la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley, que supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos; esto es, la garantía de la equiparación de trato en la legislación y aplicación del Derecho»²³. Los derechos sociales se basan en una libertad e igualdad reales. La libertad real no es diferente a la capacidad, puesto que lo que hace importante a la libertad es aquello que se puede hacer con ella. Así, los derechos económicos, sociales y culturales no sólo son reflejo de la igualdad sustancial sino, al mismo tiempo, son derechos de integración que permiten crear las condiciones para una participación efectiva de los ciudadanos en una sociedad democrática. De ahí se comprende que muchos autores hayan utilizado un argumento de libertad para justificar los derechos sociales²⁴. La libertad es también fundamento de los derechos sociales²⁵. Por igualdad sustancial no puede entenderse igualdad absoluta de todos en todo. En principio, podría pensarse como una igualdad de oportunidades o igualdad en el punto de partida como corrección de las diferencias primarias que puedan afectar a un igual acceso a posiciones sociales²⁶. Sin embargo, este tipo de igual-

²³ RUBIO, A., «El derecho a la igualdad y a la no discriminación», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 939; MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 395 ss; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 86.

²⁴ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 486. Esta idea de la capacidad contenida en el concepto de libertad es también defendida por A. Sen. Para esta autora la libertad se entiende como capacidades individuales para hacer cosas que una persona tiene razones para valorar (SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000). Asimismo, NUSSBAUM, M. C., *Diventare persone*, Il Mulino, Bologna, 2001, y *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Il Mulino, Bologna, 2002). En esta línea otros autores han llegado a cuestionarse la autonomía conceptual de la igualdad, como GARCÍA MANRIQUE, R., «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro)», en *Doxa*, 23 (2000), pp. 377-392.

²⁵ PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 23. Vid. asimismo, PERGOLASI, *Appunti su alcuni lineamenti dei «diritti sociali»*, I Quaderni della Costituzione, Giuffrè, Milano, 1953; MAZZIOTTI, M., «Diritti sociali», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, vol. XII, p. 803; CORSO, G., «I diritti sociali nella costituzione italiana», en *Revista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 755; LUCIANI, M., «Sui diritti sociali», en ROMBOLI, R., *Tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 79; SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzie dei diritti sociali. Orientamento e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, 2000.

²⁶ Las teorías liberales de la igualdad avanzaron en este sentido. La «igualdad democrática» de Rawls es un ejemplo. Ésta supone aceptar la diferencia, y asumir que las desigualdades en la distribución de la renta y la riqueza y en las distinciones de *status* son justas siempre que formen parte de un sistema más amplio en el que contribuyan a mejorar las expectativas de los más desfavorecidos (RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, trad. M.^a Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1979).

dad no garantiza la igualdad en los resultados, es decir, que partiendo de posiciones iguales se tengan los mismo efectos, ya que siempre hay circunstancias no legales (riqueza, azar, etc.) que pervierten esa igualdad inicial. Así, se debe interpretar la igualdad material como igualdad en los resultados o igualdad en el punto de llegada, que será consecuencia del conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para lograr una semejante calidad de vida.

Junto a estos valores, no hay que olvidar la solidaridad. La solidaridad aparece como conciencia del cuerpo común y el descubrimiento del *nosotros*²⁷. La solidaridad realiza los derechos sociales y es fundamento de la adscripción y distribución de bienes y recursos según las necesidades. Se ha definido como un *deber*, exento de contraprestación, cuyo obligado principal son los poderes públicos y los ciudadanos, y cuyo beneficiario es siempre la comunidad²⁸. El problema es si la solidaridad es una «virtud pública» o, por el contrario, se trata de una virtud de la ética privada, es decir, se cuestiona la posibilidad de obligar a alguien a ser solidario con los demás miembros de su comunidad. De Lucas sostiene que la solidaridad es una virtud pública indispensable en la relación con los otros y que se traduce en una ayuda mutua. La define como «conciencia conjunta de derechos y obligaciones que surgen de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento»²⁹; esto es, se trata de aceptar la heterogeneidad y la diferencia y asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad. Efectivamente, la noción o identidad de grupo no es tal si no se aceptan las diferencias, si no existe pluralidad. Pero es dificultoso defender que la solidaridad es una virtud pública, puesto que ello parece anteponer los intereses de la comunidad como un todo a los del individuo concreto. En este sentido, la solidaridad ha de entenderse como un valor fundamental de los derechos que se articula a través de deberes de los poderes públicos y ciertos ciudadanos, pero que no presupone la existencia de un deber *general* de todos a ser solidarios. El hecho de negar que la solidaridad sea un valor *de* la comunidad no equivale a negar la solidaridad como valor fundamental *en* una comunidad. Por ello, se debe fomentar y articular para un mejor funcionamiento de la vida en común, pero, se ha de insistir, no se puede obligar a nadie a cumplir un deber de solidaridad.

²⁷ DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México D.F., 1993, p. 22. Vid. asimismo, DE LUCAS, J., «La polémica sobre los deberes de solidaridad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19 (1994), pp. 9-88.

²⁸ VIDAL GIL, E. J., «Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), p. 103.

²⁹ DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, cit., pp. 91-92. Vid. asimismo, NICOLINI, «La solidarietà umana come morale e come norma giuridica», en *Humanitas*, 1948, pp. 270 ss.; y también GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Notas para una elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 101 (1991), pp. 123-135.

Por último, no puede dejar de mencionarse el valor de la seguridad, un valor procedimental que supone la creación de un ámbito de certeza. No obstante, la seguridad en cuanto seguridad jurídica se debe entender como «eficacia de un sistema jurídico en tanto sistema normativo», es decir, «se trata de una técnica que obtiene un cierto grado de previsibilidad de los comportamientos humanos»³⁰. Por ello, es posible afirmar que la seguridad jurídica no es tanto un valor que informa al sistema jurídico, sino una condición necesaria de un ordenamiento jurídico como sistema normativo.

2.2 Las características de los derechos sociales

2.2.a) LA UNIVERSALIDAD Y LA ESCASEZ

La universalidad se ha convertido en uno de los temas más conflictivos desde el fenómeno de la globalización. La fragmentación cultural, política y jurídica ha cuestionado el carácter universal de los derechos ya que la contradicción entre su proclamación teórica mayoritaria y su inobservancia práctica es evidente y reconocida unánimemente.

La universalidad de los derechos puede tratarse en tres planos distintos: el racional, que tiene que ver con la titularidad abstracta y general de los derechos; el temporal, que concibe los derechos como figuras al margen del tiempo válidas en todo momento histórico; y el espacial, en el que la universalidad es la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción³¹. La universalidad en el plano espacial no ofrece ningún problema ya que es fácil constatar que no existe tal extensión universal de los derechos en la sociedad globalizada actual. En el plano racional y temporal el problema que tradicionalmente se ha planteado es el de la abstracción en la titularidad de los derechos como factor de descontextualización del ser humano y de consecuente exclusión ideológica de colectivos como la mujer o el extranjero. Esta injusta exclusión de determinados colectivos que no encajan en los moldes burgueses establecidos está siendo aún hoy fuertemente criticada. Algunos autores intentan combinar razón e historia a fin de mantener una universalidad racional, temporal y abstracta, pero de derechos contextualizados fruto de la historia y de *una cultura universalizable*³². Otros defienden una uni-

³⁰ GARCÍA MANRIQUE, R., «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derecho humano básico (acotaciones a Liborio Hierro), cit., p. 388.

³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., p. 299.

³² PÉREZ LUÑO, A. E., «La universalidad de los derechos humanos», en AA.VV., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dikynson, Madrid, 2000. Vid. asimismo, PÉREZ LUÑO, A. E., «Sobre la universalidad de los derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV (1998), pp. 95-110.

versalidad racional *a priori* al adscribir los derechos a las personas en tanto *sujetos morales*³³. El peligro de estas teorías es el considerar los derechos desde el contexto determinado de las sociedades occidentales, y utilizar argumentos referentes a una supuesta superioridad de la cultura occidental. De ahí la necesidad de promover la flexibilidad y el diálogo entre culturas contrapuestas³⁴. No ha de aceptarse la universalidad adscrita a supuestos sujetos abstractos sin identidad que en realidad se adaptan a los moldes culturales occidentales³⁵, ya que esto provoca una política de exclusión y de fuerte homogeneización sobre lo que Occidente considera los «mínimos» universales³⁶. La universalidad tiene que consistir en el imperio de la inclusión del otro y esto conlleva la aceptación de obligaciones de la comunidad internacional, exigencias de solidaridad que imponen deberes más allá de la mera asistencia humanitaria³⁷, una solidaridad debida, institucionalizada y regulada, que no solamente espontánea. La lucha debe ir encaminada no al consenso sobre unos mínimos, ni a la homogeneización pretendida hacía «cotos vedados» por la cultura occidental³⁸, sino, por el contrario, al acuerdo desde la diversidad y la autocrítica sincera³⁹.

³³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., p. 311. Vid. asimismo, Id., «La universalidad de los derechos», en *Doxa*, 15/16 (1994), pp. 613-634. Hay que insistir sobre las diferencias existentes entre Peces-Barba y otros autores como C. S. Nino, pues para el primero la moralidad *a priori* se ha forjado a lo largo de la historia y no proviene del principio de autonomía. Saavedra, M., «La universalidad de los derechos humanos e un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas», en AA.VV., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

³⁴ CALVO GONZÁLEZ, J., «Gheottización de la universalidad y el futuro de los derechos humanos», en *Derechos y Libertades*, 5 (1995), pp. 405-412.

³⁵ DE LUCAS, J., «Para un discusión de la nota de universalidad de los derecho. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)», en *Derechos y Libertades*, 3 (1994), pp. 259-312.

³⁶ Vid. DE LUCAS, J., «Los límites de la universalización de los derechos en la crisis del Estado de Bienestar: dos supuestos de exclusión», en Theotonio, F. V./Prieto, (dir.), *Los derechos económicos-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, Etea, Córdoba, 1995, pp. 153-174.

³⁷ DE LUCAS, J., «Multiculturalismo y derechos», en AA.VV., *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 71.

³⁸ En este sentido, vid. CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. A. Pentimalli, Ariel, Barcelona, 1991.

³⁹ Estaríamos así ante un intento diferente de recuperar la exigencia de universalidad, como imprescindible desde el punto de vista ético y jurídico (respecto a los derechos humanos) y conciliarlas con una comprensión de la diferencia que, en lugar de subrayar la posibilidad de consenso pese a la diversidad, ponga el énfasis en que no hay consenso sino desde la diversidad. Desde el punto de vista del pluralismo cultural, ello comportaría el reconocimiento del carácter valioso de toda tradición cultural (como tal, aunque eso no signifique, en mi opinión, aceptar como valioso, y menos aún, como no susceptible de discusión, todos y cada uno de los valores que propone), de forma que el diálogo intercultural parte de esa premisa, sin que ello impida, sino más bien que empuje hacia la «interpelación mutua de unas tradiciones por otras, donde no se escamoteen ni los presupuestos antropológicos, ni tampoco los méritos y/o responsabilidades históricas en ese campo; donde se haga posible, en fin, la autocrítica sincera de cada tradición en cuanto a su contribución al respeto y promoción de los derechos humanos», en DE LUCAS, J., «Para un discusión...», cit.

Los problemas de la universalidad de los derechos afectan de manera particular a los derechos sociales. Los críticos afirman que los derechos sociales no son derechos de todos, sino de determinados grupos o personas contextualizadas, que, en definitiva, no son derechos que puedan interesar a todo el mundo porque satisfacen necesidades específicas. Una posible respuesta a este problema es considerar que la universalidad ha de entenderse de manera diferente respecto a los derechos sociales. Peces-Barba sostiene que los derechos económicos, sociales y culturales no se basan en una universalidad *a priori* y una igualdad como equiparación, sino en una universalidad como punto de llegada e igualdad como diferenciación⁴⁰. Para Peces-Barba la universalidad de los derechos no puede suponer la generalización de los derechos a todos los individuos sino tan sólo a aquellos desfavorecidos. Esto es así porque la escasez de recursos impide que puedan reconocerse los derechos sociales a todos. Para este autor, la realidad de la escasez no es sólo la base para una concepción económica de la sociedad, ya que si al análisis económico se le añaden ingredientes éticos y políticos la escasez también es un punto de partida para justificar el derecho. Es decir, la escasez no tiene que ser vista desde la economía autista que prima la libertad de las cosas porque a su vez asegura la libertad de algunas personas. Por el contrario, el punto de partida de la escasez es un modo de fomentar el valor solidaridad o fraternidad que justifica la necesidad de cooperación y participación para garantizar la libertad a la mayoría de las personas, aun a costa de la servidumbre de las cosas⁴¹.

El tema de la escasez como argumento de la no universalidad actual de los derechos es una visión muy delicada y bastante criticada, puesto que es un modo de acentuar una imposible realización total de los derechos sociales. No está tan claro que se pueda negar la titularidad a quienes disponen de medios: «si el fundamento del título de derecho es la existencia de una necesidad, está claro que no»⁴². Quizás ello sea así porque la escasez es un argumento para defender un determinado tipo de organización política que distribuye los recursos de determinada manera subordinando los objetivos sociales que persiguen los derechos sociales. Por eso, se puede afirmar que las injusticias económicas no son la consecuencia de crisis económicas coyunturales, sino que son efecto de unas crisis estructurales y permanentes, esto es, son efecto del sistema socioeconómico dominante a escala

⁴⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 62. *Vid.* asimismo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto», en *Derechos y Libertades*, 6 (1998), pp. 15-34.

⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Escasez y derechos humanos», en Sauca, J. M.^a (ed.), *Problemas actuales de los derechos humanos*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994, pp.193-213.

⁴² DE LUCAS, J., «Los límites de la universalización de los derechos», en *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de Bienestar*, cit., p. 165.

mundial⁴³. La escasez como miseria de grandes masas sociales no es consecuencia de una ineficacia productiva, sino de una concepción de apropiación y distribución de bienes. De ahí la necesidad de promover una democracia económica a nivel mundial que favorezca realmente la solidaridad y el desarrollo, y asegure un mínimo de recursos necesarios, es decir, un derecho a la supervivencia⁴⁴. En definitiva, se trata de repensar íntegramente el sistema para que éste proteja de forma total la dignidad de todos.

2.2.b) EL CARÁCTER ABSOLUTO Y LA EFICACIA RELATIVA

En el sistema jurídico «el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna»⁴⁵. El mismo Tribunal Constitucional ha afirmado que ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado y absoluto⁴⁶. Esto no quiere decir que los límites de los derechos sean sólo límites jurídicos. De Asís ha dado una visión más amplia considerando restricciones de aproximación a los derechos, de su propio concepto, de su titularidad, de su ejercicio, de su significado, de su plasmación jurídica y, finalmente, de los sujetos obligados⁴⁷. Asimismo, Peces-Barba traza la distinción entre límites jurídicos y de hecho⁴⁸, y Fernández Segado diferencia entre límites intrínsecos y límites extrínsecos⁴⁹. Los límites jurídicos o intrínsecos derivan de la propia existencia social y de los derechos de los demás sujetos. Los límites de hecho o extrínsecos se refieren a la propia naturaleza de cada derecho, así como a situaciones sociales o económicas y función social.

⁴³ LÓPEZ CALERA, N., «Escasez y cambio de modelos», en J. M.^a Sauca, (ed.), *Problemas actuales*, cit., p. 266. Vid. asimismo, id., GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Derechos humanos y escasez: entre la economía y la moral», pp. 273-284.

⁴⁴ BARCELONA, P., «I diritti economici, sociali e culturali nell'ordinamento interno», en AGNATI, A., e altri, *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva de un nuovo stato sociale*, CEDAM, Padova, 1990, pp. 19-29.

⁴⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La teoría jurídica de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, p. 235. Vid. asimismo, AGUIAR LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14 (1993), p. 12; MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga en la Administración pública», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18 (1996), pp. 21-50; MARTÍN BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 59 (2000), pp. 29-56; PRIETO SANCHÍS, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Derechos y Libertades*, 8 (2000), pp. 429-468.

⁴⁶ STC 11/1981, de 8 de abril, o STC 181/1990, de 15 de noviembre.

⁴⁷ DE ASÍS, R., «Sobre el límite de los derechos», en *Derechos y Libertades*, 3 (1994), pp. 111-120.

⁴⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, cit., p. 588.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, «Teoría jurídica de los derechos fundamentales», cit., p. 236.

Los límites *de facto* son los que han planteado más problemas en relación a los derechos sociales. En el panorama doctrinal se suele identificar la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, y de los derechos fundamentales en general, con su efectiva protección jurídica, pero la eficacia depende de otros muchos factores políticos, jurídicos, sociales, económicos, culturales, sanitarios, tecnológicos, etc. Estas necesidades han llevado a las posturas liberales a defender que los derechos sociales admiten límites utilitaristas, es decir, pueden servir de moneda en el regateo político, con lo cual se abre un abismo jurídico y político entre ambos tipos de derechos⁵⁰. Tanto las posturas del liberalismo igualitario de Rawls o Dworkin, como las posturas neoliberales de Hayek, Buchanan o Nozick no consideran los derechos sociales como derechos frente a las mayorías ya que su carácter relativo y dependiente les hace mantener una posición subordinada a fines utilitaristas.

Es cierto que los derechos económicos, sociales y culturales necesitan de una organización política para desenvolverse y que, en principio, parecen estar más condicionados por los factores externos hasta el punto de tener contenidos diferentes atendiendo al nivel económico y el orden de prioridad de los derechos en cada país. Estas objeciones de los derechos sociales como derechos relativos no son, sin embargo, el único condicionamiento para su efectiva realización. Los derechos sociales pueden ser efectivos por varias razones. En primer lugar, ningún derecho puede ser garantizado de hecho de manera absoluta frente a eventuales violaciones, tanto oficiales como de particulares; en segundo lugar, la condición de suficiencia de los recursos materiales no es exclusiva de los derechos sociales; y, en tercer lugar, las condiciones económicas, sociales y culturales en la sociedad son condiciones modificables⁵¹. Parece ser, por tanto, que el motivo principal para justificar la gran condicionalidad a la que se someten los derechos sociales tiene sus raíces en una determinada visión ideológica de los mismos que concibe la organización política, social y económica de determinada manera. Pero los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales garantizadores de exigencias derivadas de la dignidad humana, esto es, condiciones del propio ejercicio de la autonomía personal, entendida, no sólo como libertad negativa, sino también como libertad positiva. Por ello, no es razonable que el crecimiento de las necesidades, la escasez de recursos o la impotencia de la acción estatal puedan solucionarse a través de un recorte de las prestaciones, una rebaja del nivel de calidad o una reducción del número de beneficiarios, sino más bien mediante una reformulación del Estado social.

⁵⁰ BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el Estado de bienestar», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X (1993), p. 113.

⁵¹ RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, 15/16 (1994), pp. 659-661.

Las propuestas en este sentido muestran la continuidad entre los principios de igualdad y solidaridad, el principio del Estado social y el principio democrático, entendiendo la solidaridad como «el principio que vendría a tratar de recomponer el vínculo social que los derechos de igualdad no han logrado tejer o han contribuido a descomponer»⁵². Se pide una mayor democratización de los diferentes sectores de la vida social en la que las necesidades elementales de los individuos no sean determinadas por acciones estatales, sino por la participación de los mismos individuos convertidos en verdaderos interlocutores. Otras propuestas van dirigidas a una renovada regulación (que no *desregulación* como proponen los sectores liberales) en sentido procedimental y organizativo para crear los que se califica de «Derecho reflexivo». Se intenta sustituir la intervención por una labor facilitadora en la que el Derecho regule procedimientos, mecanismos de toma de decisiones y formas de participación y organización que hagan posible la «autorregulación». Se trata de crear un marco formal flexible que, también influenciado por la propias necesidades elementales y la dinámica social, permita la creación de condiciones estructurales favorables al desarrollo de una «conciencia organizativa» que refleje el equilibrio entre función y actividad del sistema social, o también que potencie una nueva de criticismo o ciudadanía conflictiva.

3. UNA TEORÍA JURÍDICO-FORMAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una vez analizada la fundamentalidad de los derechos sociales desde la teoría jurídico-material, se ha de pasar al análisis de estos derechos en tanto elementos insertados en un ordenamiento jurídico (en este caso, el español). En el intento por demostrar que los derechos sociales son derechos fundamentales, la teoría jurídico-formal se centra en la positivización, el concepto jurídico (estructuras y funciones) y las garantías de los derechos sociales.

3.1 La positivización

En la positivización de los derechos fundamentales se plantean varios tipos de problemas. Por una parte, los problemas en el ámbito técnico: en primer lugar, el tema de la imprecisión lingüística de los términos constitucionales, la ambigüedad, vaguedad y emotividad⁵³,

⁵² BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el Estado de bienestar», cit., p. 124.

⁵³ Este tema ha sido ampliamente tratada en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978», en *Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 179-200.

y, en segundo lugar, el tema del orden sistemático de los derechos fundamentales, esto es, la carencia de un catálogo jerarquizado de derechos que permita establecer las relaciones entre los mismos y la solución de los problemas que surjan de su colisión. Por otra parte y muy especialmente, destaca la cuestión de la positivización de los derechos fundamentales en diversos niveles normativos: la Constitución, la ley, el reglamento y la sentencia judicial.

De entre los niveles de positivización destaca la plasmación constitucional, puesto que dota a los derechos de una jerarquía superior y de la condición de *test* de validez material del resto de las normas del sistema jurídico⁵⁴. El hecho de que la Constitución haya introducido una pluralidad de reglamentaciones y medios de tutela y, sobre todo, haya marcado una escisión entre los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ha llevado a muchos autores a sostener que los derechos individuales, civiles y políticos se hallan plenamente positivizados en la Constitución, mientras los derechos económicos, sociales y culturales tan sólo han podido ser recogidos programáticamente en la norma fundamental y adquieren verdadero carácter jurídico-positivo tras el desarrollo por vía legislativa⁵⁵. Esta defectuosa positivización y la fractura plasmada en el texto son fruto de una determinada visión de los derechos fundamentales basada en supuestos ideológicos que no pudieron erradicarse en la complicada transición española y en la elaboración del texto constitucional. Pero, pasado el tiempo, esta deficiente configuración del *status sociale* ha de ser considerada una laguna que exige ser colmada de acuerdo con el principio de plenitud⁵⁶ o, desde otra perspectiva, una falta que pone de manifiesto la necesidad de entender los derechos sociales como verdaderas reglas de reconocimiento que actúan funcionalmente en el sistema al ser incorporados en el texto constitucional⁵⁷. A estos efectos, cabe hoy una lectura más amplia de los artículos 9.2 y 10.1 y una reinterpretación de la Constitución, texto que literalmente hace referencia a «derechos» sociales (derecho al acceso de la cultura, derecho al medio ambiente, derecho a una vivienda digna) y que establece la inclusión en el ordenamiento de los textos internacionales (art. 96).

El tema de la positivización en diversos niveles y la supuesta dependencia legislativa de los derechos sociales refleja de manera especialmente intensa otro asunto: el conflicto entre constitucionalismo y democracia. El problema radica en la determinación del organis-

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de los derechos», en *Revista española de Derecho constitucional*, 71 (2004), pp. 47-72.

⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica», en *Revista de Estudios Políticos*, 76 (1992), pp. 117-118.

⁵⁶ FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali», en *Teoria Politica*, 2 (1998), pp. 3-33.

⁵⁷ PALOMBELLA, L., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», *cit.*, p. 542.

mo realmente competente (Tribunal Constitucional o Parlamento) para fijar el contenido y alcance de los derechos sociales⁵⁸. Como derechos fundamentales constitucionalizados la competencia debería ser del Tribunal Constitucional que es quien tiene la última palabra en las cuestiones constitucionales. Sin embargo, el hecho de que las prestaciones requieren organización, una red de servicios públicos y procedimientos y, sobre todo, gravosos recursos económicos que implican decisiones políticas por parte del Parlamento ha primado otra visión según la cual la intervención constitucional es una intromisión ilegítima en las políticas legislativas. No obstante, los derechos vienen a conformar un Estado constitucional donde la política encuentra límites sustanciales. En este sentido, tanto los derechos de libertad como los sociales son vínculos impuestos a la democracia política⁵⁹. Merced a todo esto, es necesario tomarse en serio los derechos sociales y reconocer que tienen un núcleo irreductible e indisponible por el legislador, y que, por tanto, sólo puede ser determinado por el Tribunal Constitucional sobre la guía de la «conciencia social» en un tiempo y lugar determinados⁶⁰. Lo que sí hay que evitar es el establecimiento de criterios concretos o porcentuales⁶¹. La solución puede estar en los llamados «derechos fundamentales sociales mínimos»⁶², derechos que no tienen porqué ser especialmente «caros» sino que son vinculantes *prima facie* y susceptibles de ser ponderados (algo común también a los derechos de libertad clásicos).

3.2 El concepto jurídico

En la tradición liberal los derechos se conceptualizan estructuralmente y no de manera funcional. Los liberales definen los derechos fundamentales en base a la estructura típica de los derechos individuales, civiles y políticos, lo que les permite excluir de la fundamentalidad a los derechos económicos, sociales y culturales. Actualmente, sin

⁵⁸ PISARELLO, G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho», en CARBONELL, M., *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma, México, 2000, pp. 113-137.

⁵⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 24. Esta afirmación no conlleva la aceptación de la denominación «democracia sustancial» propuesta por Ferrajoli, ya que los derechos no hacen más sustancial a la democracia entendida como principio de autogobierno, sino al contrario: la delimitación de lo indecible restringe precisamente este principio. Lo que hace más sustancial a la democracia es la mayor decisión en diversos temas, y no, por supuesto, la restricción de los mismos (PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, cit.; BOVERO, M., *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000)

⁶⁰ STC 37/1994.

⁶¹ CARRILLO, M., «La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley», en *Jueces para la democracia*, 36 (1999), p. 69.

⁶² ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

embargo, la conceptualización meramente estructural de los derechos es criticada ya que las estructuras de los derechos (los principios, reglas y valores⁶³) no son fácilmente distinguibles. Por una parte, la distinción entre normas y principios no puede hacerse en un sentido fuerte tal y como pretenden Dworkin⁶⁴, Alexy⁶⁵ y, en España, Atienza y Ruiz Manero⁶⁶. Es decir, la mayor vaguedad, el menor peso, el carácter más abierto, son adjetivaciones muy amplias y difícilmente concretables (es imposible determinar, por ejemplo, cuánta vaguedad es necesaria para considerar una norma un principio). Lo que realmente importa para determinar la fundamentalidad de un derecho es la función que cumple tanto a nivel jurídico objetivo como a nivel jurídico subjetivo⁶⁷. Por tanto, los derechos sociales pueden articularse, según la función que pretendan ejercer, como principios y reglas y el hecho de que se hayan recogido principalmente como principios (y entre ellos como directrices) no significa que sea imposible su articulación como reglas. Por otra parte, se sostiene que tampoco existe una gran diferencia estructural entre valores y principios y a veces ni siquiera en contenido⁶⁸; aunque hay que reconocer que materialmente los valores y no siempre los principios van más allá de lo jurídico y suponen la conexión del Derecho con la moral, esto es, los sistemas actuales se conforman como sistemas abiertos a la moral y uno de los puntos de conexión son los valores⁶⁹.

⁶³ Los derechos fundamentales pueden configurarse como principios, reglas o valores [ABELLÁN, A. M., «En torno a la comparación y diferencia entre valores, principios y normas constitucionales», en *Revista vasca de Administración pública*, 48 (1997), pp. 253-261]. Como principios y reglas se está aludiendo a «estructuras» normativas en sentido estricto. La idea de valor, por su parte, adquiere un carácter ambivalente y aparece a veces como «estructura» y a veces como «estrategia de interpretación». Ahora bien, en cualquier caso, no es posible comparar reglas-principios con las llamadas instituciones que son técnicas propias de identificación⁶³; o, como diría Hart, reglas de reconocimiento o *test* de validez de normas (HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit.).

⁶⁴ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989.

⁶⁵ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., y PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit.

⁶⁶ Vid. ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit. Vid. también, GUASTINI, R., «Derechos: una contribución analítica (*Draft*)», en SAÚCA, J. M^a, *Problemas actuales...*, cit., pp. 127-141, y Comanducci, P.-Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto: ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁶⁸ PRIETO, L., «Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, 11, 1984, pp. 83-90. Peces-Barba entiende que no hay diferencias estructurales, pero sí de contenido (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984), aunque en el *Curso de Derechos fundamentales*, cit., incluye los valores dentro de las normas-principio.

⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, cit. Vid. asimismo, PRIETO SANCHÍS, L., «Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional», cit., y SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del TC: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, pról. de G. Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 1997.

En definitiva, el concepto jurídico de derechos fundamentales viene determinado por la función de los derechos. Concretamente son dos las funciones: la objetiva y la subjetiva. Para el Tribunal Constitucional la vertiente subjetiva significa que los derechos son derechos subjetivos que legitiman el poder y dan acogida a las exigencias de dignidad humana⁷⁰; la objetiva, que los derechos son elementos esenciales, estructurales y básicos del sistema que conforman la base axiológica del mismo, que tiene que ver más con una vertiente política, esto es, servir de fundamento de legitimidad a un Estado que pasa a ser Estado social y democrático de Derecho. En el caso de los derechos sociales se tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Mientras las libertades operan principalmente como derechos subjetivos y tras una larga evolución se ha ido reconociendo su carácter objetivo, en los derechos sociales ha sucedido a la inversa, es decir, se desplegaron principalmente como exigencias objetivas y sólo posteriormente se han ido articulando como derechos subjetivos. No obstante, la articulación de los derechos sociales en derechos subjetivos es todavía hoy una cuestión muy discutida. La mayoría de los autores sostienen que los derechos sociales tienen valor normativo inmediato y directo ya que toda la Constitución lo tiene⁷¹, «pero su eficacia para engendrar derechos subjetivos correlativos de estas obligaciones depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes»⁷². Se plantean, entonces, dos problemas: por una parte, la caracterización de los derechos sociales como derechos algo más que prestacionales; por otra parte, la necesidad de intervención del legislador para fijar las garantías secundarias de estos derechos.

Se argumenta que los derechos individuales, civiles y políticos son *derechos negativos* asociados con deberes de omisión o prohibiciones a los poderes públicos, y los derechos económicos, sociales y culturales son *derechos positivos* vinculados con deberes de acción u obligaciones positivas de esos poderes públicos. Según esta teoría, por tanto, los derechos sociales se configuran como derechos de prestación, normalmente frente al Estado⁷³. Ello significa, en primer lugar, que, frente a los derechos individuales, civiles y políticos, los derechos sociales necesitan de una organización política, hasta ahora la conocida organi-

⁷⁰ DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo I y II*, Civitas, Madrid, 2002. Vid. también, SERRANO, J. L., «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», en *Revista de Estudios políticos*, 56 (1987), p. 95.

⁷² CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática», cit., p. 108.

⁷³ En ocasiones, también se pueden generar obligaciones positivas a cargo de los particulares (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 208. ASIMISMO BARRANCO AVILÉS, M. C., *Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 339-348).

zación estatal (son *derechos específicos* que se tienen en virtud de los lazos institucionales o de actos involuntarios, y se distinguen de los *derechos genéricos* que se tienen *qua* personas). Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan (o al menos así han sido tradicionalmente concebidos), mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política, puesto que su determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades. En segundo lugar, los derechos sociales necesitan del Estado porque éste tiene ciertas obligaciones no ya de «abstención u omisión», como ocurría con los derechos individuales o civiles, sino de carácter positivo, de «dar o hacer». Esto se ha entendido por muchos como una forma de dependencia del individuo hacia al Estado que limita el carácter de la ciudadanía, especialmente de aquellos ya desaventajados⁷⁴. Ahora bien, aunque es cierto que los derechos sociales demandan sobre todo acciones positivas, cabe hacer varias puntualizaciones. En principio se ha de distinguir entre derechos de prestación en sentido amplio (que requieren una acción positiva normativa) y derechos de prestación en sentido estricto (que necesitan de acciones positivas fácticas basadas en normas jurídicas)⁷⁵. Estas últimas son el objeto de los derechos sociales fundamentales. Pero es que, además, no todos los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de prestación en sentido estricto. Por ejemplo, el derecho de huelga o la libertad sindical o también la limitación de jornada, salario mínimo, etc., son derechos que requieren de cierta intervención pública, pero no son propiamente prestaciones en el sentido fáctico. Por otro lado, se ha de afirmar que no todos los derechos de prestación en sentido estricto se reducen a los económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, el derecho a una asistencia letrada necesita de una acción positiva fáctica para que se pueda satisfacer. En definitiva, si se interpreta la prestación en sentido amplio se ha de señalar que no existe separación estricta entre los derechos individuales, civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Existe una cierta interdependencia o unidad entre los derechos individuales y sociales, ya que cualquier derecho genera para el Estado un entramado de obligaciones positivas y negativas, de tal modo que no cabe encontrar en una posible distinción conceptual tajante la causa justificativa del tratamiento jurídico diferente que existe entre ambos tipos de derechos. Es posible afirmar, por tanto, que las diferen-

⁷⁴ VALENTINI, C., «Diritti sociali e repubblicanesimo negli Statu Uniti. L'analisi di Cass R. Sunstein», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXIII, 1 (2003), p. 178.

⁷⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. *Vid.* asimismo, SASTRE ARIZA, S., «Hacia una teoría exigente de derechos sociales», cit., pp. 256-257.

cias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales son diferencias de grado⁷⁶. Todos los derechos implican siempre una intervención por parte de los poderes públicos y no existe ningún derecho que tenga realmente «coste cero». Además, no existe derecho que pueda ser garantizado al cien por cien, esto es, los derechos en general vienen tutelados sólo hasta cierto punto por la intervención/abstención de los poderes públicos, algo que no depende sólo de la posibilidad de financiarlos⁷⁷. En definitiva, los derechos sociales refuerzan la colaboración y contribuyen al mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos, por lo que no se deberían dejar al albedrío de las cuestiones políticas⁷⁸. El hecho de que sean costosos no es más que un falso problema desde el momento en que los problemas financieros son un elemento característico de todos los derechos⁷⁹.

La dimensión subjetiva de los derechos sociales plantea un segundo problema: la ausencia de garantías secundarias. La exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos sociales y ni siquiera impide la vertiente subjetiva de los mismos⁸⁰. En primer lugar, la articulación de instrumentos procesales de los que pueda hacer uso el titular para hacer valer su derechos ante la jurisdicción ordinaria necesita de la intervención del legislador, la libertad de configuración del legislador ha de relativizarse ya que si la libertad se traduce en una ausente, insuficiente o defectuosa regulación el Tribunal Constitucional puede suplir esa circunstancia. En segundo lugar, el desarrollo legislativo resulta imprescindible también en otros muchos derechos fundamentales. Así, aunque directamente estos derechos aparezcan con restricciones, el hecho de que tengan que informar el ordenamiento jurídico supone que puedan ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios y, también, justiciables ante el Tribunal Constitucional no sólo a través del recurso y cuestión de inconstitucionalidad sino incluso mediante el recurso de amparo. Este último caso resulta posible cuando ya se ha llevado a cabo el desarrollo legislativo correspondiente y su contenido ha sido delimitado, pero siempre y cuando se invoque alguno de los derechos susceptibles de amparo, «que en este caso deberá ser interpretado a la luz de la exigencia prestacional»⁸¹. En el siguiente apartado se incide

⁷⁶ ABRAMOVICH, V./COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 24-25. Vid. asimismo, ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Contextos. Revista crítica de derecho social*, 1 (1997), pp. 3-55; y CONTRERAS PELÁEZ, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 17-21.

⁷⁷ VALENTINI, C., «Diritti sociali e repubblicanesimo negli Stati Uniti. L'analisi di Cass R. Sunstein», cit., pp. 186-187.

⁷⁸ GOMES CANOLTIHO, J. J., «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988), p. 255.

⁷⁹ GAMBINO, S., «Derechos fundamentales y formas de Estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI», en *Revista de Estudios Políticos*, 117 (2002), p. 17.

⁸⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit.

⁸¹ *Ibidem*, p. 106.

especialmente sobre el tema de las garantías de los derechos sociales, ya que la necesidad de un avance en la interpretación de la Constitución o, incluso, la reforma de ciertos aspectos que han quedado desfasados respecto a los derechos sociales demuestra que «una Constitución funcional tiene que alcanzar cotas de cumplimiento cada vez más altas, hasta la plenitud, en cuyo momento deberá posiblemente ser sustituida por otra más avanzada»⁸². Los derechos sociales son derechos fundamentales y como tales cumplen una serie de funciones objetivas y subjetivas que tienen que ser garantizadas.

3.3 Las garantías: la reinterpretación y los nuevos conceptos en torno a la noción de derechos sociales

La crítica tradicional realizada desde posturas iusnaturalistas es que el positivismo confunde entre derechos y técnicas de protección, o, lo que es lo mismo, entre derechos y garantías. Independientemente de esta polémica que aboga por la necesidad de completar la laguna causada por la ausencia de garantías secundarias de los derechos sociales, o por la necesidad de fomentar no las garantías sino su consideración de *test* de validez del resto de las normas jurídicas⁸³, es necesario reconocer que la reivindicación de las garantías secundarias es una forma de favorecer una mayor protección de los derechos, sobre todo, porque todavía se defiende que la fundamentalidad viene relacionada con una especial fuerza o resistencia de los derechos frente a las decisiones de los órganos públicos, esto es, que tienen un mayor grado de protección (lo que justifica, además, establecer un determinado catálogo de derechos⁸⁴). Los defectos de las garantías a nivel nacional e internacional se

⁸² BARRADA, A., «Los derechos de seguridad social en la Constitución española de 1978», en *Revista de la Seguridad Social*, 2 (1979), p. 37.

⁸³ Teorías positivistas recientes han justificado la separación entre derechos y garantías. Una de las más seguidas es la de Ferrajoli, que distingue entre garantías primarias (obligaciones y prohibiciones) partes del derecho y garantías secundarias (posibilidad de acción procesal) que no forman parte del mismo [FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantero Bandrés, Trotta, 1989, y «Garanzie», en *Parolechiave*, 19 (1999), pp. 15-32]. La crítica que se le puede dirigir es que el principio de plenitud se trata de un principio prescriptivo lógico-formal dirigido al legislador que no implica una obligación jurídica (PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, cit., p. 22). Por ello, la separación entre derechos y garantías se justifica a través de una teoría funcional de los derechos acorde con la concepción clásica de Kelsen según la cual éstos son fundamentales porque son reglas de reconocimiento de otras reglas. Es decir, los derechos tengan o no garantías existen en cuanto son criterios de validez sustancial del resto de las normas de un sistema jurídico (PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, cit., p. 28. Vid. asimismo PANNARALE, L., *Giustiziabilità dei diritti. Per un catalogo dei diritti umani*, Franco Angeli, Milano, 2002).

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 97, y «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución Española», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2 (1983), pp. 367 ss. En la Constitución española de 1978 el artículo 53 da lugar a tres niveles de resistencia.

han intentado salvar mediante, por una parte, la reinterpretación de las garantías actualmente plasmadas y, por otra, mediante nuevas concepciones de la noción de los derechos fundamentales.

Entre los intentos de reconstrucción de las garantías de los derechos sociales destaca el realizado por Abramovich y Courtis. Estos autores diferencian entre una exigibilidad directa y una exigibilidad indirecta⁸⁵. La *exigibilidad directa* permite hablar de dos tipos de garantías: las garantías normativas y las garantías jurisdiccionales. Las primeras suponen un mejor reconocimiento de los derechos tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Las segundas tienen que ver con la justiciabilidad de los derechos, esto es, con la posibilidad de reclamación ante los tribunales. En la reclamación se deben distinguir las obligaciones negativas y las obligaciones positivas generadas por los derechos sociales. En el primer caso, la naturaleza de las obligaciones permite el uso de las acciones tradicionales. En el segundo caso, las obligaciones positivas del Estado, esto es, omisiones en la realización de acciones o toma de medidas de protección, aseguramiento y promoción de los derechos en cuestión, pueden presentar mayores dificultades, quizás por el problema ya apuntado del choque entre poder judicial y legislativo. En estos casos es posible alegar la discriminación en la satisfacción del derecho o alegar la vinculación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos individuales, civiles y políticos. En cualquier caso es importante establecer mecanismos de debate y diálogo que recuerden las obligaciones a los poderes públicos y que concierne a los afectados de que son víctimas de una violación que se puede reclamar. La *exigibilidad indirecta* permite acudir a la discriminación y al principio de igualdad que efectivamente puede afectar a todos los derechos; alegar el derecho a la tutela judicial efectiva o debido proceso, o también a los derechos sociales protegidos a través de derechos civiles (ya que algunos de ellos han sido reinterpretados en clave social), y al derecho social como límite o restricción a un derecho civil (así en caso del derecho a la propiedad o libertad de comercio); o acudir a derechos sociales tutelados de forma más fuerte para proteger derechos sociales menos protegidos (de protección más fuerte son, por ejemplo, los derechos del consumidor). En conclusión, existe la posibilidad de justiciabilidad de los derechos sociales y el aumento en las reclamaciones y la resolución de casos a favor puede ayudar a crear precedentes y a reformular los derechos económicos, sociales y culturales afirmando su indiscutible fundamentalidad.

A parte de reinterpretar las garantías de los derechos sociales es necesario fomentar nuevas concepciones de los derechos fundamentales. La

Vid. también GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

⁸⁵ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit. Vid. asimismo AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J., *Lecciones de derechos sociales*, cit.

Carta Europea de los Derechos Humanos revoluciona el panorama de los derechos fundamentales y es de obligada mención como contribución creativa de la concepción y protección de los derechos fundamentales, especialmente porque recoge un catálogo escrito de derechos que no paraliza la vitalidad de los contenidos y que promueve un método dialógico o reflexivo entre los Estados nacionales europeos y la Unión⁸⁶ y porque tiene una clara orientación axiológica que fundamenta la Unión y que crea un nuevo sistema de clasificación de los derechos que difiere del generacional. La Carta aúna los derechos fundamentales en ella reconocidos en torno a esa serie de valores básicos comunes⁸⁷, sin distinción entre derechos de libertad y derechos sociales⁸⁸. La división viene a ser la siguiente: dignidad, libertad e igualdad (derechos de libertad e igualdad), justicia (derechos procesales), ciudadanía (derechos de ciudadanía) y solidaridad (derechos económicos y sociales).

Pero la Carta adolece también de importantes defectos⁸⁹. En primer lugar, existen algunas confusiones en el tratamiento de los valores. La dignidad no debe ser considerada como un derecho específico que poseen los titulares sino como base o fundamento de todos los derechos fundamentales⁹⁰. La igualdad no puede reducirse a su dimensión formal, puesto que todos los derechos son derechos de igualdad. La solidaridad se confunde con la dimensión social o material de la igualdad y se asocia con los derechos sociales en vez de ser una garantía humanitaria universal mínima (bajo el rótulo de la igualdad no se recogen todos los derechos que promueven la igualación en las condiciones materiales de vida, sino que muchos están bajo la rúbrica de la solidaridad⁹¹). Otras críticas se centran en la preexistencia del respeto a las exigencias de la competitividad económica. Por ejemplo, la propiedad se sigue considerando un derecho fundamental de todos, mientras los beneficiarios de

⁸⁶ BIFILCO, R./ CARTABIA, M./CELOTTO, A., *L'europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea*, Il Mulino, Bologna, p. 22.

⁸⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., «La Carta de Niza y la Europa de los ciudadanos. Apos-tillas a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Derechos y Libertades*, 11 (2002), p. 57. Vid. asimismo FERRARI, G. F., «I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali», en Id., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 43-44; SALAZAR, C., «I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea: un viaggio al termine della notte», en FERRARI, G. F., *op. cit.*, p. 245; LOIODICE, A., «La Carta di Nizza quale parámetro assiologico», en Id., *op. cit.*, pp. 211-216.

⁸⁸ WEBER, A., «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», COMBA, M. E., *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunita, Torino, 2002, p. 84. Vid. también PEREIRA DA SILVA, J., «Alcune note sui diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3 (2002), pp. 1120-1129.

⁸⁹ GARCÍA MANRIQUE, R., «Los derechos de la Carta Europea de derechos», en *Derechos y Libertades*, 11 (2002), pp. 377-380.

⁹⁰ Vid. a este respecto, BARTOLOMEI, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1987, pp. 18-20.

⁹¹ AZZARITI, G., «Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza», en Siclari, M (a cura di), *op. cit.*, pp. 61-80.

los derechos sociales se limitan a aquellos en condiciones de marginalidad social y económica⁹². A esto se une que los elementos que definen los objetivos sociales en el artículo 137 y siguientes no configuran un deber inmediato sino que reenvían al derecho comunitario y las leyes nacionales (la única excepción es el artículo 141 relativo la igualdad de oportunidades entre los sexos)⁹³.

El mayor de los defectos es que los derechos de ciudadanía quedan reducidos a la condición de pertenencia a la Unión, con lo que no se han superado los obstáculos tradicionales de la ciudadanía. Se presenta, entonces, el problema de la articulación de una nueva ciudadanía que evite la tradicional exclusión respecto a los extranjeros que no pertenezcan a un Estado. El fenómeno de la globalización permite la articulación de nuevo paradigma que abra las fronteras⁹⁴ y muestre la heterogeneidad en el interno de los territorios⁹⁵, reconozca la diferencia como un derecho y el diálogo como mecanismo de convivencia⁹⁶. Además, la nueva concepción tiene que acabar con los fenómenos de exclusión en el interior del propio Estado nacional generados por los movimientos de inmigración y fruto de la asociación entre ciudadanía y trabajo. Este fenómeno hace que el extranjero trabajador adquiera un estatus ciudadano debilitado que no le permite ejercitar todos los

⁹² PEZZINI, B., *op. cit.*, pp. 184-187.

⁹³ SALAZAR, C., «I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea: un "viaggio al termine della notte"», en FERRARI, G. F., *op.cit.*, p. 248, y TROICO, S., «I possibili contrasti tra i diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali in Europa: a chi spetta l'ultima parola?», en *Id.*, pp. 269-275.

⁹⁴ La «ciudadanía cosmopolita» pone de manifiesto que otra globalización es posible [Vid monográfico de «Globalizzazione», *Democrazia e diritto* 4 (2003); y el monográfico «Movimenti d'Europa», *Derive Approdi*, 22 (2001); FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., pp. 16-17; BALIBAR, E., *I diritti del popolo mondo*, Manifestolibri, Roma, 2003; CARLONI, S., «La cittadinanza tra universalismo dei diritti e sovranità degli Stati», en *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 2 (1999), pp. 353-358; y BRU PURÓN, C. M., *La ciudadanía europea*, Sistema, Madrid, 1994].

⁹⁵ «Los "diferentes" ya no sólo se encuentran fuera, sino también "dentro"» [FARIÑAS DULCE, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, cit., p. 38; LA TORRE, M., «Cittadinanza e nazionalità. Identità o differenza», en *Sociologia del diritto*, 3 (2001), pp. 81-111; AÑÓN, M. J., «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», en DE LUCAS, J., (dir.), *Derechos de las minorías en la sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, XI, CGPJ, Madrid, 1998, pp. 43-118, y «El test de inclusión: los derechos sociales», en Antón, A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, pp. 148-191].

⁹⁶ Vid FARIÑAS DULCE, M. J., «Ciudadanía universal versus ciudadanía fragmentada», en *Sociologia del diritto*, 3 (2001), pp. 10-13; LA TORRE, M., «Cittadinanza europea e ideologia italiana. Per la critica del realismo politico», en *Sociologia del diritto*, 3 (1998), pp. 56-57; RUBIO CARRECEDO, J., «Ciudadanía compleja y democracia», en RUBIO CARRECEDO, J./ROSALES, J. M./TOSCANO MÉNDEZ, M., *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 21-45; JABBAR, A./CONARDI, N., «Immigrazione e rapporti interculturali. I diritti umani fra enunciazioni e prassi», en TUGNOLI, C., *Tra il dire e il fare. L'educazione alla prassi dei diritti umani*, FrancoAngeli, Milano, 2000, pp. 136-158; PARIOTTI, E., «Multiculturalismo, globalizzazione e universalità dei diritti umani», en *Ragion pratica*, 16 (2001), pp. 63-85; BALIBAR, E., *Le frontiere della democrazia*, Manifestolibri, Roma, 1993, *passim*.

derechos (es un «subciudadano») y el ciudadano que no encuentra trabajo considere su situación un privilegio.

Para erradicar ambas exclusiones se ha de diferenciar, por un lado, ciudadanía y nacionalidad-pertenencia, y, por otro, acabar con todas las fuentes de exclusión (el mercado, el mérito, la necesidad). En definitiva, se ha de actuar en los dos frentes de exclusión: el que se refiere a los de fuera y el que se produce también desde dentro. Respecto de los fuera, porque el conflicto ya no se mira ni siquiera en términos laborales o económicos, sino de «seguridad nacional» u «orden público» en un intento de hacer política con la inmigración⁹⁷. En cuanto a los segundos, porque el proceso de vulnerabilidad de ciertos colectivos, cuyo origen está principalmente en la precarización del trabajo hace que la ciudadanía aparezca como un privilegio, no ya derecho, que viene a centrar el problema en aquellos que se supone pueden privarnos de ella dado que amenazan la pretendida homogeneidad social. Todo esto crea un ambiente hostil, de xenofobia y racismo que margina aún más a los inmigrantes y fomenta las mafias y la delincuencia. Además, la ciudadanía ha de incorporar las tres dimensiones tradicionales, incluida la social. Los derechos sociales no suponen, como defienden las tesis de los críticos conservadores, la dependencia pasiva del Estado y la reducción de la responsabilidad ciudadana, sino que son elementos esenciales para la garantía de la autonomía personal, mínimos materiales para una vida digna sobre cuya base se articulan el resto de los derechos. Los derechos sociales son condición indispensable para la responsabilidad y actividad ciudadana⁹⁸. Se debe promover, por tanto, una ciudadanía social integrada por una serie de derechos que tienen una eficacia desmercantilizadora⁹⁹. Sólo al reducir la dependencia del individuo del mercado se ahonda en su libertad real¹⁰⁰. Se deben promover una ciudadanía de los derechos y una ciudadanía política a modo de integración de ambas estrategias. En este sentido, adquiere una relevancia especial el fenómeno asociativo¹⁰¹. Se trata de un «reaprendizaje de la experiencia de la ciudadanía que permite civilizar de nuevo el ámbito de lo polí-

⁹⁷ DE LUCAS, J., «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», en Fernández Sola, N./ Calvo García, M. (coords.), *Inmigración y derechos*, Mira, Zaragoza, 2001, pp. 33-59.

⁹⁸ ZAPATA, R., «La responsabilidad ciudadana como fundamento de los derechos sociales: una cuestión polivalente», en *Revista de Estudios Políticos*, 94 (1996), pp. 147-170.

⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., «La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de *desmercantilización*», cit., p. 17.

¹⁰⁰ LA TORRE, M., «Cittadinanza e diritti sociali: una prospettiva europea», en *Inchiesta*, 28/120 (1998), pp. 73-80.

¹⁰¹ ROSALES, J. M., «Del altruismo espontáneo a la solidaridad organizada», en RUBIO CARRACEDO, J./ROSALES, J. M./TOSCANO MÉNDEZ, M., *Educación para la ciudadanía: perspectivas ético-políticas*, *Contrastes. Revista Interdisciplinaria de Filosofía*, suplemento 8, 2003, pp. 281-227. Vid. asimismo PAPISCA, A., «I diritti economici, sociali e culturali nel sistema delle relazioni internazionali», en AGNATI, A. E ALTRI, *Diritti economici, sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, op. cit., pp. 30-53.

tico»¹⁰². En definitiva, la globalización conlleva una nueva capacidad de darse instituciones no sobre la base de una racionalidad abstracta y metafísica (no a través de un Estado que reconoce y descentraliza), sino moviendo a los ciudadanos para darse reglas de convivencia y reconocerse recíprocamente como ciudadanos¹⁰³.

Para finalizar, es importante advertir que la Constitución europea podía haber sido una oportunidad de unión y renovación político-jurídica. La inclusión de la Carta en la Constitución europea fue un acierto¹⁰⁴ ya que el reconocimiento de los derechos fundamentales es un presupuesto ineludible de toda verdadera unidad política, porque, en primer lugar, sin derechos fundamentales no hay Constitución y, en segundo lugar, porque los derechos son los instrumentos justificadores del orden institucional¹⁰⁵. Pero la inclusión de la Carta no ha conseguido resultados distintos al resto de Cartas y tratados¹⁰⁶, especialmente en lo que concierne a los derechos sociales fundamentales que podían haber sido considerados derechos constitucionalizados no dependientes de las políticas llevadas a cabo en la Unión. En definitiva, la Constitución no promueve políticas públicas renovadas y la creación de nuevas garantías¹⁰⁷ y ofrece únicamente un constitucionalismo débil o debilitado muy alejado del proyecto de Estado social¹⁰⁸. Su déficit democrático no ha paralizado la hegemonía de los poderes económicos en un mundo globalizado¹⁰⁹.

¹⁰² ROSALES, J. M., *Política cívica. La experiencia de la ciudadanía en la democracia liberal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 252-253. Vid. también, CALVO GONZÁLEZ, J., «Doce preludios a la filosofía jurídico y política del siglo XXI», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (2000), pp. 419-438.

¹⁰³ BARCELLONA, P., *Le passioni negatte. Globalismo e diritti umani*, Città Aperta, Troina, 2001, p. 144.

¹⁰⁴ GARCÍA ROCA, J., «Originario y derivada en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, 119 (2003), p. 170.

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J. L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «El proyecto constitucional de la Unión Europea. Especial referencia al tratamiento de la exclusión social», en *Tribunal social. Revista de Seguridad social y laboral*, 161 (2004), pp. 15-31.

¹⁰⁶ Posibilidad puesta de manifiesto por ALONSO GARCÍA, R., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica. Editorial*, 209 (2000), p. 10. Vid. también, RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 229, y FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹⁰⁷ Esta necesidad la manifiestan PIETERS, D., «Qualitative European Social Security Legislation», en AA.VV., *The Social Quality of Europe*, La Haya, 1997, pp. 69 ss.; TREU, T., «Diritti sociali europei: dove siamo», en *Lavoro e diritto*, (2000), p. 447.

¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J. L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., cit., p. 24. Vid. también HERREIRA FLORES, J., «Las lagunas de la ideología liberal: el caso de la Constitución europea», en Zapatero, V. (coord.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, I, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 2002, pp. 367 ss.

¹⁰⁹ HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. de S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1998. Vid. asimismo HANSENNE, M., «The European Social Model and Globalization of the economy», en AA.VV., *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of The Century. Liber Aicorum in Honour of R. Blanpain*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 1998, pp. 192 ss.

La estructura de la filosofía jurídica kantiana. Sus orígenes medievales en Escoto y Ockham ¹

Por JOSÉ CARLOS MUINELO COBO
UNED-Madrid

SUMARIO: LA CUESTIÓN DEL COMIENZO METODOLÓGICO. LAS ESTRUCTURAS CONCEPTUALES EN EL PENSAMIENTO MEDIEVAL. LA MORAL DEL A *PRIORI* TRASCENDENTE. LA MORAL DEL A *PRIORI* INMANENTE. LA ESTRUCTURA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA.

Este artículo es continuación de otro ² en el que tratábamos de fundar estructuralmente, en razón de presupuestos y categorías medievales, el principio de la filosofía crítica kantiana. En aquél nos centrába-

¹ En este artículo hemos tratado de sintetizar, a partir del punto de partida de la cuestión por el *comienzo metodológico del criticismo kantiano*, algunas líneas de pensamiento que de una u otra manera ha desarrollado el filósofo suizo André de Muralt. Las obras de este autor más citadas en el presente estudio son las siguientes: *La conscience transcendante dans le criticisme kantien, Essai sur l'unité d'aperception*, París, Aubier, 1958; «Signification et portée de la pensée de Jean Duns Scot, Introduction, traduction et commentaire à la distinction 17 de l'*Opus oxoniense*, II», *Studia philosophica*, vol. 29, Bâle, 1970, pp. 113-149; «Pluralité des formes et unité de l'être, Introduction, traduction et commentaire de deux textes de Jean Duns Scot, *Sentences*, IV, distinction II, question 3; *Sentences*, II, distinction 16, question unique», *Studia philosophica*, vol. 34, Bâle, 1974, pp. 57-92; *La métaphysique du phénomène, Les origines médiévales et l'élaboration de la pensée phénoménologique*, Vrin, París, 1985a; *Comment dire l'être? L'invention du discours métaphysique chez Aristote*, Vrin, París, 1985b; «*Esse objectivum. L'immanence intentionnelle et la représentation de l'objet dans la théorie scotiste de la connaissance. Introduction, traduction et commentaire du premier livre des Sentences, distinction 3, partie 3, questions 1-2*», en *Philosophes médiévaux des 13.^o et 14.^o siècles*, Coll. 10/18, Union générale d'éditions, París, 1986a, pp. 167-208; «Grégoire de Rimini, Prologue au Commentaire des Sentences q. 1, a. 1, introduction, traduction et commentaire», en *Philosophes médiévaux des 13.^o et 14.^o siècles*, Union générale d'éditions, París, 1986b, pp. 373-404; *L'enjeu de la philosophie médiévale. Études*

mos fundamentalmente en los aspectos epistemológicos de su filosofía, en éste lo haremos especialmente en los aspectos prácticos y jurídicos. Con ambos pretendemos fundar la *estructura a priori común* que enmarca tanto el orden físico, como el moral y el jurídico de la filosofía kantiana.

Procederemos para ello de la siguiente manera. En primer lugar, tal y como hicimos en el anterior, nos preguntaremos por el *comienzo metodológico* que estructura la filosofía crítica kantiana. Esto nos conducirá a la idea de *representación*, y a la necesidad de revisar en las categorías conceptuales de la última escolástica los fundamentos estructurales de este principio. Su estudio nos abrirá dos grandes vías que atraviesan todo el pensamiento moderno hasta Kant. En el estudio anterior nos detuvimos en las implicaciones noéticas de esta doble tendencia (según el más allá o el más acá de la relación sujeto-objeto), en éste trataremos de enfocarlo más desde el punto de vista práctico: hablaremos así de *la moral del a priori trascendente y del a priori inmanente*. El recorrido por estas grandes líneas doctrinales nos permitirá, por un lado, fundar estructuralmente el principio metodológico kantiano; por el otro, abrir estos presupuestos trascendentales a la experiencia jurídica. Si la transición de la moral al derecho es necesaria en Kant para la coherencia de su empresa trascendental, la aplicación de la estructura fundamental de su filosofía al ámbito jurídico será necesaria para su propia coherencia fundacional. La especificidad jurídica merece asimismo ser recalcada dentro de los principios de la crítica.

LA CUESTIÓN DEL COMIENZO METODOLÓGICO

Empezábamos aquel artículo mostrando la tensión que mantiene el sistema crítico kantiano entre, de un lado, *la intención de construir*

thomistes, scotistes, occamiennes et grégoriennes, Brill, Leyde, 1991, 2.^a éd. 1993; *Néoplatonisme et aristotélisme dans la métaphysique médiévale, Analogie, causalité, participation*, Vrin, París, 1995; «Genèse et structure de la métaphysique d'Aristote», dans *La métaphysique d'Aristote, Revue de philosophie ancienne*, tomo 14, núm. 1, Bruxelles, 1996; «La toute-puissante divine et la participation dans la théologie occamienne de la grâce», dans *Im Ringen um die Wahrheit*, Festschrift der Gustav-Siewerth-Akademie zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Alma von Stockenhausen, Gustav-Siewerth-Akademie, Weilheim-Bierbronn, 1997; «La critique de la notion scotiste d'*esse objectivum*, le «psychologisme» et le «nominalisme» occamiens», dans *Métaphysiques médiévales, Cahiers de la Revue de Théologie et de philosophie*, Genève-Lausanne-Neuchâtel, 20, 1999; *L'unité de la philosophie politique de Scot, Occam et Suárez au libéralisme contemporain*, Vrin, París, 2002 (traducido al castellano por Valentín Fernández, con un estudio introductorio del propio Valentín y de F. León Florido: *La estructura de la filosofía política moderna. De Ockham a Rousseau*. Istmo, Madrid, 2002).

² *La cuestión del «comienzo metodológico» en el criticismo kantiano. Búsqueda de una estructura de pensamiento*, que aparecerá en breve en la editorial del «BOE».

una filosofía capaz de dar cuenta a priori de cualquier posible contenido científico, y, de otro, la influencia empirista que le obliga a tener en cuenta la afección del mundo exterior sobre el sujeto³. Esta tensión mantenía todavía en pie el talón de Aquiles de la crítica kantiana: la afección del sujeto trascendental por la cosa-en-sí, la cual corresponde a una causalidad necesaria, material y eficiente, irreductible a las categorías kantianas. Ésta no se sustentará, sin embargo, durante mucho tiempo, pues Fichte, en nombre del kantismo, condenará y rechazará este *leidige Ding an sich*. Desde ese momento el desarrollo de la dialéctica idealista alemana no podrá resultar sino fatal para la inspiración de la crítica kantiana. Recusado, como veremos, el fideísmo ockhamista, el sujeto se encontrará investido de toda la realidad posible, auto-constituido de su propia verdad (*Warheit*), norma y fin de su propia realidad (*Entfaltung*), alfa y omega del devenir universal. El principio crítico de Kant se encontrará de nuevo reificado, consagrado en mostrar cómo lo otro surge precisamente de la autonomía de lo mismo⁴. Ahora bien, si esta derivación estaba ya presupuesta en el mismo Kant, no fue ni mucho menos explicitada por él. Para el filósofo de Königsberg, quedaba siempre abierta la cuestión del *comienzo metodológico de la filosofía crítica*⁵, pues si bien ésta se presentaba como un idealismo trascendental desde la perspectiva de las categorías del entendimiento, no es menos cierto que la existencia del mundo externo y las impresiones que sufre el sujeto manifestaban la influencia del empirismo confesada por él mismo⁶.

A la hora de abordar los posibles puntos de partida, *a modo de principios metodológicos del sistema crítico* que estructuralmente pueden concurrir en atención exclusiva a la obra crítica kantiana⁷, cabe encontrar estos tres: por un lado, la *conciencia trascendental*, la cual extrema la importancia del sujeto, conciliándose bien con las expectativas idealistas, toda vez que el Dios medieval y racionalista ha encontrado un sustituto perfecto en el Espíritu activo; por el otro, el *mundo extramental*, lo que permite hacer justicia a la influencia empirista, reflejada en la permanencia de la afección de la cosa sobre la sensibilidad; por último, la *representación*, el *esse objectivum*, entidad cognoscitiva intermedia entre sujeto y mundo. Pues bien, los dos primeros vimos cómo no cumplen por sí solos las condiciones impuestas por el criticismo al conocimiento: (1) en primer lugar, que el conocimiento objetivo no puede ser obra del sujeto aislado, ya que todo conocer es sintético, y precisa, además de la forma subjetiva, de una materia proveniente de las afecciones de la sensibilidad por el

³ MURALT, *La conscience transcendente dans...*, *op. cit.*

⁴ MURALT, *La métaphysique du phénomène...*, *op. cit.*, pp. 158-159.

⁵ MURALT, *La conscience transcendente...*, *op. cit.*, pp. 11-15.

⁶ LEÓN FLORIDO, F., *Ser y sistema, Una aproximación al pensamiento de Juan Blanco*, ed. La Tarde, 2004, p. 205.

⁷ MURALT, *La conscience transcendente...*, *op. cit.*, pp. 13-15.

mundo externo; (2) y en segundo lugar, que el conocer debe ser inmanente al sujeto, estando sometido a su legislación, es decir, que el yo debe establecer las condiciones de posibilidad desde las cuales puede darse un mundo para nosotros. Bajo estas condiciones, el único punto de vista a partir del cual cabría abordar la filosofía crítica no puede ser otro que el de la *representación*, es decir, el *objeto inmanente del conocimiento*⁸.

Pues bien, nuestra tarea en aquel artículo consistía en tratar de justificar cómo este punto de partida estaba ya fundado *estructuralmente* en la filosofía escotista y ockhamista, y cómo su adopción obedecía a las consecuencias lógicas de un pensamiento que fluye por todos los pensadores modernos. En esta evolución se vio plasmada nuestra tesis que considera la filosofía crítica kantiana como el punto culminante de un apriorismo racional axiomático tanto en el ámbito del conocimiento como en el práctico. En éste recuperaremos igualmente las *estructuras conceptuales* fundamentales que explican esta evolución desde la última escolástica, pasando por el racionalismo cartesiano, hasta el criticismo trascendental kantiano, para llevarlo ahora al ámbito práctico-jurídico con el fin de que se vea ampliada a todos los ámbitos de la experiencia la estructura que funda los presupuestos trascendentales. Son las siguientes: (1) *la distinción formal ex natura rei*; (2) *la doctrina del ser objetivo* (*esse objectivum*); (3) *la hipótesis del poder absoluto de Dios* (*de potentia absoluta dei*)⁹. Éstas nos permiten observar las dos grandes líneas que, con desigual fortuna, han atravesado toda la filosofía moderna, erigiendo la *hipótesis ockhamista* en principio de «*natura rerum*», al reificar lo que no era sino una hipótesis o supuesto metodológico en Ockham en un *principio de naturaleza dado*. Ésta adoptará dos formas: la de una *metafísica*

⁸ Ahora bien, hay que comprender que la *representación* en Kant no es la de un objeto trascendente, pues la identidad real, la distinción de razón, entre el aparecer y el ser, queda disuelta en detrimento de una *total alteridad*: el ser en sí es tan diferente del fenómeno que produce eficazmente en el sujeto como la causa eficiente pueda serlo respecto de su efecto; entre estas dos realidades distintas no hay ya aquella semejanza formal que el aristotelismo concebía como una identidad intencional; el fenómeno aquí es un *fenómeno puro*, y no ya el aparecer del ser, esto es, el ser aparente: la representación se reduce entonces a un *representado puro* que no es ya de lo real representado. Siendo el ser la causa eficiente del conocimiento, éste no se define ya formalmente por su relación al ser, sino por su referencia *constitutiva al sujeto y a las formas a priori de éste* (MURALT, *La métaphysique du phénomène...*, *op. cit.*, pp. 116-117; *La conscience...*, *op. cit.*, p. 15).

⁹ Estas estructuras de pensamiento son una constante en el pensamiento muraltiano. A modo de ejemplo, consúltese para la primera (MURALT: *L'enjeu de la philosophie médiévale...*, *op. cit.*, pp. 64-70; «Signification et portée...», *op. cit.*; «Pluralité des formes...», *op. cit.*), para la segunda (MURALT: *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 90-126; «La critique de la notion scotiste d'*esse objectivum*», *op. cit.*), para la tercera (*L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 256-272, 352-407; «La toute-puissante divine et la participation...», *op. cit.*). Un buen análisis de estas estructuras conceptuales se encuentra en: LEÓN FLORIDO, «Una estructura filosófica en Historia de la Filosofía», *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, UCM, 2000, núm. 17, pp. 202-214.

racionalista de la omnipotencia divina, para la cual la filosofía llamada «clásica»¹⁰ representa el punto culminante, o bien la de una forma puramente *crítica*, en la que la empresa kantiana marca el término último. Se podría incluso hablar de un solo *movimiento ockhamista* cuyos representantes, por un lado, trataron de evitar los escollos de la hipótesis ockhamista, integrándola en una *síntesis agustiniana*, tradicional y rasurada (Descartes, Malebranche, Leibniz y Berkeley), y por otra parte los que explicitaron de una manera cada vez más radical las *consecuencias críticas* de la *distinción formal ex natura rei* en detrimento de toda metafísica y teología posibles (Guillermo de Ockham, Nicolás de Autrecourt, Hume y Kant)¹¹. Los segundos presuponen a los primeros, puesto que no hacen más que reconocer la imposibilidad de principio de la empresa de aquéllos, al recoger la más estricta estructura ockhamista y al alejarse de cualquier vía metafísica o teológica que recurriese a la *infusión directa por parte de Dios del ser objetivo de las ideas en el alma* y, por tanto, que redujese la *autonomía del sujeto*, muy comprometida por la metafísica clásica. Aquí se encontrará el punto de inversión a la estricta filosofía ockhamista. Será esta, en todo caso, la vía que culmina el principio metodológico del criticismo kantiano¹².

LAS ESTRUCTURAS CONCEPTUALES EN EL PENSAMIENTO MEDIEVAL

En relación con el análisis de cada una de estas estructuras conceptuales, lo primero que hay que recordar es que (1) la famosa *distinción lógico-formal ex natura rei* constituye la clave maestra que guía toda esta «revolución silenciosa»¹³ del pensamiento moderno que conduce desde la comprensión de los conceptos mayores de la filosofía (ser, verdad, bien, justicia, etc.) según una *lógica analógica*¹⁴ apoyada en

¹⁰ Por filosofía «clásica», también llamada «tradicional», entendemos la filosofía moderna salida de la noción de *representación* y de la *conciencia* (MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 38).

¹¹ MURALT, *La métaphysique du phénomène...*, *op. cit.*, p. 145.

¹² *Ibid.*, p. 155.

¹³ Muralt llega incluso a afirmar acerca de las consecuencias de la aplicación de la *distinción formal ex natura rei*: «Cas unique d'une révolution philosophique qui s'ignore, il s'agit ici très certainement de la seule révolution doctrinale digne de ce nom qui se soit produite dans l'histoire de pensée occidentale» (MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 118).

¹⁴ Sobre los diversos aspectos de la *analogía* en la obra muraltiana, consultar entre otros: MURALT: *Comment dire l'être?...*, *op. cit.*, pp. 47-64, 109-112, 140-148; *Néoplatonisme et...*, *op. cit.*, pp. 44-56, 149-156; «Genèse et structure...», *op. cit.*, pp. 31-50). Sobre la confrontación, a propósito de la interpretación de la filosofía de Aristóteles a partir de una lógica analógica o unívoca, con Pierre Aubenque (MURALT, *Comment dire...*, *op. cit.*, pp. 11-64; P. AUBENQUE, «Sur la naissance de la doctrine

la doctrina aristotélico-tomista de las distinciones: real, virtual, de razón razonada (*ratiocinata*) y de razón razonante (*ratiocinantis*) a una comprensión de los mismos conforme a la lógica *unívoca* escotista¹⁵. En este sentido la línea doctrinal aristotélico-tomista había definido dos clases de distinción, paralelas a la división del ser en real y de razón. La distinción real expresa, anteriormente al acto de la inteligencia que las constata, una ausencia de identidad real entre dos cosas o entre dos componentes sustanciales de una cosa; la distinción de razón se produce por la operación del intelecto y no se encuentra en la cosa real. La distinción real se divide en absoluta y modal, como la distinción de razón se divide en distinción de razón razonada y de razón razonante. ¿Cabría entre estos dos tipos de distinción un tipo intermedio? No, responden los aristotélicos, pues al igual que no hay *tertium quid* entre el ser real y el ser de razón, no hay tampoco *tertium quid* entre la distinción real y la distinción de razón. No existe otra distinción que la que la inteligencia constata en la realidad o constituye en la razón¹⁶. Escoto, sin embargo, abre una nueva división, al añadir a las distinciones real y de razón una intermedia *distinción formal*, que asegura al intelecto humano un conocimiento más perfecto de las cosas, que el aristotelismo había limitado ante la complejidad de la sustancia¹⁷. Nace así la distinción formal según la propia naturaleza (*distinctio actualiter formaliter ex natura rei*), que lleva lo que el aristotelismo llamaba la distinción de razón razonada o la distinción virtual a una cierta distinción *real* en las cosas, es decir, que engloba cualquier distinción *en acto* dentro de la cosa misma (*distinctio actu a parte rei*). *Rompe de este modo con la relación preconstitutiva de la materia y la forma en el ente, que caracteriza la unidad del ser aristotélico, al ser ahora la materia y la forma nociones intelectualmente distintas que también están actual y no sólo virtualmente separadas en la cosa real*. Esta distinción permite, por tanto, establecer el *principio metafísico de la pluralidad de las formas* en el interior de la cosa o sustancia, al definir la materia no ya como un componente sustancial dentro de la unicidad de la forma constituida por la sustancia, sino como una cuasi-forma, es decir, como una entidad formal y realmente distinta por sí misma, que posee el grado mínimo de la formalidad como tal dentro de la forma misma de la sustancia. Pero además determina así *el principio metodológico del análisis de lo que es*, esto es, la correspondencia que aparece a partir de ahora entre lo que es distinto

pseudo-aristotélicienne de l'analogie de l'être», *Les études philosophiques*, juillet-décembre, 1998, PUF, París, p. 292). Sobre los orígenes escolásticos de esta noción: CAYETANO (llamado Tomás DE VÍO), *In De ente et essentia D. Thomae Aquinatis Commentaria*, edit. P. M. -H. Laurent, Marietti, Turín, 1934, cap. 1; Juan de SANTO TOMÁS (llamado J. POINSOT), *Cursus philosophicus thomisticus: Ars logica*, II, q. 13-14; *Phil. Nat.*, I, q. 1, a. 3 (Marietti, Turín-Roma, 1948-1949).

¹⁵ MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 48-70.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 64-65.

¹⁷ Cfr. MURALT, 1991, 64-70.

según su noción formal y lo que es o puede ser separado en la realidad (*omni entitati formali correspondet adaequate aliquod ens*)¹⁸. Ambos aspectos constituyen en todo caso el principio mismo de la filosofía cartesiana (*Sexta Meditación Metafísica*): «Basta con que pueda concebir clara y distintamente una cosa u otra, para estar seguro de que una es distinta o diferente de la otra, puesto que pueden plantearse separadamente, al menos por la omnipotencia de Dios». E igualmente muestran de modo claro el inmenso alcance y porvenir que tendrán en todo el pensamiento posterior, pues la pluralidad de las formas (*essentialiae*) implicará una pluralidad adecuadamente correspondiente de existencias (*esse*)¹⁹, es decir, finalmente, una no-distinción real de la esencia y de la existencia.

Se crea de este modo un universo mental enteramente nuevo que abre curso a la matematización y formalización de lo real, pero también a la sustitución de la operación abstractiva por la aprehensión intuitiva, que puede conocer directamente la forma en la cosa, al estar aquélla ya actualmente separada en ésta. Desde un punto de vista estructural, puede decirse que es el punto justo donde comienza la filosofía moderna. Como consecuencia de estos cambios, la realidad física tiende a ser considerada como algo, una cosa-en-sí que permanece desconocida, sobre la que no es preciso «fingir hipótesis», sin que ello sea contradictorio con la fe en que la formalización matemática se corresponde exactamente con la constitución íntima de la realidad. *La distinción formal es el fundamento ontológico que explica que se acepte la posibilidad de que las fórmulas matemáticas que expresan las leyes de la ciencia física pueden «representar» perfectamente el mundo, simplemente porque la voluntad formalizadora así lo ha querido.* Una imposición formalizadora que no es arbitraria, puesto que bajo la formalización matemática subyace una metafísica de la correspondencia de formas intelectuales y reales, definida a partir de la distinción *ex natura rei*, que encuentran su unidad última en la propia unidad de la esencia divina. Pues es teológica la razón última de la posibilidad de compaginar sin contradicción la unidad material de la cosa concreta, tal como exige la distinción virtual aristotélica, con la pluralidad formal actual de la distinción de razón. La unidad se recompone en la absoluta trascendencia divina, ya que en Dios las

¹⁸ DUNS ESCOTO, *Reportata parisiensia*, I, dist. 12, q. 2, núm. 6 (*Opera omnia*, Ed. Wadding, Vivès, 26 vols., París, 1981 ss.). En el pensamiento moderno la ordenación fundamental que reviste el supuesto teológico ockhamista *de potentia absoluta dei* se hará conforme a un principio de *natura rerum* sustentado, bien en un agustinismo más o menos descafeinado, o bien en la divinización del sujeto.

¹⁹ MURALT: «Signification et portée...», *op. cit.*, núm. 16, 3.º párrafo; «Pluralité des formes...», *op. cit.*, núm. 46: «No sé nada, en efecto, de eso [que pretendería] que el ser (*esse*) sea una cosa no compuesta que sobreviene a la esencia (*essentia*), mientras que la esencia es compuesta». La misma idea se encuentra en F. SUÁREZ: *Disputaciones metafísicas*, disp. XXI, secc. 6, núm. 13-16 (Edición Biblioteca Hispánica de Filosofía, volumen V, Gredos, Madrid, 1963). JUAN DE SANTO TOMÁS, *Philosophia naturalis*, *op. cit.*, I, q. 7, a. 5; IV, q. 1, a. 3.

razones son unas en la esencia divina, antes de cualquier acto de inteligencia, pero son también formalmente distintas, pues si no, Dios se identificaría con el Uno plotiniano, encerrado en la autocontemplación de su unidad, sin posibilidad de participación creadora²⁰.

(2) La doctrina del *esse objectivum*. Como se acaba de ver con el tema de la distinción formal *ex natura rei*, también aquí hay que partir, en primer lugar, de la teoría que el aristotelismo medieval había desarrollado del *conocimiento*, como la unidad del sujeto y del objeto en el *acto de conocer*²¹. Éste se caracteriza por dos presupuestos: por un lado, la *causalidad total* que el sujeto y el objeto de la operación subjetiva (de conocimiento como de voluntad) ejercen recíprocamente entre sí; por el otro, la definición del *concepto* como la forma misma del objeto conocido en cuanto es inteligido en acto e informa a este título al sujeto inteligente²². Estos dos caracteres no son más que una aplicación análoga del principio de la unicidad de la forma, es decir, de la concepción física de una materia unida *por sí* a la forma en su relación trascendental a ésta²³.

Estas nociones se verán igualmente sometidas a la crítica ockhamista que lleva la distinción formal escotista hasta sus últimas consecuencias. Esto nos permite vincular la doctrina del *esse objectivum* y la tercera de las estructuras conceptuales, (3) la hipótesis de *potentia absoluta dei*²⁴. Así, en razón de la analogía que rige entre la materia y

²⁰ LEÓN FLORIDO, «Una estructura filosófica en...», *op. cit.*, pp. 205-207.

²¹ Véase, a modo de ejemplo para el *sentido*: ARISTÓTELES, *De Anima*, III, 2, 425 b 25-27; 426 a 20; 8, 431 b 22; para el *intelecto*: *De Anima*, 4, 429 b 6; 430 a 3, 20; 7, 431 a 1; 431 b 12-17; 8, 431 b 21 (introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 2000). En general, *Física*, III, 3, 202 a 18 (introducción, traducción y notas de Guillermo R. de Echandía, Gredos, Madrid, 1995).

²² Para el *sentido*, *De Anima*, *op. cit.*, II, 12, 424 b 2; III, 2, 425 b 23; para el *intelecto*, *De Anima*, *op. cit.*, III, 4, 429 a 15; *Metafísica*, XII, 7, 1072 b 20 (introducción, traducción y notas de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Madrid, 1994). Bajo el mismo prisma, véase: *De Anima*, *op. cit.*, III, 8, 431 b 28; I, 5, 410 a 10; II, 12, 424 a 18 ss.; III, 2, 425 b 23; II, 5, 417 b 2 ss.; II, 5, 417 a 20; 418 a 3; 11, 424 a 1; II, 5, 417 b 5; III, 8, 431 b 21; ii, 12, 424 a 25; III, 2, 425 b 26, 426 a 11; en general, *Física*, *op. cit.*, III, 3, 202 a 13 ss. Todos estos textos no son más que una aplicación de la *distinción de razón razonada* dentro de la unidad intencional que constituye el *acto de conocimiento*. Véase igualmente: *Física*, IV, 13, 222 a 16; y Juan de Santo Tomás, *Ars logica*, *op. cit.*, II, q. 2, a. 3; *Phil. Nat.*, *op. cit.*, IV, q. 11, a. 2, pp. 356 b ss.

²³ ARISTÓTELES, *Física*, *op. cit.*, II, 194 b 8-9.

²⁴ La distinción entre la potencia absoluta (*absoluta*) de Dios y la potencia ordenada (*ordinata*) es un lugar común en la filosofía medieval, desarrollada al hilo de los comentarios de las *Sententiae* de Pedro Lombardo. La polémica que adopta el tono de una *disputatio* se centra en torno a la relación de preeminencia entre la Voluntad de Dios y el Intelecto divino. Según la potencia ordenada, Dios podría producir todo aquello que es compatible con las leyes de la justicia y de la sabiduría divinas. Según la potencia absoluta, Dios puede producir todo aquello que no incluye en sí mismo contradicción. La primera línea de pensamiento tiende a subrayar la necesidad del acto creador, siguiendo el necesitarismo plotiniano que se traslada al pensamiento árabe a través de Avicena. La segunda, en cambio, pone en primer plano el poder ilimitado de Dios sobre toda otra consideración (MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 75).

la forma por un lado, el sujeto y el objeto por el otro, la voluntad y el bien, la distinción formal escotista permite concebir ya como no contradictorio que tanto un acto de conocimiento como un acto de voluntad (al igual que una materia en el caso de la sustancia física) estén privados de sus objetos propios (la verdad y el bien) al estar de suyo informados (por la idea objetiva en el caso del conocimiento o por la ley en el caso de la voluntad) y, a pesar de esta ausencia de objeto o de necesidad natural, pueda ser considerado *de potentia absoluta* como verdadero o debido. En este sentido, la distinción de razón entre el sujeto (razón subjetiva) y el objeto (razón objetiva) que aplicaba el aristotelismo en el seno de la *identidad actual* del conocimiento y de la voluntad es *reificadas*, manifestando ahora esta distinción de nociones, aquí como entonces, una auténtica separación real entre el sujeto (subjetivismo/voluntarismo) y el objeto (objetivismo) de conocimiento y de voluntad. En estas condiciones, tanto el conocimiento como la voluntad no se definen ya formal o finalmente por su objeto propio al que tiende en una relación actual que siempre subyace, sino *a priori causa*²⁵, en el sentido escolástico del término, puesto que el objeto, si ejerce una causalidad sobre el acto subjetivo, no deja de ser una causa segunda creada, a la que la causa primera, Dios mismo, *de potentia absoluta dei*, puede *sustituir* de hecho absolutamente. De este modo, la aplicación de la distinción formal *ex natura rei* en el ámbito de conocimiento implica no sólo que *de potentia absoluta dei*, si Dios así lo quisiera podría producir un acto de conocimiento verdadero, independiente no sólo de la *presencia*, sino también de la *existencia actual* del objeto de ese acto (Dios supliría así la causalidad que la cosa exterior ejerce normalmente sobre el acto de conocimiento según el curso ordinario de la naturaleza, es decir, *de potentia ordinata dei*), sino que, mediante el ejercicio de esta preeminencia que caracteriza su causalidad primera con respecto a toda causa segunda, Dios actuaría así, directamente, sobre el sujeto cognoscente, produciendo inmediatamente: bien la representación que el sujeto constituye en sí mismo de la cosa conocida: el *esse objectivum* o *repraesentatum* de ésta en el seno del conocimiento (doctrina que seguirán preferentemente Escoto y alguno de sus discípulos como Gregorio de Rímmini)²⁶; o bien el *acto subjetivo* mismo, en cuanto no exigiría la presencia *in esse objectivo*

²⁵ Es decir, por la causa anterior, por Dios (MURALT, *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, p. 33 no. 3; traducción, p. 76, núm. 14).

²⁶ La doctrina del conocimiento proposicional gregoriano está bien desarrollado en MURALT: *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 127-167; «Grégoire de Rimini...», *op. cit.*; la doctrina del conocimiento representativo escotista, MURALT: *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 90-126; «*Esse objectivum. L'immanence...*», *op. cit.*; «La critique de la notion scotiste...», *op. cit.* Igualmente sobre el pensamiento de Escoto es interesante consultar: BOULNOIS, O., *Sur la connaissance de Dieu et l'univocité de l'étant* (Épiméthée), PUF, París, 1988 (con la traducción del *Ordinatio*, I, dist. 3, p. 1; dist. 8, p. 1; Collatio 24); *Être et représentation, Une généalogie de la métaphysique moderne à l'époque de Duns Scot*, Presses Universitaires de France, París, 1999; GILSON, E., *Jean Duns Scot, Introduction à ses positions fondamentales*, Vrin, París, 1952.

de la cosa conocida en el sujeto cognoscente, ni siquiera la presencia real de la cosa conocida exteriormente al sujeto cognoscente, en función de la posibilidad de *sustitución* de la causalidad segunda de la cosa por la causalidad primera de Dios (doctrina que seguirá el más estricto ockhamismo)²⁷.

Esta aplicación de la distinción formal escotista radicalizada por la hipótesis *de potentia absoluta dei vale, mutatis mutandi*, para el caso de la voluntad y, por tanto, tiene una aplicación inmediata en el ámbito jurídico. En esta perspectiva, la voluntad humana es considerada como indeterminada, si no indiferente, con respecto a lo que la ética aristotélica llamaba bien o mal; la relación intencional de la potencia viviente del querer a lo que le es bueno –amar a su amigo, amar a Dios– ya no se da, y tanto el amor al amigo como el amor a Dios dejan de ser considerados como los fines por sí del alma, para ser interpretados a partir de ahora como *preceptos impuestos bajo la forma de ley positiva por una decisión soberana de Dios*. Éste, en su omnipotencia absoluta habría podido prescribir no obstante a la voluntad humana el odio al amigo o a Dios como igualmente buenos, es decir como igualmente legales: meritorios de salvación eterna. Se ve entonces la doble tendencia de una doctrina tan extrema: por un lado, define *de potentia absoluta dei* la voluntad humana como infinita, ilimitada y esencialmente libre de derecho respecto de toda determinación final (toda determinación supone negación, represión y muerte, la voluntad es pues puro poder); por el otro, limita la potencia absoluta de la voluntad humana por la imposición a priori de la ley. Se ve así que, *de potentia ordinata dei*, es decir de hecho, si esta ley es la ley del amor evangélico (un franciscano no sería bueno si enseñase otra cosa),

²⁷ El primer caso supondrá la doctrina escotista de una cosa conocida presente *in esse objetivo*, al mismo tiempo como *término objetivo* del acto de conocimiento, y como *intermediario intencional* entre éste y la cosa exterior (MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 108-112). Este supuesto permitirá en su momento integrar la idea de la *iluminación divina* del alma, en función de la cual el *esse repraesentatum* de la cosa conocida participaría inmediatamente de la *ciencia divina*, sin depender en modo alguno de la cosa conocida; esta doctrina, como veremos, constituirá el antecedente inmediato de la tendencia reificadora del supuesto metodológico del argumento *de potentia absoluta dei* por parte de la metafísica clásica sustentada en el *más allá* de la relación sujeto-objeto, es decir, la famosa *filosofía de la idea clara y distinta*. El segundo, por el contrario, rechaza radicalmente la noción escotista de un *esse objectivum* o *repraesentatum* de la cosa conocida, y considera como posible *de potentia absoluta dei* que el acto de conocimiento no dependa más que de Dios (este supuesto, que apenas tendrá vigencia, seguirá el más estricto ockhamismo) (*ibid.*, pp. 168-255). Sobre la interpretación muraltiana de Ockham, véase: *Ibid.*, Estudios, IV y VIII; MURALT: «La toute-puissance...», *op. cit.*; «La critique de la notion scotiste...», *op. cit.*). Véase además: MICHON, C., *Nominalisme. La théorie de la signification d' Occam*, Vrin, París, 1994; PANACCIO, C., *Les mots, les concepts, les choses. La sémantique de Guillaume d'Occam et le nominalisme d'aujourd'hui*, Bellarmin/Vrin, Montréal/París, 1991; VIGNAUX, P., «Nominalisme», *Dictionnaire de théologie catholique*, XI, col. 748-784.

no es menos cierto que una ley del odio y de la guerra serían igualmente concebibles absolutamente²⁸.

Pues bien, esta aplicación por Ockham de la distinción formal *ex natura rei* tanto al ámbito de conocimiento como de la voluntad importará algunas consecuencias de vital importancia para el desarrollo del pensamiento moderno²⁹. Las resumiremos brevemente: (1) en primer lugar, de una u otra manera, cabría a partir de ahora un conocimiento verdadero, auténtico y legítimo, de una cosa que podría no existir; del mismo modo, si la voluntad es esencialmente indiferente a todo fin, Dios, *de potentia absoluta*, no podrá dejar de imponer necesariamente al alma un acto de odio (o de amor) con respecto a él formalmente independiente de la presencia de su objeto divino: *creatura intellectualis poterit beatificari absque hoc quod essentia divina sit sibi praesens in ratione obiecti*³⁰. (2) Ockham llegará incluso a afirmar la *posibilidad* de un conocimiento intuitivo de una cosa que no existe (aunque sólo como hipótesis *de potentia absoluta dei*, no como realidad comprobada, lo que le distinguirá de las reificaciones metafísicas posteriores que lo tomarán como un hecho natural dado); por lo mismo, Dios podría, en efecto, causar totalmente en la voluntad creada el acto de odiarle sin que ello entrañase mal moral, pues Él no está obligado a nada, y la criatura no es en ningún caso violentada en sus tendencias naturales, puesto que, no finalizada por sí, no está inclinada naturalmente ni al acto de amar ni al acto de odiar a Dios³¹. (3) Surgirá, en todo caso, una *duda radical* tanto sobre la unión del sujeto y del objeto en el acto de conocer, es decir sobre la objetividad del conocer, como sobre la unión de la voluntad al bien, la bondad del querer. (4) *Tanto el acto de conocer como el de voluntad dejarán de definirse ya esencialmente ni por la relación del sujeto (voluntad) con el objeto (bien) ni por la causalidad del objeto (bien) sobre el sujeto (voluntad) (ninguna «relación» posee realidad para los nominalistas, y como la causalidad es un modo de relación, tampoco ésta)*. (5) Resultará finalmente imposible demostrar que la cosa exterior sea causa del acto de conocer o del acto de querer: la causa formal del objeto de conocimiento y la causa final del objeto de voluntad serán sustituidas por la exclusiva causalidad eficiente de la voluntad en ambos casos. (6) Por último, se introducirá la idea de un saber *empírico a priori* (fundamento de todos los positivimos) *más allá o más acá* de la relación sujeto-objeto, como condición de posibilidad y fundamento de legitimidad de todo conocimiento verdadero, y que consti-

²⁸ MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

²⁹ MURALT, *La unité de la philosophie politique...*, *op. cit.*, pp. 18-19 (trad., 58-59).

³⁰ La fórmula citada es la del canciller Lutterell de Oxford que extrae del Prólogo a las *Sentencias* de Ockham (Guillermo de OCKHAM, I, Prólogo, q. 1, I, pp. 56-71, *Opera theologica (Scriptum in quattuor libros Sententiarum et Quodlibeta Septem)*, edición del Institutum Franciscanum Universitatis S. Bonaventurae, 9 vol. S. Bonaventurae, N. Y., 1967 ss.) (MURALT, *La unité...*, *op. cit.*, p. 30 núm. 4; trad., 72, núm. 4).

³¹ MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 244.

tuirán las dos tendencias fundamentales que atravesarán todo el pensamiento moderno; desde el punto de vista de la voluntad –que es el que seguiremos aquí preferentemente– se introducirá igualmente la idea de una *moral del a priori trascendente o inmanente* (es decir, más allá o más acá de la relación voluntad-bien).

LA MORAL DEL A PRIORI TRASCENDENTE

La primera vía, salida del *más allá* de la relación sujeto-objeto³², de la posibilidad de *potentia absoluta* de un conocimiento privado de su correlato objetivo propio y existente, de una representación que deviene entonces absoluta³³, será considerada por los grandes clásicos del siglo XVII no ya como una hipótesis o supuesto metodológico, sino como el mismo *orden de naturaleza*, reificando de este modo, según el *más allá*, la hipótesis ockhamista de *potentia absoluta dei*. Lo mismo ocurre, *mutatis mutandi*, en el ámbito de la voluntad a partir de una interpretación trascendente de la moral *a priori*. Esto abrirá la vía hacia un nuevo agustinismo y nos conducirá al paradigma de este *a priori* metafísico: *la filosofía de la idea clara y distinta*. Tanto el acto de conocimiento como el de voluntad se producirán, a partir de ahora, por la causa misma que lo define *a priori*. Esta causa se expresará de forma muy distinta según sea el filósofo que la ejerza. Así, en el caso de Descartes la libertad (es decir la voluntad, puesto que son la misma cosa) no tiene otros poderes legítimos que los que, dentro de los límites de la idea clara y distinta, son también justificados y fundados por ella, y la virtud (el hábito) cartesiana no tiene otro oficio y efecto que mantener presente al espíritu la evidencia de la idea a fin de que la libertad no sea determinada más que por «lo que es necesario», es decir, por el bien. El bien es así una verdad creada de toda eternidad por Dios, que el alma no descubre expresándolo existencialmente en el apetito natural, en el *pondus* interior de su voluntad, sino *a priori*, como una idea innata, clara y distinta³⁴. Para Spinoza, el acto moral no será ya reglado por un *a priori* de orden racional, puesto que tanto la vida moral como la beatitud se identifican pura y simplemente con el conocimiento intelectual perfecto, y desde este punto de vista la

³² Sobre los aspectos fundamentales de esta relación, véase, MURALT: *La métaphysique du phénomène...*, *op. cit.*, pp. 144-150; *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, pp. 19-23 (traducción, 59-64).

³³ Sobre el sentido de la noción de «absoluto» y las implicaciones que conlleva tanto en el ámbito físico (*independencia* de la materia de la forma), como en el ámbito de conocimiento (*independencia* del acto subjetivo de su verdad), en el ámbito ético y jurídico (*independencia* del acto volitivo respecto de su bondad) o en el ámbito político (*independencia* del pueblo respecto de la forma política que pueda recibir), véase: MURALT, *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, p. 121 (traducción, 157-158).

³⁴ MURALT: *La métaphysique du phénomène...*, *op. cit.*, p. 153; *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 244; *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, pp. 37-39 (traducción 81-83).

«racionalización» del acto moral es completa. Según Malebranche, el conocimiento metafísico es por sí mismo una moral. En Leibniz, por último, el acto moral también está determinado por la idea clara y distinta, es decir *a priori*, puesto que el bien es conocido como tal en el seno de una mónada «sin ventanas». En todas estas tesis se reconoce la estructura que rige el pensamiento del siglo XIV: *la distinción formal escotista radicalizada en el ámbito del conocimiento* (esse objectivum) *por la hipótesis ockhamista de potentia absoluta dei*. La disociación del acto subjetivo de su objeto entraña la sustitución (posible para Ockham; necesaria, como acabamos de ver, en la filosofía moderna) de la causalidad propia del sujeto creado por la eficiencia divina. Como ha apuntado paradójicamente André de Muralt³⁵: en estas condiciones el sujeto tanto de conocimiento como de voluntad de la filosofía clásica tiende a perder el dinamismo de su ejercicio propio, en provecho de una determinación eficiente y formal por parte de la omnipotencia divina. Y sin embargo el pensamiento moderno pasa por haber definido en la actividad del sujeto el principio de la filosofía.

El antecedente hay que buscarlo, según André de Muralt, en la reflexión filosófica, en la vía de un nuevo agustinismo, de Escoto y de algunos de sus discípulos, entre ellos y muy especialmente Gregorio de Rimini³⁶. En ambos casos una cierta *iluminación divina*, natural (en modo alguno sobrenatural), le da al sujeto las representaciones objetivas, que le permiten conocer como verdadera y querer como buena la cosa exterior, y así, asegurando *a priori* la objetividad, la verdad y la bondad de aquéllas, sustituir la causalidad propia que la cosa misma podría ejercer sobre el conocer y el querer humanos en la estructura aristotélica. Estas doctrinas resumen bien todo el acervo filosófico del pensamiento agustinizante, pero también de la interpretación medieval «necesitarista» de Aristóteles por los árabes y de la inspiración platónica que vinculaba el conocimiento del alma inmediatamente a las ideas en sí por la participación. Por el contrario, como apunta el propio Muralt, aun participando Ockham de los mismos presupuestos filosóficos que le permiten poner en quiebra la relación intencional del sujeto con el objeto de conocimiento y de voluntad, éste rechaza la presencia *in esse objetivo* de la cosa querida³⁷ o

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Así, Escoto admite la participación inmediata de la cosa presente *in esse objetivo* en el sujeto cognoscente respecto de las reglas ideales de la sabiduría divina; de manera similar, para Gregorio de Rimini los diversos aspectos de las cosas, conocidos *in esse objetivo*, constituidos en conceptos objetivos y compuestos entre sí en la proposición, son otras tantas participaciones creadas respecto de las ideas divinas, y corresponden además a otras tantas entidades formalmente *ex natura rei* en la realidad (MURALT, *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, p. 19; traducción, 59-60). Véase igualmente MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 90-167.

³⁷ El propio Ockham, aunque renuncia a la noción de un verbo mental conformado (*factum*) por la inteligencia y que termine su operación, no duda en fundamentar la

conocida en el sujeto, no consintiendo en fundar el conocimiento objetivo en la participación de los conceptos o de las intelecciones mismas respecto de las ideas divinas y adentrándose, por consiguiente, en una vía difícil que no tendrá mucho éxito entre los autores del siglo XIV: la de un nominalista resueltamente antimetafísico, excluyente de toda causalidad real y de toda representación *in esse objetivo* de la cosa querida o conocida, preocupado únicamente por manifestar el «paralelismo» de los conceptos y lo real en función de la sustitución operatoria (*suppositio*) de las cosas por los nombres³⁸.

Sea como fuere acerca de esta doble salida de sustitución de la causalidad formal o final de la cosa conocida o querida por la causalidad eficiente de la potencia divina (si por la vía representativa *in esse objetivo* escotista o por la vía de la co-existencia absoluta del sujeto y del objeto de conocimiento o de voluntad en Ockham), lo cierto es que la metafísica clásica se inclinará preferentemente por la perspectiva representativa de Escoto y Rímíni, y concluirá en la *filosofía de la idea clara y distinta*, tal y como la desarrolló particularmente el pensamiento cartesiano. En efecto, como recuerda Muralt, para Descartes, Dios crea las *representaciones* de las cosas separadamente de las cosas mismas. Las crea cada una por sí mismas, desde toda la eternidad, como ideas distintas formalmente *ex natura rei* (según el lenguaje de Escoto), o por retomar el lenguaje propio de Descartes, como ideas claras por sí mismas y distintas de cualesquiera otras, en una palabra, como verdades eternas, garantizadas de su correspondencia *a priori* con las cosas creadas en el tiempo. Por eso el alma las halla en sí misma, en la conciencia que adquiere de sí misma y por la que se asegura inmediatamente de su verdad y de su bondad en razón misma de su claridad y distinción. Aquí está el matiz que lo distingue del estricto ockhamismo y, como veremos más adelante, del criticismo kantiano, pues la negación de la intencionalidad del conocimiento y de la voluntad hacia el objeto deja de ser, así, hipótesis teológica, como lo es en Ockham, o artificio hiperbólico del método, como lo es todavía en el proceder de las *Meditaciones* (episodio del genio maligno), para convertirse, de un lado, en la *condición constitutiva del conocer cartesiano tal como es querida por Dios y como está fundamentada, de hecho, sobre la inmutabilidad de su acción creadora*³⁹, y, de otro, en la *norma que Dios impone a priori al entendimiento humano y éste, a su vez, a la voluntad, y con la que debe medirse el acto humano para ser moral*; es la «idea [...] que representa el bien o

moralidad del acto voluntario sobre una obligación que, impuesta *a priori* por Dios, tiene que ser reconocida en una proposición cuyos términos son, si no conceptuales, al menos lingüísticos. En este contexto, la fe cuyo objeto es la proposición predicativa, y no la cosa propuesta por ésta, se convierte en una actividad de observancia cuasilegal (MURALT, *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, p. 37 núm. 1; trad., 81 núm. 20).

³⁸ MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, pp. 177, 180, 380-381, 388-389 y 434.

³⁹ Cartas a Mersenne, de 15 de abril, 6 de mayo y 27 de mayo de 1630 (traducción parcial de E. de Olaso y T. Zwank, en *Obras escogidas*, 2.^a ed., Charcas, Buenos Aires, 1980).

la verdad, lo que ha de crearse, lo que debe hacerse, o lo que debe omitirse»⁴⁰, y que como toda verdad eterna, no depende ni del entendimiento humano ni de la existencia de las cosas, «sino tan sólo de la voluntad de Dios que, como supremo legislador, las ha ordenado y establecido desde toda la eternidad», según una causalidad puramente eficiente, precisa Descartes, en modo alguno final, lo que acarrea la ausencia de toda participación de las ideas del bien y de la verdad respecto de la bondad y la verdad sustanciales de Dios: como las criaturas según el Génesis, «la razón de que sean buenas dependen de que [Dios] ha querido hacerlas así»⁴¹. Las ideas tienen de este modo una *realitas objectiva* independiente del objeto representado en ellas. El mismo *cogito* incluso, aunque Descartes no haya utilizado con respecto a él la noción de *realitas objectiva*, se sirve de ella, ya que manifiesta la identidad inmanente de la realidad objetiva y de la realidad formal del yo en el acto de pensamiento. Desde este punto de vista, la multiplicidad de las ideas se organiza independientemente del orden mismo de las cosas que representan, y el discurso filosófico y científico se desarrolla según la evidencia de las relaciones claras y distintas entre sí, según el «orden de las razones», *a priori, more geometrico*.

Por tanto, como podemos observar, Descartes retoma por su cuenta la doctrina ockhamista de la omnipotencia arbitraria de Dios para darle paradójicamente el papel de *fundamento de la verdad a priori del saber* y de la *verdad objetiva* de «lo que debe hacerse» como precepto ejemplar del acto moral⁴². Pero es porque crea de hecho, en la más absoluta indiferencia de su libertad (y, por consiguiente, fuera de toda participación de la criatura respecto de su ser), las ideas de bien y de verdad bajo la forma del *principio de no contradicción*, por lo que el conocimiento, conciencia inmediata de las ideas evidentes, tiene la garantía de ser *verdadero y bueno absolutamente*, es decir, no relativo al objeto real correspondiente. Es, en el sentido primero de esta expresión, *a priori*, es decir, *a priori causa*, dependiente inmediata y exclusivamente de la única eficacia omnipotente de la causa primera. Un ejemplo tipo de este conocimiento *a priori* es el del trozo de cera: antes de saber si el trozo de cera existe (6.^a Meditación), Descartes sabe que es esencialmente extensión (2.^a Meditación).

Este modo de pensamiento rige también en el conocimiento leibniziano⁴³. Como señala Muralt, en todo caso ha de considerarse

⁴⁰ DESCARTES, *Réponses aux sixièmes objections*, Adam-Tannery (A.T.) (ed.), IX, p. 233 (trad. castellano de V. Peña, *Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas*, Madrid, Alfaguara, 1977, 330).

⁴¹ *Ibid.*, IX, 235-236 (trad. 333). MURALT, *L'unité de la philosophie...*, op. cit., pp. 37-38 (traducción, 81-82).

⁴² MURALT, *L'unité de la philosophie...*, op. cit., p. 37 (traducción, 81).

⁴³ «[...] nada puede acontecernos más que pensamientos y percepciones, y todos nuestros pensamientos y percepciones futuros no son sino consecuencias, aunque contingentes, de nuestros precedentes pensamientos y percepciones, de tal modo que si yo fuese capaz de considerar distintamente todo lo que me sucede o aparece ahora,

gratuita esta hipótesis de la filosofía clásica de que la conciencia clara y distinta de la idea garantiza la verdad y la bondad de ésta, es decir, la realidad extramental de lo ideado, según una aplicación sistemática de la distinción formal *ex natura rei* (6.^a y 5.^a Meditación) y que cree encontrar para el paralelismo ideas/cosas toda clase de garantías: para Descartes, la *eternidad divina*; para Leibniz, la *armonía preestablecida por la providencia*, que en función de un designio de simple inteligencia crea el mejor orden natural posible; en Spinoza la *unidad de la sustancia*, de la que el pensamiento y extensión son otras tantas expresiones –término, como nos recuerda el pensador suizo, cargado de sentido, ya que deriva evidentemente de la doctrina medieval de la *species expressa* y se vincula, así, a la doctrina del *esse objectivum*⁴⁴.

Sea lo que fuere de esta filosofía, lo que sí parece claro es que asume como principio la duda metodológica que los nominalistas del siglo XIV habían introducido acerca de la razón humana. En este sentido, y a pesar de las diversas reificaciones garantizadas de esta quiebra que constituye toda la metafísica clásica, lo que es innegable es que siempre quedará abierta la cuestión de saber si el conocimiento que se tiene, evidente y verdadero, del objeto extramental, y la voluntad debida de ese objeto o cosa, están determinados formalmente por este objeto o por la omnipotencia divina, es decir, si la omnipotencia divina se decide en tal o cual sentido, si sustituye o no al objeto⁴⁵. Según lo habían pensado primigeniamente los nominalistas del siglo XIV, sólo la *fe* es capaz de dar una cierta respuesta, en la medida en que incita al alma a adherirse a la omnipotencia incomprendible de Dios. Este *sentido fideísta y crítico*⁴⁶ es el que recogerá Kant en toda su pureza (alejándose de estas reificaciones que tratan de neutralizar la hipótesis okhamista que las funda según la adaptación original, ya vista, del tema de la iluminación divina) culminando en este sentido la revolución copernicana y el principio crítico del conocimiento y de la voluntad del yo (inaugurado por los ockhamistas del siglo XIV), es decir, restableciendo la *autonomía del sujeto* puesta en cuestión por la metafísica clásica. Pero para comprender esto bien habrá que desbrozar, aunque sea mínimamente, la estructura del *más acá* de la relación sujeto-objeto o el *a priori* inmanente de la moral⁴⁷. El mismo Kant no hará otra cosa que culminar brillantemente este proceso.

podría ver en ello todo lo que me ocurrirá o aparecerá alguna vez; lo cual no fallaría, y me sucedería de todos modos aun cuando se destruyera todo lo que hay fuera de mí, con tal que quedásemos sólo Dios y yo» (LEIBNIZ, *Discurso de la metafísica*, trad. de J. Marías, Alianza Editorial, Madrid, 1982, 74-75).

⁴⁴ MURALT, *L'unité de la philosophie...*, op. cit., pp. 22-23 (traducción, 63-64); *La métaphysique du phénomène...*, op. cit., p. 157.

⁴⁵ MURALT, *La métaphysique du phénomène...*, op. cit., p. 148.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 158.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 155; MURALT, *L'unité de la philosophie...*, op. cit., pp. 23-26 (traducción, 64-67).

LA MORAL DEL A PRIORI INMANENTE

Esta vía del *a priori inmanente*, al igual que la ya vista del *a priori trascendente*, constituye la cara inversa del mismo problema crítico surgido de la hipótesis ockhamista: por un lado, la independencia con respecto al objeto de conocimiento o de voluntad sigue apareciendo como el *rasgo constitutivo esencial* y necesario de uno y de otro; en segundo lugar, se sigue comprendiendo como única verdad indudable, que, a pesar de todo, en estas condiciones, se dispone de un conocimiento y una moral. Pero lo paradójico de esta nueva vía está en que, partiendo de la misma estructura filosófica que la anterior (la distinción formal escotista radicalizada en el ámbito noético y moral [*esse objectivum/esse volitum*] por la hipótesis *de potentia absoluta dei* ockhamista), es capaz de fundar con evidencia una primera verdad que es independiente de la forma garantizadora representada de una u otra forma por Dios: *la verdad del sujeto por sí mismo*. En efecto, entiende Muralt⁴⁸, lo que no puede dejar de ser cierto es que bajo la hipótesis ockhamista, *sive res sit sive res non sit*, la representación de la cosa está en la conciencia. Kant rechaza la salida metafísica que le había dado la filosofía clásica: la definición de la idea divina, expresión de la naturaleza o de la voluntad divina, como objeto inmediato del conocer y regla necesaria del obrar. Para Kant, Dios es una cosa entre otras, y su existencia, su necesidad, su causalidad, son tan problemáticas como las de cualquier otra. Definir el acto del sujeto por una norma trascendente divina, no hace más que evitar el problema sin resolverlo. Ahora bien, como por un lado, Kant tiene la convicción de que la universalidad y la necesidad de una ley física o moral no podría estar fundada en la experiencia o en la vida concreta como lo quiere la filosofía clásica; como por otra parte posee, al igual que algunos enciclopedistas como Rousseau, un sentimiento muy vivo de la autonomía del sujeto humano y de su libertad, no le queda más que interiorizar el *a priori* en la inmanencia del sujeto, sea en el plano de la razón teórica o práctica, lo que salva la definición *a priori* del acto humano al mismo tiempo que restablece su autonomía⁴⁹. Por tanto, antes de llegar a la cuestión de saber quién ejerce su eficacia directamente sobre el sujeto individual, si Dios o la cosa, se está seguro, con una evidencia que implica la certeza de mi ser, que el ser apareciente de la cosa (*esse apparens*), su ser objetivo (*esse objectivum*), su ser representado (*esse repraesentatum*), *está en mí*. En la medida en que, independientemente de la certeza con respecto a la cosa real, pienso su ser objetivo, es decir, produzco el acto inteligente que termina en la representación inmanente de ese objeto, en esa medida, *pienso*. Ahora bien, pensando, me aparezco, es decir, soy ante mí mismo mi propio

⁴⁸ MURALT, *L'unité de la philosophie...*, *op. cit.*, p. 24 (traducción, 65)

⁴⁹ MURALT, *La métaphysique du phénomène...*, *op. cit.*, p. 156.

ser objetivo, *mi propio ser aparente*. Al pensar el propio ser objetivo-representado de la cosa, tanto si es como si no, pienso, pues, mi propio ser objetivo; el ser aparente de la cosa, sea ésta o no sea, es, pues, mi propio ser-aparente. Lo que equivale a decir que *pienso con evidencia mi existencia de una manera absolutamente cierta, en el seno mismo de mi pensamiento del ser objetivo o aparente de la cosa, sea ésta o no sea*. Ahora bien, continúa Muralt, como mi conocimiento de la cosa puede, no obstante, ser el efecto en mí tanto de la cosa como de Dios, la hipótesis *de potentia absoluta dei* da a entender que la relación intencional actual de mi conocimiento o voluntad de la cosa con esa misma cosa no es esencial a mi conocimiento o voluntad, y me determina a concluir que la verdad supone como única consideración necesaria, o bien la identidad real de lo conocido y el conocimiento, o bien la identidad real del ser aparente y del ser existente. *Pero sólo el conocer del sujeto por él mismo es tal que su ser aparente es su ser real mismo, es decir, la existencia del sujeto. Cualquier otra realidad, en razón de la hipótesis ockhamista, no garantiza por sí la evidencia y la certeza del conocimiento que la funda*.

Se puede fácilmente comprobar cómo esta posición que Muralt extrae de Nicolás de Autrecourt⁵⁰ es estructuralmente similar a la del *cogito* cartesiano en el sentido de que la única certeza, en el caso de que Dios ejerciese exclusivamente su causalidad primera sobre el yo cognoscente, con exclusión del objeto conocido o querido, consistía en la identidad de la realidad objetiva y de la realidad formal, del pensar y del ser mismo del alma. Esta identidad es la única que resiste de veras a la hipótesis *de potentia absoluta dei* o a la del genio maligno, salvo que se destruya el ser mismo de aquel que busca la evidencia primera. Pues, en mi acto de pensar, Dios no puede sustituirme para causar en mí mi aparecer ante mí mismo, sin suprimir con ello el propio ser del sujeto que se aparecería por hipótesis en el ser aparente que Dios crea en él⁵¹.

A partir de entonces, todo saber objetivo y toda verdad práctica sólo quedan garantizados por reducción silogística a la evidencia de este primer principio y por deducción silogística a partir de éste. *Es en la inmanencia subjetiva y en el movimiento autónomo del pensamiento donde se encuentran el fundamento y el criterio del saber y del obrar humano verdaderos*. Esta identidad irrefutable del yo consigo mismo como principio de todo saber es, pues, la que encuentra el propio Kant. Ahora bien, por influencia de Hume (que rompe amarras completamente con el dogmatismo al aislar las representaciones sin preguntarse por su origen), Kant no trata ya de descubrir el criterio de

⁵⁰ Nikolaus VON AUTRECOURT, *Briefe*, R. Imbach y D. Perler (eds.), trad. alemana de D. Perler, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 1988. K. MICHALSKKI, *La philosophie au XIV.º siècle*, reimpresión de diversos artículos, Minerva, Frankfurt, 1969, pp. 132 ss.

⁵¹ MURALT: *La métaphysique du phénomène...*, op. cit., p. 121; *L'unité de la philosophie...*, op. cit., p. 25 (traducción, 67).

una correspondencia necesaria con la cosa real en las formas subjetivas *a priori*. En este sentido, la *Crítica de la Razón Pura* se encuentra, en efecto, al término de una corriente doctrinal que, en el seno de un movimiento principal de la filosofía moderna, busca las *condiciones de posibilidad del saber*, la condición objetiva del conocimiento, según un pensamiento de estructura ockhamista, *más acá* de la relación directa del sujeto con el objeto⁵². Pues para él, al igual que para toda la filosofía moderna, la misma causa puede definir y producir *a priori* el acto de conocimiento, pero esta causa, en Kant, no es ya metafísica; no podría entrar en concurrencia con la actividad propia del sujeto, hasta el punto de amenazar su dinamismo, como ocurre en la metafísica clásica: es el *sujeto trascendental*, y su actividad constitutiva la que define su propia autonomía.

Por esta vía, Kant recupera el auténtico *sentido crítico medieval* de la hipótesis ockhamista al margen de las hipostatizaciones y reificaciones garantizadoras del pensamiento y de la cosa a las que se vio sometida por la metafísica clásica. Por lo mismo, nos ayuda a validar aquella hipótesis acerca del principio metodológico del criticismo kantiano, pues si por un lado Hume, partiendo de los mismos presupuestos, había derivado hacia un claro escepticismo (al no aceptar el supuesto metafísico de la existencia de un Dios de voluntad omnipotente y arbitraria para limitarse al objeto, a la representación como nueva aparición), Kant tratará de superar el escepticismo humeano, sin por ello verse obligado a retornar a Dios como fuente de la objetividad del conocimiento. Como Hume, rechaza el orden causal de las causas formales, materiales, eficientes y finales, puesto que el mundo ya no es sino un objeto para el sujeto. Pero no recurre a Dios para hacer de mediador o sustituir a la naturaleza: dado que su conocimiento excede las capacidades de la razón humana, tomarlo como fundamento no podría sino conducirnos de nuevo al escepticismo⁵³. Por ello, el sujeto mismo ha de transformarse en *fuentes de objetividad*, haciendo que todos los poderes que anteriormente se asignaban a Dios pasan a ser atributos del sujeto racional. Nace de este modo el sujeto teórico y moral⁵⁴.

De las reflexiones anteriores se deduce, pues, que la noción con la que ha de iniciarse la reflexión kantiana es, entonces, la del objeto mismo, pero en su aparecer objetivo, como un *representado puro*⁵⁵.

⁵² MURALT, *L'unité...*, *op. cit.*, p. 23 (traducción, 64).

⁵³ LEÓN FLORIDO, F., *Ser y sistema...*, *op. cit.*, p. 211.

⁵⁴ Kant extrema la crítica hasta sus últimas consecuencias, al hacer que la ley extrínseca promulgada por el libre decreto de la voluntad divina se torne *poder legislador del sujeto*. Se determinan entonces dos esferas o dominios jurisdiccionales (*dictio*) del sujeto: la esfera teórica, sobre la que el sujeto puede determinar *a priori* los objetos que son susceptibles de un conocimiento posible, y la esfera moral, en la cual la razón mediante la libertad nouménica se hace voluntad absoluta, ley categórica universal que determina, también *a priori*, la bondad o maldad de las acciones en el mundo práctico, según su conformidad o no con la ley moral (*ibid.*, p. 207).

⁵⁵ Véase nota 8.

Pese a que, asociada a la noción de imagen, había sido ya utilizada por los racionalistas, y sobre todo por los empiristas, la representación en la filosofía crítica plantea problemas muy distintos a los que había tratado de resolver Hume, puesto que el sujeto no desaparece en Kant como mera pasividad afectada, sino que ha de llegar a ser *legislador*, a poseer un dominio, una esfera en la que sustituye al Dios de la escolástica crítica en todo su poder. Como explica perfectamente el profesor León Florido⁵⁶, la ley natural por medio de la cual Dios actúa eficazmente sustituyendo el orden causal, y la ley moral que se pone como bien al que apunta el acto de la voluntad, son ahora *leyes autónomas del propio sujeto*, quedando la razón humana establecida como raíz de la legislación en dos ámbitos, en el conocimiento y en la moral. En esa situación, la cuestión está en saber cómo conciliar la existencia de un mundo exterior, que es necesario desde el momento que se pone entre paréntesis la existencia de Dios que podría sustituirlo, con la existencia de un sujeto autónomo, esto es, un yo que pudiera imponer las condiciones de posibilidad en cuyo marco se dieran las representaciones.

Para resolver la dificultad y lograr fundar la esfera jurisdiccional del sujeto cognoscente y moral, es preciso acudir de nuevo a su fuente medieval y transformar la deducción objetiva escotista en deducción subjetiva. Así, como nos resume el mismo León Florido⁵⁷, lo que en Escoto era deducción de las formas a partir de la sola noción de ser, a través de los trascendentales, las formas más altas convertibles con el propio ser, y del resto de las formas jerarquizadas hasta llegar a la forma de corporeidad individualizadora, es, en Kant, una *deducción a priori de todas las estructuras del sujeto*. Pero la deducción puede efectuarse de un modo absolutamente autónomo sólo si el sujeto es su propia ley, esto es, si el entendimiento establece a priori las condiciones del conocimiento y si la voluntad es libre, crea su ley. Esta influencia de la distinción formal sobre la gnoseología y moral kantiana se hace notar primeramente en la separación de las facultades de la sensibilidad, imaginación, entendimiento y razón, no concebidas aristotélicamente como las potencialidades que contienen actos determinados, sino en su ser plenamente actual. Ahora bien, *las verdaderas formas distintas a parte rei son en Kant las categorías, que proporcionan las formas a priori que hacen posible una representación*. La deducción de las categorías es por ello trascendental y no empírica. Por otro lado, la distinción formal se manifiesta en el ámbito moral en las formas que se derivan del concepto nouménico de la libertad. Éstas son, en primer lugar, la ley apodíctica de la razón práctica, que se presenta como un *factum* de la razón incapaz de ser conocido intuitivamente pero capaz de ser aplicado inmediatamente en el orden práctico⁵⁸; el imperativo

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 211-212.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 212-213.

⁵⁸ KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, edición y traducción de Roberto R. Aramayo, Alianza Edit., Madrid, 2000, prólogo y pp. 55-56.

categorico, que coincide con la forma misma de la libertad, que es trascendental en el sentido tradicional del término, y posteriormente las formulaciones naturales de este imperativo, hasta llegar finalmente a las máximas bajo las cuales se subsumen las acciones. Pues bien, bajo este marco estructural expresado por la aplicación sistemática de la distinción formal escotista, tanto en el orden de las facultades del sujeto como en la misma relación de conocimiento o de voluntad (el objeto es la materia informada por las distintas formalidades del sujeto comandadas por la unidad de *apercepción trascendental*) y presididas por la hipótesis ockhamista de *potentia absoluta dei* que hace de la verdad del sujeto por sí mismo y de su libertad la verdad primera e independiente de la forma garantizadora, en la metafísica clásica, representada de una u otra manera por Dios, trataremos a continuación de enmarcar el orden jurídico dentro de la estructura de este *apriorismo racional* que encuentra en las categorías conceptuales del fin de la Edad Media su matriz estructural.

LA ESTRUCTURA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

En este sentido, la consideración que hace Kant del *derecho* concuerda perfectamente con esta estructura de pensamiento. Nos apoyaremos, para explicar esta relación, en una distinción básica salida del manejo de estas estructuras conceptuales: la distinción entre la unidad *por sí* y la unidad *de orden* por sí. Como sabemos, para el aristotelismo la cosa constituye una unidad por sí cuyos componentes esenciales, la materia y la forma, están unidos trascendentalmente sin posibilidad de separación alguna. De modo similar ocurre con el derecho, o mejor, *lo derecho* o *lo jurídico* (*to dikaion*), que es la cosa (*res*) justa en la relación de dos personas entre sí o de un bien a una persona. Sin embargo, para Kant (heredero de la distinción formal escotista y de la hipótesis de *potentia absoluta*) la cosa propiamente o *cosa-en-sí* se muestra como un disgregado de formalidades distintas (*fenómenos*) que co-existen entre sí bajo un principio primero que las completa o agota, siendo separables, incluso separadas efectivamente, de *potentia absoluta* (en este caso, por la voluntad del sujeto trascendental o legislador). Este principio trascendental gnoseológico y deontológico que funda, bajo la forma de un primer axioma (libertad/ley), el *orden* entre las distintas formalidades que co-existen a partir de ahora en sustitución de la cosa según el modo demostrativo, es necesariamente extrínseco a todas ellas (aunque inmanente en su relación de conocimiento o de voluntad a ellas, a diferencia de los principios teológicos o de derecho divino fundadores de la metafísica clásica), y sustituye a la unidad real de la cosa o unidad *por sí* por la unidad formal lógica (gnoseo-lógica y deonto-lógica) de la misma en sus distintas formalidades. *Esta lógica formalizada que nace en el ámbito moral y jurídico*

del sujeto legislador suplanta entonces a lo real y lo jurídico (es decir, el hecho de la relación justa entre personas o entre un bien y una persona) se constituye como un problema lógico paralelo a lo real, pudiendo definirse a partir de entonces como esencialmente normativo o deontológico⁵⁹, lo que hace que los juristas lleguen a concebir la posibilidad de una presentación axiomática de su disciplina. Se cae así en el *legalismo* típico del pensamiento jurídico moderno, al confundirse la forma propia del derecho con la ley, pues es esta última la que garantiza o representa la unidad o principio de la pluralidad de formas en la que se disgrega a partir de ahora la unidad real del derecho, como consecuencia de la distinción formal...

Siguiendo esta perspectiva, cuando Kant delimita el *principio universal* del derecho («Una acción es conforme a derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»)⁶⁰, la noción de «co-existencia», tema clásico del nominalismo ockhamista⁶¹, implica consecuentemente una auténtica separación real entre la libertad de cada una de las partes, concebidas *a priori* como infinitas pero limitadas extrínsecamente por una ley según una aplicación radical de la distinción formal *ex natura rei* escotista, al igual que cada una de esas partes (materia) y el todo (forma) no eran ya concebidas por Escoto y Ockham como *unos por sí* sustancialmente, sino como *dos* sustancias, por ejemplo el cuerpo y el alma, que necesitan de una *tertium quid*, la ley, que garantice su co-existencia; o como el intelecto y el inteligible que tampoco son concebidos ya como unos por sí inteligiblemente, ni la voluntad y el bien querido como unos por sí afectivamente, ni el cuerpo social y el príncipe como unos por sí políticamente. De este principio universal se infiere claramente la definición que hace el mismo Kant del *derecho* en el párrafo anterior a éste: «[...] el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal», lo que podríamos traducir en términos estructurales como «el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales lo que cons-

⁵⁹ Esta no distinción del derecho y la ley hace concebir al derecho como esencialmente normativo. El derecho en la concepción aristotélica es lo justo (*to dikaion*) en la relación de dos personas entre sí, o de un bien a una persona, *ius in causa positum*, por lo que no tiene nada de normativo, contrariamente a la ley que, siendo en efecto el ser-dicho del derecho, reviste evidentemente una función normativa y constituye por este hecho la puesta en obra política del derecho en tanto que justo (véanse los acertados análisis de: BASTIT, Michel, *Naissance de la loi moderne, La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Presses Universitaires de France, París, 1990, y VILLEY, Michel, *Formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1968; *Philosophie du droit*, 2 vols, Dalloz, París, 1975 y 1979 (trad. castellano: *Compendio de filosofía del Derecho*, 2 vols., Universidad de Navarra, Pamplona, 1979 y 1981). Asimismo, MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁰ KANT, I., *La Metafísica de las costumbres*, pár. C, 39. Traducción y notas de Adela Cortina Ors y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989.

⁶¹ MURALT, *L'enjeu...*, *op. cit.*, p. 411.

tituye una *unidad por sí* (la unidad de la materia y la forma, del apetito y de lo apetecible, del pueblo y del príncipe, de cada uno de los arbitrios particulares) sea a partir de ahora una *unidad de orden por sí* garantizada por un intermedio tercero (es decir, «según una ley universal de la libertad»), o bajo otras formulaciones: por una *forma de corporeidad* en el caso de la unión del cuerpo y del alma, por una *forma representativa*, *species* inteligible, significado proposicional, término lingüístico, en el caso de la intelección, por dicha *ley* en el caso de la voluntad o arbitrio de cada uno y con respecto a los otros, tal y como habían probado suficientemente las diversas doctrinas escotistas y ockhamistas.

Esta sustitución de la consideración aristotélica de la *unidad por sí* en el ámbito del *derecho* (esto es el hecho de la relación justa, en el sentido de ajustada *por sí*), por una unidad cuya única garantía está puesta en el *orden* que mantienen sus componentes por relación a un principio extrínseco a ellos, la *ley*, supone que a este ejercicio garante del orden que se atribuye a aquélla le esté unido esencialmente «la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción» (concebido no ya ontológicamente como en Aristóteles, sino de forma condicional o hipotética)⁶²; pues esta «facultad de coaccionar» o de *constreñir externamente* es la única que permite garantizar eficazmente las *condiciones de orden* impuestas por el sujeto legislador de modo más o menos arbitrario («según una ley universal») para conciliar los diferentes arbitrios formalmente separados que conforman a partir de ahora lo real-jurídico. Esta «facultad de coaccionar» constituye pues *la piedra angular de toda la doctrina kantiana del derecho y la diferencia específica que lo separa de la moral*⁶³.

Ahora bien, al situar a la *constricción exterior* como el rasgo común de la doctrina del derecho se plantean nuevas dificultades. Pues por un lado, según Kant, *el orden jurídico, de la misma manera que el orden moral o el orden físico, tiene su propia estructura a priori* cuya competencia es responsabilidad del filósofo y no del jurista⁶⁴. Toda experiencia tiene sus presupuestos trascendentales: la

⁶² KANT, I., *La Metafísica...*, *op. cit.*, párs. D y E.

⁶³ La distinción entre el derecho y la moral es de todos conocida. Aunque ambas parten del criterio común de la omnipotencia de la idea de ley, la forma de situarse frente al deber de ésta es diferente: puede actuar *conforme* al deber, esto es, sin violar materialmente la ley, o actuar *por respeto* al deber. En el primer caso la obediencia es puramente exterior, y es todo lo que requiere un orden jurídico consecuente; en el segundo la obediencia es interior: es la de un hombre de deber. Sobre la noción de *exterioridad* (*Ibid.*, III, 25: «La legislación ética es la que no puede ser exterior (aunque los deberes puedan ser también exteriores); la jurídica es la que también puede ser exterior. Así, cumplir la promesa correspondiente a un contrato es un deber externo; pero el mandato de hacerlo únicamente porque es deber, sin tener en cuenta ningún otro móvil, pertenece sólo a la legislación interior. Esta distinción está magníficamente desarrollada por RICOEUR, Paul, «Kant: de la moral a la doctrina del derecho», en *Rev. Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, núm. 4, 124-131.

⁶⁴ KANT, I., *La metafísica...*, *op. cit.*, prólogo y p. 6.

experiencia jurídica también⁶⁵. De esta manera se garantiza la estructura crítica común a todas las experiencias de la realidad posible, así como su engarce con las estructuras de pensamiento tradicionales. Ahora bien, *si la coacción exterior constituye la diferencia específica del derecho respecto de la moral parecería entonces que el derecho, a diferencia de la moral, quedase enclavado en la esfera de lo empírico, y no de lo trascendental. ¿Cómo entonces mantener el orden jurídico dentro de los principios de la crítica?* Una segunda cuestión se plantea igualmente: si la coacción exterior es lo único que asegura eficazmente la unidad de orden del derecho ¿cómo afrontar esta garantía: como un remedio extrínseco procedente de la voluntad divina (tal y como vimos había desarrollado la metafísica clásica con la doctrina del «derecho divino de los reyes») o bien de un modo autónomo e inmanente al sujeto trascendental tal como Kant estableció en los ámbitos noético y moral? Estas dos cuestiones parecen poner en cuestión la coherencia de la empresa trascendental en el mismo momento en que se transita de la moral al derecho, y por tanto la tesis defendida aquí.

La única solución posible que permitiera salvar esta coherencia consistiría en que la *constricción* (*Zwang*) derivase, de una manera o de otra, de la libertad sin dejar de ser *exterior*⁶⁶. Con ello se conseguiría mantener la especificidad jurídica respecto de la moral (salida, en ambos casos, de la estructura que convierte la unidad por sí en una unidad garantizadora de orden por sí) pero sin acudir, como garantía de este orden, a una voluntad externa a la de la propia inmanencia del sujeto trascendental, estando ésta igualmente coronada, como ocurre en la *Crítica de la razón práctica*, por el vínculo entre la *ley* y la *libertad*⁶⁷. En este sentido la esfera del derecho pasaría perfectamente por la estructura crítica: por un lado, saldría de la ruptura de la distinción formal escotista radicalizada por Ockham, pero no acudiría a ningún garante divino que asegurase la co-existencia de orden entre los sujetos o arbitrios particulares (como hacía la metafísica clásica), aunque tampoco lo dejaría al arbitrio de una voluntad coactiva sin ningún tipo de fundamento teológico o racional (positivismo empírico), sino que nacería de la libertad del sujeto (inmanente o trascendental) sin dejar por ello de ser exterior (trascendente o empírico). La deducción trascendental de este vínculo lo encontramos en el principio universal del derecho antes enunciado: «actúa de tal forma que el libre uso de tu arbitrio pueda *coexistir* con la libertad de todos y cada uno según la

⁶⁵ RICOEUR, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 126.

⁶⁷ El concepto de legislación está asegurado en el orden práctico por la conexión entre *libertad* y *ley* que, como sabemos, constituye el eje de la razón práctica: la razón es legislativa por partida doble: la ley es la *ratio cognoscendi* de la libertad, de la misma forma que la libertad es la *ratio essendi* de la ley –dicho de otra manera, la libertad se reconoce por cuanto se da en ella una ley y la ley no tiene sentido más que como ley de una libertad– (*ibid.*, p. 125).

ley universal»⁶⁸. Es preciso entonces que la constricción mantenga algún tipo de vínculo con la libertad. Pero esto sólo es posible si ella expresa el obstáculo que la libertad opone a los obstáculos puestos al ejercicio de la libertad⁶⁹. Entonces, cuando el derecho impide por la fuerza el impedimento de la libertad, expresa a su forma la libertad trascendental y la constricción entonces está justificada, sin dejar por ello de ser exterior a la moralidad pura⁷⁰.

Aquí se halla, a nuestro juicio, la matriz escotista y ockhamista que estructura el orden jurídico conforme a los principios de la *crítica*. Si el orden jurídico «es el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal», estas condiciones son el único remedio que le queda a Kant para garantizar una unidad al derecho que, tras la quiebra producida por las doctrinas escotista y ockhamista, no puede ser ya *por sí*, sino sólo de *orden* por sí. Esta unidad de orden sólo resulta eficaz por la constricción exterior (*potentia ordinata*) y ésta, a su vez, legitimada en su estatuto trascendental por su vínculo con la libertad como *ratio essendi* de la ley (*potentia absoluta*).

Si ahondamos un poco más en la doctrina jurídica de Kant encontramos nuevas evidencias de esta deducción trascendental en el modo en que Kant clasifica los derechos, así como en la dependencia del derecho privado frente al derecho público: «La división suprema del derecho no

⁶⁸ Literalmente reza así: «Una acción es *conforme a derecho* (*Recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» (KANT, I., *La metafísica...*, *op. cit.*, p. C).

⁶⁹ «El derecho está ligado a la facultad de coaccionar. La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él. Ahora bien, todo lo contrario al derecho (*Unrecht*) es un obstáculo a la libertad según leyes universales: pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, contrario al derecho [*Unrecht*]), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a lo que *obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme a derecho (*Recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción» (*ibíd.*, p. D). Se observará —apunta Ricoeur— que Kant no tiene ninguna necesidad de recurrir a ningún método dialéctico para pensar esta negación de la negación. El principio de contradicción es suficiente para dar cuenta de la equivalencia entre una doble negación y una vinculación analítica, es decir, tautológica. Pero entonces, ¿no remite otra vez el derecho a la moral? No, si la *exterioridad* tanto de la obediencia jurídica como de la constricción continúan siendo el rasgo distintivo del derecho (RICOEUR, *op. cit.*, nota 4, p. 130).

⁷⁰ RICOEUR, *op. cit.*, p. 126. Un ejemplo de esta vuelta de la teoría del derecho al terreno de la moral la hallamos en la idea de la *promesa*, que funda los contratos. Pues, si es cierto que la promesa es susceptible de no ser mantenida, ¿qué es lo que funda la obligación de mantener las promesas?, se pregunta Kant. Responde: El deber «que cada uno entiende por sí mismo» (KANT, I., *La metafísica...*, *op. cit.*, p. 19); un corolario, pues, del imperativo categórico. Ahora bien, si lo observamos desde el lado de la aceptación (p. 31), hay que decir que si, objetivamente, ésta basta para la validez del contrato, subjetivamente, le falta la *seguridad* de que la promesa sea mantenida, por lo que nos encontramos de nuevo reafirmada, con la constricción, la autonomía del derecho.

puede ser la división en derecho *natural* y *social* (como sucede a veces), sino la división en derecho natural y *civil*; el primero de los cuales se denomina *derecho privado* y el segundo *derecho público*. Porque al *estado de naturaleza* no se contrapone el estado social sino el civil; ya que en aquél puede muy bien haber sociedad, sólo que no *civil* (que asegura lo mío y lo tuyo mediante leyes públicas), de ahí que el derecho en el primer caso se llame derecho privado»⁷¹. Por consiguiente, sin un estado jurídico, sin «un poder legislativo público, es decir, sin un estado civil⁷², no hay derecho privado capaz de autonomía que, al mismo tiempo, garantice la libertad de cada uno». Kant llega incluso a decir: «Sólo en una constitución civil se puede producir una adquisición *perentoria*. Por el contrario, en el estado de naturaleza nada puede ser adquirido más que de un modo *provisional*⁷³. Pues, «aunque según los *conceptos jurídicos* de cada uno se puede adquirir algo exterior por ocupación o por contrato, esta adquisición, sin embargo, es sólo *provisional* mientras no cuente con la sanción de una ley pública, porque no está determinada por una justicia (distributiva) pública ni asegurada por ningún poder que ejerza este derecho»⁷⁴. La noción de garantía y, por tanto, de orden legal entre uno y otro derecho justifica, una vez más, la necesidad de esta estructura de pensamiento.

Finalmente, la *idea de justicia* también se ve implicada en esta deducción trascendental. Interviene justamente en el punto de articulación entre el derecho privado y el derecho público: su diferencia específica viene dada por la institución del *tribunal*⁷⁵. En efecto, al considerar la problemática del derecho privado es cuando lo justo, o la conformidad al derecho establecido en el principio universal, se define en términos de *justicia conmutativa* y de *justicia distributiva*. La primera hace referencia a «la *justicia* vigente entre las personas en su comercio recíproco» (*iustitia commutativa*); la segunda a «cómo puede conocerse *a priori* qué sentencia debe dar según su ley (*iustitia distributiva*)»⁷⁶. Se comprende, dice el filósofo Paul Ricoeur⁷⁷, por qué no es posible tener una justicia sin la otra: el vínculo sintético *a priori* que une la propiedad al propietario (en lenguaje kantiano: «lo suyo» al «arbitrio») está por principio amenazado: el otro es potencialmente el que puede acarrearle perjuicio. En este punto es donde precisamente el derecho se vuelve a separar de la moral: *por referencia al tribunal*: «La persona moral que administra la justicia es la *corte de justicia (forum)* y, en el desempeño de las funciones, el *tribunal (iudicium)*: todo esto pensado sólo atendiendo a condiciones jurídicas *a priori* (...). Por tanto, la cuestión no consiste aquí meramente

⁷¹ KANT, I., *La metafísica...*, *op. cit.*, p. 54.

⁷² *Ibid.*, p. 8.

⁷³ *Ibid.*, p. 15; RICOEUR, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 44 (jurídica).

⁷⁵ *Ibid.*, capítulo III.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 36.

⁷⁷ RICOEUR, *op. cit.*, p. 128.

en determinar qué es *en sí* justo, es decir, cómo ha de juzgar cada hombre por sí mismo sobre ello, sino qué es justo ante una corte de justicia, esto es, qué es de derecho»⁷⁸. Con el tribunal llega la constrictión y con la constrictión llegan todas las dificultades evocadas más arriba que conciernen a la independencia del derecho respecto a la moral. La justicia, según Kant, está tan íntimamente ligada a la institución del tribunal que, por contraste, el estado de naturaleza es susceptible de ser definido negativamente como aquel que ignora la justicia distributiva: «El estado no-jurídico, es decir, aquel en que no hay justicia distributiva, es el estado natural (*status naturalis*). A él no se opone el estado *social* (como piensa Achenwall), que podría llamarse estado artificial (*status artificialis*), sino el estado *civil* (*status civilis*) de una sociedad sometida a la justicia distributiva; porque en el estado de naturaleza también puede haber sociedades legítimas (por ejemplo, la conyugal, la familiar, la doméstica en general y otras), para las que no vale la ley *a priori*: «debes entrar en este estado», mientras que del estado *jurídico* puede decirse que todos los hombres que pueden contraer relaciones jurídicas entre sí (incluso involuntariamente) *deben* entrar en este estado»⁷⁹.

Al término del análisis del derecho privado, Kant encuentra motivos para elevar el formalismo jurídico a un nivel parejo al del formalismo moral de la Crítica: «Del derecho privado en el estado de naturaleza surge, entonces, el postulado del derecho público: en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico, es decir, a un estado de justicia distributiva. –La razón para ello puede extraerse analíticamente del concepto de *derecho* en las relaciones externas, por oposición a la *violencia* (*violentia*)⁸⁰–. Y un poco más adelante: «Mientras pretenden estar y permanecer en este estado de libertad exterior sin ley, los hombres no son injustos en modo alguno *unos con otros* si luchan entre sí, porque lo que vale para uno vale también recíprocamente para el otro, como en un convenio (...); pero en realidad son injustos en sumo grado al querer estar y permanecer en un estado que no es jurídico, es decir, un estado en que nadie está seguro frente a la violencia»⁸¹.

Al hacer depender el juicio práctico del tribunal, Kant abre camino, pues, a la teoría del derecho *positivo* (que será la de Kelsen), pero siempre bajo la condición de posibilidad de tratarse de «un estado constituido por una voluntad universal unida»⁸², es decir, bajo una condición *ideal*. Kant trataba de esta forma de oponer un obstáculo a lo que podríamos llamar una arbitrariedad institucional. Pero –se pregunta perspicazmente Ricoeur– ¿puede ser un tribunal una idealidad?

⁷⁸ KANT, I., *op. cit.*, p. 36.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 41, p. 136.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 42, p. 137.

⁸¹ *Ibid.*, p. 42, p. 138.

⁸² *Ibid.*, p. 39, p. 131.

¿Existe un tribunal que no sea empírico? Toda la dialéctica hegeliana del derecho abstracto, primera etapa, de la *realización de la libertad*, intentará responder a esta aporía kantiana del tribunal, vinculado al estatuto a medias trascendental y a medias empírico del propio «estado civil»⁸³. El principio crítico de Kant que quebraba la unidad por sí de lo jurídico (*to dikaion*) según la perspectiva aristotélica distinguiendo en una unidad de orden presidida por el vínculo libertad-ley los diferentes planos (empírico y trascendental, *de potentia ordinata* y *de potentia absoluta*, de derecho natural y derecho social, de justicia conmutativa y distributiva...), se encontrará con Hegel de nuevo reificado, consagrado en mostrar cómo lo otro del par surge *constitutivamente*, y no crítica o fideísticamente, de lo uno. Es bajo esta tensión entre la perspectiva crítica y metafísica, que ilustra maravillosamente la cuestión del *comienzo metodológico* de la filosofía crítica, como se jugarán los análisis iusfilosóficos posteriores.

⁸³ RICOEUR, *op. cit.*, p. 128.

El pensamiento de Ronald Dworkin: balance y críticas ¹

Por MARÍA LOURDES SANTOS PÉREZ
Universidad de Salamanca

SUMARIO: Habiendo transcurrido cuarenta años desde la publicación del primer escrito de Ronald Dworkin, resulta oportuno realizar un balance de su pensamiento. En este sentido, dos son sus aportes fundamentales. Por una parte, la oportunidad de sus doctrinas, su participación e influencia en algunas de las polémicas que han tenido efectos más importantes en las discusiones yusfilosóficas de las últimas décadas. Por otra, la novedad de las estrategias teóricas empleadas en las «formas» (por ejemplo, falta de sistemática, recurso a un utillaje teórico muy original), y en el «fondo». En este último sentido, dos aspectos sobresalen frente a los demás: la tendencia a crear herramientas terminológicas nuevas con la consiguiente resistencia a adoptar un marco de discusión más convencional, y lo que llamo el holismo metodológico. El presente artículo, además de presentar estas ideas, plantea algunos interrogantes para la reflexión.

El año pasado se cumplieron 40 años de la publicación del primer escrito de Ronald Dworkin, un artículo aparecido en la revista *Journal of Philosophy* con el título «Judicial Discretion». En las cuatro décadas transcurridas, la producción literaria del autor ha aumentado considerablemente aproximándose a las 200 publicaciones, que han tenido, en su conjunto, una enorme repercusión. Prueba de ello son sus reimpre-

¹ Los días 4 y 5 de noviembre de 2004 el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo rindió un emotivo –y merecido– homenaje al profesor Delgado Pinto. Junto con otros colegas de la disciplina tuve el privilegio de participar con una comunicación que reproduzco literalmente. Sirvan estas líneas como reconocimiento y tributo a su magisterio.

siones, su traducción a numerosas lenguas y la abultadísima, por no decir apabullante, bibliografía secundaria que han generado.

A la vista de esta situación, cabe preguntarse qué razones avalan su popularidad, el hecho de que la crítica, empleando laxamente una forma de expresión que él ha hecho famosa, se lo haya «tomado (tan) en serio», y por cierto que no siempre para adherirse a sus posiciones. No estoy segura de que las expresiones que propongo a continuación sean las más adecuadas, pero, en todo caso, mi propuesta quiere llamar la atención sobre las dos circunstancias siguientes: la *oportunidad* de sus doctrinas y la *novedad* de la(s) estrategia(s) teórica(s) seguidas por él para formularlas.

Para empezar, es indudable que Dworkin ha protagonizado algunas de las polémicas que han tenido efectos más importantes en las discusiones y desarrollos tanto de la teoría del Derecho como de la filosofía política de los últimos tiempos. En este sentido, en el campo de la *teoría del derecho*, la crítica coincide en señalar sus aportaciones como el desafío más importante a las tesis del positivismo jurídico en la formulación que les diera Hart. Como se sabe, «The Concept of Law» culminó de algún modo el proceso de puesta a punto del positivismo como una teoría del Derecho razonable, sólidamente fundamentada, y las objeciones formuladas por Dworkin contra lo que él mismo denominó «el modelo de las reglas» abrió en éste un frente crítico que no se ha cerrado. La crisis en que en estos momentos se encuentra el positivismo tiene causas muy diversas, pero la crítica de Dworkin ha sido uno de los principales desencadenantes. Por lo que se refiere al campo de la *filosofía política*, la reflexión de Dworkin conecta con la discusión de un amplio abanico de temas normativos relacionados con la organización del poder político que, entre otros factores, la crisis del denominado Estado de bienestar junto con el impacto de la teoría de la justicia de John Rawls han llevado a primer plano. Entre esos temas cabe mencionar (a modo de ilustración) las relaciones entre democracia y constitucionalismo, el modo de articular exigencias de equidad y de eficiencia, y la forma de conectar los valores de la libertad y de la igualdad. Dworkin, avanzando en la estela abierta por la obra de Rawls, aunque distanciándose de él en la estrategia de fundamentación, ha elaborado una teoría política que simpatiza con el ideario liberal (en el sentido que tiene esta expresión en Norteamérica). Por cierto que en su intento de dotar al liberalismo de unos fundamentos que, más que «políticos», son «éticos» se introduce de lleno en las discusiones epistemológicas contemporáneas. Lamentablemente, éste resulta ser un aspecto todavía muy en ciernes, por lo que apenas me detendré en él.

Tan importante como subrayar el hecho de que las contribuciones de Dworkin conectan con cuestiones que se encuentran en el centro de las discusiones actuales, es advertir su «novedad» o «singularidad» en cuanto a «la forma» y en cuanto al «fondo».

Respecto a «la forma» un primer aspecto que debe resaltarse es la falta de sistemática en la presentación de su pensamiento. En efecto, aunque su producción resulta muy abultada, faltan sin embargo «libros» que obedezcan a un diseño sistemático. Dworkin se presenta ante todo como un articulista prolífico que, además, no desdeña el tratamiento de temas por el muchas veces trascienden la esfera estrictamente académica. En segundo lugar, hay que señalar el hecho de que, a la hora de diseñar su estrategia, recurre de forma asidua a una terminología y, más en general, a un utillaje teórico muy original. Buena prueba de ello es el modo como afronta la crítica de posiciones adversas: pensemos, por ejemplo, en el ataque que dirige al positivismo jurídico que presenta como una teoría del derecho aquejada de una infección inoculada por el «agujón semántico»; o pasando a su filosofía moral, pensemos en las clasificaciones que hace de las teorías que interpretan el principio de igual consideración en términos de igualdad de bienestar. Hay que reconocer, sin embargo, que los novedosos recursos de que se sirve Dworkin no siempre contribuyen a esclarecer o, mejor aún, a fortalecer sus posiciones, y que, en ocasiones, el carácter abigarrado de su argumentación hace difícil percibir el nexo sistemático que, sin embargo, presta unidad a sus contribuciones. En ocasiones, su afición por acuñar etiquetas nuevas y multiplicar las distinciones hace que el crítico corra el riesgo de enredarse en disputas meramente terminológicas olvidando u obviando los verdaderos presupuestos y elementos implicados en las disputas.

Respecto al «fondo», llamo la atención sobre dos aspectos. El primero explica, en parte, esta tendencia de Dworkin a crear herramientas terminológicas nuevas. Dworkin se resiste a adoptar un marco de discusión más convencional y a situar en él sus ideas (1). El segundo es que tiende a localizar los debates en un «nivel profundo», allí donde convergen cuestiones fundamentales de teoría del Derecho, filosofía política y filosofía moral, disolviendo las barreras disciplinares convencionales que sirven de coordenadas para las discusiones (2). Veamos todo esto con un poco más de detalle.

(1) Para empezar, los escritos de *teoría del derecho*, quizá los más conocidos entre nosotros, reflejan una posición que no responde claramente a ninguna postura ortodoxa. Es cierto que Dworkin la emprende con el positivismo jurídico, que su teoría representa el ataque más poderoso que se ha llevado a cabo contra esta tradición de pensamiento en las últimas décadas; sin embargo, ello no significa una alianza clara con alguna versión del yusnaturalismo. Para apoyar mi afirmación, aludiré muy brevemente a tres tesis del autor: la tesis de los derechos (i), la tesis de la interpretación (ii) y la tesis de la integridad (iii). La primera permite captar mejor ciertas presuposiciones de racionalidad implícitas en la función jurisdiccional, la segunda enriquece el debate a propósito de los Derechos inicuos, y la tercera aporta una interpretación novedosa de la relación entre el Derecho y la moral.

(i) En la teoría del derecho de Dworkin el proceso judicial constituye el campo de prueba de sus argumentos. Si el «modelo de las reglas», que es el nombre con el que designa y caracteriza el positivismo jurídico de Hart, resulta objetable es, precisamente, porque estaría suministrando una descripción errónea del modo cómo los jueces interpretan y aplican el Derecho al mismo tiempo que alentando un conjunto de prácticas inaceptables. De acuerdo con la tesis de los derechos, las decisiones judiciales son y deben ser generadas por «principios»; dicho de otro modo, los argumentos relevantes en el proceso jurisdiccional son «argumentos de principio», no «argumentos de política», argumentos en definitiva sobre quién tiene *derecho* a qué, y no, por ejemplo, sobre cuál es la decisión más beneficiosa para la sociedad. A renglón seguido advierte el autor que, en ocasiones (en concreto, en aquellas que denomina «los casos difíciles», casos para los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes), determinar cuál de las partes tiene el derecho o cuál de los derechos ha de prevalecer, requiere consultar principios *no convencionales* y decidir los derechos concretos a la luz de derechos morales y de fondo. En este punto, como es sabido, se distancia abiertamente de Hart, para quien la solución de los casos difíciles requería el uso de facultades discrecionales. [En realidad, el argumento de Dworkin de que, en esos casos, los jueces apelan a principios no es concluyente, ya que Hart podría estar dispuesto a admitir la posibilidad de que el juez recurra a algún principio, siempre bajo alguna de estas dos condiciones: o con la condición de hallarse validado convencionalmente –pudiendo, por tanto, ser identificado por la regla de reconocimiento– o, en su caso, como pauta extrajurídica a la cual apelaría el juez en el ejercicio de sus facultades discrecionales].

Pues bien, siguiendo a Dworkin, la función judicial impone el reconocimiento de los principios como auténticas normas *jurídicas*, independientemente de que lleguen a pasar en algún caso (aunque no necesariamente) un test de validez convencional del tipo de la regla de reconocimiento de Hart. De lo contrario, concluye el autor, se estarían concediendo al juez poderes discrecionales para crear derechos sobre cuya existencia se pide que dictamine. Un aspecto que conviene subrayar para no tergiversar la tesis de Dworkin es que tales principios no son «cualesquiera» sino que están *relacionados* con las reglas a las que estarían «explicando» y «justificando». La tesis de los derechos es al mismo tiempo una tesis de teoría del Derecho y de filosofía política: según Dworkin, sólo una caracterización de este tipo de la actividad judicial describe y explica adecuadamente la práctica jurídica y al mismo tiempo resulta compatible con los presupuestos de un Estado de Derecho, como son que el juez ha de resolver todos los casos, que en el proceso de resolverlos está siempre vinculado al Derecho vigente, y que no puede por su parte crear Derecho.

(ii) El ataque al positivismo jurídico, en tanto que «modelo de reglas», se completa con una caracterización del mismo como teoría

«semántica» o «criterial», que hace también extensiva al yusnaturalismo. Las teorías semánticas coinciden en sostener que el uso del término «Derecho» presupone un consenso sobre ciertas reglas lingüísticas que fijan su significado, de modo que las diferencias entre unas y otras radicarían en la determinación de dichas reglas. Dworkin sostiene que una concepción de estas características reduce las discrepancias teóricas que surgen a propósito de cuál es la solución a un caso con arreglo al Derecho vigente a discrepancias puramente verbales, fruto de la indeterminación y de la vaguedad que acompañan a cualquier lenguaje. La argumentación es mucho más compleja pero lo que acabo de expresar basta para mis intenciones.

A esta concepción semántica del Derecho, Dworkin opone una concepción «interpretativa». Acogiéndose en parte a las tesis de Gadamer, sostiene que el Derecho consiste en una práctica social que se *interpreta*, entendiendo por «interpretar» dar razones y argumentos sobre su sentido, significado o valor. La superioridad de una teoría del Derecho, continúa, se mide en función de su capacidad para ofrecer una interpretación del concepto de Derecho que al mismo tiempo *concuere* con las realizaciones efectivas de la práctica en que ese concepto está involucrado y ofrezca su mejor *justificación*. No puedo entrar a desarrollar la concepción de Dworkin sobre el proceso de interpretación ni la forma cómo él articula en ese proceso el concepto de Derecho en diversas concepciones. Sí quiero señalar que el compromiso de Dworkin con una teoría interpretativa del Derecho le permite una respuesta al problema de los Derechos injustos mucho más refinada y diferenciada que las respuestas meramente «clasificadoras» basadas en un enfoque semántico (ya sea de corte positivista, ya sea de corte yusnaturalista), que reducen aquél a una discusión sobre si la condición de «justo» es (o no es) una propiedad definitoria del Derecho. Como llega a afirmar en alguna ocasión, el problema de si el Derecho injusto es o no Derecho no es un simple problema *conceptual* sino que incluye un número importante de problemas de naturaleza *interpretativa*.

(iii) Sin abandonar su caracterización del Derecho como concepto interpretativo, la apuesta de Dworkin por una interpretación de las prácticas jurídicas como acreedoras de «integridad» introduce elementos nuevos en la discusión yusfilosófica. Como sucedía con las tesis anteriores, no puedo hacer un desarrollo mínimamente satisfactorio de la tesis de la integridad. En este punto me remito al artículo que el profesor Delgado Pinto ha publicado recientemente en *Derechos y Libertades* con el título «La noción de integridad en la teoría del Derecho de Dworkin: análisis y valoración», donde aborda de forma muy ajustada esta tesis.

Para explicar qué quiere expresar el autor con la idea del «Derecho como integridad», es útil la comparación que él mismo establece con el sentido que tiene la expresión «integridad» entendida como virtud personal. Igual que respecto de nuestros vecinos, amigos, etc., pode-

mos exigir que se comporten, si no de acuerdo con lo que *nosotros* entendemos que son *las* pautas correctas, sí al menos de manera coherente con lo que *ellos* entienden que es correcto, del mismo modo el ideal de la integridad política exige a los poderes públicos «hablar con una sola voz», conducirse, no caprichosa ni arbitrariamente, sino de acuerdo a un conjunto coherente de principios de justicia y de equidad, aun cuando en la sociedad persistan desacuerdos más o menos profundos a propósito de cuáles son precisamente las exigencias de la justicia y de la equidad. Dejando a un lado el análisis de los distintos aspectos de la moralidad política que están implicados en la noción de la integridad, es importante resaltar ahora que este valor, proyectado en la praxis judicial, vuelve a traer a primer plano la actividad de interpretar. El juez, que debe basar su decisión en un argumento de principio, procederá *interpretando* la práctica jurídica precedente; porque la resolución que adopte debe, como sabemos, concordar con el material jurídico vigente y suministrar su mejor justificación desde el punto de vista de la moralidad política.

Este modo de caracterizar el Derecho supone un enfoque nuevo del viejo problema de la relación entre el Derecho y la moral. *Por una parte*, el hecho de que la práctica jurídica esté sometida a una exigencia de justificación en el sentido que acabo de indicar advierte de la existencia de una *relación interna* entre Derecho y moral. Bajo el imperativo de la integridad, el juez debe decidir apelando a principios, no a simples reglas convencionales; además, dichos principios tienen por así decirlo que pertenecer al sistema (no son pues los principios del juez como persona privada) y ser aplicados en su condición de principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos. Al mismo tiempo que Dworkin formula este argumento, advierte sin embargo que esa pretensión puede revelarse errónea: la teoría admite que existen concepciones morales diferentes y sin embargo exigimos que los gobiernos actúen consistentemente bajo «alguna» concepción moral. En consecuencia, «conexión» entre Derecho y moral no implica «indiferenciación»: a pesar de que los sistemas jurídicos no son convenciones puras y de que les es inevitable elevar una pretensión de rectitud, dicha pretensión puede ser (y con frecuencia es) desmentida por los hechos. En suma, que el Derecho esté internamente conectado con la moral no significa que no esté sujeto a la crítica desde el punto de vista moral.

Discúlpenme si paso bruscamente, sin transición, desde el terreno de la teoría del Derecho al de la teoría política. En sus escritos de *teoría política*, podemos también identificar aportaciones novedosas para las discusiones filosófico-políticas más recientes. Dejando a un lado el significado que prestan al conjunto de su obra (un aspecto que por lo demás han pasado por alto, injustamente, la mayor parte de sus críticos), voy a referirme al valor que tienen para el debate *dentro* de las filas del liberalismo, una tradición política que, por motivos muy diversos, Dworkin cree que en los últimos tiempos se resiente en sus

señas de identidad. La contribución del autor en este sentido busca la realización de un objetivo doble: por una parte, identificar los puntos fundamentales del programa político del liberalismo (i); por otra, resolver el problema de su fundamentación (ii).

(i) Centrándonos en el primero de los objetivos, la estrategia que diseña consiste *grosso modo* en tomar partido en favor del ideario liberal, distanciándose en consecuencia del utilitarismo, de posiciones ultraliberales y también del neoconservadurismo, aunque formulando al tiempo premisas y postulados nuevos, que no han estado comúnmente asociados a aquella tradición pero con los que quiere rescatar las bases profundas de la misma. De modo concreto, el autor construye una teoría de la justicia de signo liberal-igualitario, la teoría de la «igualdad liberal», que sirve fundamentalmente para abordar problemas distributivos y que, por lo que aquí interesa, ofrece un nuevo modo de integrar consideraciones de igualdad, eficiencia y libertad, también de fraternidad o «comunidad», manteniendo por lo demás la congruencia con los presupuestos básicos del Estado constitucional democrático.

La teoría de la igualdad liberal postula como teoría de la justicia distributiva hacer a las personas iguales, no en niveles de bienestar o de utilidad, sino en cuanto a los «recursos» de que pueden disponer para realizar sus planes de vida, cualesquiera que puedan ser éstos. Para comprender mejor su sentido, Dworkin traza una distinción entre lo que denomina la «personalidad» de la gente y sus «circunstancias», y propone igualar a las personas en aquellas «circunstancias» que no han sido el resultado de sus libres elecciones. Expresado de otro modo, la igualdad de recursos quiere ser sensible tanto a la exigencia de compensar a las personas por los accidentes naturales y sociales de los que no son responsables, como a la responsabilidad que contrae cada uno en relación con los efectos distributivos que, previsiblemente, derivarán de sus decisiones y del estilo de vida que deseen llevar. Dworkin articula la idea liberal de la igualdad de recursos echando mano de un complejo arsenal de dispositivos teóricos altamente abstractos. Dependiendo de la naturaleza de los recursos, Dworkin se sirve de ciertos mercados hipotéticos de seguros para los llamados recursos impersonales (por ejemplo, la salud física y mental), mientras que reserva el procedimiento de una subasta walrasiana para el reparto de los denominados recursos personales (por ejemplo, la riqueza y los derechos de propiedad). En cualquiera de los supuestos, por una distribución de los recursos correcta hay que entender una distribución que satisfaga lo que él denomina el «test de la envidia», que formulado de forma muy sintética rezaría así: una distribución de recursos es igualitaria cuando es tal que nadie tiene razones para envidiar el lote de recursos que se encuentra a disposición de cualquier otro.

Si dispusiésemos de tiempo suficiente para profundizar en el procedimiento de la subasta, hallaríamos algunas de las claves que expli-

can la forma novedosa cómo el autor interpreta las relaciones entre el valor de la igualdad y el valor de la libertad. *Grosso modo*, a la hora de integrar las libertades en el marco de su teoría de la justicia, Dworkin las considera, no como un recurso más a repartir en conflicto con otros, sino como una *condición* de la subasta misma, necesaria para que su resultado refleje adecuadamente las preferencias reales de la gente, de modo que el resultado de la subasta responda a los verdaderos costes de oportunidad. En suma, al amparo de la igualdad de recursos, el «reparto» de las libertades deja de depender de los intereses contingentes que pueden tener las personas por la libertad en relación con otros valores, al tiempo que su prioridad se asegura en cuanto condición de la igualdad, sin que necesite apoyarse en presunciones sobre las preferencias de la gente. Llamo la atención de modo especial sobre este punto, ya que contradice palmariamente una visión muy extendida entre los liberales según la cual la libertad es un valor que está en conflicto con la igualdad, de modo que hay que establecer alguna forma de equilibrio entre ambos. El enfoque de Dworkin, en cambio, nos permite ver la libertad como una condición de la igualdad (de recursos). Otro extremo sobre el que no puedo detenerme, pero que vale la pena destacar es que, en esta defensa del valor de la libertad, Dworkin, en lugar de empezar con una definición dogmática de un catálogo de libertades que supuestamente van asociadas a la idea liberal de la igualdad de recursos, se vale de un conjunto de principios procedimentales que sirven para mejorar el procedimiento de la subasta a fin de que la distribución de recursos resultante termine siendo una distribución ideal en el sentido estipulado por la teoría.

En otro orden de cosas, el poder político, que también tiene la condición de recurso, suscita la atención del autor aunque diferenciadamente. Dentro de una reflexión más amplia sobre los rasgos centrales de una democracia, Dworkin organiza un alegato contra la identificación de la igualdad política con la igualdad de poder y, de paso, una defensa del constitucionalismo como un ingrediente de la idea de democracia más que como un elemento en conflicto. Bajo la rúbrica *«partnership conception»*, Dworkin articula una concepción de la democracia que se extiende más allá de los aspectos puramente procedimentales relativos a los procesos de decisión. Una democracia genuina es una forma de organización política en la que las funciones de gobierno son desempeñadas por el «pueblo» como tal, no por una mayoría, entendido como una forma de asociación colectiva donde cada persona es un «miembro moral» y, como tal, parte activa en una empresa colectiva de autogobierno. Los límites y controles constitucionales –de forma muy destacada, el control judicial sobre el proceso legislativo–, lejos de estar en conflicto con el principio de soberanía popular, forman parte indispensable de un sistema de gobierno del pueblo así entendido.

El programa político-liberal dworkiniano se completa con una reflexión, al calor de la controversia entre liberalismo y comunitaris-

mo, sobre la idea de «comunidad». Sin abandonar la defensa típicamente liberal de la tolerancia, Dworkin apuesta sin embargo por una lectura republicana del liberalismo. El objetivo hacia el que apunta su argumentación es la articulación compleja de la idea de comunidad, en la que las distintas dimensiones (moral, jurídica, política, etc.) no se confunden, al objeto de no incurrir en una visión hipertrofiada de ésta. Enfrentándose a las tesis de los comunitaristas, apoya su posición de que, en las condiciones de las sociedades modernas, sólo una comunidad organizada en torno a principios liberales, que respete la existencia de formas diferentes de vida, con el único límite de las exigencias de justicia, puede ser una *verdadera* comunidad.

(ii) Como reseñaba hace un momento, los esfuerzos de Dworkin por rehabilitar el ideario liberal le conducen también a afrontar el problema de su fundamentación, *en parte* con el objetivo de salir al paso de ciertas críticas recurrentes dirigidas desde las filas del comunitarismo a propósito de la supuesta indiferencia del liberalismo frente a los problemas relativos al bienestar y la vida buena, y *últimamente* también como expresión o desarrollo parcial de una teoría sobre la naturaleza de la argumentación moral en la que viene trabajando en la actualidad.

Muy sintéticamente, la propuesta de Dworkin consiste en fundamentar el liberalismo en una concepción de la vida buena, lo que permitiría a esta tradición de pensamiento eludir la acusación de que parece proponer una política de la esquizofrenia ética y moral, que obligaría a desprendernos de una parte de nuestra identidad en las ocasiones políticas. Para comprender este extremo, hay que considerar la concepción contra la que Dworkin dirige sus argumentos. Éste es explícito al respecto: su procedimiento de fundamentación ética se enfrenta críticamente al formulado en los últimos tiempos por el también filósofo liberal John Rawls bajo el nombre de «Liberalismo Político». De acuerdo con esta concepción, el único modo de solucionar en las condiciones de pluralismo actualmente existentes los problemas de relación entre ética y política es presentando el liberalismo como una teoría política *independiente* de doctrinas morales, religiosas o filosóficas comprensivas, independiente también, no continua, de concepciones éticas sobre la vida buena.

Para que nuestro autor tenga éxito en su empresa de fundamentar el liberalismo en una concepción de la vida buena, es imprescindible que la teoría ética que sitúe como trasfondo y fundamento del liberalismo sea lo suficientemente abstracta como para que pueda suscitar un amplio consenso, aunque sin renunciar a incluir un factor o elemento discriminante, puesto que el objetivo es construir una ética «liberal» que congenie con los principios del liberalismo. Con ese objetivo formula dos principios de lo que él denomina el «individualismo ético» —el principio de «igual importancia» y el principio de «igual valor»—, y un «modelo del desafío» mediante el cual quiere determinar el sentido de una vida buena. Y con ello pretende articular

una propuesta atractiva y, al mismo tiempo, distintivamente liberal. *Para empezar*, creo que todos estamos de acuerdo en términos generales en que, una vez que ha comenzado una vida, es importante que ésta no se eche a perder, del mismo modo que está fuera de cuestión el hecho de que todos tenemos alguna parte de responsabilidad en hacer de nuestras vidas unas vidas valiosas que valga la pena vivir. Quizá resulte más dudoso, aunque no deja de resultar atractivo, que, de acuerdo con el modelo del desafío, el valor (ético) de una vida, que sabemos ya que vale la pena perseguir responsablemente, se deba medir no por sus resultados, por el impacto que tiene en el mundo, sino por la destreza con que se acomete la tarea que uno mismo se ha impuesto sobre cómo vivir. *Por otro lado*, tampoco cabe duda de que esta concepción ética guarda cierta relación de consonancia con la igualdad liberal: así, por ejemplo, el principio de igual importancia se encuentra en la base del fuerte igualitarismo que destila la teoría política dworkiniana; por su parte, el principio de especial responsabilidad no sólo respalda la idea de la libertad sino que justifica el modo como Dworkin hace uso de la distinción entre personalidad y circunstancias; finalmente, el modelo del desafío permite subrayar la significación de algunas consecuencias ligadas a la igualdad de recursos, por ejemplo, que mida la igualdad en términos de recursos y no de bienestar.

La apuesta del autor por una fundamentación ética del liberalismo se justifica, como señalaba hace un momento, en razones de oportunidad política (al hilo de las discrepancias que desde los años 80 vienen enfrentando a liberales y comunitaristas), pero también por motivos *internos* a su pensamiento: en los últimos años Dworkin se ha embarcado en la articulación de una teoría sobre la argumentación moral de la que, de momento, sólo tenemos algunos esbozos. En este sentido, su profesión de fe en una suerte de «realismo interno» le permite una vez más adoptar una posición poco ortodoxa, esta vez dentro del campo de las discusiones *epistemológicas*, una posición contraria a toda forma de escepticismo pero que, sin embargo, no se corresponde con formas realistas de discurso moral que se han producido en la historia del pensamiento desde Platón en adelante. Todavía es prematuro ofrecer un examen de esta teoría, mayormente porque, como digo, se encuentra en curso de elaboración. Con todo, una alusión es oportuna porque me va a permitir enlazar con un último punto.

(2) En efecto, el realismo interno se substancia en una teoría *holista y coherentista* sobre la naturaleza interpretativa de los conceptos y valores políticos y morales. Una consecuencia interesante para nosotros que se sigue de esto es que, en el pensamiento de Dworkin, teoría del Derecho, teoría de la justicia y teoría ética forman un *continuo*, lo que representa un desafío a los contornos convencionales de cada disciplina. Para entender mejor este extremo resulta particularmente reveladora la identificación que propone de su pensamiento con lo que llama una filosofía moral y política «para erizos», que contra-

pone por lo demás a una filosofía moral y política «para zorros», de acuerdo con la distinción elaborada por Berlin. Mientras que los zorros representan a una clase de pensadores que mantienen una visión dispersa de la realidad, sin pretender integrar sus diferentes dimensiones, los erizos aspiran a poder articular una visión coherente del mundo a partir de un principio rector único o de un conjunto coherente de ellos.

Dworkin se encuentra trabajando actualmente en una propuesta de este tipo que paso a resumir a continuación. De acuerdo con sus indicaciones, los conceptos políticos y morales son, como el concepto de Derecho, conceptos que se *interpretan*. Ahora bien, la interpretación de las prácticas morales y políticas implica una labor muy ambiciosa de *expansión*. La razón es que «lo que hay de valor o de sentido» en las prácticas morales y políticas se explica a la luz de la *ética*: las prácticas morales y políticas valen *porque* contribuyen a hacer valiosa la vida humana; en este sentido, los valores morales y políticos tendrían, en último término, un fundamento *ético*. Conviene advertir que este procedimiento, además de holista, es coherentista. En efecto, el autor concibe la fundamentación como un proceso en el que se busca el apoyo recíproco de todos los elementos dentro de una trama en la que, en lugar de estar ligados por relaciones lógicas deductivas, todos han de responder por todos. Expresándolo con sus propias palabras, las interpretaciones se sostienen unas a otras análogamente a como se comportan las piezas de una cúpula geodésica.

Para ir concluyendo mi exposición, voy en estos momentos a aclarar ciertos extremos de su pensamiento que, tal y como han quedado explicados, pueden inducir a confusión. *En primer lugar*, el hecho de que Dworkin adopte una estrategia holista no puede interpretarse como una señal de indiferenciación entre los distintos componentes que integran la teoría. Que su teoría del Derecho remite a una teoría de la justicia valiéndose de la noción compleja de la integridad está fuera de duda; sin embargo, aquélla no se confunde con ésta, al menos por dos razones: una, la vinculación institucional del juez, otra, la caracterización del Derecho como una práctica social que se interpreta con el consiguiente rechazo de sus posibles enfoques *semánticos*. Del mismo modo, su opción por una estrategia de fundamentación del liberalismo «continua» con la ética justifica la conexión de ésta con la política; ahora bien, desde el momento en que entre ambas esferas no existe una relación estricta de derivación, su confusión queda excluida. *En otro orden de cosas*, podría pensarse que, puesto que la argumentación y la interpretación ocupan en la teoría un lugar central para la comprensión de las prácticas jurídicas y sociales, que hace presuponer lo que convencionalmente se conoce como el primado del punto de vista interno, entonces la proposición de Dworkin fracasaría como intento de elaborar una teoría general del Derecho válida para *todo* sistema jurídico. A mi juicio esta prevención no resulta atinada. Ciertamente si el Derecho consiste en una praxis en la que se argumenta,

entonces la teoría que construye, pongamos por caso, un juez para resolver un caso determinado concierne por así decirlo sólo al sistema jurídico y social al que éste pertenece. Ahora bien, esto no está reñido con la posibilidad de elaborar una teoría que, como la de Dworkin, tenga por objeto explicar y justificar el modo cómo se elaboran *en general* teorías particulares, liberales o no, desde el punto de vista de sus participantes.

Termino mi intervención planteando algunos interrogantes en torno al pensamiento de Dworkin. Comenzando por su *teoría del Derecho*, una primera cuestión que quiero sugerir es si, como parece inferirse de su pensamiento, una *teoría del Derecho* consiste básicamente en una teoría de la jurisdicción. En realidad, el mismo autor, en su introducción a *Los derechos en serio*, avanzaba las líneas fundamentales de un programa teórico mucho más ambicioso, que contemplaba, entre otras, la elaboración de una teoría de la legislación y de una teoría de la obediencia al Derecho, extremos que, sin embargo, no ha llegado a desarrollar, al menos por el momento con el grado de intensidad con que se ha ocupado de la teoría de la justicia. Luego, centrándonos en su teoría de la jurisdicción, ésta suscita múltiples interrogantes. Por poner algunos ejemplos, siendo iluminadora la distinción que propone de las teorías generales del Derecho como teorías semánticas y teorías interpretativas (estas últimas para subrayar la centralidad de las argumentaciones en los procesos judiciales), quizá incurre en una sobresimplificación de las posiciones rivales. En realidad, como avanzaba al principio de mi intervención, con el fin de hacer avanzar sus propias tesis, Dworkin en ocasiones se construye adversarios *ad hoc*, pero ese procedimiento puede introducir distorsiones importantes en los debates. En otro sentido, el programa interpretativo de actuación que el Derecho como integridad recomienda al juez está necesitado de un desarrollo mayor; en particular, el tema de los principios demanda un tratamiento más amplio: por ejemplo, en lo que se refiere a sus relaciones o sobre cómo resolver posibles conflictos. Por lo que respecta a su *teoría de la justicia*, quiero llamar la atención sobre el siguiente punto: la teoría de Dworkin no es una teoría de la justicia al uso, en el sentido por ejemplo de la de Rawls. Quiero decir: si la teoría de la justicia como equidad rawlsiana se resuelve en un conjunto de principios que, aunque altamente abstractos, aspiran a poder ser utilizados a modo de normas de rango superior para ordenar pretensiones conflictivas, la teoría de la igualdad de recursos de Dworkin se substancia, más que en un conjunto de principios, en la construcción abstracta del ideal de una distribución justa, que aspira a poder proporcionar orientaciones para la práctica política en el mundo real. Ahora bien, ¿casa bien esto con la enorme significación que tienen los principios en el pensamiento de nuestro autor? Y todavía más importante, ¿cómo logramos hacer la teoría *operativa* partiendo de la base de que son los jueces quienes declaran lo que es Derecho siendo éste la expresión de un conjunto coherente de *princi-*

pios? Para terminar, haré una valoración muy rápida de la estrategia de continuidad entre ética y política planteada por Dworkin para fundamentar el liberalismo. Tengo dudas de que de este modo consiga su objetivo. Por muy abstracta que sea la concepción ética que actúa de soporte, toda concepción ética es por naturaleza particular y, por tanto, su hipotética imposición contradiría el hecho del pluralismo. *A no ser* que interpretemos que el objetivo de la estrategia es otro, como ganar *popularidad* para este ideario, que se mostraría así en competencia con otras tradiciones de pensamiento que se disputan la adhesión en el universo cultural de sociedades pluralistas. Desde esta premisa, el liberalismo ético de Dworkin no estaría en conflicto con el liberalismo político de Rawls. Aquél, en la condición de *doctrina comprensiva razonable*, podría integrarse en el *consenso por solapamiento* en que descansa la unidad constitucional en un mundo plural, fraguada en torno a principios que, como los de Rawls, gozarían de un fundamento independiente.

El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista

Por MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS
Universidad de Oviedo

SUMARIO: La concepción neoinstitucionalista propone una definición de la validez jurídica que responde a una visión dinámica, comprehensiva y totalizadora del Derecho. Esto de una parte, le lleva a proponer una epistemología jurídica de presupuestos ontológicos, aunque pretendidamente fiel a la concepción iuspositivista y, de otra parte, a integrar una teoría descriptiva y normativa de la argumentación en el marco de una Teoría del Derecho general. La pretensión es alcanzar una síntesis superadora de Kelsen, Hart, Dworkin y el realismo jurídico, pero conforme a una comprensión analítica de orientación pragmática y a una profunda creencia en las posibilidades del discurso como un caso especial de la argumentación y la razón práctica general.

Sintéticamente expuesto, el expediente del estado de la concepción iuspositivista concretaría: crisis del conocimiento jurídico convertido en juego profesionalizado, lógico, formal, lineal, estático e incapaz de dar cuenta de la consistencia y dinámica del Derecho; crisis de la legislación, ajena a toda pretensión de racionalización y apartada de los ideales que justificaron su formulación en el Estado de Derecho, crisis de la jurisdicción, por la insuficiencia del logicismo y el desinterés por la justificación racional de la decisión...

Propuestas frente a esta extendida crisis iuspositivista hay muchas y contradictorias. Desde el ultrarracionalismo cognoscivista hasta el postmodernismo paradójico y escéptico.

La del neoinstitucionalismo jurídico, sin embargo, pretende situarse en una tierra media de concilio, pero sin perder su condición iuspositiva. Centrado en el conocimiento del Derecho, el neoinstitucionalis-

mo propone una epistemología de imbricación ontológica. Esto le orienta a una concepción analítica que se enriquece pragmáticamente con los aportes sociológicos que animaría la propia dinámica del Derecho. Y, a la par, le lleva a atender no sólo a las reglas positivas, sino también a los principios y a los criterios que permiten interconectar ambos modelos normativos. Esta comprensión más abierta del ordenamiento jurídico trata de superar la clásica dialéctica interna entre coherencia formal y material. Pero, se enfrenta al reproche de conculcar el principio de legalidad, animar la arbitrariedad judicial y disolver la seguridad y la certeza jurídicas.

En lo que sigue me centraré, concretando tales presupuestos, en el concepto de validez sostenido por el neoinstitucionalismo, en particular, por el de Neil D. MacCormick.

1. LOS PRESUPUESTOS NEOINSTITUCIONALES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

El «sistema» configura un concepto clave de la teoría del conocimiento que se perfecciona y radicaliza con el giro filosófico positivista, orientándose a una epistemología de fuerte imbricación científica, neutral y avalorativa y vinculada a un modelo fundacionalista que anhela la objetividad desvinculando el conocimiento de la creencia¹.

Aunque la visión sistemática se proyecta sobre todos los ámbitos de la conciencia jurídica moderna –y «quien se atreva a problematizar este presupuesto se encontrará en la embarazosa situación... de tener que luchar contra el propio uso normal del lenguaje» (Barberis, 1997: 24)–, desde mediados del siglo xx se refuerzan las objeciones que frente al formalismo y el cientifismo jurídico positivista se esgrimían desde comienzos de siglo. Aparece una renovada analítica jurídica abierta a campos sociales de investigación y que indaga en su naturaleza argumentativa.

La propuesta positivista pragmática y argumentativa ha ido ganando fuerza y es ya representativa de lo que en amplia medida hoy centra el interés de los teóricos del Derecho: reconstruir concepciones vinculadas al postulado de una coherencia material o substantiva, tan problemática para el positivismo estricto, que se proyecte sobre el sistema y la resolución judicial. Esto supone un cierto retorno desde la epistemología y el fundacionalismo al modelo de sistematización iusnaturalista. Aunque, eso sí, mediado ese regreso por una limitación del cognoscivismo que ya no se centra en la objetividad, sino en rehabilitar la razón práctica y en defender que la corrección de una propo-

¹ Rorty y Taylor (en Rorty, 1980 y Taylor, 1989) son representativos críticos de la epistemología fundacional y representacional (complementariamente, Suárez Llanos, 2001: 212 ss.).

sición depende de la aceptación de la corrección de un entramado no lineal de justificaciones substantivas.

Para una concepción iuspositivista, en términos generales, la coherencia es una característica especulativa del sistema, forjándose el ideal regulativo de la «coherencia formal» sobre la base de cierta presunción de racionalidad legislativa. Sin embargo, esta concepción formal de la coherencia, atractiva por su capacidad para justificar toda dinámica jurídica no basta para quien, como el neoinstitucionalista, trata de integrar la racionalidad especulativa en la racionalidad práctica y viceversa.

2. SOBRE EL MÉTODO DE ANÁLISIS DEL TEÓRICO DEL DERECHO

Distinguir la concepción fundacionalista de la coherentista es apelar a la distinción entre la concepción analítica y la hermenéutica, aparentemente enfrentadas por su metodología, su objeto de investigación y sus resultados.

El par analítica-hermenéutica surge con un «giro hermenéutico» que objeta el ideal epistemológico cientifista. Respecto del Derecho, el giro hermenéutico y su apertura pragmática destacan que el conocimiento e inteligibilidad del ordenamiento dependen de la conciencia hermenéutica de significación del Derecho a representar, de la coherencia que para los sujetos contextualizados proyecta el fenómeno que conocen como Derecho y que se espera que se realice como tal. El paradigma de la autorización da paso a la interpretación del sentido de las acciones humanas, las prácticas, etc., para los otros, «para quienes toman parte en ellas» (MacCormick, 1981: 29n*), de forma que se integra la descripción del «hecho» de la existencia en una comunidad de un ordenamiento vigente con el «reconocimiento» de que, tras ese hecho fáctico, hay una realidad sociológica que guía la actuación de los vinculados al ordenamiento jurídico². Sólo de esta forma se abriría la vía de la superación del reduccionismo sobre el objeto y su carácter normativo.

La pretensión de MacCormick es conectar la concepción material de la coherencia y las perspectivas analítica y hermenéutica pero manteniendo la concepción sistémica ordenadora y racionalizadora³. Esto es, desarrollar el positivismo fundacionalista gracias a la concepción

² Porque «las normas del orden y los hechos institucionales se constituyen por la interpretación de los hechos naturales en el marco del esquema ofrecido por las normas para los participantes comprometidos» (MacCormick, 1986 b: 105).

³ Véase en este sentido MacCormick, 1994: 111 ss., 106. Esta concepción apunta el juego de la moral y el Derecho Natural, no desde una perspectiva objetiva, sino desde la argumentación práctica sustentada sobre los propios elementos racionalmente presentes en el sistema de Derecho positivo (al respecto, Peczenik, 1999: 668, Campbell, 1988: 67-70).

coherentista del Derecho que posibilita la rehabilitación de la razón práctica⁴.

De esta forma, se llega a, y justifica lo que denomino la «retrointegración del concepto de validez en la formulación institucionalista macCormickiana»: el concepto de validez se define en un proceso que parte del criterio sistémico formal dado pero que se desarrolla, concreta y depura dinámicamente sometiéndose a una permanente redefinición conformada en términos de coherencia material. Por eso, la reglamentación jurídica positiva se abre paso a una reconstrucción permanente que ultima la validez jurídica a través de un discurso ininterrumpido⁵, afirmándose el vínculo fundamental entre el sistema jurídico y la razón práctica y sometiéndose el Derecho a la razón y no la razón al Derecho⁶.

Igual que Hart, sostiene MacCormick que un ordenamiento jurídico es válido, cuando un «observador externo» relata el hecho fáctico de una práctica identificada en términos de regularidades de conducta, probabilidades y signos y el «observador interno» de ese ordenamiento experimenta un sentimiento de «vinculación» de algún tipo a reglas y *standards* jurídicos que sirven funcionalmente de guía de la «razón práctica»⁷. Pero, como al segregar a esos dos observadores se polariza el eje de la validez entre ambos, se hacen recíprocamente inaccesibles y se impide integrar en el criterio de validez la descripción del ordenamiento y la vinculación de los operadores jurídicos a la normatividad válida, introduce MacCormick el observador «intermedio» que usa el método hermenéutico. Éste comparte cognitivamente con el observador interno los criterios de vinculación normativa, pero puede, como el externo, dar un paso atrás y contemplar el fenómeno jurídico como un hecho sociológico relativo⁸. Por eso, encarna al teórico que conoce y describe el Derecho ajeno a los compromisos de quien se vincula a las normas, pero comprendiendo el sentido normativo, del *deber ser*, y de las obligaciones, derechos y

⁴ Esto lleva a proponer «una “tercera” vía teórica que debe satisfacer la exigencia del teórico que busca una delimitación concreta del Derecho y la del que rechaza la visión esquelética de la juridicidad y propugna una lectura más amplia y abierta del Derecho» (Pintore, 1990: 183) (también Levin, 1992: 192 ss.).

⁵ Corroboración esta línea argumentativa Jackson, 1997: 180-183.

⁶ Atiéndase complementariamente al respecto a Atienza, 1999: 37 ss.

⁷ MacCormick, 1986 b: 104-106 y 1981 a: 36-37, MacCormick & Weinberger, 1986: 19.

⁸ Es cierto que Hart ya habría ensayado «el cierre hermenéutico», aunque sin desarrollarlo (al respecto, Hill, 1990: 125 y Puppo, 1999: 245, n. 37), con la perspectiva externa no-extrema de quien siente en y se resiente de la normatividad jurídica y, también, de quien conoce pero disiente, o simplemente se desvincula, de tal normatividad. Pero, no profundiza en lo que sagazmente vislumbra a partir de los análisis lingüísticos de Austin o Wittgenstein y antropológicos de Winch: que hay una diferencia cualitativa entre contemplar distintas actividades tal como se manifiestan a nuestros sentidos y «contemplarlas comprendiéndolas en términos de las categorías usadas por los agentes» (MacCormick, 1978: 279).

compromisos que rondan el Derecho describiéndolo como es para aquellos para los que existe⁹.

Esta mejor comprensión de la normatividad lleva a redefinir la dialéctica entre los estadios del ser y el deber ser en términos de implicación. En concreto, el estadio del *deber ser* siempre está vinculado al estadio del *ser*; aunque le sea prioritario al ordenarlo y estructurarlo para su existencia normativa y como información práctica. Pero, que se afirme que la normatividad resulta del modo en que se profese socialmente –el *ser* termina conformando el *deber ser*– no significa, para MacCormick, confundir los dos niveles. Lo que ocurre es que el verdadero sentido de la descripción exige comprender la realidad normativa. Y a la inversa, que esa realidad normativa no se queda colgada en algún estadio noumenal o especulativo, sino que a su vez delimita las condiciones de la realidad a la que se refiere. Por eso, la traducción de las normas que ordenan el conocimiento de un cierto hecho sería: este hecho «*debería* ser admitido como un “hecho” a los propósitos de esta investigación» (MacCormick, 1986 b: 103). Y, por eso, el *deber ser* gana prioridad sobre el *ser* sin que existan, frente a Kelsen, dos mundos separados pues, «la explicación del “deber ser” se produce dentro de una apreciación de la acción intencional y teleológica por los agentes racionales»¹⁰ (*idem*: 105). El orden normativo, así, es un orden ideal relacionado con el orden de las cosas en tanto modelo de orientación, guía práctica y modo en que el *deber ser* materializa «(l)a interacción del ámbito práctico y normativo» (*idem*, 1999: 125). Y, las normas¹¹, estructuras individualizadas del «deber ser», toman efectiva existencia al proyectarse sobre los hechos a los que, a su vez, cualifican jurídicamente¹².

De esta forma, el método hermenéutico sería compatible con el iuspositivismo. Porque: uno, ni el teórico ni el jurista tienen por qué vincularse al orden moral o legal que tratan de retratar. Dos, acepta que los reclamos morales de los ciudadanos pueden chocar con los establecidos por el Derecho puesto oficialmente¹³. Y, además, tres, no

⁹ Porque «(e)l conocimiento legal consiste en atrapar el “deber ser” contenido en el orden legal y en comprender los hechos legales operativos en cuanto hechos anclados en las normas y en las instituciones. Cada uno de estos dos aspectos del conocimiento legal, captura del significado normativo del Derecho y reconocimiento de su existencia real, es tan crucial como el otro para su teorización» (Faralli, 1990: 188).

¹⁰ Complementariamente, MacCormick & Weinberger, 1986: 8 y MacCormick, 1999: 123-124.

¹¹ La norma puede concebirse, para Weinberger, como descripción informativa de una cierta comprensión que se valida a través de la observación de la realidad, o como una manifestación, comprensible para quienes participen de ella, de una proposición de deber ser. Cuando ambas perspectivas se funden epistemológicamente, la norma pasa a ofrecer una descripción de una realidad pensada que, aunque referida a los hechos, adquiere su idealidad gracias a la abstracción de la realidad de tales hechos relativos y de la conducta de los seres humanos en la realidad pensada en la que quedan representados (Weinberger, 1999 a: 33-41).

¹² Al respecto, MacCormick, 1999: 138, 129.

¹³ Véase, MacCormick, 1986 c: 138.

renunciaría a los logros descriptivos y gneoseológicos de la investigación analítica estructural. Al contrario, ofrece a la dogmática legal los esquemas que concretan la sustancia de las leyes¹⁴. Por eso, el método hermenéutico definiría un nivel más de desarrollo de la investigación analítica al relacionar el método de conocer con la verdadera naturaleza de su objeto, el Derecho, destacándose la imbricación entre los estadios filosófico-epistemológico y sociológico, pero sin renunciar al distanciamiento crítico¹⁵ ni a la tesis de separabilidad¹⁶.

Pero, en cualquier caso, el método es problemático. Pues, también parte de la aceptación del Derecho por el súbdito y de un tipo de razones morales que superan el mero estadio de la aceptación resultante de la prescripción normativa¹⁷. Lo que me hace dudar si los enunciados internos y los hermenéuticos, al final, no serán los mismos¹⁸.

3. LOS CONCEPTOS CENTRALES DE «INSTITUCIÓN» Y «HECHO INSTITUCIONAL»

La perspectiva filosófica –organizadora, cuestionadora y crítica– es central en la definición de MacCormick de las nociones de «teoría institucionalista» e «institución». Como también lo es la teoría de los actos de habla que, aunque aparenta no estar totalmente elaborada, interesa mucho a la teoría legal¹⁹, porque el Derecho ofrece un denso contexto de vinculación de consecuencias a los actos humanos de habla. En el ámbito jurídico, el «hecho institucional» se concreta como un suceso sobre el que se proyectan ciertas reglas que le confieren especial consistencia en el marco de una institución jurídica, y por

¹⁴ Atiéndase a MacCormick & Weinberger, 1986, 7, 17. Y es que, «la ciencia legal resulta inconcebible si elude los aspectos sociales que corresponden a los aspectos existenciales de las normas» (Faralli, 1993: 188).

¹⁵ Para MacCormick, el defecto de criticismo en Hart resulta de su manejo de una noción sociológico-moral poco depurada: «las reglas se asientan sobre valores» (MacCormick, 1986 c: 133) que pasan a definirse como elementos de la legalidad, confundiendo y confundiendo el nivel de la legalidad con la moralidad (MacCormick, 1981: 40-43) o con las proclamas morales de un grupo de funcionarios, –cuando, para MacCormick, «lo que está mal es la condena moral del Estado... (pues) el mayor mal es que lo que sea hecho en el nombre del derecho sea también hecho en el nombre de la moralidad pública» (MacCormick, 1981: 160-161)–. Y es que, el «criticismo justificado, legítimo» de Hart parte identificar una actitud establecida (*idem*: 32), concretándose el objeto de lo bueno y lo malo a través de una previa calificación de una distinción que se pretendía sustentada sobre el objeto al que se refiere.

¹⁶ Al respecto, MacCormick, 1986 b: 104, complementariamente MacCormick, 1981: 34.

¹⁷ Lo destaca Scarpelli respecto de las implicaciones del iuspositivismo (en Scarpelli, 1965: 66-67). También Bankowski se interesa por la limitación, no superada por la hermenéutica de MacCormick, para el criticismo de asumir una base sociológico-empírica respecto del estadio normativo, en Bankowski, 1989: 298.

¹⁸ Atiéndase al respecto a Puppo, 1999: 242-245, especialmente p. 245, n. 37.

¹⁹ En este sentido, Ruiters, 1993: 41.

eso produce efectos jurídicamente relevantes constituyendo estados de hecho²⁰.

Los hechos institucionales, así, se oponen a los hechos brutos, relacionados sólo con la existencia física, accesibles a la percepción sensible y de duración temporal. Porque no son estrictamente materiales. Su existencia se genera por la capacidad de actuar del hombre y su naturaleza política. Por eso, con ellos se multiplica el número de hechos del mundo pero no el de objetos físicos existentes, pues resultan de una particular interpretación de los sucesos a la luz de reglas normativas, tal que para percibirlos se acude a coordenadas temporales, no espaciales, y a las consecuencias de los propios hechos institucionales²¹.

Las instituciones jurídicas son las que posibilitan, califican y dan sentido a esos hechos jurídicos institucionales, siendo las instancias de efectividad normativa de la realidad institucional. Por eso, «tras los hechos institucionales descansa la institución» (MacCormick, 1986 a: 51) pudiendo diferenciarse las normas jurídicas de otras aparentemente similares. La idea básica es que «las instituciones poseen un núcleo de informaciones prácticas que ofrece sus bases ideales al definir los objetivos, valores, preferencias y... la estructura de la organización en la que se asienta» (Weinberger, 1999 b: 260). Y, por eso, es fundamental manejar la categoría de los «conceptos jurídicos» para comprender la esencia del hecho institucional y de la institución. Porque sistematizan la información de los juristas teóricos y prácticos en la exposición y aplicación del Derecho.

La «institución del Derecho», así, apela a una condición de conceptualización, que es previa, y una posibilidad de percepción, posterior, de una esfera particular de la acción²². La síntesis de ambas concreta «los conceptos legales, regulados por conjuntos de reglas institutivas, regulativas y terminativas, y que dictan que manifestaciones de la institución existen... desde que se da un acto o hecho institutivo hasta que sucede un acto o un hecho terminativo»²³ (MacCormick, 1986 a: 53). Esas reglas que delimitan a la institución²⁴ definen el hecho bruto como «hecho institucional». Por eso, y porque el sistema normativo está muy institucionalizado, el Derecho sirve bien a la determinación y decibilidad.

²⁰ Un contrato, p. ej., constituye un hecho institucional, porque existe un conjunto de reglas que ordenan y otorgan un sentido específico a ciertos hechos reales (véase MacCormick, 1996 a: 49-51).

²¹ Véase MacCormick & Weinberger, 1986: 9-10 y MacCormick & Weinberger, 1990: 13 ss.

²² En este sentido, La Torre, 1999: 142.

²³ Se comparan Derecho e institución en Romano y MacCormick en La Torre, 1999: 127 ss., *idem*, 1993: 196 ss.

²⁴ Se destaca al respecto el problema de materialización institucional de estas tres categorías de reglas; serviría para el Derecho privado, pero no, p. ej., para el penal (Den Boer, 1991: 261, Bengoetxea, 1991: 204-205).

4. EL OBJETO ONTOLÓGICO DE ANÁLISIS. CONCILIACIÓN ONTOLÓGICO-EPISTEMOLÓGICA

La concreción filosófica de la institución da lugar a una especie de «cielo conceptual» en el que las instituciones se definen por conceptos legales (p. ej., «contrato»). La conceptualización de la institución ofrece el substrato inicial de comprensión de sus reglas. Pero la «institución misma», que filosóficamente posee naturaleza conceptual, rebasa este estadio abriéndose el núcleo de la «agenda filosófica» neoinstitucional: incorporar el substrato material y de imbricación sociológica²⁵ (empírico) de la institución en la visión conceptual (normativa) del Derecho²⁶, superándose la distinción *Sein/Sollen*.

Al respecto, lo fundamental es entender que como la especificación epistemológica de qué es el Derecho válido depende de y actúa sobre su realidad ontológica, no cabe reducir epistemológicamente el Derecho a las reglas positivizadas, sino que debe atenderse al conjunto de convicciones y evaluaciones que delimitan la consistencia positiva de las instituciones del Derecho. Por eso MacCormick reclamaba el método de investigación hermenéutico; para poder determinar el substrato ontológico que se conceptualizará epistemológica y filosóficamente como jurídico. Así, formalmente parte de una definición filosófica, abstracta y conceptual de la institución. Pero, abierta a su ulterior redefinición material. Redefinición que, a su vez, actúa constitutivamente sobre aquella primera definición conceptual que servía de punto de partida. De esta forma, como la institución se concreta y existe materialmente a partir de las normas que determinan el carácter y el alcance de los hechos que serán manifestación de la misma, aunque exista conceptualmente de forma independiente y previa, las normas que la definen, las normas jurídicas no se reducen a las reglas positivas, estatutarias, también abarcan los principios y otros *standards* valorativos que concretan el Derecho en el mundo real, lo que hace que la prelatura lógica y conceptual de la institución respecto de sus manifestaciones²⁷ se relegue materialmente a la existencia de los hechos institucionales²⁸ concretados por las consideraciones valorativas que actúan *a posteriori* redefiniendo lo establecido por el concepto institucional.

Esto hace que la «sombra» de platonismo que aparentaba la definición de institución se debilite²⁹. Porque los contenidos institucionales que pensamos están vinculados materialmente a la realidad y a la

²⁵ En este mismo sentido, Nerhort, 1990: 50 ss., Marmor, 2001: 158-159 y Morton, 1998: 6 ss.

²⁶ En MacCormick & Weinberger, 1986, 10.

²⁷ Atiéndase a Pintore, 1991: 235.

²⁸ Expresándolo en términos de Tarello, «(l)a norma no precede como dato, sino que sigue como producto al proceso interpretativo» (Tarello, 1996: 353).

²⁹ Al respecto, MacCormick, 1986 a: 55, MacCormick, 1996: 177. Por eso, esta condición lógica e inicial de la descripción no significa que «la existencia material del

espera de ser conceptualmente redefinidos. Cuando la realidad material y sociológica del Derecho es escrutada analíticamente se posibilita una realidad especial, conceptual, ideal y lógicamente previa que serviría para acoplar el modelo constructivo a la disciplina práctica y argumentativa en que el Derecho consiste³⁰.

Podrá objetarse que todo este entramado es circular y recursivo: las instituciones preceden lógicamente a los hechos institucionales y a las reglas, pero luego los hechos realizativos, valiéndose de las reglas y otros criterios normativos, redefinen a la institución de forma que no se sabe cuál es el fundamento de qué y cómo. Pero, MacCormick cree poder explicarlo. Para él, debe diferenciarse la ontología del Derecho de la naturaleza ontológica de las normas. Ontológicamente el Derecho tiene su base en el substrato sociológico de los hechos que existen y que son conceptualmente caracterizados como hechos institucionales. Sin embargo, la ontología de las reglas se define por el procedimiento de autoridad para dictarlas. Como esta cadena de delegaciones de facultad, autoridad regulativa exige necesariamente un cierre hay que apelar a la ontología del Derecho, a la base empírica y sociológica de las prácticas sociales, ultimándose el criterio de validez de las reglas. Así, y procurando la adecuada síntesis entre Kelsen, Hart y un realismo tipo Olivecrona³¹, MacCormick apela a la práctica de los juristas y a la simplificación que les aporta el modelo conceptual y dinámico de la institución.

Concretando. El objeto ontológico del Derecho existe y se define gracias al método hermenéutico que permite conectar el criterio de validez formal y conceptual con su dimensión sociológica: se parte de la estructura lógica de la norma y se recrea sociológicamente en una definición compleja del Derecho que incorpora el momento de su aplicación. Así, uno, se elude la acusación de que es la teoría la que inventa su objeto, éste existe aunque la teoría contribuya constitutivamente a definirlo. Y, dos, se redefine la relación *ser/deber ser* como dos niveles diferenciables pero interrelacionados.

Como MacCormick sabe que el riesgo de su ontologización es un sociologismo desordenado, autolimitado e incapaz de apuntar un concepto de validez al perderse en criterios particulares, retiene la dimensión filosófica y conceptual que racionaliza y ordena la realidad normativa. Pero, como a ésta se le exige corrección a su ordenación sociológica, no puede referir sólo reglas positivas y la definición con-

mundo se derive de, o se subordine a un mundo ideal» (MacCormick & Weinberger, 1986: 11).

³⁰ Pues, a diferencia de las epistemologías de las disciplinas científicas objetivas, en las disciplinas prácticas se proponen modelos hasta hallar el de mejor encaje argumentativo con el objeto a describir (atiéndase a MacCormick, 1982: 130; complementa, Villa, 1990: 437-438).

³¹ Al respecto, y frente a Olivecrona, MacCormick, 1986 b: 105, 98-991 y contra Ross, *idem*, 58-59; complementariamente, Ross, 2000: 398 ss., Boukema, 1980: 469 ss., Peczeniz, 1989: 263-264 y Peczenik, 1999: 669, Pintore, 1990: 196, Pintore, 1986: 292, 294.

ceptual inicial del Derecho y se abre incorporando en la institución los principios y *standards* valorativos que «poseen fuerza explicatoria y justificatoria de las decisiones o reglas particulares» (MacCormick, 1978: 260) e «interactúan con las reglas delimitándolas, cualificándolas, justificando nuevas regulaciones...» (*ídem*: 244) y configurando los hechos (institucionales) y al Derecho³².

Reconoce MacCormick que su argumentación incorpora múltiples circularidades, pero circularidades lógicas que resultan de una visión comprehensiva del fenómeno jurídico que trata de afianzar a la concepción iuspositivista en «la dialéctica permanente entre lo que ha sido y lo que es considerado como establecido, y el continuo proceso dinámico de tratar de definir nuevos problemas satisfactoriamente y viejos problemas en una forma que ahora nos parece más satisfactoria» (MacCormick, 1978: 245). Por eso, quien describe debe atender al «equilibrio reflexivo» que inyecta en el Derecho su imprescindible substrato substantivo y su realidad moral y político-social, hasta «conformar y adaptar» nuestras intuiciones firmemente sostenidas³³: hay que tener una relación cruda de las reglas positivas o estatutarias y de los precedentes y la casuística. Pero, a partir de ahí, debe indagarse en los principios y los valores a fin de modificar la delimitación inicial de las reglas. Llegados a este punto «deben considerarse nuevamente los principios y valores, y así sucesivamente hasta alcanzar un equilibrio reflexivo. Es en ese momento cuando nos percatamos de que el derecho ha cambiado, transformándose en una nueva legislación, nuevos precedentes, nuevos textos disciplinares, nuevos artículos de revisión... Y, entonces, hay que comenzar otra vez... para volver a alcanzar el equilibrio reflexivo» (*ídem*: 245-246) proyectándose la condición de coherencia sobre el ordenamiento y sobre la resolución y justificándose la lógica de la circularidad epistemológica-ontológica y el objeto mismo de la descripción.

5. ENTRE LA DESCRIPCIÓN, LA PRESCRIPCIÓN, LA EXPLICACIÓN Y LA JUSTIFICACIÓN

El concepto de validez neoinstitucionalista posee un inicial sentido descriptivo: el sistema jurídico se integra por normas jurídicas que pueden ser reglas o bien principios que sirven para clarificar, complementar y racionalizar las reglas positivas pues las reglas jurídicas suelen presentar una textura abierta, definiciones flexibles o insuficiencias frente a la controversia concreta, a pesar de lo cual el juez preserva su imperativo de juzgar³⁴.

³² Complementariamente, Weinberger, 1999 b: 262, 263n.5.

³³ Al respecto, Rawls, 1979: 38 ss., Peczenik, 1989: 126, Schiavello, 2001: 234.

³⁴ Los principios expresan los propósitos que subyacen a las reglas y las instituciones ofreciéndoles una forma de racionalización conforme a objetivos consistentes,

Hasta aquí aún puede insistirse en el carácter descriptivo del argumento. Pero, el problema surge al indagar en el alcance real de las reglas positivas válidas. Pues, para MacCormick, se dan y deben darse en la práctica representativas *excepciones que operan sobre las reglas positivas*, incluso contradiciéndolas, aunque se trate de reglas claras y completas. En concreto, para MacCormick: uno, es difícil que las reglas institutivas contengan las condiciones suficientes y necesarias para la toma de la decisión judicial concreta. Dos, las reglas legales que regulan las instituciones *no deben ser* absolutamente claras e inflexibles, sino sólo respecto de las consecuencias principales de los casos centrales de los conceptos institucionales³⁵. Y, tres y continuación, aunque las reglas legales-positivas contuvieran ya las condiciones para resolver, incluyendo todas las excepciones consolidadas judicialmente, aún deben ser releídas a la luz de los principios establecidos y de otros nuevos que el juez considera congruentes con los nuevos valores y condiciones sociales (búsqueda permanente del equilibrio reflexivo)³⁶.

Estas tres consideraciones apuntarían, nuevamente, a la complementación de la concepción filosófica de la institución jurídica conforme a su consideración sociológica como institución social. Pero, no sólo eso. También definen la siguiente y relevante regla de priorización: los principios son jerárquicamente superiores a las reglas legales, aunque la aplicación de un principio sobre una regla no determine la invalidez de la ésta³⁷.

Ahora bien, esta regla de priorización ya enturbia la dimensión descriptiva del argumento con un planteamiento prescriptivo³⁸. Pues la consideración maccormickiana de la flexibilidad –p. ej., referida a la aplicación analógica– y la impredecibilidad actúan como justificación de una propuesta normativa que afirma que sobre el Derecho positivo priman las valoraciones judiciales principialistas³⁹, por lo que «todas las reglas jurídicas son derrotables» (MacCormick, 1995: 100), incluidos los principios⁴⁰ y se difumina la línea divisoria entre casos fáciles

coherentes y deseables... los principios legales se encuentran en el punto de encuentro de las reglas y de los valores» (MacCormick, 1986 a: 73).

³⁵ Atiéndase a MacCormick, 1986 a: 67, 73. Interesa aquí el fenómeno de creciente «indeterminación y vaguedad del Derecho... que permite al intérprete la obtención de decisiones diversas y, en ocasiones, contradictorias...» (Segura Ortega, 1998: 87) prescindiendo «de la certeza de la norma previa en un contexto de libertad y garantías» (García Amado, 1999: 317, n. 29). La postergación de las reglas por los principios y la preeminencia que gana el juez frente al legislador «corren paralelos al descrédito o decadencia de la ley» (Prieto Sanchís, 1998: 18, también pp. 3 ss., *idem*, 1987: 31 ss.).

³⁶ Las reglas institutivas *nunca son* suficientes para determinar todas las condiciones de la validez de los hechos institucionales (MacCormick, 1986 a: 70-71) y, lo que es más relevante, *nunca deben ser* suficientes (*idem*: 72-73).

³⁷ Atiéndase a MacCormick, 1978: 232.

³⁸ Corroboraría Pintore, 1986: 297.

³⁹ Véase al respecto, Segura Ortega, 1998: 101-102.

⁴⁰ Aunque la decisión que altera la regla positiva, tanto con la argumentación analógica como con la solución principialista, supone una diferencia de «grado» no de «clase» de regla aplicada (MacCormick, 1978: 161, 163, 179-180).

y difíciles, pudiendo convertirse cualquier caso de aparente aplicación de reglas en un «auténtico proceso», en un «caso límite».

Este giro antiformalista y prescriptivista respecto de la dimensión descriptiva dificulta también la pretensión iuspositivista neoinstitucionalista. Pues, se alentaría una transformación de los *argumentos explicativos* de las condiciones de validez del ordenamiento existente en *argumentos justificativos* de otras condiciones valorativas que el descriptor considera más apropiadas que las establecidas.

Una salida posible al problema es entender el planteamiento de otro modo. Lo que el neoinstitucionalismo hace es trasladarse desde el estadio descriptivo al prescriptivo para luego trascender el estadio explicativo de por qué el Derecho válido es el Derecho legal hasta alcanzar el estadio justificativo de por qué prevalece un Derecho sobre la reglamentación positiva⁴¹. A lo que se añade que la función de los principios sería actualizar y adecuar las reglas positivas conforme a las «cambiantes condiciones y valores sociales», por lo que siempre se vincularían al mismo sistema jurídico.

Pero, aun también esta interpretación rechina un poco respecto de una concepción positivista y descriptiva. Porque es conflictivo afirmar desde una perspectiva epistemológica positiva la existencia de principios que se justifican y definen por sus contenidos. Y, porque si los principios se afirman judicialmente porque sirven para actualizar la visión del Derecho legal válido conforme a los valores y las condiciones sociales que el juez considera valiosas y que las reglas positivas concretan de otro modo, entonces, un nuevo e incontrolado «legislador» aparece.

6. LA ARGUMENTACIÓN COMO MOMENTO FUNDACIONAL DEL DERECHO

La teoría neoinstitucionalista del Derecho pone permanentemente de manifiesto su afiliación a circularidades, pretendidamente lógicas, que reenvían de los planos epistemológico, formal y filosófico a los planos sociológico, pragmático, coherentista y hermenéutico y viceversa. Tales circularidades resultan del concepto actualizador, dinámico y comprensivo de validez con que el neoinstitucionalismo quiere definir al Derecho y conducen a incorporar en el análisis y la definición misma del Derecho el momento ejecutivo y de aplicación. Esto explica que la teorización de ese Derecho incorpore una teoría de la argumentación, rehabilitadora y encauzadora de la razón práctica en

⁴¹ (M) i tesis es descriptiva de las normas de hecho operativas dentro de los sistemas legales actuales, y en sí misma normativa al sostener lo que considero buenos procedimientos de formulación de la decisión y de justificación» (MacCormick, 1978: 77) (complementariamente, MacCormick, 1986 a: 74, Eikema, 1984: 170).

un marco reglado y positivo, que define una teoría normativa débil y que, a la par, trata de asumir un planteamiento descriptivo.

Al entenderse que el juez no es un *computer machine* y que el Derecho no puede definir exactamente los hechos pero, también, que el escepticismo respecto de la aplicación no debería justificar la irrestricta arbitrariedad valorativa del juez se emprende la búsqueda de los recursos que sirvan a la razonabilidad de la decisión y se potencia el uso de «artes hermenéuticas tanto en el contexto de justificación de las decisiones como... en el contexto de descubrimiento o selección de las premisas fácticas y normativas» (Velasco, 1999: 53), destacándose la dimensión pragmática del fenómeno jurídico. No se trata de afirmar la verdad de la resolución, sino de proponer su «justificación» racional conforme al Derecho, destacando que hay límites que actúan sobre la decisión y que, aunque permanecen, ya no bastan como justificación total los requisitos formales de la legalidad, ni la autoridad de quien resuelve; ahora se reclama el carácter razonado y razonable de la decisión.

El modelo de racionalización de la decisión que sirve a MacCormick parte de los criterios de justificación de la racionalidad práctica general, destacando que, en amplia medida, la justificabilidad de las resoluciones se vincula al *standard* de «colectivización del razonamiento jurídico»⁴² que permite considerar sus resultados fundamentados y universalizables y que expresa una cierta forma de «objetividad hermenéutica» o de generalización racional garante de la legalidad de la decisión y de su justificación política y jurídica, de su legitimidad.

Conforme a tal planteamiento, se destaca que las decisiones injustas además de moralmente controvertibles pueden llegar a considerarse jurídicamente defectuosas. Y, también se vislumbra la relación entre Derecho y moral, al apelar a principios y otros *standars* que poseerían naturaleza moral. Todo ello, al final, cuestiona la centralidad y la estaticidad del concepto de validez en el ordenamiento. La cuestión es si tal planteamiento cabe en la caracterización iuspositivista que pretende el neoinstitucionalismo⁴³.

En particular, con su teoría de la argumentación MacCormick trata de ofrecer la descripción compleja y comprensiva del Derecho que surge al contemplarlo conforme a la tesis del caso especial, integrando en la descripción una teoría normativa débil de la decisión judicial que afirma que las normas son válidas al someterse permanentemente a un proceso de racionalización y especificación jurisdiccional, con lo que la propia concepción del Derecho es determinada por la metodología y la teoría de la argumentación sostenida⁴⁴. El planteamiento sirve a lo que he denominado «retrointegración del concepto de validez» y que recrea un concepto complejo y *diferido* que recorre dinámicamen-

⁴² Atiéndase a García Amado, 1999: 137 y Cabra Apalategui, 2000: 154-155.

⁴³ Complementariamente, García Figueroa, 1999: 196 ss.

⁴⁴ Véase al respecto y complementariamente García Amado, 1988: 283-294.

te la caracterización formal de la validez hasta el momento inicial de la aplicación. Pero, para volver con sus resultados a la descripción de la conformación del criterio de validez mismo. Y es que, si en la norma está la conducta, pues no cabe norma de Derecho ininteligible, en la conducta está la norma, pues sólo es conducta jurídicamente relevante la interpretada por el Derecho. Por eso, al hecho de la legislación se suma la existencia de una instancia que maneja las normas jurídicas valorándolas y reinterpretablas constantemente en relación con las conductas en relación con el Derecho alterando el criterio de validez.

7. EL «POSITIVISMO NORMATIVISTA» DEL NEOINSTITUCIONALISMO DE MACCORMICK

La concepción neoinstitucionalista propone «una versión del positivismo legal» (MacCormick, Weinberger, 1986: 8) para la que las consideraciones valorativas sobre lo que debe ser el Derecho constituyen un punto de vista normativo y constitutivo de la validez jurídica⁴⁵. La cuestión es si esta mediación cognoscivista contradice los postulados básicos del positivismo –voluntarismo en la producción y asepsia en el conocimiento– o si la antítesis positivismo-iusnaturalismo (Derecho Natural de lo razonable) se evapora a la vista de la verdadera consistencia del Derecho positivo⁴⁶.

Para responder MacCormick propone los siguientes cuatro argumentos:

Primero, afirmación tanto del criterio de positividad como condición de validez cuanto de la tesis de separabilidad conforme a la que el Derecho es válido sin necesidad de que sus contenidos acuerden con los contenidos de lo justo⁴⁷. Y es que, si ontológicamente se asumiera sin más «una analogía entre el razonamiento legal y el razonamiento moral» (MacCormick, 1978: 272) se incurriría en la «forma grosera de legalismo» del «imperialismo legal» que vincula inmediatamente la representación a la naturaleza moralmente valiosa, justa y razonable de lo representado, el Derecho.

Segundo argumento, aparte sus contenidos, el Derecho positivo ya encarna la importante forma de justicia civil de la certeza y la seguri-

⁴⁵ Al respecto, MacCormick, 1994: 121.

⁴⁶ Atiéndase a Waldron, 2001: 418.

⁴⁷ Así, si el legislador elabora leyes injustas serán válidas, pero su actuación deplorable al pervertir una confianza. Frente a reglas radicalmente injustas, como las nacionalsocialistas, diversamente a lo que propone Alexy, la solución es, lo ratifica Weinberger, primero, considerarlas válidas y aceptar la actuación judicial, para, luego, en su caso, promulgar una regla derogatoria con efectos retroactivos que pretende el efecto de que aquella normación nunca existió dada su radical injusticia (véase MacCormick, 1984: 53-54 y Weinberger, 1999 b: 264).

dad jurídica. La teorización del material jurídico también contribuye a esa forma de justicia contraria a la actuación discrecional⁴⁸, por lo que el razonamiento legal constituye «un tipo de razonamiento moral porque ya está altamente institucionalizado y formalizado» (MacCormick, 1978: 272). De esta forma, el neoinstitucionalismo anima una reactualización del argumento de Radbruch en favor del valor de la positividad que deberá ajustarse a una forma de justicia mínima que Fuller concreta en su «moral interna del Derecho»⁴⁹, en lo que puede denominarse la razonabilidad formal del sistema jurídico⁵⁰.

El tercer argumento destaca que como el Derecho se relaciona con la *praxis*, con lo que se hace en relación con la acción debida, se descubre un vínculo entre Derecho, moral y sociedad. Porque el mundo y su dimensión regulativa resultan de múltiples y concatenados esfuerzos por definir un orden ideal y benéfico conforme a valores morales compartidos por la comunidad político-jurídica. El individuo no parte de la nada; aprende el código moral dado heterónomamente, de forma que «lo que el orden normativo... establece es, en gran medida, compatible con lo que es considerado correcto desde el punto de vista de cualquier actitud moral razonable» (MacCormick, 1997: 417).

Sin embargo, la relación sociedad-moral-Derecho debe limitarse para no caer en el «imperialismo legalista» que MacCormick rechaza. Los límites los concreta el Estado de Derecho socialdemocrático, neutral y protector de los derechos individuales, por ser el que propicia unos mínimos de aceptabilidad moral y anima una concepción de la razonabilidad en clave moral discursiva para la que «los individuos son verdaderos participantes en el discurso racional» (MacCormick, 1994: 128). Así, MacCormick asume los términos discursivos de Habermas y Alexy⁵¹ y destaca el concepto de autonomía, aunque no refiera una razonabilidad estrictamente individualista⁵².

⁴⁸ Pues, la ciencia legal «refuerza la concepción del Derecho como sistema, y afirma la sistematicidad de la ley como guía ideal particularmente de los jueces y, en cierto grado, de los legisladores y otros funcionarios del gobierno» (MacCormick, 1999: 132) (también Bengoetxea, 1994: 66 ss.).

⁴⁹ Complementariamente al respecto, Golding, 1999: 62-64 y Summers, 2001: 115-117).

⁵⁰ Pues, es en los casos de manifiesta injusticia donde es más fácil ver que la imparcialidad a través de la legalidad constituye un valor parcialmente redentor, incluso cuando el orden jurídico en su conjunto pueda considerarse injusto» (MacCormick, 1994: 124). Objeta, p. ej., Sypnowich, 1999: 178 ss., 194.

⁵¹ Así, el positivismo ético de MacCormick se vincula a una argumentación racional discursiva, participativa, crítica y abierta (al respecto, p. ej., MacCormick, 1989: 187-188 y Campbell, 1988: 67-70).

⁵² Pues, «el proceso de juzgar y decidir como un agente moral autónomo implica comprobar y modificar y extrapolar desde una posición ya establecida como moral» (MacCormick, 1978: 273). Pero, también valorar y cuestionar para poder actuar voluntariamente en el marco de «un orden normativo que guía nuestras elecciones, pero que no es su causa. Las elecciones son respuestas voluntarias a una idea de orden, no sus reflejos condicionados» (MacCormick, 1997: 417, complementa, MacCormick, 1994: 128).

Cuarto argumento, el sistema jurídico es una institución moralmente relevante porque responde a ciertos valores que guían y deben guiar su desarrollo pragmático y posibilitan la noción de justificabilidad racional a nivel político y jurisdiccional, desvelándose el vínculo entre legalidad y moralidad⁵³, la «moralidad institucional», conforme a las razones prácticas de la acción que deben explicitar los órganos de decisión.

La identificación de los principios de la moralidad institucional relevante –«¿de qué es la moralidad institucional la moralidad?» (MacCormick, 1986 d): 179)– exige partir de que «donde hay Derecho constitucional, debe también haber una teoría constitucional enraizada en la visión del Estado constitucional que es o aspira a ser un orden moral» (*ídem*: 178). De forma que la moralidad institucional es «la moralidad de las instituciones político-legales de la sociedad civil que mejor encaja en las instituciones existentes con el menor sacrificio para una visión ideal, un *background* moral sobre cómo debería organizarse la vida en una sociedad» (*ídem*: 180).

El objetivo es animar un positivismo normativista coherente con cierta forma de iusnaturalismo pero manteniendo la tesis de separabilidad. Expuesto sintéticamente: la Regla de Reconocimiento, como criterio de validez, integra la verdad positivista, pero también la iusnaturalista al expresar la aceptación de la sociedad de los principios que considera justos, por lo que el Derecho positivo válido caracterizaría deductivamente gracias a la resolución los requerimientos iuspositivos y los iusnaturales⁵⁴, lo que adquiere la mayor relevancia en el marco de los Estados de Derecho constitucional democráticos.

Podrá objetarse que este planteamiento corrompe materialmente la tesis de separabilidad⁵⁵. Pero, replica MacCormick. Porque la adopción de presupuestos sociológicos y hermenéuticos para comprender la realidad normativa no implicaría superioridad de las consideraciones morales sobre las técnico-legales⁵⁶.

8. LA FUERZA AUTOGENERATIVA DE UN OBJETO VALIOSO POR LA TEORÍA DEL DERECHO

Habitualmente se critica que el iuspositivismo anima una teoría de la validez garante del poder establecido, que su descripción no respon-

⁵³ Pues, como «en la práctica no cabe establecer una distinción clara entre juicios adjudicativos y legislativos parece imposible excluir los juicios morales del razonamiento legal, posición ésta que es compatible con, si es que no implica, una perspectiva de Derecho Natural» (Campbell, 1988: 67).

⁵⁴ Acúdase a MacCormick, 1978: 59-62.

⁵⁵ Corroboran, p. ej., Pintore, 1991: 252-253, Den Boer, 1991: 265-266 y Paychère, 1991: 277-278.

⁵⁶ Atiéndase a MacCormick, 1997: 420, 422 y MacCormick, 1989: 189, *ídem*, 1981: 47-54, 65-70, 160, *ídem*, 1986 c: 139, La Torre, 1999: 325-326. También, MacCormick, 1981: 47-54, 65-70, 160, *ídem*, 1986 c: 139, La Torre, 1999: 325-326

de a la realidad del Derecho y que enmascara que la decisión es una opción política. Se objeta que al convertir la voluntad del poder en fundamento teórico de la descripción surge una ideología que se impone coactivamente contra lo que ella misma califica de a/antijurídico o extravagante⁵⁷.

El iuspositivismo y también el neoinstitucionalismo utilizarían su prejuicio sobre lo que es el Derecho para crear una teoría a su medida. Pero, ésta sería una actitud tramposa. Porque el objeto de la descripción era lo que se trataba de descifrar, no lo que se podía presuponer y luego consagrar. Por eso, la epistemología iuspositivista alimentaría una teoría normativa de lo que debe ser el Derecho y no de lo que realmente es. Y el problema se agrava con el neoinstitucionalismo. Pues, además de generar su propio objeto, el Derecho, MacCormick lo reconoce, afirma que es moralmente valioso, radicalizándose la objeción sobre su efecto ideológico y legitimador.

Sin embargo, MacCormick no está de acuerdo con esto último. El concepto de sistema jurídico es más ideal que real, pues su realidad es la de un «ideal regulativo». Por eso, la reconstrucción pretendidamente científica y descriptiva actúa como un refuerzo de la idea del Derecho como sistema sirviendo de guía de actuación básica de los jueces y el legislador. Puede aceptar que el modelo de descripción positivista genera unos ciertos efectos políticos, demostrando su carácter ideológico⁵⁸. Pero es que toda representación del Derecho, destaca MacCormick, acarrea sus propios efectos, incluido el modelo crítico deconstructivo. La diferencia sería que él conseguiría explicitar de un modo más adecuado los vínculos entre la práctica social y la teoría jurídica al reconocer que es más importante para una teoría jurídica resaltar el papel jurídico de las normas que negarlo, como harían los *CLSs*, que sólo conseguirían atender contra el sentido común del conocimiento del Derecho. Esto hace que la cuestión se modifique. Ya no se trata de si la descripción es en sí misma exacta, sino de valorar los efectos sobre el objeto de las descripciones que se proponen. Dicho de otra forma, como la dogmática y la descripción del Derecho se refieren a objetos ideales y pensados que existen porque creemos en ellos, no al revés, la cuestión es: «(d)eberían tales objetos ser creídos y, así, volver a convertir a nuestras creencias en realmente existentes?» (MacCormick, 1989: 191), ¿se sostiene la primacía de las reglas, los derechos positivizados y las actividades interpretativas que los circundan e integran y que hacen operativos la vida práctica y la actividad jurídico-política?

Y, para él, la respuesta es afirmativa. Pues, históricamente se ha creído en las reglas coercitivas por diferentes motivos y, generalmente, los efectos de tal creencia han sido más benéficos que su renuncia,

⁵⁷ Véase Schiavello, 1998: 326-327.

⁵⁸ El científico del Derecho reproduce a través de su descripción el orden fácticamente establecido y dado anticipadamente como Derecho (véase MacCormick, 1997: 420-422; también, Peczenick, 2001: 98-100).

a lo que se une que el legalismo político, liberal y positivista sostiene el «bien político y humano» básico del rechazo de la arbitrariedad pública⁵⁹.

9. DEFINICIÓN COMPREHENSIVA, DINÁMICA Y CIRCULAR. «RETROINTEGRACIÓN DEL CONCEPTO DE VALIDEZ». RED SISTÉMICA, COMPLEJIDAD Y COMPLETUD DEL ORDENAMIENTO

La Teoría del Derecho que maneja MacCormick explicita una visión comprensiva del Derecho que atiende y da cuenta de las reglas positivas y de los principios al integrar en el marco definicional del Derecho válido el resultado de la concreción jurisdiccional del mismo. Esto, de un lado, confiere un carácter dinámico y totalizador que lleva a reemplazar la búsqueda de una Teoría general del Derecho por el hallazgo de una Teoría del Derecho general. Y, de otro, ofrece un planteo normativo de la argumentación bajo coordenadas pretendidamente positivistas intentando complementar la teoría legal con una metodología para la aplicación que supere los lindes tradicionales entre el análisis teórico y la práctica del Derecho⁶⁰ y ofrezca un concepto de validez jurídica dinámico y no parcial que rehúsa la dicotomización entre una validez conceptual ajena a la realidad de la aplicación y una validez indefinida que se abandona a los criterios discrecionales del juez.

La pretensión es constructiva: se trata de armonizar la visión positivista formal y analítica, conservando su fundamental «concepto jurídico», con la visión sociológica del Derecho en busca del concepto de validez jurídico-normativo⁶¹. Si se prefiere, se trata de concretar un desarrollo socialmente realista de la normatividad jurídica⁶², una

⁵⁹ Atiéndase a MacCormick, 1989: 191-192. MacCormick afirma el valor de la concepción político liberal, p. ej., en MacCormick, 1976 b: 315-316, MacCormick, 1979: 407 ss., MacCormick, 1984: 35 ss.

⁶⁰ Véase al respecto, Atria, 1999: 549-550, 566.

⁶¹ En esta línea, para el cierre institucionalista de La Torre, la ciencia del Derecho debe rechazar el formalismo kelseniano porque limita ilegítimamente la posibilidad de concebir y concretar el Derecho: la metateoría del Derecho no sustenta un conocimiento autónomo, una ciencia por sí misma, sino una amalgama, un «cocktail» de diferentes disciplinas e investigaciones (hermenéuticas, lógicas y empíricas), que incluyen el análisis evaluativo (servido por un «barman» al que denominaremos el jurista) (atiéndase a La Torre, 1997: 409, también, Godrich, 1987: 32-62, 205-212, y Páramo, 1988: 103 ss.). Se opone Sinnott-Armstrong a una teoría comprensiva de la concepción de la validez del teórico, del legislador, el juez y el súbdito. Y propone una concepción perspectivista que satisfaga los distintos intereses y proyecciones del Derecho, en Sinnott-Armstrong, 1999: 27-56; también Opocher, 1965: 406-420.

⁶² Podría hablarse del «punto de convergencia generatriz –arriba la norma, abajo del comportamiento social típico– y funcional –interrelación práctica de esas dimensiones–...» (Calvo, 1990: 54) (véase también Faralli, 1993: 181 ss.).

forma de «hermenéutica epistemologizada»⁶³ ajena a las trampas idealistas del formalismo y, también, a las del materialismo, el empirismo y el realismo sociologista.

Así, el recuento descriptivo del sistema positivo supera su propia circunscripción sistémica, pero para volver luego a ella, y la estaticidad del entramado teórico-conceptual. Esto lleva a proclamar la naturaleza dinámica, compleja e integradora de una definición de la validez que, al depender de la racionalidad práctica, recorre todas las fases de presentación del Derecho (asunción, producción, aplicación) desvelando su carácter último, el sentido conceptualizado del Derecho como red argumentativa.

La definición dinámica de la complejidad de los sistemas jurídicos hace que existen tantos sistemas momentáneos como decisiones interpretativas integren el substrato de la positividad⁶⁴. Esta «cadena de sistemas jurídicos» definiría el «ordenamiento jurídico positivo»⁶⁵; en él la reglamentación positivizada actúa como una clave de existencia, una condición formal de su realidad, pero no como cierre de la validez que define el Derecho positivo⁶⁶. Sin embargo, esto no abocaría una axiología judicialista opuesta a una concepción iuspositiva de la validez⁶⁷. Pues, a cada validación normativa material precedería, en sentido lógico, una habilitación sistémica formal, ya que el sistema cambia para satisfacer esa exigencia de validación, que es una exigencia del conocimiento o del sistema conceptualizador del Derecho. Por eso la dinámica del sistema es, en realidad, dinámica del ordenamiento y apertura al sistema subsiguiente pero continuación y desarrollo de su predecesor —la otra alternativa sólo recontaría teóricamente un arbitrario voluntarismo judicial convertido en instancia metanormativa, que diría Luhmann—.

Así las cosas, para el neoinstitucionalismo, los diversos elementos, categorías y procedimientos de racionalidad que se refieren al Derecho sólo adquieren sentido conforme a una visión última, compleja y dinámica del ordenamiento. Lo que materialmente significa que no cabe establecer *a priori* un concepto de validez cerrado, sino que hay que indagar en una caracterización dinámica del mismo que lo abra a la comprensividad. Tanto los órganos encargados de producir en

⁶³ Terminología de Jyrki Uusitalo, al respecto, Uusitalo, 1991: 118 ss.

⁶⁴ Pues, «el Derecho cambia un momento después de que un “caso relevante” es resuelto respecto de lo que era un momento antes; y en este sentido existe una importante *similitus* entre el proceso legislativo y el de adjudicación judicial (MacCormick, 1978: 188). Lo que significa, en definitiva, que cada cambio de “interpretación” conduce a la aceptación de un sistema distinto... hay que admitir que toda decisión-conducta judicial es también una decisión acerca del sistema que asume como fundamento de la norma que va a emitir» (Caracciolo, 1988: 86).

⁶⁵ Que ofrece un recuento previo de la validez sistémica, aunque se orienta precisamente a la validación legal de la modificación del sistema (complementariamente Kerchove, Ost, 1998: 43 ss., y con perspectiva crítica, pp. 149-151).

⁶⁶ Al respecto, Alchourron, Bulygin, 1991: 397; Bulygin, 1991: 265-266.

⁶⁷ Se posiciona en tal línea de crítica Levin, en Levin, 1992: 196-198.

primera instancia el Derecho, como los que tienen la función de garantizar la autoridad y ejecutividad de ese Derecho contribuyen permanentemente a su definición dinámica. Por eso, el criterio unitario de validez se define como criterio primero y lógico de definición, pero que se posibilita en cuanto criterio último resultante de las diversas manifestaciones y consideraciones judiciales sobre el sistema jurídico⁶⁸. Todas estas consideraciones deben ordenarse como piezas de un puzzle, de una imagen a recomponer, y tal debe ser la labor del descriptivo positivista del Derecho.

La concepción neoinstitucionalista del Derecho de MacCormick, así, ofrecería: de un lado, una metateoría que se sirve de una preconcepción de lo que es el Derecho para, a partir de ahí, proponer los métodos de conocimiento y construcción teóricos apropiados. De otro, una teoría del Derecho comprehensiva que abarca todos los niveles de concreción jurídica, incluido el de la aplicación, y que lo presenta con carácter sistémico estructural y de contenido. Y, además, respecto de la aplicación, un criterio de racionalización descriptivo y normativo de la actividad jurisdiccional y las resoluciones conformándolas al marco jurídico y a una coherencia que caracteriza al sistema en conjunto.

Todos estos niveles se van integrando sucesivamente en una teoría comprehensiva del Derecho hasta configurar un agregado en el que, por fin, todos adquieren el sentido definido por el conjunto, y no el inicial que presentan para su concreción analítica. Por eso, podría hablarse de una especie de validez *prima facie* y de otra validez consideradas todas las circunstancias⁶⁹.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La revisión de la concepción neoinstitucionalista de MacCormick permanentemente reitera la necesidad de que el análisis de la consistencia del Derecho conecte los niveles filosófico-epistemológico y sociológico –referidos a los pares fundacionalista-coherentista y analítico-hermenéutico–. Esta constante imbricación determina que todo conocimiento parcial o especial, cualquier perspectiva de análisis adoptada y cada definición particular sobre el Derecho deba incardi-

⁶⁸ La teoría de la validez jurídica debe reconocer un permanente proceso de transformación de la normatividad jurídica dado su carácter estimativo y de equilibrio con la realidad (véase Peczenik, 1984: 27 ss., MacCormick, 1996: 180-181).

⁶⁹ Para Weinberger, no es preciso apelar a una validez *prima facie* y a otra ulterior. Hay una y definitiva; la que se concreta gracias a la actuación legislativa y a las excepciones introducidas por el juez en sus interpretaciones conforme a criterios de principio. Así, «la institución es capaz y está obligada a ofrecer una solución que impulse la idea que delimita el núcleo de la institución, aunque esto suponga una debilitación de la regla positiva» (Weinberger, 1999 a: 249).

narse en una red conceptual que se asienta sobre la creencia social en el Derecho.

La noción de reintegración de la validez jurídica apunta a una definición no estancada en un conceptualismo empobrecido, sino centrado en la realidad efectiva del Derecho. Pero, una realidad recontable en términos conceptuales, institucionales, y que se alimenta de la creencia en, y la fidelidad al dogma positivista de validez. Fundamentalmente, porque en las sociedades desarrolladas, el discurso del Derecho ya incorporaría en su forma destilada las condiciones de justificación del particular discurso político del Estado de Derecho, democrático y garante de los derechos. Son éstas las que concretan el contenido de la razonabilidad y justificación del Derecho como la razón de acción del mismo sistema, de los súbditos y los jueces. Por eso, el discurso jurídico descriptivo puede y debe dar cuenta de esas condiciones de razonabilidad y justificación en términos normativos, aunque renunciar a su carácter descriptivo.

La virtud de la argumentación de MacCormick reside, fundamentalmente, en su afán por imbricar el Derecho positivo en la sociedad y en la dimensión práctica y moral de la razonabilidad y la justificación⁷⁰. El discurso jurídico comienza y termina en la validez positiva, pero sin compartimentos-estanco ajenos a las imbricaciones entre la aceptación, la imposición, la valoración legislativa y judicial, los criterios formales de producción reglamentaria y los criterios sistémicos de pertenencia⁷¹. Por eso, uno de los grandes méritos de MacCormick es que incorpora la teoría de la justificación jurisdiccional en la teorización del Derecho gracias a un método analítico reconstructivo que parte del mirar hacia atrás hasta hallar un adecuado criterio último y primero de validez («reintegración del concepto de validez»)⁷². Es verdad que tampoco MacCormick consigue responder a la que Atienza considera la pregunta fundamental de las concepciones argumentales del Derecho: ¿cuál es el canon objetivo de la decisión? Quizá porque las teorías de la argumentación requieren mayor precisión o porque la respuesta no existe. Pero es igualmente cierto que gracias a su esfuerzo comprensivo y de inclusión de la concepción argumental de la decisión en el mismo marco de definición del Derecho se proclama a nivel fundamental y fundante la condición de coherencia sistémica sin cortes respecto de la coherencia normativa y de la decisión. Pero, no para cerrar en un nivel substantivo al ordenamiento jurídico. Sino para proclamar el ideal regulativo al que aspira todo Derecho positivo tanto por lo que se refiere a la cuestión de qué es el Derecho, cuanto respecto de la otra acerca de cuál es el Derecho aplicable a este caso concreto. Con lo que también se explicaría y justifi-

⁷⁰ Véase en este sentido, Godrich, 1987: 205-212 y La Torre, 1997: 409, Prieto Sanchís, 1992: 183.

⁷¹ Al respecto, complementariamente, Wróblewski, 1966: 73 ss.

⁷² Atiéndase a Jackson, 1997: 180-181. Es expresivo Rigaux, 1990: 38 ss, 48-49; también Calvo, 1996: 3 ss.

caría la preferencia por el orden del Derecho positivo⁷³ y su ideal regulativo de la coherencia, que es el ideal de racionalidad en las culturas desarrolladas⁷⁴.

El vicio de la argumentación maccormickiana se alimenta, me parece, de las permanentes obstrucciones que los distintos métodos de análisis proyectan sobre sus esfuerzos armonizadores –p. ej. al sostener una tesis no cognoscivista que posibilite su escrutinio en clave positivista y, a la par, una rehabilitación de la razón práctica–. Porque al sustentar cada perspectiva de escrutinio del Derecho sus propios códigos de significación y racionalidad, la pretendida perspectiva comprensiva e integradora se enfrenta a una doble y difícil tarea: de un lado, expurgar los antiguos defectos de cada perspectiva de análisis y los que surgen al poner en relación sus planteamientos y, de otro, responder a las permanentes críticas de cada particular concepción, insatisfechas con una flexibilización o corrección de sus postulados desde un paradigma externo. Bien es cierto que lo inaceptable, sobre todo para el positivista, es pretender dictarle a la realidad qué es lo que quiere, puede o debe comprender como Derecho⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., 1990: «On rational acceptability. Some remarks on legal justification». *Law, Interpretation and Reality*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht.
- ALCHOURRON, C., BULYGIN, E., 1991: *Análisis Lógico y Derecho*. Edit. C.E.C. Madrid.
- ATIENZA, M., 1999: «El Derecho como argumentación». *Isegoría*. 21.
- ATIYAH, P. S.; SUMMERS, R., 1991: *Form and Substance in Anglo-American Law*. Edit. Clarendon. Oxford.
- ATRIA, F., 1999 a: «Legal reasoning and legal theory revisited». *Law and Philosophy*. Vol. 18, núm. 5.
- 1999 b: «Del Derecho y el razonamiento jurídico». *Doxa*-22.
- 2001: *On Law an Legal Reasoning*. Edit. Hart Publishing. Oxford.
- BANKOWSKY, Z., 1989. «Institutional legal positivism?». *Rechtstheorie*. Vol. 20, núm. 2.
- BARBERIS, M., 1997: «Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourron y Bulygin». *Doxa*-20.
- BAYÓN, J. C., 2000: «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico». *Isonomía*. 13.
- BENGOETXEA, J., 1994: «Legal sistem as a regulative ideal». *ARSP*. LIII. 1.

⁷³ Aunque ese Derecho positivo se ponga en funcionamiento gracias a un permanente sopesar valoraciones normativas y fácticas. En este sentido y complementariamente Peczenick, 1994: 146 ss.

⁷⁴ (L)a racionalidad se vincula a un grado de desarrollo de ciertas culturas» (Aarnio, 1990: 81).

⁷⁵ Atiéndase ahora a Bayón, 2000: 116-117.

- BERGHOLTZ, G., 1990: «Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la justificación de las decisiones razonadas». En *Doxa-10*.
- BOUKEMA, H. J. M., 1980: «Legal realism and legal certainty». *ARSP*. LXVI. 4.
- BULYGIN, E., 1991: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos». *Doxa-9*.
- CABRA APALATEGUI, J. M., 2000: «Racionalidad y argumentación jurídica». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. 9.
- CALVO GONZÁLEZ, J., 1990: «Institución jurídica y positivismo jurídico institucional». *Racionalidad e Irracionalidad en la Política y el Derecho*. Edit. Universidad de Deusto. Bilbao.
- 1996: *Derecho y Narración*. Edit. Ariel. Barcelona.
- CAMPBELL, T. D., 1988: «Ethical positivism». *ARSP*. III. 2.
- CARACCIOLO, R. A., 1988: *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales*. Edit. C.E.C. Madrid.
- COLEMAN, J., 1988: «Negative and positive positivism». *Markets, Morals and the Law*. Edit. Cambridge Univ. Press.
- DEN BOER, M., 1991: «Two in one trolley: reflections on the relation between MacCormick's institutional and narrative theory of Law». *International Journal for the Semiotics of Law*. IV. 12.
- EIKEMA HOMMES, H., 1984: «Positive Law and material-legal principles». *ARSP*. LXX. 2.
- FARALLI, C., 1993: «Normative institutionalism and normative realism. A comparison», En *Ratio Iuris*. 6. 2.
- GARCÍA AMADO, J. A., 1988: *Teorías de la Tópica Jurídica*. Edit. Cívitas. Madrid.
- 1999: «Razón práctica y teoría de la legislación». *Derechos y Libertades*. 9.
- GARCÍA FIGUEROA, A., 1999: «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico». *Doxa-22*.
- GOLDING, M., 1999: «My Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Netherlands.
- GODRICH, P., 1987: *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rethoric and Legal Analysis*. Edit. MacMillan Press. London.
- HILL, H. H., 1990: «H.L.A.m Hart's hermeneutic positivism». *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. III. 1.
- JACKSON, B. S., 1997: *Semiotics and Legal Theory*. Edit. Deborah Charles Publications. Liverpool.
- KERCHOVE, M. VAN; OST, F., 1998: *El Sistema Jurídico entre Orden y Desorden*. Edit. Univ. Complutense. Madrid.
- LA TORRE, M., 1993: «Institutionalism old and new». *Ratio Iuris*. 6. 2.
- 1997: «Meaning, norm and legal science—An institutional approach». *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1999: *Norme, Istituzioni, Valori. Per una teoria istituzionalistica del Diritto*. Edit. Laterza. Roma.
- LEVIN, J., 1992: *How Judges Reason. The Logic of Adjudication*. Edit. Peter Lang Publishing. New York.
- MACCORMICK, D. N., 1976: «Formal justice and the form of legal arguments». *Études de Logique Juridique*. VI. Edit. Émile Bruylant (Chäim Perelman). Bruxelles.

- 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Edit. Clarendon Press. Oxford.
- 1979: «Law, obligation, and consent». *ARSP*. LXV. 3.
- 1981: *H.L.A. Hart*. Edit. Edward Arnold (ed. William Twining). London.
- 1984: «Coherence in legal justification». *Theorie der Normen*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1985: «A moralistic case for a moralistic Law». *Valparaiso Law Review*. 20.
- 1986 a: «Law as institutional fact». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1986 b: «On analitical Jurisprudence». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1986 c: «Law, morality and positivism». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1986 d: «Institutional morality and the Constitution». *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1989: «The ethics of legalism». *Ratio Iuris*. 2. 2.
- 1994: «Natural Law and the separation of Law and Morals». *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Edit. Clarendon Press (ed. Robert P. George). Oxford.
- 1995: «Defeasibility in Law and logic». *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht.
- 1996: «The concept of Law and The Concept of Law». *The Autonomy of Law: Essays in Legal Possitivism*. Edit. Clarendon Press. Oxford.
- 1997: «On institutional normative order». *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1999: «My Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer Academic Publishers. Netherlands.
- MACCORMICK, N. D.; WEINBERGER, O., 1986: «Introduction» a *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Edit. Reidel Publishing Company.
- 1990: «Introduzione». *Il Diritto come Istituzione*. Edit. Giuffré. Milano.
- MARMOR, A., 2001: *Positive Law and Objetive Values*. Edit. Clarendon. Oxford.
- MORTON, P., 1998: *An Institutional Theory of Law*. Edit. Clarendon. Oxford.
- NERHOT, P., 1990: «The Law and its reality». *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- OPOCHER, E., 1965: «Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della applicazione del diritto». *R.I.F.D.* XLII.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de, 1988: «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22.
- PAYCHÈRE, F., 1991: «Contribution à une analyse narrative de la théorie institutionnelle». *International Journal for the semiotics of Law*. Vol. IV, núm. 12.
- PECZENICK, A., 1984: «Creativity and transformations in legal reasoning». *Theorie der Normen*. Edit. Duncker & Humblot. Berlín.
- 1989: *On Law and Reason*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- 1999: «Entrevista». *Doxa*-22.
- 2001: «A theory of legal doctrine». En *Ratio Iuris*. Vol. 14, núm. 1.

- PINTORE, A., 1986: «Da Ross a MacCormick». *Studi Economico-Giuridici*. LI.
- 1990: *La Teoria Analitica dei Concetti Giuridici*. Edit. Jovene. Nápoles.
- 1991: «Law as fact? MacCormick's institutional theory of Law». *International Journal for the Semiotics of Law*. IV. 12.
- PRIETO SANCHÍS, L., 1987: *Ideología e Interpretación Jurídica*. Edit. Tecnos. Madrid.
- 1992: *Sobre Principios y Normas*. Edit. C.E.C. Madrid.
- 1998: *Ley, Principios, Derechos*. Edit. Dykinson. Madrid.
- PUPPO, A., 1999: «Los rostros de la ciencia jurídica entre aceptación, descripción e inscripción del Derecho». *Doxa*-22.
- RAWLS, J., 1979: *Teoría de la Justicia*. Edit. Fondo de Cultura Económica. México.
- RENNER, K. 1976: *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. Edit. Routledge & Kegan Paul. London.
- RIGAUX, F., 1990: «The concept of fact in legal science». *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics & Jurisprudence*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- RORTY, R., 1980: *Philosophy and the Mirror of Nature*. Edit. Princeton. New Jersey.
- ROSS, A., 2000: *Teoría de las Fuentes del Derecho*. Edit. C.E.P.C. Madrid.
- RUITER, D. W. P., 1993: *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- SCHIAVELLO, A., 2001: «On “Coherence” and “Law”». *Ratio Iuris*. 14. 2.
- SEGURA ORTEGA, 1998: *La Racionalidad Jurídica*. Edit. Tecnos. Madrid.
- SIECKMANN, J. R., 1992: «Legal system and practical reason. On the structure of a normative theory of Law». *Ratio Iuris*. 5. 3.
- SINNOTT-ARMSTRONG, W., 1999: «A perspectival theory of Law». *Australian Journal of Legal Philosophy*. 24.
- SUÁREZ LLANOS, M. L., 2001: *La Teoría Comunitarista y la Filosofía Política*. Edit. Dykinson. Madrid.
- SUMMERS, R. T., 2001: «The place of form in the fundamentals of Law». *Ratio Iuris*. 14. 1.
- SYPNOWICH, C., 1999: «Utopia and the Rule of Law». *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order* (ed. David Dyzenhaus). Edit. Hart Publishing. Oxford.
- TAYLOR, CH., 1989: «Overcoming epistemology». *After Philosophy: End or transformation*. Edit. The Mit. Press. Cambridge Univ. Press.
- TARELLO, G., 1996: «Il “problema dell'interpretazione”: una formulazione ambigua. *R.I.F.D.* LXXIII.
- VEGA, J., 2000: «Praxis y normatividad como criterio de científicidad de la “ciencia jurídica”». *Doxa*-23.
- VELASCO ARROYO, J. C., 1999: «El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas». *Isegoría*. 21.
- VILLA, V., 1990: «Normative coherence and epistemological presuppositions of justification». *Law, Interpretation and Reality*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- WALDRON, J., 2001: «Normative (or ethical) positivism». *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Edit. Oxford Univ. Press.

- WEINBERGER, O., 1999: «Prima Facie Ought. A logical and methodological Enquiry». *Ratio Juris*. 12. 3.
- 1999 b: «Neo-institutionalism: my views on the Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer. Dordrecht.
- WRÔBLEWSKI, J., 1966. «Normativity of legal science». *Études de Logique Juridique*. Vol. I.
- 1999: «Neo-institutionalism: my views on the Philosophy of Law». *The Law in Philosophical Perspectives*. Edit. Kluwer. Netherlands.

Sobre la vigencia de la filosofía práctica de Kant

Por JESÚS VEGA
Universidad de Oviedo

Las páginas que siguen tienen un doble designio nada novedoso. Su propósito es tanto corroborar un diagnóstico como contribuir a una crítica. Lo primero tiene como motivo inmediato la reciente conmemoración de la figura de Immanuel Kant en el bicentenario de su muerte, y su objeto es una nueva reevaluación, otra más, de la importancia de la doctrina kantiana en la historia de la filosofía práctica y de su innegable actualidad. Lo segundo responde al deseo de articular algunas intuiciones en torno al significado real que puede tener esa vigencia de la filosofía práctica de Kant, tampoco originales en absoluto pero probablemente sí muy necesarias, acaso hoy más que nunca, para acotar los límites e insuficiencias de un pensamiento filosófico idealista en materia de «racionalidad práctica».

Digo «intuiciones» porque no pretendo hablar, desde luego, con la autoridad de ningún «especialista» en Kant; si acaso, como un «especialista en ideas generales», según aquella célebre definición que Comte daba del filósofo (a su vez «en general»). De modo que lo aquí voy a decir no serán otra cosa que generalidades que todo el mundo conoce sobre el pensamiento kantiano y sobre su presencia en la filosofía actual. En cuanto al propósito crítico que las anima, es solamente reflejo de la experiencia de un profesor que –como todos lo que tienen que vérselas «de oficio» con los asuntos de la filosofía del Derecho, de la moral o de la política– ha tenido necesariamente que pensar en las tesis kantianas, desde ellas y muchas veces también –sin que tenga que ser aquella «lucha cuerpo a cuerpo» de la que hablaba, un tanto dramáticamente, Ortega– *contra* ellas.

Comenzaré, pues, con un diagnóstico general. Kant es, sin resquicio alguno para la duda, el «pensador de la época», el filósofo por excelencia de nuestro tiempo, a una considerabilísima distancia de

otros grandes filósofos clásicos pertenecientes al «ciclo del idealismo alemán» (señaladamente, Hegel) o impugnadores de él (señaladamente, Marx). Y desde luego, a mucha mayor distancia de la influencia de cualesquiera otros pensadores anteriores o posteriores. Esta valoración histórico-filosófica no es, como decía, nueva y vendría a expresar la idea comúnmente asentada de que la filosofía kantiana inaugura el pensamiento moderno, certificando el cierre del período de la filosofía medieval y abriendo el nuevo ciclo de la filosofía moderna y contemporánea. Sin embargo, sí sería necesario precisar que la presencia de Kant en nuestro mundo actual, en los comienzos del siglo XXI, es mucho más inmediata de lo que pudo serlo en los siglos XIX y XX. Algunas de las ideas básicas que el sistema kantiano convirtió en el centro de la reflexión filosófica moderna –ideas tales como las de ciencia, Estado, individuo, historia o progreso–, fueron desarrolladas inmediatamente por sistemas postkantianos que llenaron el siglo XIX, asociados a nombres como los de Comte, Hegel y Marx, sistemas a su vez cuya proyección práctica, política e ideológica se extendió a lo largo de todo el siglo XX. Una vez acaecidos hechos tales como la caída de los totalitarismos (el nazismo a mediados y el comunismo a finales del siglo XX), la consolidación de las democracias individualistas de raíz liberal y la crisis o al menos atemperación del positivismo cientificista, de la «tecnocracia» y de la idea ilustrada de progreso indefinido de las tecnologías (pongamos como referencia testimonial de esta crisis a Heidegger, la filosofía hermenéutica gadameriana y el «postmodernismo»), no sería extraño que –como ha señalado recientemente G. Bueno– Kant haya «recuperado su hegemonía». Su sistema filosófico representó, en efecto, «el punto de cristalización de las ideologías de la época moderna, que revolucionan el orden antiguo: de la Ilustración, de la Democracia y de la Ciencia»¹, y esas ideologías, después de los reajustes y convulsiones del pasado siglo, son las llamadas a constituir de nuevo el punto de referencia en el presente de la «globalización».

Aquí se trata de hablar en concreto de la vigencia de la filosofía *práctica* de Kant. Y lo primero a decir es que si hay, ciertamente, algún campo de la reflexión filosófica en el que ese diagnóstico general anterior sea plenamente válido, ése es precisamente el de la filosofía práctica, esto es, la filosofía ética, moral, jurídica y política.

La suposición misma de que éste sea un ámbito autónomo (una «parte definida») de la filosofía –la «filosofía práctica»– es inequívocamente de filiación kantiana, si bien sabemos que Kant ha sido aquí menos un creador que un receptor de la *philosophia practica universalis* de tradición aristotélico-escolástica que le llega a través de la escuela de Wolff (Achenwall, Baumgarten). Si hasta hace sólo unas

¹ BUENO, G., «Confrontación de doce tesis características del sistema del *Idealismo trascendental* con las correspondientes tesis del *Materialismo filosófico*», *El Basilisco*, 35 (2004), pp. 3-40, p. 3.

pocas décadas las expresiones «práctica» o «praxis» eran monopolio del marxismo y del materialismo, y más o menos lo mismo sucedía con la noción de «razón crítica» (Escuela de Frankfurt), la sola mención en nuestro tiempo del sintagma «razón práctica» está evocando casi exclusivamente el legado de Kant. En especial, bajo esta «rehabilitación de la razón práctica» (por usar una expresión que se puso en circulación hace veinte años en Alemania) se sobreentienden cuando menos las dos cosas siguientes: i) el mundo de la acción o praxis humana como territorio de operatividad de la «razón», pero una razón ya no teórica, científica o instrumental, sino «normativa», y ii) un esquema de unificación común y armónico, a partir de tal noción de racionalidad, de sus diversas subregiones (morales, éticas, políticas y jurídicas).

Que la esfera –o esferas– de la acción práctica se hallen sometida a pautas de racionalidad y que ello permita aventurar relaciones de unidad (no polémica) entre ellas son, efectivamente, ideas cuya presencia dominante en la filosofía práctica actual está, de un modo casi exclusivo, escrita en lenguaje kantiano y pensada con conceptos kantianos. Y podría decirse que si la verdadera «vuelta a Kant» se ha producido más en el presente cambio de siglo que en el anterior, cuando aquel famoso lema de O. Liebmann –*Zurück zu Kant!*– abrió paso a los diversos neokantismos, ello es porque hoy éstos están en buena parte olvidados acaso precisamente por estar demasiado ligados a la filosofía teórica (la epistemología, la teoría del conocimiento) del pensador de Königsberg; especialmente el neokantismo logicista o marburguiano (Natorp y Cohen), más centrado en la «razón pura», mientras que sólo el neokantismo «axiológico» (Windelband y Rickert), es decir, el centrado en la «razón práctica», tuvo una línea de continuidad que conduce directamente a la filosofía hermenéutica (Dilthey y Weber) y a la teoría de los valores (Lotze, Scheler y Hartmann). No es, pues, la filosofía teórica kantiana aquella que tiene presencia inmediata en el presente, probablemente debido a que los dualismos no menos clásicos que ella introduce en la reflexión moderna y contemporánea (analítico/dialéctico, *a priori*/*a posteriori*, empírico/trascendental, etc.) sí que han sido desarrollados autónomamente, con libertad frente a Kant, por otras tradiciones filosóficas (marxista, analítica, fenomenológica, etc.) sin que su evolución posterior parezca permitir un retorno a los términos literales del criticismo kantiano. En cambio, la filosofía práctica –y sólo ésta– sí que es hoy mucho más kantiana que nunca, si es que alguna vez dejó de serlo.

Para corroborar lo anterior de un modo extensional o empírico bastaría la referencia al hecho de que la filosofía *académica* hoy practicada (aquella que, según el mismo Kant, sería «artista» de la razón) ha adoptado como «paradigma normal» (en el sentido kuhniano) el sistema de ideas de dos filósofos que se reclaman hoy expresamente continuadores del proyecto kantiano de fundamentación de la razón práctica –J. Rawls, en Estados Unidos y J. Habermas, en Europa– cuyas

obras dominan abrumadoramente la bibliografía producida en los departamentos de filosofía moral, política y jurídica de las universidades a ambos lados del Atlántico². Estos pensadores (y podrían ser mencionados otros muchos: Apel, Singer, Hare, Gauthier, Herman, O'Neill, Korsgaard, Nino, Arendt, Tugendhat, Nagel, Richards, etc.) rehabilitan a Kant más por el método, el *constructivismo* práctico, que por los supuestos «metafísicos» o precisamente «teoréticos» que aún envolverían el sistema de su filosofía práctica, supuestos que no se avendrían ya, ni serían necesarios, para la filosofía contemporánea, una vez producidos sus sucesivos giros «lingüístico» y «pragmático»³. Tampoco resulta extraño en absoluto, a la luz de todo lo dicho, que la «hegemonía kantiana» venga asociada fundamentalmente a la filosofía analítica de raigambre anglosajona⁴.

Pero el *signum* kantiano no ha dejado sólo su impronta en el discurso filosófico, sino que también se hace muy claramente visible en el discurso justificativo más o menos «oficial» de las propias *prácticas* públicas, políticas, jurídicas y morales (aquellas que según Kant serían «legisladoras» de la razón). Hablamos, claro está, de las prácticas públicas características de los Estados democráticos de Derecho occidentales, fundados sobre el sistema productivo de mercado tendente a una mundialización económica capitalista (el *World-System* de Wallerstein). Este escenario es propicio a la generalización de *lógoi* diversos caracterizados, entre otras cosas, por una tendencial convergencia entre: i) *las justificaciones morales y las justificaciones jurídicas*: así, p. ej., la creciente «moralización» del Derecho tras la segunda postguerra, en función de la apelación a «valores» o «principios», que rigen las Constituciones y la práctica de los tribunales superiores, a su vez teorizada por doctrinas como las de Dworkin o Alexy; ii) *las justificaciones morales y las justificaciones políticas*: así el discurso reivindicativo de los «derechos humanos universales», o la apelación

² Véase RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971, pp. 31, 43, 251 ss.; HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa* [1981], trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987, 2 vols.; MCCARTHY, Th., «Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue», *Ethics*, 105/1 (1994), pp. 44-63. En el ámbito específico de la reflexión sobre el Derecho y la racionalidad jurídica, Kant podría considerarse inspirador directo o indirecto de las principales doctrinas contemporáneas, tanto del positivismo clásico (baste la alusión a KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* [1960], trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1982), como del actual postpositivismo (baste la alusión a ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pero véase también, p. ej., ALLARD, J., *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Univ. de Bruxelles, Bruselas, 2001).

³ Véanse RAWLS, J., «Kantian Constructivism in Moral Theory», *The Journal of Philosophy*, 77/9 (1980), pp. 515-572, y HABERMAS, J., «Caminos hacia la detrascendentalización. De Kant a Hegel y vuelta atrás», en *Verdad y justificación*, trad. de L. Díez, Trotta, Madrid, 2002, pp. 181-220.

⁴ Véase WEINBERGER, O., «The Language of Practical Philosophy», *Ratio Juris*, 15/2002, pp. 283-293.

a los procedimientos dialógicos y consensuales en el marco del pluralismo axiológico democrático, del liberalismo individualista, del multiculturalismo, de la era «postconvencional» y «postmetafísica», y iii) *las justificaciones políticas y las justificaciones jurídicas*: así el proceso de constitucionalización europea, la defensa del republicanismo cosmopolita, el «patriotismo constitucional» y la globalización jurídica en la era «postnacional», la defensa del Derecho internacional en el contexto del «juridicismo europeo» (frente al «hobbesianismo» norteamericano que defienden los más agresivos ideólogos del imperio, tipo R. Kagan), etc.

El excipiente que vendrá a amalgamar semejante mezcla, que acaso mereciera más el hegeliano nombre de *Sittlichkeit*, ha terminado siendo, sin embargo, por antonomasia, el pensamiento kantiano o al menos un muy fiel trasunto suyo. Sin duda, en todo ello obran de modo determinante las peculiares características constitutivas de la «filosofía práctica» (frente a otras «partes definidas» de la filosofía), así como de la realidad práctica misma que sería su objeto (frente a otras realidades), en sus mutuas relaciones. Pero, sobre todo, serán decisivas las propias características peculiares de la reconstrucción filosófica kantiana: lo que podría llamarse su «metodología de racionalización del campo práctico». Sobre ambas cosas, (I) los supuestos y propuestas de este «método» de la razón práctica y (II) las posibles objeciones críticas que cabe dirigirle, versará la presente exposición.

I

Si hubiera que buscar un lema que resumiera la entera filosofía práctica kantiana, ése podría muy bien ser el siguiente: Kant es el filósofo de la normatividad. En efecto, la idea de *norma* es probablemente la idea central de toda la filosofía kantiana, incluyendo por cierto su propia filosofía teórica en cuanto «crítica». Atendamos, en efecto, al significado último del célebre «giro copernicano» que Kant habría imprimido a la teoría del conocimiento tradicional: no es el objeto quien determina al sujeto cognoscente, sino el sujeto quien constituye al objeto. Éste será, como todo el mundo sabe, un giro hacia el *constructivismo*. No entraremos en la espinosa cuestión de si este giro fue o no realmente originario de Kant o si hay que interpretar su significado idealista más bien como una «contrarrevolución ptolemaica» (Russell). Limitémonos a examinar cuáles son sus consecuencias. La razón nada conoce que ella misma no haya producido en la cosa conocida, se dice al comienzo de la *Crítica de la razón pura*. Nuestro entendimiento «posee unas reglas que yo debo suponer en mí ya antes de que los objetos me sean dados»⁵. Hay, pues, una definición expresa

⁵ *Kritik der reinen Vernunft* [1787], en *Kants Werke. Akademie-Textausgabe*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1968, vol. III, B XVII, p. 12 [trad. esp. de P. Ribas, *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid, 1993, p. 21].

del entendimiento o facultad cognoscitiva por conceptos (*Verstand*) como «facultad de las reglas»⁶. Esta definición supondrá un «giro normativista» de la teoría del conocimiento, como vieron perfectamente los neokantianos de Baden y especialmente Windelband, cuando cifra la revolución kantiana en la tesis de que «los objetos no son para nosotros sino determinadas reglas a las que debemos someternos en nuestras combinaciones de ideas» y de que «todo el conocimiento se basa en la normatividad de las ideas»⁷.

Se explica así la sobreabundancia de metáforas prácticas (y en concreto jurídicas) en la epistemología kantiana, tantas veces señalada: toda la primera *Crítica* será un «proceso a la razón», que trata de resolver como *quaestio iuris* las pretensiones cognoscitivas de la metafísica⁸. El conocimiento mismo sería visto como un *ius*⁹, en el cual el sujeto cognoscente, dice Kant, opera «como juez designado que obliga a los testigos a responder a las preguntas que él les formula»¹⁰. El «primado de la razón práctica» ya estaría, pues, obrando en la propia filosofía teórica.

Ahora bien: en la esfera práctica los efectos del giro copernicano serán notoriamente mucho más contundentes. Aquí estamos instalados originariamente en el ámbito de la acción humana, de las relaciones prácticas inmanentes entre los *sujetos*, como individuos y como miembros del grupo social, y no sólo en el plano de su conocimiento de los objetos. Éste es, pues, el lugar en donde las metáforas prácticas, jurídicas y morales, dejarían de ser tales metáforas: el constructivismo normativo se halla, por decirlo así, «en casa». Se trata ahora de reconstruir el modo cómo la acción humana, relacionada con otras acciones humanas, se somete a «razón», es decir, se gobierna a su vez por regla o norma. La pregunta fundamental es, así, una pregunta normativa: «¿qué debo hacer?»¹¹, paralelamente a como la pregunta teórica se planteaba qué puedo conocer. Y es entonces cuando lo que alguna vez se ha llamado la «maza del argumento trascendental» es blandida por Kant con toda su extraordinaria fuerza. Pues en el campo práctico, nos dirá ese argumento, las reglas no pueden ser *meramente* empíricas, no pueden provenir del entendimiento (de la «facultad de desear» o «voluntad»), y sí sólo de la razón misma (*Vernunft*), porque en otro caso no serán propiamente reglas «morales». Han de poder ser contempladas como reglas sometidas a principios *a priori* de la propia

⁶ *Kritik der reinen Vernunft*, B 171, p. 131 [trad. esp. p. 149].

⁷ WINDELBAND, W., *Preludios filosóficos. Figuras y problemas de la filosofía y de su historia* [1921, 8.ª ed.], trad. de Wenceslao Roces, Santiago Rueda Editor, Buenos Aires, 1949, pp. 97, 101; el concepto de norma sería así «el concepto central de la filosofía crítica» (p. 277).

⁸ Véase, p. ej., PIEVATOLO, M. Ch., «The Tribunal of Reason: Kant and the Juridical Nature of Pure Reason», *Ratio Juris*, 12/3 (1999), pp. 311-327, donde se compara la crítica kantiana con la actividad de un «tribunal constitucional».

⁹ MARTÍNEZ MARZOA, F., *Releer a Kant*, Anthropos, Barcelona, 1989, cap. I.

¹⁰ *Kritik der reinen Vernunft*, B XIII, p. 10 [trad. esp., p. 18].

¹¹ *Kritik der reinen Vernunft*, B 833, p. 522 [trad. esp., p. 630].

razón, y no de la experiencia. Si en el campo del conocimiento y de la ciencia, el entendimiento (*Verstand*) construye sobre la experiencia fenoménica aplicando sus categorías (por ejemplo, la causalidad) para obtener *leyes* o reglas objetivas (la «Naturaleza») quedando la razón limitada a un uso regulativo, en el campo de la praxis la razón es *ella misma una causa*, esto es, dirige o gobierna la acción produciendo efectos en el mundo, *constituyendo* en él la moralidad mediante el imperio de su propio principio.

La razón práctica es razón pura práctica: la praxis humana o es determinada *a priori* por la razón pura o no es racional, es decir, no es verdaderamente *moral* o libre, sino simple secuencia del mecanismo causal de la Naturaleza. Nunca la idea de libertad se formuló de modo más rotundo: libertad es la propia causalidad *nouménica* de la razón; libre puede decirse sólo aquel curso de acción cuya cadena de efectos pueda imputarse, como a su primera causa, a la razón misma o *nôus*; en ello radicará al tiempo su cualidad moral. De este modo, la condición *a priori* de posibilidad de la racionalidad práctica (de la moral en el mundo) no es otra que la efectiva producción de la acción bajo fundamentos de la razón, y no sólo bajo fundamentos puramente empíricos (hipotéticos o condicionales). Solamente entonces las reglas prácticas serán genuinas *normas* («leyes prácticas», imperativos categóricos o incondicionales). La razón (práctica), diríamos por seguir con metáforas jurídicas, es «juez y parte», pone la regla y la aplica o ejecuta. O mejor aún, es «legisladora» (*gesetzgebend*) y asegura su «potestad jurisdiccional» por la vía más directa: suponiendo que será eficaz *necesariamente...* a menos que no haya en absoluto moralidad en el mundo, sino el puro juego mecanicista de las causas y los efectos por intermediación de un entendimiento humano cuya necesidad será heterónoma pero no autónoma. Tal es la resolución kantiana de la tercera antinomia de la razón pura¹².

La razón determina la acción humana *a priori*, mediante su propia regla, pero una regla que no tiene contenido: no dicta lo bueno ni lo malo, porque sólo podría hacer tal cosa indicando algún contenido empírico. De manera que opera a partir de la sola *forma* de la razón, que es la propia *idea* general de una «regla», esto es, la pura conexión abstracta de elementos bajo condiciones de universalidad y necesidad, el mero concepto *a priori* de una «ley» que es dada «como un hecho de la razón pura»¹³. Una acción será racional (moral) cuando pueda reconducirse a la absoluta universalidad de la razón: cuando sea universalizable sin autocontradicción. De aquí resulta la conocidísima formulación del «imperativo categórico»: «obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como

¹² *Kritik der reinen Vernunft*, B 566 ss., pp. 366 ss. [trad. esp., pp. 467 ss.]; *Kritik der praktischen Vernunft* [1788], en *Kants Werke*, cit., vol V, p. 97 [trad. esp. de E. Miñana y M. G. Morente, *Crítica de la razón práctica*, Sígueme, Salamanca, 1994, p. 145].

¹³ *Kritik der praktischen Vernunft*, p. 29 [trad. esp., p. 50].

principio de una legislación universal»¹⁴. Esta fórmula cifra la *autonomía* de la razón a obrar, frente a cualquier forma de (moralmente espuria) heteronomía. Otra formulación del imperativo expresa la idea de *dignidad* humana: «no trates al otro como un medio sino como un fin en sí mismo». Ambas ideas constituyen desde su enunciación kantiana los criterios básicos del «deontologismo» de la racionalidad moral, del que provienen las ideas fundamentales que en la actualidad se discuten (o mejor, casi debíamos decir se indiscuten) como definitivas del «punto de vista moral», desde el procedimiento constructivo formal como test de las reglas materiales (máximas) sobre las que se aplica en segundo nivel (en términos de universalizabilidad, simetría, reciprocidad, imparcialidad, etc.) hasta los ideales de corrección que de ahí derivan, incluyendo la idea misma de «deber», sobre los que luego hablaremos.

Este esquema tiene fuerza expansiva a las demás regiones del mundo práctico: el Derecho y la política. Pues la razón práctica es única y la misma: la unidad de la esfera práctica viene dada por la unidad de la propia razón. Así, en el plano jurídico-político tenemos las reglas del «estado jurídico» o *Estado de Derecho*, reglas que son colectivas, ya no individuales, y «externas», ya no internas como las de la moral. Por tanto, se refieren a la mera voluntad o acción reglada por conceptos del entendimiento, pero no obstante se hallarían igualmente sometidas según Kant a ideas regulativas *a priori* de la razón, a «leyes de libertad»¹⁵. El Derecho sería aquel conjunto de normas heterónomas (esto es, operativas en virtud de móviles empíricos) cuya racionalidad se ajusta al principio *a priori* de hacer posible la coexistencia del arbitrio o libertad externa de cada uno con el de todos según una ley universal de libertad¹⁶. El ordenamiento jurídico va ligado intrínsecamente a la coerción, lo que –invirtiendo una expresión de A. Cortina– le convertiría en una especie de «forma deficiente de moral»¹⁷, un mal necesario para hacer viable la convivencia social. Pues la sociedad no sería otra cosa para Kant que aquella asociación de individuos que tienen que someterse a leyes coactivas para poder ser libres. Hay aquí un argumento «dialéctico» (que anticipa motivos hegelianos) expresado en el famoso oxímoron: la «insociable sociabilidad de los hombres» (*die ungesellige Geselligkeit der Menschen*). Idea que resume perfectamente la síntesis que Kant pretende entre la tradición racionalista y la empirista, entre el absolutismo despótico de un Hobbes y el liberalismo individualista de un Locke. Por un lado, Kant prolonga la vieja suposición (aristotélico-escolástica y racionalista) de que el hombre sólo puede ser virtuoso dentro de la *pólis*, en el

¹⁴ *Kritik der praktischen Vernunft*, p. 30 [trad. esp., p. 49].

¹⁵ *Die Metaphysik der Sitten* [1797], *Kants Werke*, cit., vol. VI, p. 215 [trad. esp. de A. Cortina y J. Conill, *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 17].

¹⁶ *Die Metaphysik der Sitten*, p. 230 [trad. esp., p. 39].

¹⁷ Cortina, A., «La moral como forma deficiente de Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5 (1988), pp. 69-85.

seno de la sociedad política. Esto le distancia de, por ejemplo, un Rousseau y su idea de la bondad natural del género humano, si bien Kant sigue participando de la confianza en la necesidad de un «contrato social» o «contrato originario» como instancia de perfección de la sociedad política a partir del «estado de naturaleza», instancia orientada a instituir «la libertad de cada miembro de la sociedad», que es un principio *a priori* fundante de toda Constitución y, en general, de todo «estado civil»¹⁸. La libertad es «el único derecho innato, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad»¹⁹. Concibe Kant así como un «deber moral» el ingreso en el estado jurídico por medio de un tal pacto, que responde a «una *mera idea* de la razón»²⁰, y al que presenta también bajo la forma «histórico-cultural» de un designio o intención oculta de la misma Naturaleza (preludio asimismo de la hegeliana «astucia de la razón»)²¹. La historia de la humanidad sería, pues, fundamentalmente historia jurídica, progreso hacia el Derecho.

Ahora bien, por otro lado ello significa en Kant reconocer a las claras, lejos de cualquier visión idílica, la condición efectivamente «insociable» del hombre desde el más descarnado pesimismo antropológico que se resigna ante lo que I. Berlin –siguiendo justamente una metáfora kantiana y antes agustiniana y luterana– ha llamado el «fuste torcido de la humanidad»²². Ahora el término comparativo de referencia ya no son los «seres santos» (como sucedía en la moral), sino más bien los «demonios»²³. En efecto: entrar en el estado jurídi-

¹⁸ *Zum ewigen Frieden* [1795], en *Kants Werke*, cit., vol. VIII, p. 331 [trad. esp. de J. Abellán, *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 15]; *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* [1793], en *Kants Werke*, cit., vol. VIII, p. 290 [trad. esp. de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*, en *Teoría y práctica*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 3-60, p. 27].

¹⁹ *Die Metaphysik der Sitten*, p. 237 [trad. esp., pp. 48-9].

²⁰ *Über den Gemeinspruch*, p. 297 [trad. esp., pp. 36-7].

²¹ Véase el principio octavo de su *Idea para una Historia universal*: «se puede considerar, a grandes rasgos, la historia del género humano como la realización de un plan oculto de la naturaleza, enderezado al establecimiento de una constitución estatal interior y exteriormente perfecta, como el único estado en que puede la Humanidad desarrollar plenamente sus disposiciones» (*Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* [1784], en *Kants Werke*, cit., vol. VIII, p. 27 [trad. esp. de C. Roldán y R. Rodríguez Aramayo, *Idea para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 17].

²² «A partir de una madera tan retorcida como aquella de la que está hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto» (*Idee*, p. 23 [p. 12]). Véanse las irónicas críticas contra la «arcádica vida pastoril» propia de un «estado de naturaleza» a lo Rousseau, vertidas en su *Antropología práctica (Según el manuscrito inédito de C. C. Mrongovius, fechado en 1785)*, trad. de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 81ss. (obra aún no editada en la *Akademie-Textausgabe*).

²³ «El problema del establecimiento del Estado tiene solución, hasta para un pueblo de demonios (con tal de que tengan algún entendimiento): [...], y se puede formular así «[cómo] ordenar una multitud de seres racionales, los cuales, para su conservación, necesitan en conjunto leyes generales, pero cada uno de los cuales tiende por su parte a escabullirse de esas leyes, y establecer su constitución de modo tal

co, gobernado por reglas de derecho es tanto como «obligar a los individuos a ser libres», colocarlos «forzadamente» bajo el mecanismo artificial de Leviatán, bajo el dominio de leyes colectivas eminentemente coactivas, conстриéndoles por todos los medios a acatarlas como única condición de posibilidad de la propia libertad individual en el marco de la coexistencia común. El conflicto y la competencia incompatible, no armónica, entre los individuos y sus cursos de acción externa –lo que Kant llama «antagonismo» [*Antagonism*]– constituye al tiempo el motor originario («del que se sirve la Naturaleza») de todo dinamismo social y político, cuya canalización sólo es posible imponiendo una «igualdad de sumisión» de los sujetos bajo unas y las mismas leyes como *súbditos*, capaces de asegurar simétricamente el mismo grado de libertad e independencia de todos ellos como *ciudadanos*. El resultado será una sociedad «donde se dé la mayor libertad [posible] y, por ende, un antagonismo generalizado entre sus miembros, junto a la más escrupulosa determinación y protección de los límites de esa libertad»²⁴. La ley fijará así los *derechos* delimitadores de las respectivas esferas de libertad externa de cada uno compatible con la de todos los otros²⁵. Derechos que, en cuanto mecanismos formales, imponen reducidos de inmunidad o «independencia frente al arbitrio conстриente de otro»²⁶ en términos de igualdad (igualdad de oportunidades o «en la línea de salida») y libertad (libertad negativa o «libertad-de»). Y, en cuanto mecanismos materiales, aprovechan positivamente en favor del progreso social –como la «mano invisible» de A. Smith o la «fábula de las abejas» de B. Mandeville– el egoísmo, la voluntad de dominio o la codicia individuales²⁷. En materia de organización del Estado y la constitución jurídica «no se trata del perfeccionamiento moral del hombre, sino del mecanismo de la naturaleza»²⁸. Kant establece, pues, un Derecho de «mínimos», frente a una Moral de «máximos». Ambos, sin embargo, se complementarían «racionalmente» por cuanto los primeros marcan las condiciones para que los individuos lleven adelante sus planes de vida en función de la compe-

que, aunque sus sentimientos privados sean hostiles entre sí, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran malas inclinaciones» (*Zum ewigen Frieden*, p. 366 [trad. esp., p. 38]).

²⁴ *Idee zu einer allgemeinen Geschichte*, p. 22 [trad. esp., pp. 10-11], 5.º principio.

²⁵ FLETCHER, G. P., «Law and Morality: A Kantian Perspective», *Columbia Law Review*, 87/3 (1987), pp. 533-558, p. 546.

²⁶ *Die Metaphysik der Sitten*, p. 237 [trad. esp., p. 48].

²⁷ «[...] esas inclinaciones producirán el mejor resultado: tal y como los árboles logran en medio del bosque un bello y recto crecimiento, precisamente porque cada uno intenta privarle al otro del aire y el sol, obligándose mutuamente a buscar ambas cosas por encima de sí, en lugar de crecer atrofiados, torcidos y encorvados como aquellos que extienden caprichosamente sus ramas en libertad y apartados de los otros; de modo semejante, toda la cultura y el arte que adornan a la humanidad, así como el más bello orden social, son frutos de la insociabilidad» (*Idee zu einer allgemeinen Geschichte*, p. 22 [trad. esp., p. 11]).

²⁸ *Zum ewigen Frieden*, p. 366 [trad. esp., p. 39].

tencia y del uso individual del entendimiento (de acuerdo con la consigna antipaternalista del *sapere aude!*) y puedan así alcanzar aquellos últimos mediante máximas materiales que doten de contenido al imperativo moral que sólo puede ser producto de la autonomía del individuo²⁹.

El cuadro que ofrece semejante racionalización del espacio jurídico-político resume, pues, las ideas fundacionales del «Estado liberal de Derecho», en cuya historia interna Kant ocupa un puesto eminente³⁰. Un cuadro íntegramente incorporado asimismo a las discusiones filosófico-políticas del presente, una vez que el liberalismo ilustrado ha podido ser refundido, tras los reajustes derivados del ascenso y caída de los regímenes totalitarios del siglo xx, dentro de los nuevos marcos del «Estado democrático y social de Derecho»³¹. Para ello será preciso, por un lado, acentuar los aspectos contractualistas (Rawls) o procedimental-comunicativos (Habermas)³² del kantiano *Staat in der Idee*, y por otro, dejar en la oscuridad los elementos reaccionarios o monárquico-despóticos aún perfectamente presentes en su doctrina política. Entre estos últimos sobresale el problema del así llamado «déficit democrático» de la teoría kantiana del Estado. Aunque los principios de su modelo de constitución republicana incluyen la separación de poderes (Locke y Montesquieu) y la preeminencia teórica del legislativo a través de la idea de la autolegislación soberana (Rousseau)³³, en la práctica esto se resuelve en una ficción regulativa proyectada sobre el ejercicio del poder monárquico que, *legibus solutus*,

²⁹ Véase CERRONI, U., *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 68 ss.

³⁰ Véanse, p. ej., BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuelle Kant*, Giappichelli, Torino, 1969, pp. 271 ss.; DIETZE, G., *Kant und der Rechtsstaat*, Mohr, Tübingen, 1982, p. 8; BURG, P., *Kant und die Französische Revolution*, Duncker & Humblot, Berlín, 1974, p. 141 (donde se habla incluso de «modelo ultraliberal»), 79 ss. Cabe recordar la frase de Marx: «podemos fundadamente considerar la filosofía de Kant como la teoría alemana de la Revolución francesa» («El manifiesto filosófico de la Escuela histórica del Derecho», en *Escritos de juventud*, trad. de W. Roces, FCE, México, 1982, p. 289).

³¹ Véase BÖCKENFÖRDE, E. W., «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho» [1991], en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. Agapito, Trotta, Madrid, 2000, 26 ss; GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1991, pp. 13-91.

³² Véase RAWLS, J., *Liberalismo político* [1993], trad. de A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996; HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [1992], trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 2001.

³³ [...] Toda verdadera república es –y no puede ser más que– un sistema representativo del pueblo». «El poder legislativo sólo puede corresponder a la voluntad unida del pueblo [...] De ahí que sólo la voluntad concordante y unida de todos, en la medida en que deciden lo mismo cada uno sobre todos y todos sobre cada uno, por consiguiente, sólo la voluntad popular universalmente unida puede ser legisladora» (*Die Metaphysik der Sitten*, pp. 341 y 313-4 [trad. esp., pp. 179 y 143]; libertad «externa» o «jurídica» es «la facultad de no obedecer otras leyes exteriores que aquellas a las que haya podido prestar mi consentimiento» (*Zum ewigen Frieden*, p. 350 [trad. esp., p. 16]).

habría de gobernar tan sólo *como si* sus decisiones pudieran ser aceptadas por el pueblo en cuanto colegislador «hipotético»³⁴.

Ello no obstante, el discurso kantiano de la libertad e igualdad, con sus tintes legalistas y necesitaristas, estaba llamado a convertirse en los dos siglos siguientes en el «discurso de los derechos» –o incluso de la «idea de Derecho» en general³⁵– después de que éstos se materialicen también como «derechos sociales y económicos», y no sólo «políticos», cuya garantía se traslada de la ley a la Constitución, en forma de valores y principios rectores de la actividad político-legislativa en el contexto del llamado «constitucionalismo democrático»³⁶. Y es también en esa precisa clave formal-normativa –procedimentalista y consensualista– cómo tenderán a ser resueltas desde entonces cualesquiera tensiones que de ahí puedan resultar típicamente para la teoría política: liberalismo y democracia, derechos y soberanía popular, deliberación individual y colectiva, liberalismo y comunitarismo, universalismo y particularismo, sociedad civil y política, libertad e igualdad, etc.³⁷

Habría aún un último plano al que extiende su luz racionalizadora el ideal jurídico: el plano internacional de las relaciones *ad extra* entre Estados. Relaciones que, en cuanto regidas por la violencia y la guerra, Kant estima aún inmersas en el «estado de Naturaleza». La razón prác-

³⁴ El *pactum sociale*, como «mera idea de la razón», tiene solamente la realidad práctica de «obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito [...] como si hubiese expresado su acuerdo con una voluntad tal [...] aun en el supuesto de que el pueblo estuviese ahora en una situación o disposición de pensamiento tales que, si se le consultara al respecto, probablemente denegaría su conformidad» (*Über den Gemeinspruch*, p. 297 [trad. esp., 36-7], subrayado nuestro). Junto con ciertas afirmaciones expresas contrarias a la democracia como forma despótica de gobierno (cfr. *Zum ewigen Frieden*, p. 352 [pp. 18-9]), otros elementos que harían problemática una adscripción kantiana inmediata al parlamentarismo democrático son el rechazo del derecho de resistencia o la restricción de la razón pública (*Öffentlichkeit*) al «uso privado», posiciones a veces achacadas a la presión de la censura del Estado prusiano (Federico II: «razonad, pero obedeced») y otras a una robusta vena hobbesiana preferidora de la injusticia frente al desorden o la anarquía. Sobre todo ello, véase CONTRERAS PELÁEZ, F., «La libertad en el pensamiento de Kant», en G. Peces-Barba *et al.* (eds.), *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2001, vol. II, pp. 483-577, pp. 551 ss. En la *pars pudenda* kantiana, a los ojos del actual Derecho penal (que se autoconcibe heredero de la Ilustración), figura también, importa no olvidarlo, su rigorismo retribucionista decididamente basado en el *ius talionis*, pena de muerte incluida. También cabría recordar sus convencidas discriminaciones hacia el «bello sexo» en el cap. III de las *Observaciones acerca del sentimiento de lo bello y lo sublime*.

³⁵ Véase WEINRIB, E. J., «Law as a Kantian Idea of Reason», *Columbia Law Review*, 87/3 (1987), pp. 472-508.

³⁶ Véase FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

³⁷ HABERMAS, J./RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de G. Vilar, Paidós, Barcelona, 1998; HABERMAS, J., «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», *Doxa*, 5 (1988), pp. 21-45; NINO, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1993; SANDEL, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

tica exigirá también imperativamente la superación de este estado, por cuanto además Kant da por evidente que la institución de una constitución civil interna «perfecta» depende a su vez de la existencia de relaciones jurídicas exteriores entre los Estados. El tránsito tendría lugar mediante una Constitución jurídica estricta orientada al fin de la paz perpetua a través –provisionalmente– de un Derecho Internacional que establezca una federación de Estados soberanos y libres unidos por el compromiso de no hacerse la guerra, y –definitivamente– de un «Derecho cosmopolita» en donde «hay que considerar a hombre y Estados, en sus relaciones externas, como ciudadanos de un estado universal de la humanidad». El Derecho cosmopolita estaría regido por el principio de la «hospitalidad universal» o derecho a no ser tratado hostilmente por el solo hecho de ser extranjero³⁸. Éste constituirá en el futuro un proyecto ilustrado de pacificación mundial que, aparte de plasmarse *de facto* en fundamentales realizaciones político-institucionales (*Sociedad de Naciones*, 1919; *Organización de las Naciones Unidas*, 1945), sigue aspirando hoy a regir las pretensiones de regulación no violenta de las relaciones transnacionales, al menos en la medida en que en ellas se haga efectivamente presente el ordenamiento jurídico internacional. Kant ve aquí una línea de progreso irreversible: «Como se ha avanzado tanto en el establecimiento de una comunidad entre los pueblos de la tierra que la violación del Derecho en un punto de la tierra repercute en todos los demás, la idea de un Derecho cosmopolita no resulta una representación fantástica ni extravagante, sino que completa el código no escrito del Derecho político y del Derecho de gentes en un Derecho público de la humanidad, siendo un complemento de la paz perpetua, al constituirse en condición para una continua aproximación a ella»³⁹. En todo caso, se trata de un proyecto que vuelve a reformularse con gran fuerza en los inicios del tercer milenio globalizador, siguiendo fielmente la gradación kantiana, que va desde un *ius gentium* asociacionista⁴⁰ hasta un *ius cosmopoliticum* de ciudadanía universal bajo *global governance* (poderes legislativo, ejecutivo y judicial mundiales) de base democrática e inspirado en los derechos humanos⁴¹.

II

La pregunta fundamental que podemos formularnos es ésta: ¿Es suficiente con retraducir el modelo constructivista kantiano de racio-

³⁸ *Zum ewigen Frieden*, pp. 332, 356 [trad. esp., pp. 15 y 27].

³⁹ *Zum ewigen Frieden*, p. 359 [trad. esp., p. 30].

⁴⁰ RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999. Sobre la integración a escala continental europea, HABERMAS, J., *Los límites del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 1997, prólogo.

⁴¹ HABERMAS, J., *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Paidós, Barcelona, 2000; HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, trad. de S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 317 ss.

nalidad práctica a términos procedimentales o discursivos –transitando del «monologismo» al «dialogismo», del trascendentalismo de la conciencia al del lenguaje, del «yo» al «nosotros», etc.– para poder considerarla limpiamente descontaminada de sus presupuestos «metafísicos»? De otro modo: ¿No viene a conservar tal retraducción justamente aquello que verdaderamente resulta criticable, *también* en nuestro tiempo, de la noción kantiana de «razón práctica», a saber, su *formalismo* y su *idealismo*?

A. Las impugnaciones del formalismo moral kantiano fueron muy tempranas y desde entonces se han reproducido recurrentemente. Ya Hegel y Schopenhauer incidieron en la vaciedad tautológica de un deber moral en cuya constructividad quedan excluidos o postergados los contenidos materiales de la acción práctica en favor de la pura forma «legaliforme» de la razón⁴². Mill objetaba por su parte al imperativo categórico que podrían ser adoptadas máximas egoístas o inmorales bajo esa misma forma, cuya no aceptabilidad dependería, en cualquier caso, de las *consecuencias* originadas por su puesta en práctica⁴³. Desde otras perspectivas, la axiología de inicios del siglo xx también reclamará una ética basada en fundamentos objetivos y *a priori* pero *materiales* –los valores– frente al subjetivista formalismo de reglas kantiano⁴⁴. Tampoco hay que olvidar las diatribas nietzscheanas y su puesta en entredicho del «deber» a partir de un «querer» vital o «voluntad de poder» que no revelaría la «transvaloración» de la moral ascética «de obediencia» de Kant, el «idiota», el «autómata del deber», el «teólogo»⁴⁵. La crítica marxista, a su vez, llevada a cabo desde el materialismo histórico, puso el origen y la función de los valores morales y de los ideales jurídicos del Estado de Derecho, no en «la razón» trascendental, sino en la justificación ideológica de con-

⁴² SCHOPENHAUER, A., *Los dos problemas fundamentales de la ética* [1840], trad. de P. López, Siglo XXI, Madrid, 1993, p. 150; HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del espíritu* [1807], trad. esp. de W. Roces, FCE, México, 1994, pp. 199, 246 ss., pp. 387-8.

⁴³ MILL, J. S., *Utilitarianism*, en *Collected Works of John Stuart Mill*, ed. por J. M. Robson y J. Stillingier, University of Toronto Press/Routledge & Kegan Paul, Toronto, 1981, vol. X, pp. 207 y 249. En parecidos términos discurre la difundida oposición weberiana entre *Gesinnungsethik* y *Verantwortungsethik*, «ética de la intención» y «ética de la responsabilidad». Véase también BRENTANO, F., *El origen del conocimiento moral* [1889], trad. de M. G. Morente, Revista de Occidente 1927, Madrid, p. 83.

⁴⁴ SCHELER, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* [1913-16], trad. esp. de Hilario Rodríguez Sanz *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Revista de Occidente, Madrid, 1941-2, vol. I, pp. 49 ss., pp. 83 ss. N. Hartmann propuso una inversión negativa de la fórmula kantiana: «obra de tal modo que la máxima de tu voluntad no alcance nunca a ser, cuando menos íntegramente, el principio de una legislación universal» («Kants Metaphysik der Sitten und die Ethik unserer Zeit», en *Kleinere Schriften*, Walter de Gruyter, Berlín, vol. III (1958), p. 349).

⁴⁵ NIETZSCHE, F., *El Anticristo*, Alianza, Madrid, 1974, pp. 40-1; *Más allá del bien y del mal*, Alianza, Madrid, 1972, p. 126. Deleuze ve en la crítica nietzscheana una denuncia del intento de constituir a la razón simultáneamente en juez y parte, juzgadora y juzgada (DELEUZE, G., *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 1971, p. 129).

cretos intereses económicos y políticos en el contexto de la competencia de una clase social (la burguesía) frente a otras.

Y, en efecto, creemos que en este género de objeciones antiformalistas cabe seguir hallando obstáculos insalvables para las rehabilitaciones contemporáneas del kantismo en el pensamiento moral, jurídico o político. El supuesto consistente en circunscribir la «razón práctica» al ingreso en un «discurso» comunicativo regido *exclusivamente* por ciertos procedimientos y condiciones de universalización –respecto de todos los participantes implicados– y cuyo desarrollo sería conducente así a consensos que sólo entonces, y sólo por ello, podrían llamarse «racionales» constituye a todas luces una «abstracción deontológica» desmedida, como el propio Habermas tiene que reconocer⁴⁶. Pues ello implica equiparar a todos los efectos racionalidad práctica con «racionalidad argumentativa», y definir ésta (como en Kant) exclusivamente en función de la actividad de *fundamentación* de normas («legisladora»). Fuera quedan los marcos históricos, económicos y sociales en los que se dan de hecho los contextos de génesis y aplicación de toda norma moral, política o jurídica: estos marcos sólo se contemplan ya desde la propia «razón normativa» y sus reglas procedimental-formales, en lugar de estas reglas desde aquéllos. Únicamente una inversión semejante permite poner en primer plano los procedimientos universalizadores y consensualistas en los que operarían el «asentimiento de todos» y la «fuerza no coercitiva del mejor argumento» como criterios últimos de «validez» de las normas.

Sin embargo, cabe defender que la racionalidad normativa no es en absoluto «formal» en el sentido de *anterior* o *independiente* de los contenidos que somete a norma o regla. Y estos contenidos no son otros que las propias prácticas humanas histórico-socialmente dadas, cuyas condiciones de constitución y ejercicio comportan relaciones materiales (intereses, planes, fines, vínculos de poder, determinantes causales, etc.) de las que no se puede hacer abstracción absoluta. Las normas reorganizan reflexivamente *pro futuro* entramados de prácticas sociales precedentes, y entrañan su realizabilidad recurrente como normas eficaces o *practicadas* y no sólo deliberadas. Por consiguiente, la racionalidad normativa incluye necesariamente la consideración de los presupuestos de realización y aplicación de las normas, y ello ya en su fundamentación o justificación, que no será entonces ajena a esos presupuestos. De modo que la razón práctica (normativa) no es sólo «razón discursiva», sino también (como ya sabía Aristóteles), *razón ejercitativa*, del mismo modo que la praxis social no es sólo «praxis comunicativa» o «dialógica», sino también praxis directa o ejecutiva de cursos materiales de acción, de operaciones extralingüís-

⁴⁶ Cfr. HABERMAS, J., «¿Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?», en *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, p. 25.

ticas (de significado económico, técnico, jurídico, político, artístico, etc.) llevadas a cabo por los individuos. Es la necesidad de coordinar y compatibilizar los conflictos entre estos cursos de acción (que envolverán tanto intereses de los individuos como de los grupos en que se integran) lo que explica la función de las racionalizaciones normativas, que regulan la práctica social en un segundo nivel «formal» reorganizándola según determinadas direcciones frente a otras posibles e incidiendo sobre ella de un modo «tangencial» o «puntual» por medio de prácticas aplicativas. Las prácticas de consensuar y fundar normas y de aplicarlas no son, pues, *todas* las prácticas sociales, ni se explican por sí mismas, ni su racionalidad agota toda la racionalidad social: éstos serían los errores del formalismo normativo. Más bien la razón «con arreglo a normas» resultará desbordada constantemente por las situaciones materiales prácticas que pretende regular, habiendo de replantear una multiplicidad de conflictos (éticos, morales, jurídicos y políticos) en ella surgidos. Que las normas sean «formas» (y, por tanto, abstracciones) no quiere decir que dejen de ser materiales, que sean formas «puras», sino reglas operativas que pautan dialécticamente en segundo grado la acción social. Lo ilegítimo será convertirlas en instancias directamente «rectoras», desde tal condición abstracta, de la praxis social *totum et totaliter*.

El formalismo normativo se ve condenado a transitar alternativamente los tres cuernos del «trilema de Münchhausen» explicado por Albert⁴⁷ –la regresión infinita, el círculo vicioso y la introducción dogmática de un principio último autoevidente–, desembocando su intento por eludir cualquiera de ellos invariablemente en alguno de los otros dos. De lo primero son un ejemplo las reglas ideales de la pragmática trascendental de Habermas-Apel o las reglas argumentativas de Alexy, ya que el fundamento de las normas no nos lleva aquí sino a *otras* normas formales superabstractas. Del círculo vicioso hablaban también Hegel y Schopenhauer, cuando diagnosticaban que el «deber» moral, si es formal, no puede fundarse más que sobre sí mismo, sin que desde él pueda progresarse hacia acción alguna. El «deber por el deber» conduce a la tautología del «*factum* de la razón normativa», lingüística o no. Es decir, literalmente a la «petición del principio» moral. Y esto se traduce, en tercer lugar, en un inevitable dogmatismo o corte abrupto de la fundamentación, cuyo ejemplo más claro podemos situarlo en Kelsen y su apelación al *Sollen* como categoría dada «por evidencia» (remitiéndose, en *La teoría pura*, a la noción «inanalizable» de lo «bueno» en Moore).

Ahora bien, dado que de hecho la racionalidad normativa no *puede* agotarse en «tautologías» autorreferentes, la fundamentación formalista se verá obligada a incorporar «por la puerta de atrás» los contenidos prácticos materiales que no quiere reconocer actuando en las

⁴⁷ ALBERT, H., *Razón crítica y práctica social*, trad. de R. Sevilla, Paidós/ICE-UAB, Barcelona, 2002, pp. 40 ss., p. 72.

«formas» normativas. Como ejemplo de esta inconsecuencia podemos mencionar de nuevo la tesis de Habermas-Apel acerca de cómo las «pretensiones de corrección» que se hallarían tras las reglas discursivas no podrían ser negadas en su carácter último por conducir ello a «contradicciones pragmáticas». Puesto que estas contradicciones no son, precisamente, formales sino que se caracterizan por remitir desde las normas –y el lenguaje– fuera de ellas, es decir, a relaciones de orden pragmático que serían su presupuesto. Las discusiones acerca de si la «categoricidad» del imperativo moral es dependiente de las condiciones de la esfera de acción del sujeto⁴⁸ y si supone, por tanto, una idea de «persona» no formal o abstracta⁴⁹ (salvo regresar a la metafísica del *homo noumenon*) versan también sobre ello. Cabría hablar, pues, de una «falacia normativista» según la cual el formalismo ha de introducir en las normas contenidos prácticos que en realidad no estarían en ellas⁵⁰, sino en su contexto material. Sobre ello volveremos luego.

Si analizamos a esta luz la noción de «universalizabilidad de normas» como criterio o test de la racionalidad ética o moral, vemos que las relaciones de simetría, sustituibilidad y reciprocidad en que apoya su validez implican la referencia a una consistencia no únicamente formal o lógico-proposicional («la no contradicción de la voluntad consigo misma») sino una consistencia *pragmática* o ajuste de acciones entre sí de acuerdo con relaciones materiales (p. ej., causales)⁵¹. Hay que *poder querer* que nuestras máximas sean universalizables, dice Kant⁵², lo que implica que serán *fin*es o *propósitos* prácticos o institucionales los que están comprometidos en tal universalización⁵³. Lo cual entraña a su vez considerar a las normas en su recursividad práctica *a posteriori*, contando con situaciones de incompatibilidad y desviación. Esto es decisivo para una comprensión cabal de la propie-

⁴⁸ FOOT, Ph., «Morality as a System of Hypothetical Imperatives», *The Philosophical Review*, 81/3 (1972), pp. 305-316.

⁴⁹ WILLIAMS, B., «Persons, character and morality», en *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, pp. 1-19.

⁵⁰ Véase sobre esto VEGA, J., «Kant y los fundamentos del idealismo normativo», en A. Castro *et al.* (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Lagares, Sevilla, 2003, pp. 359-389, pp. 380 ss.

⁵¹ Sobre la presencia de una noción no proposicional de contradicción en el imperativo categórico, DOORE, G., «Contradiction in the Will», *Kant-Studien*, 76/1985, pp. 138-151, p. 140 ss.

⁵² *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785], en *Kants Werke*, cit., vol. IV (pp. 385-464), p. 424 [vers. esp. de M. G. Morente, Porrúa, México, 1990, p. 41].

⁵³ Por ejemplo –es el propio caso analizado por Kant– serían los fines sociales de la institución de la promesa, protegidos por el imperativo de cumplirlas, los que serían *imposibles* o se verían frustrados si se generalizase la promesa en falso. Esos fines (asegurar el crédito de los individuos y la veracidad de las relaciones entre ellos: «pues nadie creería que recibe una promesa y todos se reirían de tales manifestaciones como de un vano engaño») serían «condición de posibilidad material» de la norma. Cfr. SCHNOOR, C., *Kants Kategorischer Imperativ als Kriterium der Richtigkeit des Handelns*, Mohr, Tübingen, 1989, pp. 132 ss., pp. 192 ss.

dad «universal» o *erga omnes* de las normas, puesto que, primero, se tratará siempre de una universalidad referida a ámbitos materiales *limitados*; segundo, será una universalidad *ex post* y no *ex ante*, es decir, sustentada en la iterabilidad o aplicación regular de las normas, y tercero, tendrá carácter necesariamente asimétrico y no «fijista» o lineal (como si las normas fueran «leyes» deterministas lógicas o científicas, reglas encarriladas en «raíles infinitamente largos», según la metáfora que Wittgenstein usaba precisamente para criticar el punto de vista del esencialismo normativo). En otras palabras: las normas comportarán la coacción, y no siempre el consenso, la imposición unilateral y no siempre el asentimiento. En efecto, la necesidad de cauces institucionales de coacción práctica (por tanto, de violencia *material* no «discursiva») para el cumplimiento de las normas y la consiguiente negación de sus desviaciones forman parte intrínseca de la racionalidad normativa, como se ve con toda claridad en la propia definición kantiana del Derecho (*Zwang zur Freiheit*, «coacción para la libertad»), cuya dimensión dialéctica –que no puede prescindir de elementos empíricos– no siempre es debidamente tenida a la vista. Ignorar esto conducirá a sinsentidos tales como que la norma que prohíbe el homicidio esté «consensuada» con los homicidas o la que prohíbe la sedición con los golpistas.

Por otra parte, que no es correcto restringir la razón normativa a la «justificación» deliberativa de normas, se demuestra en que, como sabemos, la racionalidad normativa incluye también los procesos de aplicación. Y estos procesos de aplicación normativa a las diferentes situaciones singulares exigen unas veces actuar contra la norma en nombre de su propia justificación y otras veces actuar en su favor por razones contrarias a tal justificación⁵⁴. Este hecho descarta todo «fundamentalismo» de las normas y hace dudosa la tesis de que cuando no obramos moralmente (con arreglo a la razón práctica pura o sus reglas discursivas) no obramos racionalmente, desde el momento en que la racionalidad no depende ya de la norma misma como «fundamento» sino de sus aplicaciones prácticas, externas siempre a ella e *indeducibles* de ella. Se puede «incumplir» una regla y sin embargo seguir actuando racionalmente respecto de ella, porque tal cosa no depende en rigor de la regla misma, sino de sus distintos contextos de uso. La aplicación adecuada (Günther) implica en ocasiones desviarse o no «adecuarse» a su vez a la justificación que se da a una norma en su contexto de producción o génesis. La universalidad no siempre conlle-

⁵⁴ Podemos mencionar aquí a Mill cuando afirma que el formalismo kantiano supone «confundir la regla de acción con el motivo que lleva a su cumplimiento», siendo así que «el noventa y nueve por ciento de todas nuestras acciones se realizan por otros motivos», y aduce el siguiente ejemplo: «Quien salva a un semejante de ser ahogado hace lo que es moralmente correcto, ya sea su motivo el deber o la esperanza de que le recompensen por su esfuerzo» (*Utilitarianism*, p. 219). Sobre las relaciones de asimetría entre las normas y sus justificaciones, SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 31 ss.

va «conexividad», de forma que a veces separa en vez de unir, formando clases disjuntas de justificaciones que se enfrentan entre sí en función de decisiones también enfrentadas. Las totalizaciones de la teoría de la elección racional y la teoría de juegos sobre episodios del tipo «dilema del prisionero» en contextos normativos muestran claramente estas asimetrías, incompatibilidades y conflictos. La idea de «universalidad», presentada en clave armonista, no sirve entonces sino para ocultar tales conflictos y resulta entonces indisoluble de un uso dogmático de la racionalidad normativa (del que luego hablaremos también) ligado a la «manipulación estratégica» o la «mentira normativa»⁵⁵ implicada en inducir la creencia en un tipo de uniformidad práctica que *de facto* no se da ni puede darse. La universalidad tendría que ser redefinida en el sentido de la «prudencia universalizada» de carácter más bien utilitario de la que alguna vez ha hablado Hare.

Que en general los procedimientos formales normativos no siempre garantizan la racionalidad práctica, sino que muchas veces la bloquean, se comprueba en ejemplos tan sencillos como una «huelga de celo». Leyes diametralmente contradictorias pueden producirse siguiendo el mismo procedimiento legislativo (en eso se basa lo que llamamos «derogación tácita»). La propia «corrección argumentativa» tiene, reconoce Alexy, un carácter no «definitorio» sino sólo «calificatorio», lo que no reenvía de nuevo fuera del discurso. Presentar los procedimientos como instancias para la obtención únicamente de *consensos* (sean o no «entrecruzados») conduce a encubrir todas estas discontinuidades y contradicciones presentes en los procesos prácticos reales, no siempre ajustados a esos procedimientos, los cuales en muchos casos operan como simple pantalla justificativa de otras vías prácticas efectivas o de otros factores causales determinantes de orden supranormativo. El principio formal de universalización no parece, pues, suficiente para reconstruir los expedientes prácticos mediante los que se da salida a los bloqueos e interrupciones del discurso ni serviría por sí solo para resolver las colisiones entre discursos divergentes (morales, jurídicos, políticos) cuyo carácter «descentrado» compromete severamente la supuesta unidad interna del *lógos* práctico⁵⁶. Por otra parte, sería capciosa también la suposición de que la única alternativa a una lectura «absolutista» o «vertical» de las relaciones entre estas diversas esferas tenga que ser el irracionalismo, el escepticismo moral o el relativismo.

En el campo político, el formalismo procedimental del «acuerdo universal» resultará muy afín a lo que se ha podido llamar «fundamen-

⁵⁵ SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, cit., p. 133; ALEXANDER, L./SHERWIN, E., «The Deceptive Nature of Rules», *University of Pennsylvania Law Review*, 142/4 (1994), pp. 1191-1225.

⁵⁶ Véase, p. ej., TEUBNER, G., «*De collisione discursuum*: Communicative Rationalities in Law, Morality, and Politics», *Cardozo Law Review*, 17 (1996), pp. 901-918.

talismo democrático»⁵⁷ en la reconstrucción de la dinámica del gobierno de *todos* en términos de completa abstracción de los desacuerdos, disfunciones y contradicciones que plagan el ejercicio real de la actividad política (así sucederá con los modelos de «democracia deliberativa»). Como lo es también en el campo jurídico a lo que K. Renner llamó «decretinismo» (o sea: la falacia de que, formulado el decreto, transformada *ipso facto* la realidad social), siendo así que el Derecho constituye más bien una técnica normativa de «segundo grado» cuya eficacia es siempre diferida y mediatizada incidentalmente por otras instancias prácticas extrajurídicas. Hacer, por ejemplo, de los «derechos humanos» un *prius* jurídico-constitucional –«universalidad» incluida– no puede hacer olvidar que realmente son un *posterius*, en el sentido de que sólo pueden ser invocados en un escenario socioeconómico y político insustituible, fuera del cual son perfectamente vacíos. Escenario éste que el formalismo tiende a postergar por vía de abstracción pero sin dejar al mismo tiempo (incurriendo en la falacia de «dialelo» a que antes nos referíamos) de darlo convenientemente por supuesto, asumiendo la implantación de unas determinadas prácticas (instituciones, etc.) histórico-culturalmente ya asentadas frente a otras posibles. Esto es lo que impide (por extremar un poco los ejemplos) aplicar las reglas rawlsianas de la «justicia como equidad» al reparto de un banquete caníbal⁵⁸, el imperativo categórico a una máxima de «asesinatos recíprocos y recurrentes entre los hombres»⁵⁹, la exigencia de consistencia racional a un legislador nazi o las reglas procedimentales de la democracia para consumir el «haraquiri democrático».

La razón práctica, en resolución, también tiene necesariamente que ver con las condiciones de realizabilidad material de las normas éticas, jurídicas y políticas, y de los fines a cuya consecución apuntan, como ingredientes *sustantivos* de su validez. Esto nos lleva al segundo punto.

B. El idealismo resuelve de inmediato el déficit material o de contenido de las formas normativas –una vez depuradas de esos contenidos por vía de abstracción– mediante un expediente sumamente sencillo: convertirlos en *postulados ideales* de la propia razón práctica. Si las referidas condiciones de realizabilidad normativa no están dadas, o no están claras, bastará con hacer de ellas condiciones ideales

⁵⁷ BUENO, G., *Panfleto contra la democracia realmente existente*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2004.

⁵⁸ El «velo de la ignorancia» de la «posición originaria» en que transcurre la deliberación racional deja traslucir como criterio último de corrección el siguiente: «Queremos saldar un desacuerdo fundamental sobre la forma justa de instituciones básicas dentro de una sociedad democrática bajo condiciones modernas. Nos miramos a nosotros mismos y a nuestro futuro y reflexionamos sobre nuestras disputas desde, digamos, la Declaración de Independencia» (RAWLS, J., *Kantian Constructivism in Moral Theory*, p. 518).

⁵⁹ El ejemplo es de BUENO, G., *El sentido de la vida*, Pentalfa, Oviedo, 1996, p. 49.

o «contrafácticas». De este modo lo «normativo» se transporta a un plano ideal enfrentado al plano práctico real a modo de referente asintótico que, *dirigiendo* a éste, queda considerado sin embargo como en sí mismo *irrealizable* en él de modo pleno. Lo importante será *tender* a alcanzar ese referente, que *deba* ser alcanzado... aunque jamás se alcance efectivamente. Su validez derivará, no de ningún contenido, sino sólo de la fuerza trascendental normativa que posee como *factum rationis*, como representación espontánea y absoluta de la razón práctica que construye por sí misma reglas y deberes puramente ideales directivos *eo ipso* de la acción humana. Tal es el sentido en que impeará soberanamente a sus anchas la noción kantiana de «ideal regulativo»: «La razón humana no sólo contiene ideas, sino también ideales que, a diferencia de los platónicos, no poseen fuerza creadora, pero sí *fuerza práctica* (como principios reguladores [*regulative Prinzipien*]) y la perfección de determinadas acciones encuentra en ellos su base de posibilidad. [...] Aunque no se conceda realidad objetiva (existencia) a esos ideales, no por ello hay que tomarlos por quimeras. Al contrario, suministran un modelo indispensable a la razón, la cual necesita el concepto de aquello que es enteramente completo en su especie con el fin de apreciar y medir el grado de insuficiencia de lo que es incompleto. Ahora bien, el ideal no es realizable en un ejemplo, es decir, en la esfera del fenómeno»⁶⁰.

¿En qué sentido resulta esta noción filosóficamente objetable? No se trata, desde luego, de pretender algo así como impugnar estos ideales, sino simplemente de aclarar su naturaleza y su función en la racionalidad práctica. ¿Quién podría, en efecto, decir «no» a que la ética y la moral se rijan por valores tales como la autonomía y la dignidad del individuo o la imparcialidad universal del juicio, que la vida política se someta al «lenguaje de los derechos» (humanos y fundamentales) y sea sede de plasmación de la libertad, la igualdad y la justicia dentro de un orden democrático, que la paz y la evitación de la guerra en las relaciones internacionales se consigan perpetuamente por la vía del diálogo y el acuerdo? El problema no radica en lo *correcto* de estos ideales –lo «políticamente correcto», pues de eso se trata a fin de cuentas–, sino en qué significa que sean «correctos» y si están o no, y de qué modo, conectados con las realidades prácticas *del modo como el idealismo proclama*.

Objetar el idealismo en materia práctica significa poder dar mejor cuenta de aquello en que él se atrinchera, a saber, la idealización como una característica central de la racionalidad práctica. Las normas (como los valores que las inspiran) presentan, en efecto, una dimensión de idealidad. Ahora bien, si tenemos en cuenta que ella no es

⁶⁰ *Kritik der reinen Vernunft*, B 597-8, p. 384 [trad. esp., p. 486]. Véanse RAWLS, J., *A Theory of Justice*, pp. 314 ss.; HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, pp. 166 ss.; EMMET, D., *The Role of the Unrealisable: A Study in Regulative Ideals*, St. Martin's Press, New York, 1994; RESCHER, N., *Ethical Idealism. An Inquiry into the Nature and Function of Ideals*, University of California Press, Berkeley, 1987.

distinta del tipo de reflexividad *crítica* que mediante las normas se instaure sobre las prácticas reales cuando pretendemos transformarlas prospectivamente, entonces no resulta necesario exorbitar tales idealizaciones para situarlas más allá del ámbito de lo *real* en un plano «ideal» trascendente o extramundano. Eso significará de nuevo una *petitio principii*, ahora no formalista sino idealista. Frente a ella cabe decir que lo ideal puede ser entendido como lo mundano *no realizado* aún pero *realizable* prácticamente, y no como lo ideal puro en sí *irrealizable*. El idealismo se caracteriza por la operación de sustantivar el proceder *dialéctico* de la racionalidad normativa. Las normas consisten básicamente en la comparación de cursos de acción o estados prácticos presentes con otros cursos o estados alternativos que (en el contexto de determinados fines y planes) son usados para medir el grado de aproximación o desviación de los primeros desde los segundos a efectos críticos o correctivos (p. ej., a efectos de imposición de penas en el Derecho). Es esto lo que los convierte en *criterios* de valor, y de ahí resulta su idealidad o *validez*: su «resistencia» frente a la falta de realización o cumplimiento en la realidad (las normas «valen» justamente cuando son incumplidas o fallidas: las excepciones no anulan la regla sino que la «confirman»). Pues bien, el idealismo normativo sustancializa esta relación a partir de una disociación ilegítima de sus términos. La pauta o criterio normativo se ve desligada por metátesis de aquello que mide y pasa a convertirse en valor absoluto. A partir de este punto de no retorno, ya no tiene génesis práctica ni su naturaleza ideal se define por relación al grado de realización en la práctica, sino por sí mismo: vale con independencia de su relación de mensuración con lo real. Más aún: esta relación en rigor se interrumpe dado que el ideal es declarado *no realizable* en la realidad («en la esfera del fenómeno») quedando ésta condenada a ser mera aproximación asintótica, fenoménica o *contingente* («insuficiente») al ideal separado como esencia pura infinitamente distante. De este modo, el «giro copernicano» idealista transita desde una dualidad a un *dualismo* —el dualismo que incomunicará definitivamente en lo sucesivo «ser» y «deber»—, y transforma el uso crítico de la razón práctica (normativa) en un uso *dogmático*.

La metodología que esto deja abierta para la razón práctica es clara: será suficiente con llevar a sus límites «contrafácticos» los sujetos, perspectivas, estados de cosas, procedimientos, normas, principios y valores que conforman la arquitectura del espacio práctico para así construir en forma de *postulados* conceptos tales como «aquiescencia o seguimiento universal», «comunidad ideal de comunicación», «praxis universal», «razones válidas para todo el mundo, en todo tiempo y en todo lugar», «pretensiones ideales de corrección», «presupuestos universales de la argumentación en general», «observador ideal», «aceptabilidad racional», «espectador imparcial», «posición originaria ideal en la que individuos abstractos construyen bajo limitaciones principios de justicia», «juez omnisciente»,

«condiciones de información perfecta» o cláusulas tipo *all things considered*, etc.

Aquí residirá el punto fuerte del kantismo, clave de su enorme pregnancia y extraordinaria influencia: la capacidad para llenar, apoyándose en la «imaginación ética» (Camps), estos «toneles de idealismo» (que diría Ortega) a base de la fabricación de ideales que, como «focos imaginarios», guían regulativamente la racionalidad práctica. Pero también radica aquí su debilidad. Pues desde un punto de vista no idealista (realista o materialista o simplemente pragmático) podrá verse en esa producción (o superproducción) de ideales racionales la constante proclividad al ejercicio de una cierta *lectio facillior* o un cierto «argumento perezoso». La facilidad para formular idealizaciones esenciales no se ve acompañada, en efecto, por la dificultad de indicar cómo se realizan, cómo se «vuelve a los fenómenos» de la práctica ordinaria, cómo se pasa del ideal a la realidad. Ya que el idealismo precisamente consiste en *cortar* ese paso: los ideales son inatacables e inmunes, pues valen *proprio vigore* como meras ideaciones que sólo «aproximativamente» pueden cumplirse en lo real. No importa en el fondo si se cumplen o no, ni cómo lo hacen, porque plantear este problema es secundario: lo único relevante es su función normativa contrafáctica, su deber ser cumplidos. O sea: «si la realidad no se ajusta al ideal, peor para la realidad». Ahora bien: contra esto siempre podrá invertirse el planteamiento, afirmando que eludir la cuestión de la realizabilidad es justamente lo «irracional» y que si hay algo en lo que la razón práctica más típicamente ha de consistir es en llevar cualesquiera ideales racionales a la acción, incorporarlos en la práctica, no siendo bastante con «deliberarlos». Lo ilegítimo es, pues, construir ideales prácticos «puros» o «en sí», de consistencia puramente teórica o «noética» y escindidos de las prácticas mundanas (como ya Aristóteles dejó dicho en su crítica a la idea platónica del Bien en tanto mero *theorein*). Porque éstos, en lugar de «teoría pura», serán más bien «pura teoría» y la balanza entonces se vence hacia el lado contrario: no es que la realidad sea «insuficiente» frente al ideal sino que lo imperfecto será el ideal mismo, no es que éste sea en sí «irrealizable» sino que será un falso ideal, un ideal *metafísico*, mal formado, en la medida en que no incluya sus condiciones de factibilidad, que son sus únicas «condiciones de posibilidad». De lo contrario, estos ideales se apoyarán en *cualquier* hecho, a fuerza de no hacerlo en ninguno, convirtiéndose en irrefutables. En suma: «si el ideal no se ajusta a la realidad, peor para el ideal».

Y creemos que sólo esta manera de ver las cosas puede poner coto a las tentaciones efectivamente dogmatizadoras y metafísicas que la «purificación» idealista kantiana imprimió al *territorium* de la racionalidad práctica. Al fin y al cabo no habría que olvidar que es por esta vía como Kant vino a resucitar en la segunda *Crítica* las ideas metafísicas de la ontoteología escolástica (Dios, alma y mundo) que la primera había arrumbado. En palabras de Carnois: «Kant declara la

bancarrota de la metafísica especulativa para inaugurar una metafísica según la ética»⁶¹. En algún sentido ya todo estaba anticipado en el famoso comentario añadido al prólogo de la primera *Crítica*: «tuve que suprimir el saber para hacerle sitio a la fe»⁶². Y es seguramente el Kant «teólogo», secularizado, aquel que sigue muy vivo en la filosofía moral, jurídica y política actual, en la cual se mantienen íntegros los presupuestos de esa «filosofía de la conciencia» que un autor como Habermas cree haber superado. La absoluta idealización del campo práctico a que esta manera de filosofar ha arribado (el imperativo categórico, el Estado de Derecho, las reglas de la argumentación racional, los principios de justicia, los derechos humanos) constituye una verdadera «teología práctica» cuyos dogmas poseen la indeterminación suficiente como para que el (inevitable) acuerdo en torno a ellos impida apreciar con claridad, por un lado, su papel efectivamente positivo en la racionalización de la moral, el Derecho y la política, así como, por otro lado, lo que podrían ser sus efectos negativos o irracionales.

i) Sobre lo primero, habría que decir que el grado de realización efectiva de esos ideales es notoriamente mucho menor de lo que induce a pensar su grado de «sobresaturación doctrinal». En demasiados casos, ésta no implica (y, lo que es peor, muchas veces no *puede* implicar) correlatos prácticos e institucionales. Baste pensar en el más mínimo test empírico sobre la universalidad extensional efectiva de los derechos humanos, o bien en construcciones escolares metafísicas del tipo «derecho fundamental a un Estado», a «una cultura», etc. Esto hace pensar que salvar ese hiato no depende *solamente* de seguir exaltándolos como ideales regulativos, sino también de poder hacerlos eficaces, y que por tanto no pueden constituir solamente reclamos «morales» de una «razón práctica» que discurra autónomamente, sino que también han de poder incluir —en cuanto «realizables»— racionalizaciones de orden técnico o científico, es decir, la presencia de la «razón teórica». Pero precisamente la filosofía idealista se distingue por hacer abstracción del intermedio racional de las ciencias socioculturales y naturales relativas a la acción humana (que ejercitarían *mera* «racionalidad instrumental» o «estratégica»), cuyos conocimientos materialistas sobre las *estructuras* sociales, económicas, biológicas y políticas que la determinan conducen a disipar rápidamente cualquier veleidad idealizadora. La frecuente comparación de los ideales regulativos con «modelos epistemológicos» como puedan ser el *perpetuum mobile* y el «gas ideal» en física o los modelos matemáticos no debe hacer olvidar la fundamental diferencia entre ambos: estos últimos precisamente *no* rebasan, en sus totalizaciones ideales, el

⁶¹ CARNOIS, B., *La cohérence de la doctrine kantienne de la liberté*, Seuil, París, 1973, p. 75.

⁶² *Kritik der reinen Vernunft*, B XXX, p. 19 [trad. esp., p. 27]. «Dios no es externo a mí, sino un pensamiento dentro de mí; Dios es la razón autolegisladora», se dice en el *Opus postumum*, en *Kants Werke*, vol. XXI, p. 145.

marco material de sus fenómenos respectivos, y por eso poseen objetividad o *fundamentum in re*, mientras que eso deja de ocurrir en los modelos deontológicos, en donde justamente la dirección de ajuste se invierte y lo que deja de resultar relevante es reconstruir los fenómenos prácticos en su «ser» o realidad objetiva. Los análisis científico-sociales mostrarán, sin embargo, que es sólo *desde tales fenómenos positivos* como tienen que ser evaluados dichos modelos, y no «en vacío» a modo de esencias trascendentales atemporales, y que ello arroja también explicaciones significativas acerca de su implantación, evolución y funcionalidad empírica.

Los ideales ilustrados, por ejemplo, serán relevantes no (sólo) por su racionalidad intrínseca sino porque fueron efectivamente realizados en la Revolución francesa a través de un conjunto de instituciones prácticas jurídico-políticas que históricamente han llegado hasta nosotros (por cierto de un modo no muy distinto a como otros ideales condujeron a Auschwitz y tuvieron que ser derrotados por vías «no discursivas» ni consensuales). Es tal incorporación normativa a los procesos histórico-políticos reales lo que determina su «corrección» o «racionalidad ideal», más bien que a la inversa, aunque sólo sea porque aquélla puede tener lugar de muy diversas maneras, en función de los factores históricos y socioeconómicos concretos, todas ellas compatibles con su racionalidad ideal-abstracta, y muchas veces imprevistas y, por tanto, siempre infradeterminadas por ésta⁶³. Contrariamente a lo que sostiene el idealismo, son las prácticas histórico-sociales las que fundan las normas, y no a la inversa. Muy conectadamente con ello: ¿hasta qué punto el carácter «último» y «fundamentador» de las normas *éticas* y sus ideales de libertad, autonomía e imparcialidad puede ser entendido en términos de entera independencia respecto de la existencia histórica de una estructura institucional colectiva que establezca relaciones de reciprocidad entre los individuos conducentes a realizar (coactivamente) tales ideales, esto es, la estructura del Derecho y del Estado? Probablemente esto nos acercaría más a la noción de eticidad de Hegel que al subjetivismo moral de Kant.

ii) En cuanto al segundo aspecto –la funcionalidad «irracional» del idealismo práctico–, resulta evidente que esa sobredeterminación abstracta de los ideales los convierte en «problemáticos», en el sentido técnico kantiano y también en el sentido ordinario. Es decir: expresan meras «posibilidades» de acción o proyectos solamente «pensados»

⁶³ Podemos aludir aquí al giro que en el propio desarrollo de la filosofía práctica kantiana significó el hecho histórico de la Revolución francesa. Mientras todavía en la *Crítica del juicio* (1790), Kant llegaba a decir que la guerra «cuando es llevada con orden y respeto sagrado de los derechos ciudadanos, tiene algo de sublime en sí, y, al mismo tiempo, hace tanto más sublime el modo de pensar del pueblo que la lleva de esta manera cuanto mayores son los peligros que ha arrojado» (*Kritik der Urtheilskraft*, *Kants Werke*, vol. V, p. 263 [trad. esp. de M. G. Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 165]), en 1795 (*La paz perpetua*), al ver en la Gran Revolución un «punto de inflexión» (*Wendepunkt*) de la historia en sentido cosmopolita, abrazará el pacifismo iusirenista que rechaza el recurso a la guerra.

como realizables (según el «debe implica puede») que, en cuanto tales, quedan abiertos a significados o interpretaciones completamente dispares, incluso a *cualesquiera* interpretaciones. Esta indeterminación debe ser reducida fijando parámetros concretos de realizabilidad (*principia media*, condiciones de implantación, diseños institucionales viables, reglas cerradas de acción, fines y programas, etc.). Mientras eso no suceda, y por mucho que no impliquen «imposibilidad lógica» o ausencia de contradicción, poseerán un valor dudoso desde un punto de vista *racionalista*, al menos mientras tenga sentido decir que es irracional «perseguir un *horizonte*» (en lugar de un *lugar geográfico* positivamente determinado en un mapa). Constituirán más bien «entelequias» que lindan con el terreno de las fantasías quiméricas, las utopías, los productos de la imaginación»⁶⁴ o las puras ficciones⁶⁵. Esto, en el mejor de los casos. En el peor, servirán de ingrediente para la elaboración de discursos llanamente *ideológicos*. En ellos aún podrían los ideales ser vistos como instrumentos de «racionalización» de proyectos prácticos reales y positivos (políticos, jurídicos) en su pugna dialéctica frente a otros. Pero entonces su función real no será otra que codificar y dar carta de legitimidad a intereses que verdaderamente se discuten y ventilan en otro plano, proveyéndoles de justificaciones retóricas capaces de amortiguar (y así encubrir) bajo la apariencia de consenso armónico ideal, las discordias y conflictos realmente existentes entre dichos intereses, para lo cual resultarán especialmente adecuadas las abstracciones normativas (y sobre todo las jurídicas). Evoquemos a este respecto la célebre y significativa frase de Maritain, después de concluir la redacción de la *Declaración Universal* de 1948: «Estamos todos de acuerdo en estos derechos a condición de que no nos pregunten por qué». Esta funcionalidad de los ideales conecta la filosofía práctica con la propia constitución interna de las prácticas públicas, con el «uso público» de la razón (*Öffentlichkeit*), es decir, aquel que tiene que ver únicamente con los principios y justificaciones que «soportan ser publicados». Conecta, así pues, los ideales prácticos con la realidad práctica. Ahora bien: lo hace en una clave explicativa que es justamente *materialista*, y no idealista. Una clave desde la que la racionalidad idealizadora es mostrada cumpliendo la función de convertir en fundamento lo que no es sino fundamentado (el hegeliano «mundo invertido», o la «cámara oscura» de Marx y Engels) a través de mecanismos justificativos que desfiguran la realidad de las relaciones sociales. Piénsese, por ejemplo, en la función ideológica de la noción de una «voluntad general»

⁶⁴ RESCHER, N., *Ethical Idealism*, p. 114.

⁶⁵ Como una simple «ficción institucional» ve, por ejemplo, D. Zolo en la situación internacional del presente el «constitucionalismo mundial» (*Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. de R. Grasa y F. Serra, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 137 ss.). Véase también, del mismo autor, «Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36 (2002), pp. 197-218.

en relación con el funcionamiento real de los procesos jurídico-políticos de decisión colectiva (analizados, p. ej., a la luz del «teorema de imposibilidad» de Arrow).

De todo esto se desprende también que carece de sentido asociar los ideales prácticos a una virtud exclusivamente crítica o «emancipatoria», en cuanto dibujan un «horizonte normativo» al que deba tender regulativamente la realidad social dada. Ya que unas veces lo hacen de manera utópica, es decir, precisamente acrítica. Otras veces, esa función crítica, analizada realísticamente, sumerge a los ideales en la lucha entre ideologías, *dentro* de esa realidad social dada. Y otras, por último, sencillamente no son críticos en absoluto, sino que desempeñan funciones abiertamente justificativas del *status quo*, es decir, apropiadas para *mantener* las prácticas vigentes, en lugar de reformarlas. Y creo que aquí habría que poner los motivos definitivos de que el idealismo de raigambre kantiana sea en nuestro tiempo la filosofía «oficial», o «políticamente correcta». En la medida en que ésta se construya como filosofía normativista tenderá precisamente a reforzar el marco político-jurídico establecido, de cuyas instituciones *reales* obtiene los criterios normativos que luego somete a hipóstasis ideal. ¿No es éste el caso de Habermas, cuando ve en el Estado constitucional democrático la más perfecta realización institucional de la racionalidad comunicativa y sus presupuestos pragmático-rationales, o el de Alexy cuando toma por reglas de la argumentación racional *in genere* lo que no viene a ser sino transcripción y sustantivación ideal de las reglas particulares del Derecho procesal de los Estados occidentales? Esta funcionalidad de la filosofía normativista, también explicada materialistamente, viene a presentarla no ya a un nivel coextensivo con la propia razón normativa, sino también gobernada por sus mismos fines. Se comprende, entonces, que el idealismo práctico llegue a ser igualmente inmune a los argumentos estrictamente *filosóficos*, como aquellos que se refieren al carácter «metafísico», mal formado o poco parsimonioso de sus conceptos.

Podríamos resumir todo lo dicho, para terminar, recordando una conocida anécdota. Un ministro relata ante el parlamento las desdichas de la situación económica y política del país cuando un diputado de la oposición se levanta súbitamente para gritar en alto: «¡Menos hechos y más promesas!». Probablemente este buen padre de la patria estaba haciendo filosofía kantiana sin saberlo. Otro, en su lugar, podría haber exigido menos promesas y más hechos, es decir, su cumplimiento, puesto que las supuestas promesas no eran realmente tales si no llegaron a ser cumplidas. Y me parece que esta disyuntiva expresa muy bien lo que sigue significando hoy ser o no ser kantiano en materia de filosofía práctica.

III

DEBATES

Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral, de Rafael Escudero Alday, Thomson-Civitas, 2004

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA
Universidad del País Vasco

El libro de Rafael Escudero versa sobre la cuestión de si la incorporación de la moral al Derecho supone algún menoscabo para el positivismo jurídico, lo que obligaría poner algún calificativo al positivismo o si, por el contrario, todos los adjetivos que los diferentes autores han propuesto resultan estériles en la medida en que debe seguir defendiéndose la separación conceptual entre Derecho y moral y, por ende, hablarse de positivismo jurídico sin adjetivos.

1. LA IMPOSICIÓN DE CALIFICATIVOS AL POSITIVISMO JURÍDICO

Después de una introducción, el capítulo 2 («El *Postscript* de Hart: la aparición del *Soft Positivism*») lo dedica a exponer la respuesta dada por Hart a Dworkin en el *Postscript*. Hay aspectos de la crítica de Dworkin que Hart admite por estar ya implícitos en su obra y otros que los integra en su teoría dando lugar a lo que Hart denominó *soft-positivism*. Para Hart ello no supone menoscabo alguno para las tres tesis que caracterizan al positivismo jurídico (la separación conceptual entre Derecho y moral, la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la discrecionalidad judicial).

En el capítulo 3 («La imposición de calificativos al positivismo jurídico»), analiza el *soft-positivism*, denominación con la que se expresa la idea de que la necesaria incorporación de la moral al Derecho no implica renunciar a una concepción positivista de este último.

Comienza examinando la propuesta de Coleman, denominada «positivismo incorporacionista», que puede resumirse en estas dos tesis: la tesis negativa, relativa a la separación entre Derecho y moral, de la que se sigue la posibilidad de aceptar que existan criterios de validez basados en la moralidad y, la tesis positiva, según la cual ni la existencia de controversias sobre la existencia de la regla de reconocimiento ni el recurso a la moral para la determinación de las normas jurídicas son incompatibles con la naturaleza convencional del derecho. Coleman admite que tanto la existencia como el contenido de algunas normas lo es en virtud de su contenido, y ello es así porque lo permite la regla de reconocimiento. De otro lado (ante el problema de la certeza del Derecho) es partidario de un objetivismo moral (de una «modesta objetividad»).

El segundo punto de vista analizado es el de Waluchow, quien defiende el «positivismo incluyente», cuyas principales tesis son las siguientes. Respecto de la identificación de las normas jurídicas, sostiene que muchos sistemas jurídicos incluyen criterios materiales de validez y que éstos hacen referencia o están relacionados con conceptos morales. En cuanto al contenido de las normas, estas también incluyen conceptos cuya definición requiere acudir al examen y deliberación moral. Ahora bien, esto es algo contingente puesto que puede haber un sistema jurídico en que esto no ocurra; es decir la inclusión de la moral no se produce con carácter necesario en todos los sistemas jurídicos sino sólo en aquellos en los que así lo hayan establecido. De otro lado, para el positivismo incluyente no hay una conexión necesaria entre el positivismo jurídico y una particular teoría moral (y por tanto no propugna la adopción de un objetivismo moral).

Un tercer punto de vista es el de Peces-Barba, quien denomina a su postura «positivismo corregido». De entre los aspectos que necesitaba «corregir» el positivismo jurídico se destaca el relativo a los criterios de validez: si desde un punto de vista descriptivo es cierto que los principios morales y de justicia presentes en los niveles superiores del ordenamiento determinan la existencia y contenido de las normas inferiores, el positivismo jurídico debe dar cuenta de ello poniendo de relieve que junto al criterio formal de validez hay que tener en cuenta el criterio material. Pero ello no implica el abandono del positivismo puesto que la validez de esos principios morales proviene precisamente de su incorporación al Derecho. El «positivismo corregido» lo entiende Peces-Barba como un positivismo abierto a la moralidad. La separación entre Derecho y moral queda inalterada por dos razones: porque la relación es entre el Derecho y la moral legalizada (y no otro tipo de moral de corte iusnaturalista), y porque los criterios materiales de validez son criterios relativos a la ética pública de la modernidad de carácter procedimental (entendido en el sentido de que su objetivo radica en crear las condiciones para que cada persona pueda alcanzar su plan de vida personal).

La cuarta versión del positivismo analizada es el positivismo presuntivo de Schauer, quien insiste en el hecho de que las constituciones introducen normas de naturaleza moral de las que el positivismo jurídico debe dar cuenta. La particularidad reside y explicar (o justificar) por qué los jueces se apartan de las normas o de las soluciones cuyo resultado se considera inmoral. El positivismo presuntivo parte de la importancia central de las normas en la realidad jurídica, normas que gozan de una presunción de aplicación; pero en aquellos casos en que la aplicación de tales normas va en contra al conjunto de valores del sistema se puede sacrificar la aplicación de aquéllas en aras a alcanzar una «mejor respuesta»: aquella acorde con dicho sentir general.

La última teoría de la que se hace eco Rafael Escudero es la del «positivismo sofisticado» defendido por Shiner. Este autor sostiene las tres tesis del positivismo hartiano; radicando la diferencia con Hart en las consecuencias a que dichos postulados conducen: la asunción de postulados antipositivistas. De un lado, para Shiner la explicación de la normatividad del Derecho en base a algo más que órdenes respaldados por amenazas no se basa sólo en una conexión de carácter contingente entre Derecho y moral, sino que requiere la creencia de que el Derecho es moralmente correcto. Por otra parte, el reconocimiento de que en muchas normas existen conceptos morales lleva al descrédito de las otras dos tesis positivistas: la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la discrecionalidad judicial.

2. DEFENSA DE UN POSITIVISMO JURÍDICO SIN CALIFICATIVOS

En el capítulo 4 («Por un positivismo jurídico sin calificativos») Rafael Escudero realiza una valoración de las tesis anteriores ofreciendo su punto de vista: no acepta las posturas incorporacionistas o incluyentes y mantiene la exclusión de la moral a la hora de identificar el Derecho. Su postura la resume como sigue: «Un positivismo jurídico que excluye a la moral, en cuanto a instancia valorativa, como criterio de identificación del Derecho, que rechaza el criterio material de validez normativa; y que acepta un margen de discrecionalidad en sentido fuerte» (p. 260).

2.1 Tesis de las fuentes sociales del Derecho. Se parte de asumir la tesis hartiana de que determinar la *existencia* de una norma jurídica «depende de la existencia de una fuente social» (es decir de un hecho), lo que a su vez está en función de que «exista la práctica social de considerar como normas jurídicas las que provengan de tal o cual hecho. Y –nótese bien– dependerá de esto último, pero de ninguna otra cuestión» (p. 209). De esta manera –dice–, determinar la existencia de una norma jurídica «requiere la comprobación de su origen, sin que se precise ahondar en sus contenidos o términos. *La forma de*

producción y no la materia..., es lo que determina su carácter jurídico» (p. 209, cursivas mías). Estoy básicamente de acuerdo con esta idea, pero matizándola en el sentido de que es el último eslabón de la forma de producción, la publicación en un texto oficial, lo que le da el carácter jurídico a un enunciado.

Mantiene una postura semejante en cuanto al *contenido* de las normas. Indica que no hace falta recurrir a la argumentación moral, porque existen elementos como «la formulación literal del precepto, la interpretación que se le ha dado por los órganos competentes para cada caso, el propósito o la finalidad para el que éste fue creado, e incluso la intención del órgano o sujeto creador del mismo», son elementos que «por un lado, determinan indudablemente su contenido; y por otro, lo hacen sin acudir a instancia valorativa o moral alguna» (p. 210).

Frente a la opinión de Rafael Escudero, creo que precisamente la interpretación jurídica es una de las vías a través de las cuales las valoraciones penetran en el Derecho. De manera resumida, esto tiene lugar (al menos) en dos momentos. El primero, a la hora de decidir cómo emplear los diversos criterios interpretativos: si se utilizan de manera sucesiva (es decir uno por uno hasta llegar a «la» interpretación) o conjuntamente (obteniendo del manejo simultáneo de todos ellos «la» interpretación). El segundo, porque cada uno de dichos criterios implica realizar valoraciones en el siguiente sentido. Ciñéndome a los citados por Rafael Escudero, señalaré lo siguiente. Respecto de la interpretación literal, no hay acuerdo (ni entre los dedicados a la semántica –en sentido amplio o estricto del término– ni entre los iusfilósofos) en qué consiste (o hasta dónde llega) la «interpretación literal». En relación con la finalidad, ¿todo enunciado jurídico tiene una finalidad?, ¿dónde se encuentra: en el enunciado mismo, en la materia regulada, en el sector del ordenamiento?, ¿cuál prevalece si algunas de éstas son contradictorias? La intención del legislador presenta aún mayores problemas: ¿en un Estado de Derecho es legítimo recurrir a un concepto mental como es éste?, ¿qué ocurre cuando «el legislador» está compuesto por un conjunto de personas (caso del Parlamento, las Instituciones Europeas o, incluso el Ejecutivo)? Los trabajos preparatorios donde, suele decirse, está presente dicha voluntad, pueden simplemente no existir, manifestar voluntades contrapuestas. Por último, hay ocasiones en que el texto legal no está en consonancia con el sistema jurídico-político del momento en el que los enunciados jurídicos han de ser interpretados: en estos casos parece obvio que habrá que hacer caso omiso de la referida «voluntad». En definitiva, lo más relevante es que los clásicos criterios interpretativos no son «métodos» de interpretación (si así fuera, no habría discrepancias interpretativas o éstas serían mínimas), sino lugares comunes que se mencionan (más que usan) para justificar un resultado interpretativo.

Cuestión diferente es la que plantea la interpretación dada por los órganos competentes: en este caso la cuestión es determinar si el órga-

no en cuestión, en ese ordenamiento jurídico concreto, es competente para producir derecho: en caso afirmativo su pronunciamiento no será un criterio interpretativo sino una fuente de derecho; en caso negativo, no creo que haya razones *concluyentes* para sostener la obligatoriedad de seguir dicha interpretación.

En estrecha relación con lo anterior, está la referencia que hace Rafael Escudero a las *proposiciones normativas* como «aquellas que se formulan acerca de las normas, como *proposiciones objetivas*. Con esto quiere decirse que su *verdad o falsedad* es una cuestión empíricamente demostrable». «Bastará con comprobar si la proposición de que se trate —...— se corresponde con una norma válida, creada según criterios formales de órgano y procedimiento. En caso afirmativo la proposición es correcta. Se trata, pues, de una cuestión meramente fáctica, en cuya determinación no cabría alegar argumentos de carácter moral o valorativo» (p. 210, cursivas mías). Puede haber —dice— problemas derivados de la falta de concreción del alcance y contenido, pero, «no se trata tanto de determinar el concepto de trato inhumano —cuestión que probablemente sí requeriría un cierto recurso a la moral— cuanto de analizar *el propósito o la intención que tuvo en mente el constituyente* a la hora de prohibir ese tipo de penas, así como la interpretación que de este precepto se hace por el Tribunal Constitucional. Y esta cuestión es, una vez más, una cuestión fáctica» (p. 211)

En primer lugar, en lugar de emplear «norma» y de «proposición normativa», creo que aporta más claridad hablar de «enunciado normativo» (o jurídico) y «proposición normativa» (o jurídica). Y ello, porque esta terminología no es más que una traslación al lenguaje jurídico de la distinción en sede semántica entre enunciado y proposición. Una proposición normativa es cualquier expresión lingüística *acerca de* uno, o varios, enunciados normativos (y puede por tanto versar sobre cuestiones diversas: su adecuación al resto del ordenamiento, su significado, su corrección gramatical, su estilo literario, etc.). Si nos referimos a la interpretación, y por tanto al significado, las proposiciones normativas pueden considerarse verdaderas o falsas únicamente en los casos siguientes: cuando se limitan a reproducir el tenor literal de los enunciados, cuando se refieren a términos cuantificables y, en lo que se denomina «núcleo de certeza» de los términos (aunque este núcleo puede variar). En el resto de los casos las proposiciones normativas relativas al significado pueden considerarse verdaderas o falsas sino mejor o peor justificadas, argumentadas, etc. Pues bien, cuando Rafael Escudero dice que «puede que surjan dudas sobre la verdad de la proposición, derivadas éstas de la falta de concreción del alcance y contenido de la misma», tengo que resaltar dos discrepancias. La primera, ya señalada, es que no creo adecuado hablar en términos de verdad/falsedad. La segunda, es que estoy en desacuerdo en identificar «significado» con la «intención» que tuvieron los redactores del enunciado. En lo que sí estoy de acuerdo es que,

en nuestro país, que hay que interpretar los enunciados normativos en función de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional: pero ello es así no por el criterio de la voluntad del legislador, ni por un argumento de autoridad, sino por el efecto vinculante que nuestro ordenamiento jurídico otorga a las sentencias de este órgano, actuando en este caso como legislador (en base a preceptos tanto de la Constitución, de la LOTC y de la LOPJ).

Sobre la cuestión del *criterio material de validez*, Rafael Escudero dice que se debe rechazar el mismo porque ello supone un menoscabo para la tesis de las fuentes sociales del Derecho. Ha de rechazarse «la posibilidad de que sea el contenido de la norma, y no su origen o *pedigree*, lo que determine su validez jurídica» (p. 212). Y más adelante indica que son dos las razones que desaconsejan la utilización de un criterio material de validez. El primero se refiere a la idea según la cual forman parte del Derecho también los contenidos que se derivan lógicamente de las normas expresas. Estoy de acuerdo con las razones que da Rafael Escudero para ello, entre las que merece destacarse la de que las normas derivadas no son expresamente formuladas por autoridad alguna. El segundo argumento es el de la «incapacidad [de dicho criterio] para ofrecer una explicación adecuada del funcionamiento de los sistemas jurídicos»; «lo que otorga a una norma su carácter jurídico es precisamente el haber sido creada por la autoridad competente en cuestión» (p. 236). «De la misma manera que lo que la convierte en inválida..., es que el sujeto o autoridad competente así lo declaren. Y no que se halle en supuesta contradicción con ciertos contenidos morales, por mucho que otras normas llamen o se refieran a dichos contenidos» (pp. 236-237).

En buena medida estoy de acuerdo con estas afirmaciones. Ahora bien, creo que debería tenerse en cuenta lo siguiente. El criterio material de validez pone de manifiesto uno de los aspectos del funcionamiento del derecho como es el de la contradicción que se da entre el hecho de que el poder legislativo, en el ejercicio de su función, *debe* someterse a los diferentes requisitos de validez, y que suele ser otro poder diferente (en España el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) quien, en el supuesto que se plantee una duda sobre el cumplimiento de dichos requisitos, decide la cuestión. Es éste, el que al pronunciarse sobre esta cuestión (y puesto que los enunciados jurídicos no *son* válidos o inválidos, sino que *son interpretados como tales*) decide que un enunciado existente «es» válido o no. Dicho órgano no declara una validez o invalidez preexistente, sino que al pronunciarse sobre la misma determina (constituye) la existencia o inexistencia de dicho enunciado jurídico (o de dicho enunciado como enunciado «jurídico» o «no jurídico»), y por tanto como perteneciente al ordenamiento. (Es en este sentido en el que considero útil la distinción entre existencia, presunción de validez y validez de un enunciado jurídico; conceptos todos ellos que no pueden cobijarse bajo el de norma *jurídica* —a diferencia

de Rafael Escudero para quien la distinción entre dichos conceptos lleva a confundir más que a ayudar –pp. 238-239–). En mi opinión, la existencia de los enunciados jurídicos sí viene determinadas por su *pedigree* y más concretamente su publicación en un texto oficial (texto que puede ser tanto el «BOE» como una sentencia). Un enunciado jurídico existente goza de una presunción de validez. La validez conlleva, además de la existencia, un segundo filtro: la superación de la prueba de validez, en otras palabras, el respeto de los requisitos formales y materiales impuestos por el propio ordenamiento; lo que sólo puede afirmarse si el órgano competente se ha pronunciado sobre dicha cuestión.

2.2 Tesis de la certeza del derecho. En relación con el tema de la certeza del derecho (íntimamente relacionada con la tesis de la discrecionalidad judicial) Rafael Escudero señala que hay que distinguir según la cuestión se plantee respecto de la regla de reconocimiento o del contenido de las normas jurídicas. Respecto a la regla de reconocimiento señala que «esta regla se manifiesta en la práctica común convergente de jueces y operadores jurídicos de considerar como válido y, por tanto, de aplicar lo dispuesto en la Constitución». Así entendida, no puede haber incertidumbre en cuanto a la regla de reconocimiento puesto que la función de ésta es «proporcionar certeza a la hora de identificar el material normativo y su concreta estructuración. Y si esta certeza no existe,..., entonces lo que sí se pone en duda es la propia existencia de una regla de reconocimiento» (p. 246).

La segunda cuestión es la certeza respecto del contenido de las normas. En este caso, cuando se apela a conceptos o valores morales, sí se pueden plantear problemas de incertidumbre. Rafael Escudero sostiene a este respecto lo siguiente. En primer lugar, que los incorporacionistas han intentado aminorar los problemas de incertidumbre señalando que ésta no es inherente a todos los conceptos morales sino que también existe un núcleo de certeza. Con esto no se puede sino estar de acuerdo, siempre que se comparta una cierta «forma de vida» y no nos enfrentemos, por ejemplo, a los denominados «conceptos esencialmente contestados». En segundo lugar, dice que puede llegarse a un importante consenso sobre esta cuestión y que desde el incorporacionismo no se indica cuál es la moral a que hay que acudir. Las alternativas que respecto de este punto ofrece son tres: la moral individual, la moral crítica y la moral social. Rafael Escudero se pronuncia a favor de esta última opción que se plasma en «acciones, prácticas y costumbres sociales» (p. 252) y también en normas jurídicas: la moral institucionalizada. De aquí –escribe– el contenido de estas normas con una carga valorativa se determina sin necesidad de recurrir a evaluación moral alguna. «Bastará para ello con analizar las prácticas sociales en las que están involucrados estos conceptos morales, o bien con acudir a las normas jurídicas que hayan desarrollado tales conceptos» (p. 253); «el contenido [de las normas jurídicas] se ha de determinar atendiendo exclusivamente a hechos sociales, entre los que se

encuentra, por supuesto, la llamada moral convencional» (p. 255). «El órgano judicial que tenga que enfrentarse a un precepto normativo de este tipo [que incluye términos morales] determinará su contenido a través de circunstancias fácticas, tales como su origen, formulación literal del precepto, interpretación que se haya dado por la autoridad competente, comprobación del propósito o finalidad del mismo e, incluso, análisis del consenso social en torno a su significado moral. Así el significado, alcance y contenido de la norma se determina a través de los hechos adecuados» (p. 256).

De un lado (como he señalado antes), considero que ni la formulación literal ni la finalidad de las normas constituyen cuestiones fácticas cuya verdad o falsedad pueda determinarse empíricamente. Por otra parte, en mi opinión es la moral crítica la que debe dar contenido a enunciados jurídicos de carácter valorativo (lo que no supone acabar con la discrepancia). Por otra parte, la moral social (el consenso social) no creo que lleve a la desaparición de los problemas de incertidumbre, puesto que no es una tarea tan objetiva determinar cuál es dicha moral respecto de todos y cada uno de los problemas jurídicos que se plantean, más si se tiene en cuenta que dichas cuestiones no se plantean sólo en los casos genéricos sino también en los casos individuales. ¿Qué ocurre si en la sociedad no hay consenso?; puesto que resultará difícil que el consenso sea total, ¿qué mayoría se considera necesaria para que haya consenso?; ¿qué ocurre si la mayoría social está en contra de un principio moral institucionalizado?

Sería injusto finalizar estas páginas sin destacar el valor del libro de Rafael Escudero. Independientemente de las discrepancias puestas de manifiesto, considero que el libro tiene una doble mérito: de un lado, ofrecer un tratamiento riguroso de la cuestión y, de otro, haberse enfrentado (como lo hiciera ya antes desde otra perspectiva diferente en *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000) a uno (si no *el*) de los temas medulares de la Filosofía del Derecho, como es la relación Moral-Derecho.

Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho*

Por RAFAEL ESCUDERO ALDAY
Universidad Carlos III de Madrid

Quiero comenzar esta respuesta a las observaciones formuladas por la profesora Victoria Iturralde a mi trabajo *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral* (Civitas, Madrid, 2004) agradeciendo la gentileza y buena disposición con la que ha aceptado discutir sobre el mismo, así como el interés con el que siempre ha seguido este trabajo. Sin duda alguna, sus opiniones contribuyen a profundizar en el debate sobre el estatuto del positivismo jurídico, en particular, y de la teoría del Derecho, en general.

1. LAS RAZONES DEL INCORPORACIONISMO Y SUS CRÍTICAS

Una de las discusiones principales que actualmente se abordan en el ámbito de la filosofía del Derecho es la relativa a toda la polémica generada en torno al llamado incorporacionismo o positivismo jurídico incluyente. En términos generales, se caracteriza esta posición por defender la tesis según la cual la moralidad puede determinar tanto la existencia como el contenido del Derecho, es decir, que lo que sea el

* Una primera versión de este trabajo fue presentada y discutida en el Seminario del Departamento «Giovanni Tarello» di Cultura Giuridica (Sección de Filosofía y Sociología del Derecho) de la Universidad de Génova el día 20 de mayo de 2005. Agradezco a las y los participantes las críticas y observaciones al trabajo, así como por supuesto la invitación a participar en el Seminario.

Derecho puede depender de su adecuación a la moralidad. Esto supone admitir que la moral puede ser un criterio de identificación de lo jurídico; o, en términos más simples, que la moral puede ser entendida como una fuente del Derecho¹.

En el interior del propio positivismo jurídico, ésta parece ser la posición mayoritariamente asumida por los autores que se declaran pertenecientes a esta teoría del Derecho, quienes suelen argüir una –o ambas– de las siguientes razones en favor de la citada tesis. En primer lugar, señalan que la incorporación de la moral al Derecho en los términos ya señalados es una realidad constatable hoy en muchos sistemas jurídicos, donde aparecen –frecuentemente con rango constitucional– referencias a principios o valores morales. Si esto es así, negar que la moral pueda ser fuente del Derecho sería negar la realidad. Entonces, una teoría del Derecho que no diera cuenta de esta circunstancia sería, simplemente, una teoría incorrecta al fracasar en su propósito de ofrecer una adecuada descripción del funcionamiento, la práctica y los problemas de los sistemas jurídicos.

La segunda razón se sitúa, en cambio, en un plano prescriptivo o normativo. Se alega que la inclusión de la moral en textos jurídicos, como pueden ser las constituciones o las leyes, es una buena forma de garantizar el cumplimiento de esos principios morales que se incorporan. Se dice, por ejemplo, que el juez constitucional cuenta así con argumentos jurídicos para declarar la inconstitucionalidad de una ley que vulnerase alguno de estos principios morales². Argumentos con los que el juez no contaría de no existir esta incorporación o presencia de la moral en los enunciados jurídicos. Todo ello hace que, a pesar de los problemas de incertidumbre que pudieran generarse, sea preferible un Derecho donde así se incorporen a otro que carezca de este tipo de referencias.

Así pues, son éstas las dos razones sobre las que se sustenta el positivismo incluyente o incorporacionismo. Esta corriente debe, además, dedicar gran parte de su argumentación a mostrar la compatibilidad de sus afirmaciones con las premisas tradicionales del positivismo jurídico, dado que en gran medida la polémica se sitúa en el interior de esta teoría. En efecto, existen algunos autores, a quienes suele agruparse bajo la etiqueta de positivismo jurídico excluyente, que rechazan las razones en las que se apoya la tesis incorporacio-

¹ La definición del incorporacionismo o positivismo jurídico incluyente puede encontrarse en COLEMAN, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 126-130; y WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 80-84. Por supuesto que, a pesar de compartir una línea general común, existen diferencias entre ambas formas de argumentación. Un análisis de las mismas se lleva a cabo en ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 81-150.

² Véase la exposición de este argumento –calificado de «argumento moral»– en WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, pp. 88-98.

nista³. Y lo hacen mediante la refutación de las dos tesis anteriormente expuestas. Señalan, por un lado, que aceptar la posibilidad de que lo que sea el Derecho pueda depender de su adecuación a la moralidad es una descripción incorrecta del funcionamiento del mismo; e insisten, por otro, en que tal forma de entender la realidad jurídica sería, además, peligrosa en lo que a los resultados prácticos se refiere⁴.

En definitiva, el rechazo de las posiciones incorporacionistas descansa en una premisa básica, de la cual se derivan las conclusiones que acaban de señalarse. Consiste ésta en negar la posibilidad de que la validez de las normas jurídicas pueda ser una cuestión que se suscite al margen de su origen, *pedigree* o forma de producción. Las normas son válidas por su origen formal y no por una supuesta adecuación a ciertos contenidos morales, por mucho que aparezcan referencias a estos contenidos en textos jurídicos de rango superior como pueden ser las constituciones. El Derecho –se dice por los críticos positivistas del incorporacionismo– es una cuestión fáctica y, en consonancia, la validez de sus normas proviene única y exclusivamente de hechos, más o menos complejos, a los cuales se atribuye la capacidad para crear normas jurídicas. Según los términos de la clásica distinción entre criterios formales y materiales de validez, los positivistas excluyentes proponen rechazar la admisión de criterios materiales de validez⁵. A continuación se expondrán las razones en las que se basa esta última conclusión.

2. CONVENCIÓN Y VALIDEZ JURÍDICA

El Derecho no es algo que pueda configurarse al margen de la aportación humana. No es, en este sentido, un producto de la naturaleza. Al contrario, su existencia depende de lo que nosotros, las personas, consideremos y queramos que sea. De ahí que no podamos enten-

³ Rechazan también la propia consideración de esta teoría como positivista. No obstante, esta cuestión –la de si el incorporacionismo es o no positivismo jurídico– puede pasar a un segundo plano ante la que parece la principal: el análisis de las propuestas del positivismo incluyente, con independencia de la etiqueta que merezcan. En todo caso, si se pretende incidir en esta cuestión, resultan de extrema utilidad los argumentos que expone Ronald Dworkin para negar la etiqueta de positivismo al positivismo incluyente. Véase «Thirty Years On», *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 6, 2002, pp. 1650-1665.

⁴ Las líneas generales del positivismo excluyente pueden encontrarse en RAZ, J., *The Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 210-237; SHAPIRO, S., «Law, Morality and the Guidance of Conduct», *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 127-170; y MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 49-70.

⁵ Lo que no significa excluir la posibilidad de que puedan existir conexiones entre el Derecho y la moral, algunas de las cuales –derivadas de la propia concepción sistemática del Derecho– serían más que contingentes. Véase, en este sentido, RAZ, J., «About Morality and the Nature of Law», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp. 10-13.

derlo, estudiarlo ni identificarlo fuera de su consideración como un producto social. Su comprensión requiere del análisis de las prácticas, costumbres y actuaciones de los sujetos llamados a crearlo, aplicarlo y obedecerlo. A este marco general de comprensión no puede escapar tampoco todo lo relativo a su identificación. En efecto, cuál sea el Derecho válido –entendido en el sentido del que se aplica y vincula a sus destinatarios– dependerá de una práctica concordante de los operadores jurídicos al respecto, es decir, de una convención⁶.

A los efectos únicamente de alcanzar una mayor claridad en el análisis, podrían diferenciarse dos aspectos de esta convención. En primer término, la convención se produce sobre los lugares de los que emanan normas jurídicas o, dicho en otros términos, sobre cuáles sean las fuentes del Derecho. En efecto, el hecho de que la publicación de una ley en un «Boletín Oficial» sea fuente de normas jurídicas depende, en última instancia, de que exista la práctica general compartida de considerar que tal publicación convierte a su contenido en jurídicamente vinculante. Esta práctica general de actuación de los jueces y operadores jurídicos es lo que Hart pretendía reconstruir teóricamente a través del conocido instrumento de la regla de reconocimiento.

Existe también un segundo punto sobre el que ha de producirse esta convención. Consiste éste en el acuerdo sobre el significado de los enunciados lingüísticos emitidos por estas fuentes del Derecho. Acuerdo que se manifiesta en una práctica común por parte de los operadores jurídicos sobre el contenido de las disposiciones de los textos jurídicos⁷. De modo que la validez de las normas depende, entonces, de una práctica común de interpretar de forma concordante el significado de los términos lingüísticos que se contienen en esos textos jurídicos. Pues bien, determinar la existencia de esta convención es, sin duda alguna, una tarea que resulta extremadamente más complicada que la primera, máxime cuando –como es el caso de los modernos sistemas constitucionales– en estos enunciados lingüísticos

⁶ Muchos autores consideran que el convencionalismo –entendido como la defensa de la tesis según la cual tanto la existencia como el contenido del Derecho es algo que depende sólo de hechos sociales– es el contenido mínimo del positivismo jurídico. Véase un ejemplo en BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, p. 37.

⁷ Tiene razón Victoria Iturralde cuando propone tener siempre presente la distinción entre enunciados normativos y proposiciones normativas, dado que con ella se logra evitar la imprecisión que podría generarse con un uso genérico del concepto de norma. Propone hablar de enunciados jurídicos –para referirse a los enunciados lingüísticos que aparecen en textos tales como leyes, sentencias o constituciones– y hacerlo de proposiciones normativas –para referirse a las expresiones lingüísticas acerca de los enunciados jurídicos. No obstante, parece reflejar mejor el lenguaje común que utilizan los juristas la distinción entre norma y proposición normativa, y de ahí que sea ésta la que se utilice en el texto en cuestión. Desde esta diferencia, la validez sería una característica predicable de las normas, pero no de las proposiciones normativas, es decir, de los enunciados que los juristas formulan acerca del Derecho válido.

se incorporan conceptos morales. En efecto, resulta más sencillo constatar que los jueces consideran la Constitución, las leyes o las costumbres jurídicamente vinculantes que constatar que todos ellos entienden lo mismo por dignidad, libre desarrollo de la personalidad o lo que sea una discriminación injusta.

Entonces, la propuesta incorporacionista se encuentra con un primer problema. Ha de demostrar que, aun existiendo estos conceptos relativos a la moral en textos jurídicos vinculantes, sigue siendo posible constatar una práctica común y convergente de considerar como válidas y, por tanto, aplicar las normas que en ellos se contienen. Pero puede suceder más bien todo lo contrario: que los operadores y autoridades difieran en torno al significado de tales términos, y que lo hagan hasta un punto en que lo que se constate sea un profundo desacuerdo sobre la forma como han de reconocerse dichos conceptos morales. Si esto fuera así, sólo a duras penas podría hablarse de convención⁸.

No obstante lo anterior, el positivismo incluyente necesita escapar de este problema para así continuar afirmando que, aun en estas situaciones, se constata la existencia de una convención. La vía para hacerlo se basa en la forma de entender lo que sea una convención⁹. Póngase como ejemplo una regla de reconocimiento en cuyos términos figura el respeto al libre desarrollo de la personalidad, y por tanto que no es Derecho aquello que no lo haga. Entonces, la convención se constata en la medida en que jueces y operadores jurídicos se muestran de acuerdo en que debe respetarse el principio de libre desarrollo de la personalidad, aunque entre ellos discrepen acerca del contenido que haya de darse a este principio. Se podrá discrepar, sí, en lo que sea más acorde con el libre desarrollo de la personalidad, o en que tal medida legislativa promueve u obstaculiza dicho principio, pero no en que siempre debe actuarse desde la base de su respeto. Existirá, pues, la práctica común y concordante de considerar como válidas las normas que satisfagan el libre desarrollo de la personalidad. Desde esta opción teórica, la moral –encarnada en este caso en el citado principio– determina el Derecho válido porque existe una convención entre autoridades y operadores jurídicos consistente en que sea así, aun cuando –se insiste– éstos puedan discrepar en cuanto a los términos de la convención.

La primera crítica que puede hacerse a esta argumentación es que produce una trivialización de la idea de la convención. En efecto, pretende salvar la existencia de una convención allí donde puedan existir discrepancias y comportamientos divergentes. Y si una convención es algo, es precisamente acuerdo y convergencia, no desacuerdo y disparidad. Para salvar esto, lo que se hace es reconducir la convención a un nivel superior de discusión: se dice que existe la convención porque

⁸ Esta es la razón por la que, en opinión de Dworkin, el incorporacionismo está lejos de merecer la etiqueta de positivismo jurídico. Véase, de nuevo, *Thirty Years On*, *op. cit.*, pp. 1658-1662.

⁹ Este argumento se desarrolla, fundamentalmente, por Jules Coleman. Véase *The Practice of Principle...*, *op. cit.*, pp. 74-102.

todos están de acuerdo en considerar como válidas las normas que satisfacen el libre desarrollo de la personalidad, aun cuando se discrepe sobre el contenido de tal principio. Y así cada desacuerdo puede convertirse en acuerdo si se eleva a un nivel superior de abstracción, hasta el punto de que, por mucho que se discrepara, siempre podría haber un acuerdo y una convención, como sería en este caso la de actuar según la moral. En estas condiciones, de poco serviría el instrumento de la convención; siquiera sería útil para mostrar una diferencia entre aquellos supuestos donde sí existe una práctica social convergente y aquellos otros donde no la hay.

Quizá resulte más interesante la segunda crítica. Si la convención consiste en que la moral pueda determinar el Derecho válido, aun cuando cada autoridad u órgano competente tenga una concepción diferente de la moral, entonces toda decisión adoptada por una autoridad competente que dice respetar el principio moral de que se trate es jurídicamente válida. Y ello porque, sea cual sea el tenor concreto de la decisión resultante, en todo caso se está siguiendo la convención: actuar según la moral. De esta forma, esta crítica coloca al positivismo incluyente ante una tesitura de difícil salida. Por un lado, le acerca a la que parece ser una conclusión claramente no positivista. Se llegaría a ella si se afirmara que es la moralidad de la decisión –o, mejor dicho, la apelación a la moralidad en la decisión– el elemento que convierte en jurídicamente válida a dicha decisión. Y puede decirse que ésta –hacer depender la validez de las normas de su contenido moral– es una conclusión que se aleja de los parámetros clásicos del positivismo jurídico¹⁰. No en vano esta forma de argumentar recuerda mucho a la que Dworkin presenta como el modelo del «juez Hércules» y su teoría del Derecho como integridad.

Tampoco parece que sea muy aconsejable la segunda opción, consistente en entender que, dado que el juez siempre seguirá la moral –o por lo menos eso dice–, lo decisivo es que la decisión se haya adoptado correctamente desde un punto de vista formal. Es decir, que la decisión –en la que, sí, se apela a la moral– sea adoptada por el órgano competente, dado que existe la convención de considerar las decisiones del mismo como jurídicamente vinculantes. Entonces, sea cual sea la propuesta moral a la que el órgano en cuestión haya recurrido para dotar de contenido a su decisión, ésta es en todo caso jurídicamente válida. Si esto es así, al final se ha llegado a la misma conclusión a la que llega el positivismo excluyente y, por tanto, todo el camino emprendido por el incorporacionismo habría sido un esfuerzo baldío¹¹. Como se verá más adelante, no es ésta la única tesitura de este tipo a la que debe enfrentarse la propuesta incorporacionista.

¹⁰ Entre otros, Aldo Schiavello se muestra muy crítico con esta posible conclusión, la cual –en su opinión– facilita mucho el trabajo de los que se oponen al positivismo jurídico. Véase *Il positivismo giuridico dopo Herbert, L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 160-161.

¹¹ Consúltense los términos de este dilema en BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en Navarro, P. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia*

3. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y VALIDEZ JURÍDICA

Se terminó el punto anterior afirmando que la validez de las normas jurídicas viene determinada exclusivamente por su origen o *pedigree*, es decir, por haber sido creadas por un sujeto del que se predica su competencia para producirlas, de acuerdo con un procedimiento que –generalmente pero no siempre– suele terminar con su publicación en un instrumento habilitado a tal efecto. A este instrumento es al que los juristas acuden para conocer el Derecho. En efecto, su origen es lo que determina la validez de las normas jurídicas, y no su contenido, por más que pueda gustar o desagradar aquello que se contempla en sus términos.

En este momento, el del conocimiento o identificación del Derecho, el pretendido criterio material no tiene nada que decir. El contenido de las normas, así como la valoración que del mismo pudiera hacerse, resulta un dato irrelevante para considerarlas como jurídicamente válidas. En consecuencia, la identificación del Derecho es una labor que se realiza sin que se recurra a ningún tipo de evaluación o valoración moral relacionada con los términos presentes en dicho Derecho¹². Es, en este sentido, una cuestión meramente fáctica y en ningún caso afectada por la moral¹³.

Se puede afirmar, por tanto, que la existencia e identificación de las normas es un dato objetivo, dado que resulta independiente de la valoración que pueda hacerse sobre su contenido. Podría sostenerse entonces, sin caer en incoherencia alguna, que un juez se ha «equivocado» en su decisión, pero que ésta es jurídicamente válida. La sentencia resultante existe, vincula y se aplica aunque se considere que sus términos no se han ajustado a lo establecido en una norma de rango superior, como lo es por ejemplo una ley. Es ésta la premisa común bajo la que actúan los juristas y cualquier reconstrucción teórica de la misma debe, si pretende ser fiel a la realidad, reconocer este hecho y ajustarse al mismo.

del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 74-76.

¹² Se trata de lo que Christian Dahlman denomina el reconocimiento de las normas jurídicas en un sentido epistémico. Es en este sentido en el que ha de entenderse la tesis positivista excluyente de las fuentes sociales del Derecho: toda norma proviene de un hecho más o menos complejo, de manera que su existencia puede describirse sin recurso a la moral. Véase «Adjudicative and Epistemic Recognition», *Analisi e diritto*, 2004, pp. 237-239.

¹³ Incluso de la propia argumentación de Victoria Iturralde se desprende que, al final, la identificación de lo jurídico es algo que depende de razones exclusivamente formales. Si es el órgano competente el que decide si una norma –o, en sus palabras, un enunciado jurídico– «es» o no válida, lo determinante por tanto es que se produzca esa decisión según los cauces establecidos al efecto. Es esa decisión, y no la argumentación contenida en la misma, lo que hace que tal norma sea válida y vinculante. Efectivamente, tal declaración puede ser susceptible de crítica, en función de su mayor o menor justificación, de su escasa o prolija argumentación, o de otros factores que puedan entrar en juego. Nadie duda de la importancia de tales tareas, pero, si quiere evitarse que se produzcan confusiones, han de ser separadas de la labor de identificación de lo jurídico.

Una posición diferente –como es la que sostiene el positivismo incluyente– se encuentra en dificultades a la hora de ofrecer una explicación a situaciones como la que acaba de advertirse. Situaciones en las que la existencia de la norma es un dato perfectamente constatable por cualquiera, del mismo modo que también lo es una opinión mayoritaria que denuncia la incoherencia de lo dispuesto en esta norma con respecto a lo establecido en una norma de rango superior. Conviene advertir, desde el principio, que esta contradicción puede suceder no sólo respecto a un principio moral establecido en una norma superior, sino también en lo que a cuestiones de otra índole se refiere. Es más, bien podría suceder que un juez vulnerase un requisito de competencia y que, aún así, la sentencia fuera jurídicamente válida. Pero, el hecho de que el problema se repita con respecto a los requisitos formales o de *pedigree* no es una razón que permita la falta de respeto al mismo cuando éste se produce en lo que al hipotético respeto a la moral se refiere. No en vano la presunta incorporación de los principios y valores morales al Derecho aumenta sobremanera un problema que puede existir, sí, en sede formal ¹⁴.

Una forma de explicación a la que suelen recurrir los incorporacionistas consiste en traer a colación la ya clásica distinción entre validez y aplicabilidad de las normas jurídicas ¹⁵. Se dice así que la validez de una norma requiere el respeto de los requisitos formales y materiales, mientras que es tan sólo el cumplimiento de los requisitos de forma o *pedigree* lo que determina su existencia. Y es ésta la que a su vez determina la aplicabilidad o producción de efectos jurídicos de la norma. Bien, parece que esta distinción adolece de dos problemas. El primero de ellos tiene que ver con el concepto de validez al que remite; un concepto que va más allá de la mera aplicabilidad –e incluso del de la pertenencia de la norma al sistema– y que conduce a entender aquélla como una característica de las normas que no afecta para nada a su consideración como jurídicas. Es, pues, una forma de entender la validez que en la práctica aleja este concepto de todo lo que tiene que ver con la identificación del Derecho.

El segundo de los problemas guarda relación con el sentido que quiera darse a las distinciones y clasificaciones que aparecen en el estudio del Derecho y en el lenguaje de los juristas. Y con su utilidad, algo que no parece que en este caso se cumpla. Planteada en los términos ya señalados, esta distinción entre validez y aplicabilidad carece de relevancia a efectos prácticos, dado que –válida o no– la norma

¹⁴ El expuesto en el texto es, en opinión de Bruno Celano, un problema irresoluble desde el punto de vista teórico: el de la antítesis que se genera entre el carácter definitivo de una decisión, por un lado, y su corrección, por otro. Véase «Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», *Analisi e diritto*, 2004, p. 55.

¹⁵ Véanse los términos de la distinción entre ambos conceptos en GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 282-285.

adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Entonces, confunde más que ayuda a sus posibles destinatarios decirles que pueden existir normas inválidas pero que actúan como si fuesen normas válidas. No parece que sea ésta una buena pedagogía de lo jurídico.

Quizá sí tenga sentido la distinción conceptual cuando se trata de explicar diferencias reales. Por ejemplo, para explicar la aplicación de una norma derogada, o para entender mejor situaciones en las que, por ejemplo, un juez español tiene que aplicar una norma de Derecho italiano; situaciones en las que, en definitiva, se recurre a una norma que en el momento de su aplicación no pertenece al Derecho. En estos casos la distinción conceptual sí cuenta con una base empírica que la hace adecuada a los efectos de comprender mejor la realidad, pero parece inadecuada cuando no recoge diferencia alguna. Es más, en estos casos la distinción también tiene sentido porque refleja una forma clara y decidida de entender la validez. Se definiría ésta como la pertenencia de las normas, y no como su mera aplicabilidad. De esta forma se explicarían aquellos casos en los que se aplican normas no pertenecientes al sistema, bien porque se han derogado bien porque no han sido creadas por los cauces establecidos por el propio sistema, como es el supuesto de la aplicación de normas de Derecho extranjero. Pero, no se explica claramente por los incorporacionistas cuál es el concepto de validez que proponen, y los efectos jurídicos con los que se acompaña, salvo esa genérica vinculación entre validez y respeto a los contenidos de las normas jerárquicamente superiores¹⁶. En definitiva, parece más bien que esta distinción entre validez y existencia se utiliza por los incorporacionistas únicamente para «salvar» a una teoría que no reconstruye adecuadamente el fenómeno de la identificación del Derecho¹⁷.

4. APLICACIÓN DEL DERECHO Y VALIDEZ JURÍDICA

Merece la pena distinguir entre la identificación del Derecho –labor para la que no se requiere recurso alguno a la moral– y su apli-

¹⁶ Esta misma crítica puede aplicarse a la diferencia propuesta por la profesora Iturralde entre validez y presunción de validez. Y ello porque tal distinción sigue sin dejar manifestar con toda su extensión cuáles son el significado y los efectos de ese concepto de validez que se postula.

¹⁷ Otro ejemplo similar de este tipo de confusiones aparece en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español, la STC 47/2005, de 3 de marzo, relativa a una ley autonómica valenciana en virtud de la cual se segregan centros y enseñanzas de una universidad para readscribirlos a otra. En esta sentencia el Tribunal, si bien declara la constitucionalidad de la medida, considera que en el proceso de toma de decisión de la misma no se ha cumplido lo que sería el «óptimo constitucional»; consistente, en este caso, en escuchar la posición del Consejo Social de la universidad afectada. Sin entrar en el fondo del asunto, creo que los recurrentes tienen motivos suficientes para sentirse algo más que perplejos.

cación por parte de los órganos competentes para ello. Éste es el punto donde la propuesta incorporacionista podría encontrar mayores visos de tener éxito. No en vano es innegable la presencia de principios y valores morales en textos jurídicos y, últimamente, en textos constitucionales, los cuales «irradian» –así suele decirse– su contenido por todo el sistema jurídico. De acuerdo con ello, desde el positivismo incluyente se sostiene que, a la hora de determinar el contenido del Derecho, tanto los legisladores como los jueces deben recurrir a la moral¹⁸. Es ésta, por tanto, una labor imprescindible para aplicar las disposiciones jurídicas de rango superior por parte del órgano competente para ello. Y, dado que los conceptos morales figuran en los textos jurídicos, su contenido debe ser utilizado por el órgano en cuestión a la hora de adoptar su decisión. Tal decisión no es entonces discrecional, sino que es un acto de aplicación de Derecho; y un acto, además, acerca del cual se puede predicar su corrección o incorrección¹⁹.

Conviene advertir, de entrada, que no hay nada en la propuesta del positivismo excluyente que impida aceptar esta realidad. No son infrecuentes las situaciones en las que el propio Derecho, a través de una de sus normas, requiere que una situación se resuelva de acuerdo con la moral, ni tampoco son pocas las referencias a la moral que aparecen en los modernos textos constitucionales. Tampoco cree el positivismo excluyente que las decisiones jurídicas afectadas por estas llamadas a la moral sean siempre y en todo caso decisiones discrecionales, donde no haya ningún elemento que permita calificar la actuación del operador jurídico como correcta o incorrecta²⁰. La diferencia radica en cómo entender esas apelaciones a la moral, así como en las consecuencias que supone asumir una u otra posición.

Como su propio nombre indica, el incorporacionismo postula que los contenidos de esa moral a la que debe acudir para aplicar el Derecho pasen a formar parte del Derecho. Esto no es una mera cuestión de calificativos, dado que sólo entendiendo así la incorporación cobra sentido la afirmación de que la labor del juez no es discrecional al recurrir a esa moral. Lo sería si pudiera o tuviera que decidir conforme a estándares normativos no jurídicos. Pero no lo será si, como postula esta teoría, el contenido de la moral forma parte del Derecho

¹⁸ Es, en los términos de Dahlman, el reconocimiento de las normas en un sentido adjudicativo, a distinguir del sentido epistémico ya analizado. En su opinión, las normas de adjudicación –que son las que el juez debe seguir a la hora de aplicar el Derecho– pueden requerir que se acuda a la moral para determinarlo. Además, es esta diferencia entre los sentidos epistémico y adjudicativo del reconocimiento la que disuelve, según sus palabras, la polémica entre positivismo jurídico incluyente y excluyente. Véase *Adjudicative and Epistemic Recognition*, *op. cit.*, p. 239.

¹⁹ Compruébese esta posición en MORESO, J. J., «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XXXV, núm. 1, junio de 2005, pp. 234-235.

²⁰ Esta precisión puede encontrarse en REDONDO, M. C., «Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XXXV, núm. 1, junio de 2005, p. 247.

preexistente, es decir, del material jurídico al que el juez debe recurrir para que su decisión se considere correcta desde el punto de vista jurídico. En este caso no existe discrecionalidad, es decir, no hay una creación libre de Derecho por parte del juez, sino tan sólo la mera aplicación de un Derecho que preexiste a la toma de decisión.

Los incorporacionistas predicán la objetividad del Derecho, entendida en el sentido de que resulta posible conocer de una forma objetiva el contenido del mismo, incluidos por supuesto los derechos y deberes que éste atribuye a las partes en juego. Y ello es así –continúan afirmando– aun cuando en el interior de los enunciados jurídicos estén presentes conceptos morales, es decir, aunque las normas jurídicas reenvíen a la moral para determinar su significado²¹. Esto hace que el positivismo incluyente vincule su destino con la teoría conocida como objetivismo moral, según la cual resulta posible conocer el significado correcto de los términos morales al margen de la opinión y creencias de los sujetos. No puede ser de otra forma, dado que las restantes opciones le conducirían a un resultado distinto al deseado.

Es obvio que, cuando se hacen referencias a principios morales, éstas no han de ser entendidas como llamadas a que el juez las aplique y desarrolle de acuerdo con su visión de la moral. Aparte de los problemas de incertidumbre que tal opción podría generar, lo cierto es que no es ésta la vía seguida por los incorporacionistas. Y ello porque, de considerarse así, estas referencias a principios o valores morales no serían otra cosa que apelaciones a la discrecionalidad del juzgador, que resolvería cada caso en función de su opción moral. Sería ésta una conclusión no querida por los positivistas incluyentes, ya que conduciría finalmente a la idea de que cada reconstrucción de la moral realizada por el juez pasaría a formar parte del Derecho. No es éste el sentido con el que los positivistas incluyentes pretenden incorporar la moral al Derecho.

Tampoco parece que depare un mejor resultado para los objetivos del positivismo incluyente entender que las referencias a la moral lo son a la moral social. Sería así si se admitiera que estos principios y valores morales han de ser incorporados de acuerdo con las prácticas y convenciones seguidas dentro del grupo afectado por la norma en cuestión. Y que, por tanto, lo que se incorpora al Derecho no es lo que debería entenderse de acuerdo con una hipotética moral objetiva y correcta, sino lo que los sujetos consideraran así a través de sus actuaciones, prácticas y convenciones. No sería, pues, una pena o un trato inhumano y degradante lo que resultara de una hipotética concepción objetiva y racional acerca de lo que sea inhumano y degradante, sino

²¹ Señala Susanna Pozzolo que uno de los principales problemas de la propuesta incorporacionista es el desconocimiento de la polisemia del término «moral», dado que en ocasiones no queda claro si se refiere a la moral individual, a la social o positivizada, o a la universal u objetiva. Véase, de esta autora, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 153-154.

lo que las prácticas de los sujetos señalaran como tal. Baste ahora con advertir que, de adoptarse esta posición, el positivismo incluyente se encontraría con un resultado al que precisamente no querría llegar. En efecto, si la determinación de la moral que se incorpora al Derecho es una cuestión de actuaciones, prácticas y convenciones, entonces las normas jurídicas afectadas por esa moral social o convencional se determinan por y mediante hechos. Esto es, precisamente, lo que sostiene el positivismo jurídico excluyente.

En definitiva, la única opción que parece más ajustada a sus propósitos es la de asumir que, cuando en el Derecho aparecen conceptos morales, lo que se incorpora y forma parte del mismo es el contenido objetivo de tales principios. Es lo que se conoce con el nombre de moral ideal, correcta o racional²². Y en efecto ésta es la opción seguida, a pesar de ciertas reticencias iniciales, por la gran parte de los incorporacionistas²³. Solo así –añaden– puede predicarse tanto la objetividad del Derecho como la posibilidad de afirmar que existen decisiones legislativas o judiciales erróneas. No obstante, conviene analizar con detenimiento las premisas de esta conclusión.

En primer término, resta siempre abierta la cuestión sobre la plausibilidad o no del objetivismo moral, dado que si éste se revela como una teoría incorrecta, entonces el positivismo incluyente correría la misma suerte. Ante este riesgo, una estrategia adoptada ha sido la de rebajar el listón del objetivismo y admitir que éste pueda ser compatible con la discrepancia y el desacuerdo en materia moral; e incluso con la respuesta moral ante alguna cuestión discutida sea simplemente la de no adoptar ninguna opción, de manera que la decisión quede abierta a la voluntad del sujeto²⁴. Entonces, del mismo modo que el Derecho sería objetivo en parte de su ámbito, dentro del cual las decisiones adoptadas no serían discrecionales, quedaría todo otro ámbito en el que puede que no exista esa objetividad, esa posibilidad cierta de ofrecer respuestas jurídicas en términos de verdad y falsedad. En este ámbito, las decisiones del legislador o del juez que dice «aplicar» un principio moral no estarían guiadas por Derecho alguno; o, también, cabrían varias soluciones jurídicas igualmente correctas, dado que varias serían asimismo las formas de entender y desarrollar

²² Aun cuando no sea objeto de estas páginas, conviene traer a colación la advertencia de Hart sobre la vinculación de la teoría del Derecho con la teoría moral. En su opinión, el positivismo jurídico, en cuanto teoría del Derecho, debía permanecer al margen de la disputa sobre el estatuto de los principios morales y de los juicios de valor relacionados con ellos. Véase el «Postscript» a la segunda edición de *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 253-254.

²³ Es, según Pozzolo, la única opción que les permite seguir sosteniendo la especificidad de sus tesis. En caso de no adherirse al objetivismo moral, convertirían el uso de estándares políticos y morales por parte de los jueces en un mero ejercicio de discrecionalidad. Véase *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, pp. 158-159.

²⁴ Véase este intento en MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 200.

el principio moral en cuestión²⁵. Será tras la adopción de la respuesta por parte del operador jurídico competente cuando se habría fijado el Derecho objetivo, pero no antes²⁶.

Además, hay razones para afirmar que este ámbito de actuación discrecional es mayor del que en un principio podría pensarse. Y, en cualquier caso, supera la «marginalidad» por lo menos en dos sentidos²⁷. El primero, en el cuantitativo: la posibilidad de que se produzcan nuevas situaciones a dirimir por los jueces, ante las que el Derecho existente no ofrezca solución alguna, es algo que no puede cerrarse de antemano ni restringirse a un ámbito residual. Tampoco conviene olvidar que una cosa es lo que los jueces dicen hacer –aplicar el Derecho– y otra bien diferente lo que realmente hacen, es decir, crear nuevo Derecho a partir de enunciados normativos tan genéricos que permiten cualquier tipo de interpretación. En esos casos se actúa discrecionalmente; aplicando, sí, la moral pero no el Derecho, porque no hay Derecho preexistente sobre el que basar la cuestión²⁸.

El segundo sentido en el que conviene reubicar este tipo de situaciones es en el cualitativo. En efecto, puede que estas decisiones discrecionales se produzcan en mayor medida a la hora de desarrollar preceptos constitucionales bien por parte del legislador bien por lo que a la labor del juez constitucional se refiere. Es decir, en el punto central de la toma de decisiones políticas de una sociedad democrática. A ello ha de sumarse la que –según se alega frecuentemente– resulta ser una característica de los modernos textos constitucionales: su flexibilidad para adaptarse a desarrollos políticos y legislativos de diverso signo, según sea en cada momento la opción mayoritaria de las y los ciudadanos. Bien, si todo esto es así, nada impide que puedan considerarse tales decisiones como discrecionales, en el sentido de

²⁵ Serían supuestos en los que, a decir de Eugenio Bulygin, el intérprete no cuenta con un criterio objetivo que le guíe en su decisión, de manera que la toma por su cuenta, fijando así el contenido del Derecho. Este es uno de los sentidos –añade– en los que puede afirmarse que las decisiones judiciales contribuyen a la determinación y objetividad del Derecho. Véase «Objectivity of Law in the View of Legal Positivism», *Analisi e diritto*, 2004, pp. 225-226.

²⁶ Efectivamente coincido con Victoria Iturralde cuando afirma que la interpretación es una de las vías a través de las cuales las valoraciones penetran en el mundo jurídico. Pero, lo hacen en este momento, que es el de la fase de aplicación o determinación del Derecho y no en la de su identificación.

²⁷ El término es de Moreso, para quien la discrecionalidad se produce tan sólo en casos marginales. Véase «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *op. cit.*, p. 234.

²⁸ Por poner un ejemplo, creo que sólo así puede entenderse la decisión del Gobierno español relativa a la dispersión de los presos condenados por delitos de terrorismo. Se consideró que enviarlos a cárceles situadas casi a mil kilómetros de distancia de su lugar de residencia era una medida que no contrariaba el requisito constitucional de no imponer penas o tratos inhumanos o degradantes. Desde mi punto de vista, la constitucionalidad de la decisión sólo cabría entenderla en este sentido: una medida discrecional adoptada sobre la base de consideraciones de índole política y amparada en una indeterminación de los conceptos morales que podrían entrar en juego.

que el legislador opta por una de las muy distintas posibilidades a las que podría acogerse para desarrollar un principio o valor moral. Piénsese, por ejemplo, en temas como la constitucionalidad o no de matrimonios entre personas del mismo género, los supuestos de interrupción voluntaria de embarazos o la discutida cuestión de la paridad en las listas electorales. En estos casos –y otros tantos que podrían exponerse–, optar por una u otra solución es una decisión política, ante la que siempre podría traerse a colación una interpretación de un principio moral presente en un texto jurídico que lo justificara²⁹.

No obstante, discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad. Que el operador jurídico posea ese margen para la toma de decisiones no significa que puedan ser siempre adoptadas a su libre arbitrio, sin posibilidad alguna de control objetivo. Incluso, también allí donde los principios y valores morales estén presentes. Es en este momento en el que cobra importancia todo lo relacionado con la interpretación y la argumentación jurídica. Se necesita de esta labor, como es obvio, para diferenciar entre los casos que requieren el recurso a la discrecionalidad y los que no, por tener estos últimos una solución jurídica aplicable al caso. Y, después, para construir dicha solución conforme al material jurídico disponible. Material entre el que, por supuesto, se encuentran los enunciados lingüísticos, los precedentes, la interpretación que se ha dado a tales principios y valores morales en otras decisiones jurídicas y, asimismo, el consenso o acuerdo que exista en la comunidad acerca del significado de tales términos³⁰. Cabe, pues, el recurso a la moral, pero no a una hipotética moral objetiva y correcta, sino a la moral social y convencional, constatable empíricamente. Una vez más, se llega al plano de los hechos, en el que permanece inalterada la tesis positivista fuerte de las fuentes sociales del Derecho³¹.

Pero, si en la labor de desarrollo o concretización de un principio, no resulta posible acudir a ninguna de las instancias señaladas en el párrafo anterior, es decir, no hay hecho alguno al que recurrir, o si los hechos constatados a los que sí se puede acudir sirven para justificar soluciones contrapuestas, entonces lo que sucede propiamente es un acto de creación de nuevo Derecho por parte del órgano competente para ello. Una creación de Derecho que es, por un lado, el ejercicio de una acción discrecional y, por otro, el resultado del recurso a consi-

²⁹ Claro que, este tipo de supuestos, también podría alegarse que al final existe una conexión con un principio moral incorporado en un texto jurídico. Pero, no parece que sea esta «delgada» conexión en la que estén pensando los positivistas incluyentes, dado que se trataría de la moral «positivizada», ya presente en un texto y, por tanto, reconducible a una cuestión fáctica. Otra cosa bien distinta es, como señala Iturralde, la dificultad existente a la hora de determinar su contenido.

³⁰ Y también, parafraseando los términos de Victoria Iturralde, cabe recurrir a todos esos «lugares comunes» que se mancionan, más que se usan, para justificar un resultado determinado. Ahora bien, parece más adecuado señalar que en ese caso se está ante supuestos de creación de Derecho, y no de una mera aplicación del mismo.

³¹ Véase esta conclusión en ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 253-254.

deraciones morales, políticas o de cualquier otro tipo, pero no de carácter jurídico; por lo menos, hasta que se adopta la decisión. Y, llegados a este punto, resulta indiferente que se mantenga o no una concepción objetivista de la moral por parte del órgano en cuestión: se crea nuevo Derecho y se crea, no porque sea moralmente correcto, sino porque existe una decisión dotada de autoridad para ello³².

5. INCORPORACIONISMO Y CERTEZA DEL DERECHO

Hasta el momento lo que se ha pretendido en estas páginas es simplemente ofrecer una serie de puntos que conducen a rechazar la descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos realizada por parte del incorporacionismo. Resta ahora dedicar algunas líneas a la refutación del segundo gran argumento del positivismo incluyente: el que se sitúa en un plano normativo o prescriptivo. Consiste éste en afirmar que, a pesar de los problemas de certeza que pudieran generarse con un sistema jurídico plagado de conceptos morales –problemas que podrían repercutir negativamente en el principio de autonomía de la persona–, siempre será preferible a otro en donde estos conceptos y llamadas a la moral no aparezcan. Es más, puestos a elegir, garantiza mejor el principio moral de la autonomía personal un Derecho que también reserve un lugar a la argumentación moral –aun cuando, se insiste, ello suponga un cierto sacrificio para la certeza–, que no otro en el que el ideal de la certeza se convierta en una especie de absoluta obsesión por la misma³³.

Este argumento de carácter prescriptivo pretende ofrecer una respuesta a un argumento opuesto, que frecuentemente se arguye por quienes insisten en considerar que el Derecho no debe ser identificado a través del recurso a la argumentación moral³⁴. Este argumento se basa también en el principio de autonomía personal, al que se asocia con la certeza del Derecho, el *rule of law* y la existencia de normas generales, claras y perfectamente cognoscibles por sus destinatarios,

³² Lo cual tampoco obsta a que se ofrezcan argumentos en favor de que esa decisión sea jurídicamente incorrecta, bien porque se considere que no había espacio para esa creación de Derecho, bien porque se arguya en favor de la existencia de material jurídico al que recurrir para resolver la cuestión. Ahora bien, en tanto no se produzca una declaración autoritativa rectificadora de tal decisión, ésta es jurídicamente válida y como tal tiene que ser identificada.

³³ Véase el desarrollo completo de esta argumentación incorporacionista en MORESO, J. J., «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *op. cit.*, pp. 235-243.

³⁴ Últimamente han sostenido este argumento, entre otros, autores como Tom Campbell y Liborio Hierro. Véanse, respectivamente, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996, pp. 69-85; y «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, vol. 25, 2002, pp. 298-299. Véase una argumentación similar –presentada bajo el lema «menos neoconstitucionalismo y más neocodificación»– en LAPORTA, F. J., «La reinención de la ley», en Pozzolo, S. (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 13-28.

de manera que puedan prever las consecuencias de sus conductas con anterioridad a la realización de las mismas. Sería ésta la gran aportación del Derecho moderno y algo que, de adoptarse esta propuesta incorporacionista, sufriría un enorme menoscabo³⁵.

Elegir entre una u otra argumentación no es algo que pueda plantearse en términos absolutos. Ambas posiciones tendrían argumentos para justificar la opción por cada una de ellas. Y, sin duda, la elección por una de ellas no puede dejar de reconocer las aportaciones que desde la otra podrían hacerse. Quizá la elección no deba plantearse en términos absolutos. No obstante, pueden ofrecerse algunos argumentos que conducirían a rechazar las virtudes de esa pretensión prescriptiva o normativa característica del positivismo incluyente. A ello se dedicarán estas últimas líneas.

En primer lugar, la propuesta incorporacionista siembra el camino para que se produzcan intentos de manipulación moral por parte de las autoridades competentes para aplicar y desarrollar estos principios y valores constitucionalizados. Bajo esta expresión se pretende hacer referencia a los intentos de legitimar una decisión jurídica sobre la base del pretendido respeto a un valor moral³⁶. Esto parece especialmente grave cuando se trata del juez constitucional, dado que con su actuación puede enmendar la plana al legislador, que en las democracias modernas –por lo menos formalmente– es el representante de la voluntad general. Dos son los problemas que podrían producirse de asumirse la propuesta incorporacionista: el primero, que el tribunal constitucional podría arropar con el manto de la moral objetiva una decisión adoptada sobre la base de la creencia moral de sus miembros. No cabe duda que la moral goza de una suerte de *vis atractiva* y que una apelación a sus términos permite justificar la decisión adoptada con mayor facilidad que si se apelara, por ejemplo, a cuestiones políticas o de oportunidad³⁷. El segundo, que a través de esta opción se terminaría por conceder al juez constitucional un poder que bien podría calificarse de insoportable, en el sentido de que siempre podría justificar sus decisiones bajo el atributo de la objetividad e imponerlas frente a las del legislador³⁸.

³⁵ Señala Paolo Comanducci que la falta de certeza es una peligrosa consecuencia de la ideología «neoconstitucionalista», debido –entre otros factores– a la insistencia en realizar una interpretación moral de la Constitución. Los parecidos con el incorporacionismo son más que notables. Véase «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 91.

³⁶ Conviene advertir que ya Hart había rechazado expresamente la existencia de «legisladores morales». Compruébese en *El concepto de derecho* (1961), 1.ª ed., trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 217-218.

³⁷ Esta posibilidad recuerda a lo que tradicionalmente se llamó el «positivismo ideológico», descrito como aquella teoría según la cual la juridicidad de una norma determina directamente su moralidad.

³⁸ Este problema fue expuesto hace ya tiempo por Hans Kelsen, lo que le llevó a proponer la ausencia en los textos constitucionales de este tipo de cláusulas de apertura a la moral. Véase «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia consti-

Tampoco cabe desconocer, en segundo término, que la línea de separación entre creación de Derecho y aplicación del mismo se difumina enormemente si se sostiene la pretensión teórica de que la moral objetiva determine el Derecho. Y ello porque, dado el tenor de los principios y valores morales que se incorporan en los modernos sistemas jurídicos, prácticamente todas las decisiones jurídicas adoptadas podrían caer –sin necesidad de forzar demasiado la interpretación de sus enunciados– bajo la esfera de alguno de esos principios. Entonces, no habría creación de Derecho, por lo menos en un sentido fuerte del término. Lo que habría, a lo sumo, sería una especie de labor de adecuación y de justificación de la decisión sobre la base del principio elegido. Pero siempre estaríamos hablando de la aplicación de un principio moral positivizado, es decir, de un Derecho que preexiste a la decisión.

Frente a esto, puede alegarse la necesidad de mantener y exponer con claridad algunas diferencias. El Derecho es, además de un conjunto de enunciados que aparecen en textos jurídicos a los que se reconoce la capacidad de crear normas vinculantes, una institución política que requiere de la confianza de los sujetos afectados por ella³⁹. Y una buena forma de fomentarla y mantenerla es a través de la claridad, marcando con nitidez los límites del mismo y, por supuesto, las diferencias entre sus normas y las de la moral. Del mismo modo que nunca afirmaríamos que el Derecho italiano forma parte del Derecho español, aunque a veces sus disposiciones sean aplicadas por un juez español, tampoco sería correcto afirmar que la moral forma parte del Derecho, por mucho que a veces se tenga que recurrir a ella para resolver un conflicto. Parece más adecuado, a los efectos de alcanzar esa imprescindible confianza de los ciudadanos, afirmar que el Derecho tiene límites, que en ocasiones dichos límites han de ser traspasados y que, en esos casos, el propio Derecho permite un reenvío a la moral, es decir, una actuación discrecional por parte del órgano competente. Se evitarán así posibles confusiones y manipulaciones.

Finalmente, la opción por la certeza o por la argumentación moral es una opción que no puede resolverse de antemano y de una forma abstracta. Habrá que atender a los contenidos concretos del sistema jurídico del que se esté hablando y, sobre todo, a la realidad institucional que lo rodea. Es, pues, una cuestión que en el último extremo depende de elementos característicos de eso que llamamos política. Quizá sea preferible un sistema abierto a consideraciones morales por parte de los jueces si se cuenta con un poder judicial proclive a desarrollar esos principios y valores de acuerdo con la concepción que

tucional)» (1928), trad. J. Ruiz Manero, en KELSEN, H., *Estudios sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 141-143.

³⁹ El argumento que se expone a continuación puede encontrarse diseñado con carácter genérico en RAZ, J., «Incorporation by Law», *Legal Theory*, vol. 10, 2004, pp. 14-17.

tenga el sujeto que se plantea la cuestión. Pero si no es así, si el desarrollo que presumiblemente harán los jueces de esos principios no se corresponde con lo que el sujeto consideraría correcto, entonces lo preferible es la aplicación del Derecho de la forma más ajustada posible. En suma, plantear con claridad los presupuestos de los términos de esta opción es, desde mi punto de vista, otro argumento más en favor del llamado positivismo excluyente.

IV

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

**AA.VV., *Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923)*,
Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin, Berlín, 2004.**

La presente obra tiene como origen un ciclo de conferencias impartidas, el 24 de mayo de 2004, en la sede berlinesa de la fundación Friedrich Ebert. En ella participaron prestigiosas personalidades del ámbito jurídico; bajo la dirección del profesor emérito Hans-Peter Schneider.

En primer lugar, la ministra de Justicia, Brigitte Zypries, se centra en la figura de Radbruch como político del derecho. Cuando uno dedica sus esfuerzos a la política, y más si desempeña la labor de profesor universitario, no es fácil casar ciencia y política. Dos ámbitos que la experiencia demuestra pocas veces conciliables.

En los movidos años de la postguerra, fundamentalmente durante el golpe de Estado de Wolfgang Kapp, adquirió gran prestigio como árbitro entre los golpistas y los trabajadores de la clase obrera. Ya en el verano de 1920, convertido en diputado del Reichstag, en el grupo parlamentario del SPD, su actividad política se hace más patente. El párrafo sobre la «asistencia jurídica», del programa de Görlitz, del SPD de 1921, sale de su pluma. Éste muestra los valores de una «concepción social del derecho» y de un «derecho de la comunidad social».

Estos años aparecen marcados por acontecimientos que afectaban a toda la República y que muestran el grado de peligro que acontecía en aquella época; sin ir más lejos el asesinato del ministro de Asuntos Exteriores Walther Rathenau, en junio de 1922, por motivos políticos. La situación política a comienzos de los años veinte era extremadamente difícil. El gabinete del político de centro, Wirth, en el cual Radbruch fue ministro; era ya el tercer gobierno en las elecciones al Reichstag de 6 de junio de 1920. Los asesinatos políticos estaban casi a la orden del día. El diputado y anteriormente ministro del imperio, Matthias Erzberger, sería asesinado en agosto de 1922. En junio, de ese mismo año, la extrema derecha comete un asesinato frente a Philipp Scheidemann.

Los aspectos sociales juegan en Radbruch un papel importante. La reforma del Derecho penal era el núcleo político-jurídico de los esfuerzos de Radbruch. En este ámbito, destaca su proyecto de 1922 que no llegaría a convertirse en ley a causa de la dimisión, semanas antes, del gabinete.

Aboga por un derecho penal de protección y de educación y no un derecho penal de represalia. El derecho nunca fue para él un fin en sí mismo. La

justicia, en este sentido, se mide en base al principio de igualdad. De ahí que uno de sus hechos más destacables es el establecimiento del acceso de las mujeres a la judicatura, ya que no ve ningún motivo para tratar a hombres y mujeres de forma desigual.

Seguidamente Günter Spendel diserta sobre «*El camino político de Gustav Radbruch*», el cual se doctoró con Radbruch en 1947; dos años antes de su muerte. Se presenta como uno de los mejores conocedores de su pensamiento, no en vano realiza la refundición de cuatro tomos de sus Obras Completas.

El socialismo era para Radbruch no sólo una nueva Constitución económica «*Wirtschaftsverfassung*», sino sobre todo una nueva «*Geistesverfassung*».

Dieciséis meses después de su etapa de diputado, concretamente el 26 de octubre de 1921, es nombrado ministro de Justicia en el segundo gabinete del político de centro Joseph Wirth. Como balance de esta etapa cabe destacarse que no era un político por naturaleza, pero sí un erudito de la política. La conocida frase de la «política estropea el carácter» puede sustituirse por la «política pone a prueba el carácter». Esta prueba la superó Radbruch con su conducta y sus acciones en la vida política de su tiempo.

El presidente del Landgericht de Lübeck, Hans-Ernst Böttcher, reflexiona en torno a «*Gustav Radbruch y la justicia de Weimar*». Radbruch tenía motivos para criticar que, evidentemente, el espíritu de la justicia no era el espíritu de la República. Siempre presentó un espíritu crítico y combativo, pero con una oratoria maravillosa y una gran elegancia en los argumentos. Tanto en las reuniones políticas como frente a los estudiantes.

Fue ministro de justicia de octubre de 1921 a noviembre de 1922 y de agosto a noviembre de 1923. De aquella época datan, entre otras, la reforma de derecho penal, la ley de régimen penitenciario y la reforma de derecho matrimonial. Todo esto en el tiempo de grandes coaliciones, efectivas y auténticas, en la República Federal alemana.

Un tema estaba de manera especial en el corazón de Radbruch: la formación de los juristas. No hay más que recordar aquel artículo, del tomo 13 de las Obras completas, titulado «*Ihr jungen Juristen*» (1919).

Por otra parte, cabe señalarse la puesta en marcha de la edición de la revista «*Die Justiz*», por parte de la Asociación de jueces. Es precisamente en esta revista en la que Radbruch realizaba muchas de sus declaraciones críticas a la justicia. En casi todos los años de la revista, aparecidos hasta marzo de 1933, se encuentran sus contribuciones; siempre totalmente crítico a la vez que sutil.

Su temperamento, en absoluto, tendía hacia a la acritud, la disputa, la polémica, sino que más bien se mostraba benevolente. Orientado hacia el acuerdo y la comprensión.

Ulfrid Neumann, penalista y filósofo del Derecho, analiza la reforma jurídico-penal de Radbruch. En este estudio se levanta acta de las reivindicaciones que hizo Radbruch en su proyecto de Código penal de 1922; muchas de ellas se harían realidad legislativa cincuenta años después.

Se trataba de la defensa de lo vigente frente al espíritu destructivo, de un nuevo pensamiento del derecho penal, que llevaba a la práctica la parábola jurídico-penal: «tú eres nada, tu pueblo es todo». Es destacable como Radbruch en su trabajo sobre «*La situación histórico-intelectual de la reforma del Derecho penal*» con motivo de un congreso celebrado en la Asociación de juristas republicanos (1932), en Frankfurt, entra en polémica con Helmuth

Nicolai, Graf Gleispach y otros protagonistas del pensamiento jurídico-penal nacionalsocialista.

En general, el modelo fundamental de su concepto político y jurídico-penal permanece, en gran medida, constante.

Radbruch hace una diferenciación entre la concepción liberal y social del Estado y de la pena. Estas diferencias se acompañan de la distinción entre la concepción abstracta del Derecho del liberalismo y de la perspectiva concreta del conocimiento jurídico-social. Tanto el liberalismo como el socialismo están contemplados, éticamente, como un individualismo.

Asimismo, insiste en la tradición de Feuerbach en su clara separación entre derecho y moral en la legislación penal. En la supresión de esta separación en la ideología jurídico-penal, surgida del nacionalsocialismo, ve una característica del carácter totalitario del movimiento nacionalsocialista.

Por último, Joachim Perels, catedrático de Ciencia política de la Universidad de Hannover y uno de los mejores conocedores del espectro democrático de la República de Weimar, lleva a cabo un estudio en torno a los retos del ministro de Justicia en los años de crisis de 1922 a 1923.

Cuando, el 26 de octubre de 1921, Radbruch accede al cargo de ministro de justicia en el gabinete del político de centro Wirth, ya pertenecía al partido socialdemócrata desde hacía tres años. Para su campo de actividades, más estrecho, Radbruch desarrolla una concepción socialista del crimen, ya que en una sociedad injusta puede llegar a ser el Código penal más justo; aunque sólo relativamente justo. Para él la carga principal del Código penal más justo recae siempre sobre los hombros de los que no tienen bienes.

Como ministro de Justicia, el primer socialdemócrata en este cargo en Alemania, quedan sus posiciones básicas liberales y socialistas que había formulado, de manera decisiva, en el programa de Görlitzer de 1921. Es un hecho constatable el rechazo claro a la pena de muerte, a la que llegó a denominar como la vergüenza de la civilización («Kulturschande»), lo que significaba una contradicción frente a la proclamación de la pena de muerte prevista en el decreto de la defensa de la República.

Un elemento esencial, anteriormente señalado, de superación jurídica y social resulta ser la ley sobre la admisión de las mujeres al cargo de juez; que, de acuerdo con el precepto de la igualdad de la Constitución de Weimar, termina con la desconexión de las mujeres con la justicia.

En resumidas cuentas, este congreso viene a recordar la figura de uno de los más grandes juristas de la primera mitad del siglo xx en Alemania, durante su etapa de ministro de Justicia. Un científico que enarboló la bandera de una socialdemocracia bien entendida; sirviendo, como modelo independiente de las modas, para las generaciones futuras. No obstante, se echa en falta la participación de Arthur Kaufmann debido a su fallecimiento; autor que representó muy bien los valores que Radbruch defendía.

José Antonio SANTOS ARNAIZ
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

AÑÓN ROIG, María José (ed.), AA.VV., *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Publicacions Universitat de València (PUV)-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 278 pp.

Como primera advertencia a los lectores de este libro, su propia editora, la profesora M. J. Añón, nos indica que su título podría dar lugar a confusión, ya que en su contenido se cuestiona la universalidad de los derechos sociales, debido a que las normas jurídicas que reconocen y desarrollan estos derechos los niegan o limitan para los extranjeros.

Esta situación contradice la evolución que han seguido los derechos humanos en general, como un proceso de progresiva expansión o inclusión en su titularidad; por el contrario, hoy en día se puede afirmar que se han convertido algunos de estos derechos en factores de exclusión para los no-nacionales de un Estado. De este modo, los inmigrantes pasan a ser personas sin derechos a través del Derecho y, por tanto, sin poder. Su presencia, como afirma G. Pisarello, pone en tela de juicio los confines formales y reales de nociones tradicionales como la de «titularidad» de los derechos o la de «ciudadanía».

En los diversos trabajos recopilados en este libro se plantean las conexiones e interrelaciones entre inmigrantes y derechos sociales, desde dos puntos de vista: sus presupuestos y sus posibles alternativas, desde el punto de vista de la legitimidad, de la justificación política y jurídica de las políticas de inmigración, en concreto en el Estado español. Su finalidad de poder llegar a establecer, al menos parcialmente, las bases para la integración social de los inmigrantes.

Varias ideas aparecen como nexo común entre todos los autores: en primer lugar, la idea de que unos criterios mínimos de legitimidad parten de los principios y reglas del Estado de Derecho y de la democracia y, por tanto, en la coherencia y adecuación entre el desarrollo legislativo e infralegislativo de los derechos y los principios constitucionales y con los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos. En segundo lugar, la de la crítica y alternativa en la interpretación de los derechos de los extranjeros en España. Esta interpretación tendría en cuenta, al menos, dos niveles de cuestiones:

1) Abandonar la idea de que el extranjero se opone ciudadano, y establecer que, en el caso español, extranjero es lo contrario de nacional. Por ello, se puede plantear la viabilidad de otros criterios distintos a la nacionalidad para alcanzar la ciudadanía como, por ejemplo señala R. Zapata, el empadronamiento o la residencia.

2) Podemos partir de las razones a través de las cuales se reconoce que los extranjeros son sujetos de derechos fundamentales, y desde ahí elaborar una interpretación constitucional que permita extender ese reconocimiento a derechos hasta ahora no contemplados desde esa perspectiva. Algunas de las ideas desarrolladas por J. de Lucas, G. Pisarello, J. García Añón y L. Prieto, van en esta dirección cuando afirman que, a pesar de una errática jurisprudencia en la materia, el Tribunal Constitucional ha consagrado algunos principios de los que se puede partir¹:

a) La tesis según la cual el reconocimiento literal de un derecho constitucional a los «españoles» o a los «ciudadanos» no es un obstáculo para que,

¹ En este sentido, véase especialmente el trabajo de PISARELLO, G., «Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalis-

desde una interpretación más amplia, sistemática y teleológica, se puedan atribuir también a los extranjeros.

b) La idea de que existen una serie de derechos que, «por su conexión inmediata con la dignidad humana», pertenecen tanto a nacionales como a extranjeros, sin distinción.

Una tercera idea común a los diversos trabajos de este libro es la de la posibilidad de justificar un estatuto para los derechos sociales como derechos fundamentales y derechos vinculados a la dignidad humana. El punto de partida es la constatación de que en el ordenamiento jurídico español la distribución de los derechos se realiza de forma desigual, dando una gran importancia para su reconocimiento al criterio de nacionalidad frente al criterio personal, uno de los últimos privilegios de *status* que aún hoy subsisten². Las últimas reformas normativas sobre extranjería en España aún han incidido más restrictivamente en el reconocimiento de la titularidad y ejercicio de los derechos, haciéndolos depender de la «residencia legal», que es una situación administrativa que depende en la gran mayoría de ocasiones del acceso a un trabajo que generalmente se encuentra bloqueado por cauces formales.

La institucionalización de esta nueva de exclusión social en nuestro orden jurídico tiene origen en la ley y el reglamento, e incluso hay quien encuentra para ello un apoyo constitucional, que nace de una interpretación que ve la exclusión de los extranjeros como un proceso natural derivado de la propia noción de derechos del ciudadano. En este apartado, cabe destacar el trabajo de J. de Lucas, que reconoce la existencia de una visión deformada sobre el fenómeno de la inmigración, causa y resultado, simultáneamente, de un proyecto de dominación que hace del inmigrante otro inferior, que «*coexiste con nosotros como un mal necesario y un problema transitorio a superar; a controlar o a dominar*»³. Ello se hace a través de un reconocimiento restringido y rebajado de derechos que genera desigualdad, dependencia y vulnerabilidad.

Este enfoque jurídico-político no toma en consideración la realidad de que los inmigrantes son depositarios de dos fuentes de injusticia y de discriminación: la del poder derivado de la soberanía estatal, que decide quiénes son iguales y quiénes diferentes; y la derivada de su situación socioeconómica, muchas veces vinculada a un trabajo ilegal, precario y sometidos a explotación.

J. de Lucas realiza unas aportaciones necesarias para el examen de los derechos sociales, ideas que luego son abordadas también por L. Prieto, G. Pisarello y C. Courtis. Atiende a las características y el sentido de los derechos sociales como básicos de los seres humanos; condiciones *sine qua non* para tener oportunidades vitales que permitan que las personas emigren como resultado de la libre elección y no de una necesidad desesperada. Los derechos sociales son la prueba de la inclusión social, son la palanca más importante para combatir la disminución de las posibilidades vitales, es

mo a una interpretación sistemática y evolutiva», en AA.VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 78-79.

² Cfr. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 55.

³ Cfr. DE LUCAS, J., «Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes», en AA.VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, cit.*, pp. 35-36.

decir, para situar a quien es su titular, al menos, en una posición que le abra otras, las acordes con el desarrollo libre y equitativo de todos los seres humanos a partir de las capacidades de cada uno de nosotros, y no de las barreras no elegidas, sino impuestas a buena parte de ellos. Cuando hay más posibilidades vitales el hecho de inmigrar no se convierte en una necesidad, en la única salida a una situación desesperada, sino en una libre elección, y lo cierto es que hoy no lo es. Pero una vez que el inmigrante ha accedido al país de destino, su margen de posibilidades vitales pasa de nuevo por el grado de reconocimiento y garantía efectiva de los derechos sociales. La realidad, en nuestro país, es que tampoco se produce semejante reconocimiento y garantía, al menos no en el estándar que sería exigible, que según J. de Lucas sería el de equiparación con los de los nacionales⁴. Además, cabe señalar que los derechos sociales proporcionan visibilidad y, en parte, poder, existencia, voz. Las normas constitucionales o recogen expresamente o presuponen una dimensión social de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, no abstracta o desnuda, sino con atributos y necesidades.

J. García Añón se aproxima también a la perspectiva de los derechos de los inmigrantes desde el prisma de la igualdad o la equiparación en derechos con los nacionales como instancia básica de inserción social. Analiza el concepto y las exigencias de la «ciudadanía inclusiva», así como los derechos que la legislación y la interpretación constitucional atribuyen a ciudadanos españoles y a extranjeros. Nos recuerda que, cuando el Tribunal Constitucional afirma que los extranjeros tienen derechos como personas, es decir, aquellos que son garantía de la dignidad humana, e incluye en este conjunto a unos pocos derechos de libertad, pero no cierra el catálogo, permite una ampliación progresiva del mismo a través de la vía del artículo 10.2 de la CE. Las posibilidades de proporcionar un carácter fundamental a los derechos sociales y políticos de los no nacionales vienen de la mano de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Por otra parte, aun cuando el artículo 14 CE establece el principio de igualdad formal respecto a los españoles, no se puede sostener que la igualdad no forme parte de la dignidad humana, más tarde se ha reconocido que el precepto no se refiere «sólo a los españoles» excluyendo a los no nacionales⁵.

En su aportación a este libro, J. de Lucas también desmonta los tópicos más al uso sobre los derechos sociales, básicamente los que niegan a estos derechos en su conjunto el carácter de derechos humanos fundamentales en igualdad con los derechos civiles, especialmente en el caso de su aplicación a los inmigrantes, agudizados en el contexto de la crisis del estado de bienestar, y propone su reconocimiento por vía del derecho de los tratados en materia de derechos humanos. La expansión de los derechos a partir de la Constitución no puede entenderse sino como ampliación hasta la equiparación por vía de criterios axiológicos constitucionales como la dignidad de la persona y formalmente por la vinculación a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España⁶.

⁴ *Ibidem*, pp. 28-29.

⁵ Cfr. GARCÍA AÑÓN, J., «Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes», en AA.VV., *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, cit., pp. 171-181.

⁶ Cfr. DE LUCAS, J., *Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes*, cit., pp. 29-30.

C. Curtis y V. Abramovitch desarrollan esta tesis, ofreciendo argumentos para extraer del derecho internacional de los Tratados de Derechos Humanos posibilidades y alternativas para hacer de los derechos sociales derechos fundamentales. Analizan las transformaciones de estos tratados, destacando el cambio de posición de los seres humanos como sujetos de derechos o su finalidad de proporcionar pautas y principios a los que debe ajustarse la normativa interna de los estados firmantes de un Pacto. Una de sus tesis más relevantes es la idea de que los derechos sociales no son sólo exigibles por reparación o sanción por su lesión, sino también por omisión; además, consideran que los Estados parte en un tratado no sólo están obligados por su texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de vigilancia establecidos por el propio tratado. A ello añaden que existen razones para justificar la afirmación que el Derecho internacional y el Derecho interno interactúan cada vez con mayor énfasis, y se auxilian mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos y ello ha propiciado la superación de la clásica y tajante separación entre derechos humanos y derechos fundamentales⁷. Aun cuando esto depende, ciertamente, de la posición jurídica que cada ordenamiento estatal reconoce a los tratados de derechos humanos, cuando la posición es jerárquicamente elevada o suprema, es posible justificar el paso a la siguiente tesis. En breve, la jurisdicción ordinaria estatal debe tener en cuenta, para la determinación del contenido de los derechos, la interpretación que proporciona el Comité de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hasta tal punto que el desconocimiento de esta labor puede generar la exigencia de responsabilidad internacional hacia el Estado en cuestión.

G. Pisarello parte en su trabajo de la constatación de una constitucionalización debilitada y contradictoria de los derechos sociales en España⁸. Este debilitamiento proviene, de un lado de un reconocimiento insuficiente o nulo de las garantías que acompañan a cada derecho y, de otro a la presencia de democracias con niveles mínimos de participación real, y erosionadas por situaciones de desigualdad social cada vez más acentuadas. En su trabajo realiza un diagnóstico exhaustivo de la evolución del constitucionalismo actual, y señala la necesidad de introducir garantías pertinentes que profundicen la democracia, y cuál puede ser el papel de la inmigración en ello. Considera que el constitucionalismo actual proporciona bases suficientes para sostener que los derechos sociales tienen estatuto de derecho fundamental, y que su continuidad con los derechos civiles es clara, de acuerdo con la tesis de que todos los derechos fundamentales en su contenido básico e indisponible pueden considerarse derechos de libertad. Es posible una interpretación evolutiva y sistemática de la Constitución que extienda a los derechos sociales el sistema de garantías previsto para los derechos civiles (desarrollo de garantías legislativas, administrativas, jurisdiccionales y de participación en relación con los derechos sociales).

⁷ Cfr. COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V., «Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales», en AA.VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos: el reto de la inmigración*, cit., pp. 98-99.

⁸ Cfr. PISARELLO, G., *Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva*, cit., especialmente véanse las pp. 45-50.

Otra vía de impulso de una progresiva constitucionalización se encuentra a través del artículo 10.2 de la CE y de las garantías reconocidas a los derechos humanos en Tratados y Pactos de Derechos. A estos efectos, entre las propuestas de G. Pisarello, destaca el deber de no regresividad o de irreversibilidad de intervenciones legislativas *in peius*, obligación de satisfacer directamente un derecho o de promocionarlo, la obligación de protección de personas y grupos vulnerables, el deber de publicidad e información de aquellos actos y omisiones de los que depende el disfrute efectivo de un derecho. Asimismo cabe destacar los presupuestos que indica para el desarrollo de garantías jurisdiccionales de los derechos, considerando que la restricción de los espacios de este tipo de garantías en materia de derechos sociales no redundará a favor de la democracia, sino que afecta básicamente a los grupos más débiles, aumenta su marginación y exclusión, haciendo del poder judicial un simple instrumento de amplificación de otros poderes existentes⁹.

Por su parte, J. García Añón ofrece en su trabajo un análisis detallado de las medidas antidiscriminatorias que pueden ser entendidas como garantías de los derechos de los inmigrantes, así como un examen de las modalidades de discriminación directa e indirecta en relación con el criterio de nacionalidad¹⁰.

También es necesario señalar que la efectividad del sistema de garantías de los derechos sociales no depende sólo de un marco de garantías normativas e institucionales, sino también de la existencia y promoción de sujetos y grupos que hagan valer los intereses y necesidades que los derechos protegen o persiguen a través de otros derechos como pueden ser los de manifestación, asociación o huelga, actualmente limitados en su ejercicio en la Ley Orgánica de extranjería para los extranjeros que se encuentren en situación regular. Mención especial merece, en este apartado el trabajo de L. Prieto, quien examina los derechos sociales como derechos prestacionales, y aborda una polémica cuestión: la de la libertad de configuración del legislador para permitir la articulación de posiciones subjetivas de carácter prestacional¹¹. Cuestión de enorme dificultad, pues, si de un lado, arranca no tanto de que estos derechos estén integrados por conceptos indeterminados, como de la determinación de quién es el sujeto competente para su definición (legislador, administración, juez ordinario, jurisdicción constitucional); de otro lado, cuenta con pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que reconoce más o menos abiertamente que los derechos sociales (al menos, algunos de ellos) tienen un núcleo o reducto indisponible para el legislador.

Para L. Prieto, si hay un contenido que identifica a los derechos sociales más que ningún otro, este es que se configuran como derechos de igualdad en su vertiente material o sustancial; esto es, «*como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada*», conectando así los derechos sociales con la igualdad y la libertad. Desde ahí analiza el principio de igual-

⁹ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰ Cfr. GARCÍA AÑÓN, J., *Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes*, cit., pp. 183-197.

¹¹ Cfr. PRIETO, L., «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en AA. VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos: el reto de la inmigración*. Véanse especialmente las pp. 118 a 120.

dad desde parámetros filosófico-jurídicos y constitucionales, y se adentra en las exigencias de igualdad sustantiva¹².

R. Zapata aborda el tema de la integración de los inmigrantes tomando en cuenta como unidad de análisis la relación entre los inmigrantes y las instituciones públicas, y, más concretamente, la relación entre inmigrantes y trabajo, educación, vivienda, seguridad o sanidad; esto es, la relación en los sectores públicos donde la gestión es responsabilidad política de los gobiernos¹³.

En su aportación, R. Zapata proporciona un concepto del proceso de integración social del que afirma que sólo puede ser entendido desde una concepción plural y como fenómeno complejo que tiene lugar en varios niveles, afecta a varias dimensiones institucionales y de actores sociales, que depende de la esfera pública donde se implementa y de las propiedades distintivas del inmigrante. El objetivo es que el inmigrante se sienta autónomo, que «*tenga un contexto de elección voluntaria similar a la de cualquier ciudadano*», dicho de otra forma, «*un inmigrante está integrado cuando no tenga necesidad de justificar los problemas (conflictos y tensiones) que tiene al relacionarse con las distintas esferas públicas por razones de su nacionalidad, cultura o posición jurídica, sino que son problemas justificables como los de cualquier ciudadano*». A partir de aquí muestra un elenco de dificultades y fracturas entre el diseño legislativo y los límites de actuación para las administraciones, el debate político y el social como fuentes de fracturas sociales profundas¹⁴.

Por otro lado, el autor estudia cuáles serían los temas o criterios básicos para crear un marco institucional para integrar a los inmigrantes. Plantea un total de once temas, donde analiza cuestiones tales como si la integración social queda garantizada con el acceso a bienes básicos como puede ser educación, vivienda, trabajo y que se sintetiza en la posibilidad de empadronamiento, o incluye también la coexistencia social, una vez está garantizado el acceso, entre otras razones porque los destinatarios de las políticas de integración no son sólo los extranjeros, sino que lo somos todos¹⁵.

Tal y como se señalaba con anterioridad, es evidente que los inmigrantes están sujetos a situaciones de injusticia y discriminación, básicamente debido a su situación socioeconómica, lo que hace de ellos un grupo especialmente precario y vulnerable. Entre las alternativas a los problemas generados por el aumento de la desigualdad social, se encuentran, básicamente dos tipos de respuestas: de un lado, las que proponen mantener la integración y la inserción social en el ámbito del trabajo, y por tanto transformando los rasgos del trabajo en nuestras sociedades, modificando también las políticas públicas vinculadas al trabajo y con una red última de seguridad proporcionada por los salarios mínimos de inserción social, y de otro lado, la propuesta de renta básica que retoma y desarrolla D. Raventós¹⁶.

Esta última propuesta gira en torno a la idea de garantizar un derecho a un ingreso vinculado al desarrollo de una vida digna, a la satisfacción de necesi-

¹² *Ibíd.*, pp. 122-123.

¹³ Cfr. ZAPATA, R., «La gestión política de la inmigración: indicadores y derechos», en AA. VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, *cit.*, p. 201.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 203-204.

¹⁵ *Ibíd.*, pp. 211-221.

¹⁶ Cfr. RAVENTÓS, D., «Desigualdades, Renta Básica, Republicanismo y derecho al trabajo», en AA. VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, *cit.*, pp. 227-232.

dades básicas y a la libertad real en términos republicanos de no dominación/no dependencia/no vulnerabilidad que, por lo tanto, como afirma G. Pisarello, dota a los seres humanos de un contrapoder frente a toda pretensión de dominación o interferencia arbitraria. D. Raventós señala también las críticas a las que se ha sometido esta propuesta y los argumentos alternativos, y advierte de los presupuestos que la acompañan y justifican. La renta básica, como derecho a un ingreso, tiene sentido como propuesta universal cuya realización en el interior de un Estado no puede quedar limitada a los nacionales del mismo, habida cuenta del fundamento que tiene. Esta respuesta, por lo tanto, queda vinculada a las tesis de reconocer la ciudadanía no a los que adquieren la nacionalidad, sino a los que tienen residencia o se han empadronado, cuestionando, sin embargo, las dificultades de acceso a estos títulos. Asimismo, resulta muy interesante la conceptualización de nociones como «grupo de vulnerabilidad», «dominación», y alcance e intensidad de la «dominación» vinculada a las tesis del republicanismo¹⁷. Otro argumento, compartido por J. Noguera, es el de la toma de posición en el debate entre renta básica y derecho al trabajo, en concreto, entre un concepto alienante y coercitivo del trabajo y una renta básica que puede posibilitar el acceso a un trabajo remunerado o no, pero reconocido socialmente¹⁸.

Por su parte, A. Solanes examina las limitaciones a las que se ven sometidos los extranjeros en España en materia de derechos fundamentales, y especialmente en relación con los derechos sociales. Analiza los rasgos de los derechos sociales para reformularlos o redefinirlos a la baja cuando sus titulares son inmigrantes. Tesis que amplía a partir de un derecho determinado: el derecho a la vivienda. Este aparece como ejemplo de limitación de los derechos carente de una justificación adecuada, por cuanto se trata de un derecho que la ley no reconoce ni tan sólo a un nivel mínimo para un sector muy importante de la inmigración, como son los indocumentados. De un lado, porque es catalogado como derecho de configuración legal, de otro lado, porque la vinculación entre permiso de trabajo y de residencia como paso previo para el disfrute de los derechos, hace que la persona calificada como «indocumentada» se convierta en alguien a quien se niega su existencia desde el punto de vista jurídico. De la calificación jurídica «legalmente no trabaja», el legislador hace depender la titularidad y la garantía de un derecho como es el acceso a una vivienda. La vivienda es vista como uno de los componentes, aunque no el único, de la integración social, tal como ha hecho también R. Zapata. Así como algunos de los efectos que derivan de la falta de un diseño adecuado de políticas públicas en materia de acceso a la vivienda, en grupos catalogados como vulnerables. Examen que lleva a cabo a través de una toma en consideración de la ley de extranjería española, el caso francés y el italiano¹⁹.

Una de las ideas claves de este libro, y con la que podríamos concluir esta reseña, sería la aportada por A. Solanes, que es la de que si queremos «tomar en serio los derechos» es necesario comenzar por el establecimiento

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 234-235.

¹⁸ Cfr. NOGUERA, A. y RAVENTÓS, D., «La justicia de la Renta Básica de ciudadanía, el derecho al trabajo y la polarización social», en *Claves de Razón Práctica*, 2002.

¹⁹ Cfr. SOLANES, A., «El acceso a los derechos sociales por parte de los inmigrantes, un ejemplo: la vivienda», en AA. VV., M. J. Añón (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, cit., pp. 251-278.

de un pacto que incluya a los inmigrantes. Un pacto basado en un sistema de derechos y deberes recíprocos, que salve los errores de las actuales legislaciones de extranjería e inmigración centradas en establecer muchos deberes a cambio de pocos derechos, que no exija renunciias individuales previas, que haga que los «inmigrantes se sientan autónomos». La integración es, pues, la pieza clave de ese pacto²⁰.

Ángeles GALIANA SAURA
Universitat Rovira i Virgili de Tarragona

²⁰ *Ibíd*em, pp. 277-278.

BERNUZ BENEÍTEZ, M.^a José y SUSÍN BETRÁN, Raúl
(coords.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*,
Universidad de La Rioja (colección jurídica), Logroño, 2003,
208 pp.

La discusión sobre la «ciudadanía» se ha situado en el centro del debate jurídico-político actual. Esta categoría ha cobrado un protagonismo que había permanecido latente durante las últimas décadas, probablemente desde la clásica construcción teórica de Marshall a mediados del siglo pasado. El concepto de ciudadanía como estatus jurídico propio de los miembros de pleno derecho de la comunidad, y la perspectiva evolucionista de su desarrollo, cuya culminación se habría alcanzado mediante la conquista de la *ciudadanía social* de la mano del Estado providencia, han sido tesis aceptadas mayoritariamente como válidas hasta nuestros días. Sin embargo, hoy la ciudadanía dista mucho de ser una categoría pacífica.

La comprensión de este hecho remite a algunas transformaciones socio-políticas sustanciales producidas en las últimas décadas, como el desmantelamiento del Estado del bienestar, el derrumbamiento de la pretendida homogeneidad de las sociedades nacionales, el auge del paradigma cosmopolita, o la crisis del propio modelo de Estado-nación, todo ello enmarcado en el contexto de la globalización-mundialización del capitalismo de mercado y de los patrones culturales occidentales. La crisis de estas categorías, que le servían de eje vertebrador, ha acabado por arrastrar la propia validez del modelo de ciudadanía. El diagnóstico planteado ha sido el excesivo optimismo patente en el análisis de Marshall en cuanto a la consecución de la justicia social a través del modelo de ciudadanía social y, sobre todo, la constatación de que la ciudadanía no sólo constituye hoy un mecanismo de integración en la comunidad política, sino también un importante factor de exclusión. En este sentido, «si en su día la ciudadanía significaba pertenencia, hoy los márgenes de la ciudadanía se han hecho borrosos y ya no está tan clara la unidimensionalidad de esta idea». «La ciudadanía, en su complejidad, se ve atravesada por dinámicas de pertenencia, pero también de exclusión» (p. 11).

Por este motivo, la ciudadanía ha sido objeto de especial atención en los últimos años. Podría decirse que se ha convertido en el «gran tema» de la investigación jurídico-política y social, en un punto de confluencia y a la vez de origen de los otros temas centrales del análisis actual, como el modelo de democracia y de participación política, el binomio igualdad/exclusión social, la tensión entre universalidad y diferencia, la inmigración y la sociedad cosmopolita, la identidad, etc. Un protagonismo que, a su vez, tiene sus riesgos. Principalmente el de acabar por «vaciar» de significado el concepto hasta hacerlo totalmente inoperante; convertir a la ciudadanía en un «concepto chicle» (Martínez de Pisón) que pretenda abarcar lo que, en realidad, está fuera de su alcance.

El presente volumen, coordinado por María José Beneítez y Raúl Susín Betrán, trata de aportar nuevos argumentos tanto para la comprensión de las dinámicas aparejadas a la ciudadanía en el nuevo contexto sociopolítico, como para el debate sobre la necesidad de su redefinición. Sin embargo, los ocho artículos que componen el libro no proponen la elaboración un nuevo modelo normativo de ciudadanía, propósito omnipresente en la literatura política reciente y que ha derivado en un amplio crisol de construcciones teóricas: desde la «ciudadanía diferenciada» propuesta por M. Young en la

perspectiva de género, hasta la «ciudadanía multicultural» de W. Kymlicka o la «ciudadanía transnacional» apuntada por S. Sassen, por citar sólo algunos ejemplos. Más bien, el presente libro trata de aportar «elementos que sirvan no tanto para una definición de ciudadanía, como para la reflexión crítica sobre la misma y sobre las cuestiones que le afectan» (p. 13); es decir, reivindicar el valor de la ciudadanía en tanto que punto de referencia crítico (p. 18).

Se trata de tomar la ciudadanía en su carácter de «punto de confluencia», de centro gravitatorio sobre el que giran otros múltiples temas que pueden ser estudiados a partir del concepto de ciudadanía y que, a su vez, condicionan su contenido. Así, el libro analiza la ciudadanía en una triple dimensión: como titularidad jurídica de derechos y deberes, como pertenencia a la comunidad política y como participación en la misma. Este esquema atraviesa la obra, y cada dimensión es objeto de atención por los distintos autores, de una u otra forma, en mayor o menor grado. Desde cada perspectiva particular –ya sea la mercantilización de la sociedad, la pobreza, la inmigración o la juventud–, se trata de identificar los factores que cuestionan esa triple funcionalidad de la ciudadanía y de esbozar propuestas de solución.

El libro está encabezado por dos artículos que abordan desde distintos ángulos la crisis de la ciudadanía social como fenómeno parejo al desmantelamiento del Estado del bienestar y a la mercantilización de la vida social. En el primero de ellos, «El tratamiento de los *ciudadanos* pobres. La aportación de los programas mínimos de inserción», Raúl Susín Betrán realiza un análisis paralelo de las transformaciones de las políticas de tratamiento de la pobreza en el marco de la crisis del Estado del bienestar, y de la dimensión social de la ciudadanía. Partiendo de una aproximación histórica al tratamiento de los ciudadanos pobres, el autor explica el surgimiento de las políticas de intervención social como un intento de paliar las insuficiencias del contrato que sustenta el modelo liberal. Intervención que evolucionó desde la beneficencia decimonónica hasta las políticas sociales propiamente dichas. Ésta sería la perspectiva desde la que Marshall dibujó su modelo de «ciudadanía social», como corrección de las insuficiencias integradoras de los modelos de ciudadanía estrictamente civil y política a través del reconocimiento de los derechos sociales a ella aparejados (p. 23). Se habría llegado, así, a una etapa en la evolución social en la que la que la desigualdad derivada del contrato habría logrado ser absorbida.

Sin embargo, como anticipamos más arriba, Susín Betrán considera que este pronóstico es poco menos que idílico. El modelo ideado por Marshall estaba estrechamente ligado al modelo de sociedad salarial, al compromiso interclasista y al desarrollo del modelo del Estado providencia. Por ello, según el autor, el ataque sistemático a ese modelo estatal conlleva la destrucción de aquel modelo de ciudadanía. «La ciudadanía social está sufriendo un ataque complejo y sumamente planificado que nos permite hablar de una sustitución de todo un modelo de sociedad justa por otro, siendo el elemento común de esta sustitución la reivindicación del mercado como instancia reguladora frente a la democracia» (p. 25). Esta situación de crisis, que va más allá de lo estrictamente económico y cuestiona la capacidad del Estado social como instancia integradora, lleva al autor a preguntarse por el significado de las nuevas políticas sociales, sobre los valores que las sustentan y la propuesta de sociedad que persiguen. En este sentido, propone los programas de ingresos mínimos de inserción como un ejemplo adecuado para comprender el presente y el devenir de la ciudadanía (p. 25).

La característica novedosa de estos programas de inserción es, precisamente, que combinan el elemento estrictamente económico (prestación económica) con otro principal, las acciones de inserción. Pese a sus indudables efectos positivos como espacios desmercantilizados, como «última red» de protección ante situaciones de exclusión social, Susín Betrán centra su análisis en los efectos latentes negativos. Encuadrándolos en el proceso de asistencialización del Estado del bienestar, advierte de su participación en la consolidación de un modelo de «Estado disciplinario», donde las políticas sociales desempeñan más un papel de control o seguridad que de verdadera integración. Las nuevas políticas sociales vendrían a demostrar que la lógica mercantil ha trascendido los propios límites del mercado para invadir las relaciones interpersonales. El resultado es un «individualismo de masas» que en la gestión de la pobreza significa diluir un problema que es social en algo estrictamente individual; y, en definitiva, normalizar las situaciones de desempleo masivo y precarización laboral y biográfica (p. 40). La conclusión es que estos programas de inserción no suponen un afianzamiento de la ciudadanía social, sino más bien un paso regresivo en cuanto a la materialización del bienestar.

El autor concluye su aportación esbozando algunas propuestas de solución que «permitan profundizar en un desarrollo democrático del modelo de sociedad», superando las posibles insuficiencias del Estado del bienestar y logrando una auténtica democratización económico-social (p. 44). Propone trascender la concepción del trabajo como exclusivo criterio para la articulación social, para lo cual las diversas propuestas de rentas básicas podrían ser de utilidad.

El segundo de los artículos mencionados es la aportación de Andrés García Inda, «Ciudadanía y cultura de los derechos: el *ciudadano consumidor*». Coincidiendo con el artículo anterior, el punto de partida es el diagnóstico de la actual subordinación de la política a la economía y de la democracia al mercado. En este caso, el autor sostiene la tesis de que la ciudadanía social se ha visto sustituida por la idea del *ciudadano consumidor*; en lo que define como una «tendencia a la *individualización y mercantilización de la ciudadanía*, es decir, a la comprensión de ésta en términos del individuo consumidor» (p. 64). La globalización neoliberal, que trata de imponer el mercado como la única alternativa viable, estaría imponiendo esa versión de la ciudadanía, cuyo sustento en el plano antropológico vendría definido por la formalización del *homo oeconomicus* como paradigma moral. Es decir, la consideración del individuo como entidad aislada del grupo social y su definición en términos de capacidad de disposición como sujeto propietario. Como advierte el autor, esta visión de lo social no es un fenómeno nuevo, pues supone el retorno al contrato como fundamento de toda la organización política y social. Más bien, este proyecto neoliberal supondría la culminación del sujeto propietario de la tradición liberal clásica, «la versión postmoderna y globalizada del individuo propietario lockeano», donde la individualidad propietaria ha sido sustituida por la propiedad de los objetos de consumo (p. 63).

García Inda advierte que este modelo de ciudadanía supone una «desustancialización» del tradicional concepto de ciudadanía manejado en la teoría jurídico-política clásica, lo cual es síntoma del proceso de asistencialización del Estado del bienestar. Ahora el papel del ciudadano se *clienteliza* y es reducido a la mera recepción pasiva de bienes y servicios por parte de la Administración. Una versión «pasiva» o «privada» de la ciudadanía donde impera la idea de «soberanía» del consumidor, que exige que la política del

Estado se dirija a satisfacer las preferencias de los individuos y la identificación de las preferencias relevantes se efectúa a través de las elecciones hechas en el mercado (p. 66). La ciudadanía se ve así reducida a un mero catálogo de derechos ausente de cualquier obligación de participar en la vida pública, lo que genera una verdadera incapacidad para pensar en términos públicos y colectivos: el lenguaje de los derechos se torna absolutamente individual (p. 69). Ejemplo de esta tendencia de la vida social sería, según el autor, la actual orientación del voluntariado, que ha pasado de ser un cauce de participación ciudadana y un espacio para la solidaridad a constituirse en meras empresas de servicios que compiten en igualdad de condiciones con otras empresas en el mercado. También las nuevas formas de gestión pública presentan síntomas de esa tendencia. La otra cara de la *clientelización* de la ciudadanía es la «remercantilización» del espacio de la previsión pública, la «despolitización» del Estado y su transformación en un mero gestor de servicios.

Frente a la hegemonía de la «soberanía del consumidor», García Inda advierte del error que supone esta opción como criterio para estructurar la ciudadanía y la vida social. Por un lado, porque es falso que las preferencias del mercado puedan identificarse con las necesidades sociales. Por otro, porque también es falso que los individuos actúen *única y exclusivamente* movidos por criterios de mera racionalidad individual. Su acción es también resultado del contexto social en el que se desenvuelven (p. 66). Por ello, frente a ese modelo de ciudadanía «privada» el autor enfrenta un modelo de ciudadanía «activa», que refuerza el valor de la participación en lugar de la mera recepción de servicios.

El artículo finaliza con una reflexión sobre las dinámicas en las que se ha visto envuelta la ciudadanía a raíz del 11 de septiembre de 2001: el recorte de libertades, la militarización de los espacios ciudadanos, la adhesión incondicional a los símbolos patrióticos, etc., «parece abonar la idea de una ciudadanía acrítica, sumisa, estructurada en torno al modelo de un consumidor, cuya preocupación fundamental se articula en torno a los valores de la propiedad y la seguridad» (p. 71).

Los dos artículos que encabezan la obra aportan una visión general sobre los procesos y transformaciones a los que se ve sometida actualmente la ciudadanía, haciendo especial hincapié en la invasión de criterios mercantiles en espacios que, de acuerdo con el modelo de ciudadanía social, se regían por principios de mayor equidad y justicia social. Estas reflexiones sirven para enmarcar las aportaciones posteriores, que adoptan enfoques más particulares del significado de la ciudadanía en el contexto actual.

En primer lugar, José Martínez de Pisón aborda en «Ciudadanía e inmigración» la validez del vigente modelo de ciudadanía ante el incremento de los flujos migratorios. Contra el pronóstico de Marshall, la ciudadanía se ha convertido hoy –a causa del ascenso de la multiculturalidad derivada de la nueva oleada migratoria y el derrumbamiento del mito de la homogeneidad de la sociedad nacional– en un criterio de exclusión. La definición del ciudadano implica también la definición del «otro» del «extranjero», de quien no es miembro y por tanto queda excluido de los beneficios del estatuto prefijado (p. 77).

Aunque, en realidad, el propósito del autor es ir más lejos y cuestionar la propia validez del concepto de ciudadanía ante la actual situación. Ciertamente, sostiene, no puede haber ciudadanía sin fijación de quién está incluido y excluido en ese ámbito: «el extranjero o inmigrante es el contrapunto

sobre el que se construye la arquitectura de la ciudadanía» (p. 75). Por ello, «en la actual coyuntura de problematización del concepto de ciudadanía resulta harto difícil que ésta pueda estirarse tanto como para incluir al excluido, pues de esa forma perdería su sentido, su razón de ser» (p. 76). Martínez de Pisón sugiere que quizá sea el momento de dejar de hablar de ciudadanía y preocuparnos por el verdadero problema, que es la negación por parte de nuestras legislaciones de los derechos más básicos de los inmigrantes. No obstante, el autor admite la imposibilidad de desear de plano, hoy por hoy, el concepto de ciudadanía. Por ello, y siendo consciente de que la ciudadanía no puede ser un *concepto-chicle* que pueda estirarse hasta recoger en su ámbito semántico a su contrario, su análisis se dirige a investigar las posibilidades de una relectura del concepto de ciudadanía que, cuanto menos, no se construya en contradicción con la extranjería y la realidad de la inmigración.

En ese propósito, Martínez de Pisón analiza las características de la actual oleada migratoria y su peculiaridad respecto a los flujos migratorios de anteriores períodos históricos. Esta singularidad procede de su inscripción en el proceso de mundialización, que hace de las migraciones un proceso global y general a todos los países del planeta. Son precisamente las paradojas de esa mundialización, que reconoce plena libertad a los movimientos de capital, bienes y servicios mientras obstaculiza el flujo de personas y trabajadores, las que generan un submundo en las sociedades opulentas, alimentando la pauperización y la explotación del hombre por el hombre, junto con la explotación de la periferia a favor del centro (p. 83). La política europea de «puertas cerradas» o la Ley de extranjería española serían dos ejemplos paradigmáticos de este planteamiento.

Esta situación hace que el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes y extranjeros sea, a día de hoy, «la última frontera en la lucha por los derechos», que plantea un verdadero reto para la credibilidad de toda la teoría de los derechos humanos (p. 93). La conclusión del autor es la necesidad de una ciudadanía *integradora*, que no dé la espalda al fenómeno de la inmigración; *contextual*, que no margine y excluya y tenga en cuenta las necesidades de la población; *abierta*, que permita acabar con los procesos de regularización como instrumento normalizado de gestión de la inmigración a favor de mecanismos más coherentes; y *dinámica*, que permita su adaptación a las cambiantes circunstancias sociales en el contexto de la mundialización. Su materialización podría lograrse a través de un esquema de círculos concéntricos, que visibilizara los nexos entre ciudadanía, inmigración y extranjería, permitiendo el paso de un estatus a otro con fluidez (p. 93).

En el capítulo siguiente, Tomasa Báñez Tello centra su análisis en la dimensión participativa de la ciudadanía. Bajo el título «Ciudadanía y participación», la autora reflexiona sobre la importancia de la participación como componente esencial de la ciudadanía, aunque sin oscurecer por ello la relevancia de las otras dimensiones esenciales de la categoría, la titularidad jurídica y la pertenencia comunitaria. De hecho, considera que la construcción de una ciudadanía substantiva en el ámbito europeo pasa por el fortalecimiento, no sólo de la participación ciudadana, sino también de las políticas de redistribución del Estado de bienestar (titularidad de derechos sociales) y del reconocimiento de las diferentes identidades culturales (sentimiento de pertenencia) (p. 98).

Dicho esto, la importancia de la dimensión participativa se revela en el análisis de la autora a partir de un concepto dialéctico de ciudadanía, enten-

diéndola como algo «procesual y dinámico», sujeto a los procesos históricos y a los resultados de las luchas y conflictos sociales que contribuyen a dotarla de contenidos concretos (p. 97). Desde esa óptica, la ciudadanía supone siempre un reto para los propios ciudadanos, por lo que la participación es un elemento decisivo a la hora de definirla.

En tal marco teórico, Báñez Tello plantea un análisis del estado actual de la participación ciudadana en el Estado español en dos tiempos. En primer lugar, en una panorámica general, denuncia «una disminución del papel de la esfera pública como medio para la expresión y promoción de esta ciudadanía substantiva» (p. 98). El tema de la participación plantea, según la autora, una paradoja: las numerosas referencias a la misma desde los discursos políticos han acabado por vaciarla de contenido, al mismo tiempo que apenas se han desarrollado los mecanismos y soportes materiales necesarios para hacerla efectiva. En segundo lugar, desde una perspectiva más concreta, propone la evaluación del estado actual de las dos manifestaciones tradicionalmente más importantes de participación social: los movimientos sociales y el asociacionismo. Báñez Tello realiza un breve excursus histórico de su evolución, desde el auge de las movilizaciones con contenido político de los años setenta hasta su fraccionamiento y dispersión tras la implantación del régimen democrático. No obstante, la evolución posterior del fenómeno asociativo no refleja una desaparición de éste, sino más bien una evolución sustancial. La autora observa cambios en los objetivos fundamentales de la participación social y en sus formas de actuación, lo que ha cristalizado en una «crisis de los movimientos sociales con contenido sociopolítico», pero no del asociacionismo. Advierte que en las últimas décadas se ha experimentado un evidente aumento en cuanto al número y variedad de asociaciones, si bien éstas son concebidas en la mayoría de los casos como punto de encuentro o espacio para la realización de una actividad social y no como vía de constitución de movimientos sociales. En consecuencia, se aprecia una despolitización de la participación social, un cambio en el sentido y las motivaciones para asociarse y una pérdida del tejido asociativo como «entramado», a favor de un asociacionismo mucho más disgregado, sin puntos de contacto (p. 106).

Las conclusiones de Báñez Tello en cuanto a la evolución del movimiento asociativo convergen con la crítica planteada por varios autores a la orientación adoptada por el voluntariado social en la última década. Como advertía García Inda (*vid. supra*), las organizaciones de voluntariado parecen haber excluido de sus propósitos principales la transformación social para constituirse en meras empresas suministradoras de servicios en concurrencia competitiva en el mercado. Esta transformación teleológica parece ser alentada, asimismo, por la regulación y normalización del fenómeno del voluntariado acometida en los últimos años desde los poderes públicos.

Báñez Tello defiende la importancia de fomentar la participación ciudadana, no sólo en su dimensión formal –derecho al voto, participación en los procedimientos administrativos, etc.–, sino también como conflicto entre los planteamientos ciudadanos y el poder instituido a nivel político, económico y cultural (p. 98). Como forma de revitalizar la grupalidad y como fundamento de socialidad, de manera que la acción colectiva permita expresar la reivindicación de las necesidades e identidades grupales atendiendo a la transformación de la realidad social. Lo que significa, en definitiva, un ejercicio de profundización de la democracia social y no sólo de su dimensión política o formal.

En «Derecho, ciudad y democracia (apuntes para una lectura urbana)», María José González Ordovás adopta una perspectiva poco frecuente pero de gran interés y que sin duda abre vías de investigación aún poco exploradas: su enfoque es el de la importancia del espacio en el análisis jurídico, político y social. En el caso de la ciudadanía, la autora apuesta por un estudio de la ciudad y sus formas de gestión, desde la afirmación de que «toda actuación sobre ese paisaje humano por excelencia revierte de un modo u otro en los derechos de quienes lo habitan» (p. 124). Lo contrario, la omisión de la condición espacial en el diagnóstico y pronóstico del estado de los derechos, nos priva de cualquier posibilidad de actuar de forma efectiva sobre la realidad (p. 114). Por ello, la autora centra su análisis en el espacio más inmediato donde se desenvuelve la ciudadanía, la ciudad, abordando un conjunto diverso de aspectos de su gestión que afectan a aquella categoría.

En primer lugar, fija su atención en el instrumento jurídico por excelencia para la gestión del espacio urbano, el Derecho urbanístico, extrayendo las características y transformaciones recientes experimentadas en esa rama del Ordenamiento. Enfocando el problema desde la dimensión participativa de la ciudadanía advierte que, con la implantación del Estado social y la correlativa consolidación del Derecho urbanístico, «la organización y distribución del espacio llegó a convertirse (...) en una nueva variante del Despotismo Ilustrado». La especialidad técnica adquirida por esa disciplina ha provocado la ausencia de cualquier atisbo de participación ciudadana y su asignación a un reducido grupo de expertos a los que se les encomienda la gestión del interés público en esa trascendental materia.

Las transformaciones sociopolíticas posteriores, entre las que la expansión de la lógica mercantil no es la menos importante, han provocado algunos cambios en la gestión urbanística en aras de una mayor eficacia incluso a costa de ciertos principios jurídicos básicos. En ese sentido, González Ordovás identifica dos innovaciones importantes presentes en todo el Derecho Público actual, pero respecto a las cuales el Derecho urbanístico y el Derecho ambiental resultan paradigmáticos. Por un lado, destaca la irrupción de la negociación en los procedimientos de decisión administrativa y formación legislativa, es decir, «la progresiva incorporación de distintas formas de acuerdo con los interesados en la configuración de las leyes que les afectan», o «la irrupción en la escena política extraparlamentaria de intereses específicos económicos o no» (p. 117). Por otro lado señala la denominada «aplicación selectiva del Derecho». El superávit normativo provocado por el Estado social ha conducido a un déficit en cuanto a la ejecución de las normas, materializado en un «uso estratégico» del Derecho por parte de la Administración. Frente a la teórica exigencia de igualdad formal y aplicación homogénea de todo el ordenamiento, los órganos administrativos seleccionan en la práctica aquellas reglas que «desde dentro de la legalidad permitan alcanzar satisfactoriamente la meta planeada» (p. 120).

La autora centra la segunda parte de su análisis en la dimensión de la titularidad de derechos, concretamente en la vigencia de los derechos humanos desde una perspectiva urbana. Para ello parte de la necesidad de conectar el ejercicio y protección de los derechos humanos clásicos con los de última generación, y concretamente con el derecho a un medio ambiente adecuado. El modelo de desarrollo vigente está basado en un concepto de riqueza medida exclusivamente en términos de P.N.B., y que en el espacio urbano se plasma en una forma de crecimiento muy concreta e insostenible, desarrollada en buena medida gracias a las posibilidades que el uso selectivo del Derecho

brinda a la Administración. Desde esa noción de crecimiento, que obvia los perjuicios ocasionados para terceros en aras del rendimiento económico, la vigencia de los derechos humanos, incluso de los más básicos, no puede mejorar.

En la parte final de su aportación, González Ordovás retoma el problema de la participación ciudadana. Coherentemente con el resto del artículo, su preocupación por una democracia sustantiva y no meramente formal se inscribe en el contexto local. La idea que subyace a su análisis es la percepción del espacio urbano como un ámbito idóneo para el desarrollo de experiencias participativas que trasciendan la representatividad. Así, lamenta que en la actualidad las elecciones municipales parezcan estar «condenadas a reproducir la lógica de los grandes partidos de las elecciones generales» (p. 125). La autora ilustra su exposición con diversos modelos teóricos y prácticos de participación directa, entre los cuales destaca la experiencia de gobierno local de Porto Alegre como vía exitosa para reconciliar los principios de representatividad y participación.

María José Bernuz Beneítez aborda en su aportación la compleja relación entre «Ciudadanía y juventud». Su estudio indaga en las posibilidades y dificultades que plantea la definición de una ciudadanía de y para los jóvenes, y analiza «las condiciones y las vías a través de las que se materializa y se concreta la ciudadanía de la juventud» (p. 145). El artículo plantea el problema en toda su amplitud y complejidad, afrontando la ciudadanía en su triple dimensión, lo que plantea no pocas dificultades y tensiones en el supuesto de la juventud. En cualquier caso, la autora advierte que el punto de partida para la consideración de una ciudadanía para los jóvenes exige «excluir de plano una concepción únicamente protectora y objetivadora de la infancia y la juventud», «asumir la juventud como un grupo social real –y no sólo potencial y futuro– y al joven como sujeto de derechos y de deberes» (p. 136). En definitiva, liberarse de la carga de prejuicios que rodean a este grupo social y que a menudo condicionan las políticas adoptadas sobre el mismo.

Empezando por la dimensión de pertenencia, Bernuz Beneítez destaca la importancia de la escuela para la vivencia de la ciudadanía en la juventud. Ésta supone el entorno público de socialización del niño, y por ello es el contexto apropiado para orientar y promover la transición hacia una ciudadanía plena. La escuela debería compatibilizar, según la autora, la dimensión educativa de la ciudadanía y la difusión del conocimiento del Derecho y de los derechos que corresponden a los niños en tanto ciudadanos, con la puesta en práctica de su ejercicio (p. 144). Sin embargo, la realidad escolar muestra un déficit evidente en cuanto a la puesta en práctica de la ciudadanía, limitando sus pretensiones al desarrollo de una labor meramente informativa. Por otro lado, el sentimiento de pertenencia del joven a la comunidad se ve hoy obstaculizado por el proceso de precarización laboral. En un sistema en el que el sentimiento de pertenencia a la comunidad se relaciona de forma directa con la autonomía económica, la incertidumbre biográfica propia de nuestros días afecta a las pasarelas de tránsito hacia la edad adulta, y con ello también hacia la ciudadanía.

Esa incertidumbre vital afecta igualmente a la dimensión participativa de la ciudadanía, especialmente en el caso de los jóvenes. La autora entiende que «en este panorama de incertidumbre laboral (...) puede resultar comprensible que los jóvenes consideren en un segundo orden la importancia de su participación política» (p. 142). Sin embargo, el desarrollo pleno de la ciudadanía exige promover la participación social de la juventud. Lo cual implica

el reconocimiento de un espacio social propio y la promoción de la iniciativa y la autonomía de los jóvenes.

En cuanto a la titularidad y el ejercicio de derechos y deberes, Bernuz Benéitez adopta la propuesta ya planteada por algunos autores de configurar una «cuasi-ciudadanía» transitoria para la juventud; la cual exigiría el reconocimiento de una serie de derechos y deberes de forma progresiva mientras no se hayan desarrollado las condiciones para su titularidad y ejercicio plenos (p. 149).

No obstante, estas posibilidades de intervención no ocultan los obstáculos que salen al paso del reconocimiento de una ciudadanía para la juventud. La autora admite que «afirmar con rotundidad una ciudadanía de la juventud resulta, cuando menos, arriesgado» (p. 137). Este hecho deriva, en primer lugar, de ciertas características propias de la etapa juvenil, principalmente su carácter cambiante e intrínsecamente evolutivo, transitorio. En el plano jurídico esa realidad cristaliza en la existencia de una minoría de edad legal que limita la capacidad de actuación de los menores de edad, lo que supone trabas evidentes para un ejercicio pleno de la ciudadanía. En segundo lugar, las dificultades provienen del actual enfoque político de la juventud, que condiciona negativamente las posibilidades de intervención. Hoy, si la atención pública se dirige a la juventud es a menudo para calificarla de «grupo de riesgo» o «clase peligrosa» que impone un tratamiento desde la lógica de la sospecha (p. 146). Por otro lado, la juventud es tratada como un colectivo homogéneo, ignorando que constituye un grupo atravesado por las mismas diferencias y condicionantes que la población adulta (p. 148).

Pese a estas dificultades, Bernuz Benéitez defiende que no debe renunciarse a la definición de una ciudadanía para la juventud, aunque sea oportuno establecer ciertas limitaciones en su extensión. Sostiene que es imprescindible hacer de la juventud no un mero tiempo de espera, sino una etapa «sustantiva y productiva», reconociendo la capacidad del joven para actuar en la comunidad. En definitiva, concluye, «la participación de los jóvenes (...) puede ser el principal laboratorio de la democracia y de la propia ciudadanía» (p. 149).

En su artículo «Asociacionismo étnico, identidad cultural y ciudadanía», Joaquín Giró Miranda elabora un análisis desde la perspectiva sociológica del fenómeno asociativo étnico: las uniones de personas con un mismo origen nacional o cultural en torno a objetivos identitarios y de integración social. Fenómeno que enlaza, en lo que respecta a la ciudadanía, con su funcionalidad de pertenencia a la comunidad y que se muestra decisivo en el actual marco de convivencia multicultural. En ese contexto las asociaciones étnicas actuarían como «catalizadoras» del proceso de integración social. La comunidad que implica la identidad cultural «es percibida como una entidad que facilita la transición social y cultural entre la sociedad de partida y la de llegada. (...) Suavizando así el choque de contacto con una nueva sociedad» (p. 156). De esta forma se produce una reinvencción paulatina de la propia identidad evitando la ruptura con la sociedad de origen y el enfrentamiento con la de acogida; y, al mismo tiempo, permite visibilizar socialmente a las minorías étnicas y facilitar su reconocimiento cultural.

Esta línea argumentativa permite al autor desarrollar una reflexión más profunda sobre la idea de identidad y los mecanismos de conformación de las identidades culturales. Concretamente, Giró Miranda niega la inmanencia de cualquier signo de identidad. La identidad es una categoría construida socialmente que «se basa en significaciones sociales de rasgos individuales y

colectivos compartidos, o presuntamente compartidos, por colectivos de individuos que se perciben a sí mismos en términos de igualdad» (p. 159). Esos rasgos son sólo *presuntamente* compartidos porque la realidad de la identidad colectiva es un fenómeno cambiante, contingente. Si la identidad es sólo la atribución de significación social a ciertos rasgos que además son variables, toda supuesta homogeneidad grupal no es sino un espejismo. Es, en todo caso, una apariencia debida a nuestra percepción del «otro» en contraposición con el «nosotros», con el grupo propio con el cual nos identificamos. La cultura nunca puede ser entendida como un todo que homogeneiza a los participantes de la misma; pues en realidad, «la base de la identidad cultural es la pluralidad y la diversidad a tenor de las diferentes reconstrucciones de la identidad que las personas realizan a partir de su experiencia social» (p. 163).

Reflexión que sirve al autor para rechazar las argumentaciones de quienes afirman que la integración social de los inmigrantes es imposible sin la adquisición de la identidad del grupo de acogida, es decir, sin la asimilación. Esa perspectiva concibe a la cultura mayoritaria como una entidad impermeable a la igualdad en términos de interculturalidad e identidad cultural, e induce la creencia de que la alteridad es un fenómeno problemático para el funcionamiento social; la cohesión social sólo podría lograrse, desde ese punto de vista, mediante la homogeneidad social. Una homogeneidad que, tal y como demuestra el autor, es sólo una ficción derivada de un prejuicio en la percepción del «otro». La coherencia de una sociedad no está ligada a la homogeneidad. Al contrario, «la relación debe darse en términos de igualdad o de simetría (...) y ésta debe apoyarse sobre los límites de la ciudadanía» (p. 169). Así, los intercambios pueden realizarse en términos de reciprocidad, logrando el enriquecimiento de la sociedad y la auténtica cohesión.

Como se ha dicho, las asociaciones étnicas juegan un papel clave en toda esta dinámica. Sin embargo, estos grupos étnicos también presentan sus riesgos para la consecución de una ciudadanía plena. Por un lado, el autor señala que, en ocasiones, dichos grupos alimentan tendencias contrarias a la integración, favoreciendo el repliegue sobre sí mismos y provocando una disminución de los contactos interculturales. Por otro lado, Giró Miranda advierte que hasta el momento las asociaciones étnicas han centrado su labor en conseguir un equilibrio entre integración y mantenimiento de la propia cultura, dejando de lado otras facetas imprescindibles de la ciudadanía como la participación (principalmente, la reivindicación del derecho al voto). Frente a esto, el autor afirma que también la dimensión participativa es fundamental para posibilitar una cultura de convivencia acorde con la realidad multiétnica (p. 171).

Francisco del Pozo Ruiz es el autor del artículo que cierra el volumen, titulado «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en el que analiza en clave positivista la situación de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. El proceso de elaboración de la llamada Constitución Europea provoca algún desfase temporal en el texto, debido a la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales en su articulado. Si bien este hecho obliga a puntualizar algunas de las afirmaciones sostenidas por el autor, el trabajo de Francisco del Pozo conserva gran parte de su interés al mostrar la evolución normativa del Derecho comunitario en cuanto al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, y al plantear ciertas cuestiones que los acontecimientos posteriores en modo alguno han resuelto todavía.

Lo cierto es que, como afirma Del Pozo Ruiz, el Derecho comunitario ha acarreado durante décadas la importante laguna de no contener una auténtico listado de derechos fundamentales. La razón habría que buscarla en el carácter eminentemente económico que alentó la construcción europea en sus inicios (p. 173). Esta laguna tuvo que ser cubierta por el propio Tribunal de Justicia a través de su construcción jurisprudencial, desarrollando una auténtica protección *pretoriana*, sistema que, sin embargo, presentaba evidentes limitaciones. Tras numerosas iniciativas planteadas durante la última década, principalmente por parte del Parlamento, la solución acordada fue la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada finalmente en el Consejo Europeo de Niza del año 2000. Sin embargo, la falta de voluntad de los Estados miembros desembocó en la carencia de valor jurídico vinculante del texto. Si bien las instancias comunitarias se han comportado desde su aprobación «como si» el texto fuera realmente vinculante, el autor advierte que en esa situación la laguna de protección no estaba de modo alguno colmada. Problema que será realmente corregido con la –previamente– próxima entrada en vigor del tratado constitucional, que incorpora en su parte II el texto íntegro de la Carta (arts. II-61 a II-114).

Sin embargo otras cuestiones planteadas por el autor, como los problemas de coordinación y posibles discrepancias en el nivel de protección de los derechos fundamentales entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos –al cual están también sometidos todos los Estados miembros de la Unión–, permanecen aún hoy abiertos y pendientes de una solución definitiva.

En su totalidad, el libro –que es el resultado de las discusiones suscitadas en el marco del proyecto de investigación «Ciudadanía y participación: una investigación sociojurídica de los problemas identitarios en la sociedad del siglo XXI», compuesto por investigadores de las Universidades de La Rioja y Zaragoza– conecta algunas manifestaciones concretas del poliédrico edificio de la ciudadanía. Aunque obviamente la obra abarca sólo algunas de esas manifestaciones, pues la pretensión de exhaustividad está excluida de entrada en un tema como éste, su virtud es precisamente la de fotografiar el problema de la ciudadanía en diversos ámbitos concretos de la realidad social, sin por ello renunciar a describir un marco teórico de referencia. Pese a lo heterogéneo de los temas abordados, resultado de las inquietudes científicas de cada uno de los participantes, el eje vertebrador del libro es visible en todos sus capítulos, lo que permite que el volumen conserve una indudable coherencia. El resultado es una amplia visión del fenómeno de la ciudadanía en el contexto actual que, más que aportar respuestas definitivas, abre innumerables puertas para la reflexión. Y, sobre todo, refleja la complejidad de la ciudadanía como categoría jurídico-política, una categoría que rehuye cualquier solución simplificadora o que se pretenda definitiva.

David SAN MARTÍN SEGURA
Universidad de La Rioja

CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2005, 542 pp.

Los motivos centrales de la obra de Luigi Ferrajoli han sido ya objeto de análisis colectivos en dos compilaciones *ad hoc*. Si en 1993, Letizia Gianformaggio asumió la edición de *Le Raggioni del Garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli* (Giappicheli), el debate entre el profesor de Camerino y otros autores italianos mantenido en las páginas de la revista *Teoria politica* entre 1998 y 2000 fue vertido al castellano en 2001 bajo la coordinación de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta) y, algo más tarde, editado en Italia por Ermanno Vitale (*Diritti fondamentali*, Laterza) en una selección de textos no totalmente coincidente con la castellana.

Compuesto por veinticinco ensayos de temática heterogénea y estructurado en tres secciones de frontera porosa, el volumen que comentamos ahora es una suerte de puesta al día en los diversificados debates generados alrededor de un modelo teórico que se ha ganado con justicia un lugar en la teoría jurídica y política contemporánea.

De las diversas dimensiones del garantismo como «teoría general» de la divergencia entre el ser y el deber ser *del* y *en* el derecho (del Estado constitucional) ofrece una síntesis clarificadora Marina Gascón en el ensayo que abre el volumen, que no ahorra críticas a la comprensión ferrajoliana de los juicios sobre la vigencia de las normas. Complementa esta presentación el estudio de Perfecto Andrés Ibáñez, que recuerda la raíz penal-procesal del garantismo y analiza detalladamente el exigente modelo de jurisdicción delineado por Ferrajoli. Adicionalmente, todos los autores se han preocupado de glosar las tesis del profesor de Roma III a las que dedican su contribución, algo que es de agradecer. Señalar esto no es gratuito, ya que *Garantismo* es una obra algo distinta a las compilaciones antecitadas. Quizás recorriendo algunas de sus notas diferenciadoras pueda ser posible acometer la tarea de dar noticia de su contenido.

a) En primer lugar, el objeto de este volumen es notoriamente más extenso (o más difuso) que el de las obras arriba mencionadas. *Le Raggioni del Garantismo* fue un libro publicado bajo el impacto causado por la que hasta hoy es la obra mayor de Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, y, en gran medida, centrado en el análisis crítico de los presupuestos y los conceptos fundamentales de la «Teoría general del garantismo» propuesta en su parte V. Por su parte, los debates de *Teoria Politica* después editados en formato libro tenían por objeto el artículo «Derechos fundamentales», en el que Ferrajoli expone su definición formal/estructural de los derechos fundamentales y las cuatro tesis de largo alcance fundadas en la misma. Lo que ahora presentan Miguel Carbonell y Pedro Salazar, editores del volumen, es un vasto conjunto de estudios dedicado a analizar el «pensamiento jurídico» de Ferrajoli. A bote pronto, esta expresión evoca: i) la dilatada producción académica del teórico del derecho iuspositivista, divisionista, frecuentador de la lógica y buen conocedor de la filosofía de la ciencia, que en 1963 publicó *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, y que en la *Teoria assiomaticizzata del diritto* (1970) puso los

cimientos de una ambiciosa empresa teórica que, prolongada ya durante cuatro décadas, debe culminar con la publicación de *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, ii) la experiencia del ex magistrado cofundador de *Magistratura Democratica* y del jurista dogmático versado en varios sectores del derecho, particularmente el penal, experiencia traducida en la concepción crítico-proyectiva de la jurisdicción y de la ciencia jurídica expuesta en innumerables publicaciones, entre ellas *Diritto e ragione*, y iii) la actividad intelectual del filósofo político que ha proyectado sobre múltiples ámbitos temáticos una concepción de la (i) legitimidad del poder sustentada en la reinterpretación del contractualismo clásico y en la específica configuración estructural de los sistemas jurídicos contemporáneos, concepción cuya divisa (maximizar la garantía de los derechos de los más débiles) tiñe su producción de un profundo compromiso cívico.

Garantismo cumple holgadamente la promesa de cubrir éstas y otras facetas del pensamiento de Ferrajoli, aunque predominan los análisis situados en los niveles metateórico y teórico. Sin respetar estrictamente la estructura del libro, agruparemos temáticamente los ensayos, aclarando que la mayoría de ellos abordan más de un asunto.

La peculiaridad del «positivismo crítico» ferrajoliano, o, más bien, la cuestión de si es *realmente* positivista una teoría que, como ha sostenido Ferrajoli, es una y la misma que la del actual Estado constitucional (lo que la colocaría al lado del conjunto de teorías que han proporcionado cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a este diseño institucional en términos postpositivistas y que, a falta de mejor denominación y más allá de su heterogeneidad interna, se agrupan bajo el rótulo «Neoconstitucionalismo»¹) es abordada por Marisa Iglesias y Alfonso García Figueroa. Marisa Iglesias dedica su extensa contribución a explicar por qué, a su juicio, el constitucionalismo de Ferrajoli es parcialmente incompatible con el iuspositivismo. Por su parte, Alfonso García Figueroa analiza los diversos caminos a través de los cuales el emergente neoconstitucionalismo ha erosionado la dialéctica iusnaturalismo/positivismo, señalando que, más allá de la fidelidad de Ferrajoli a los postulados centrales del positivismo (comenzando por la tesis metodológica de la separación), el criticismo de su teoría compromete aquella adscripción.

El de Ferrajoli es, en efecto, un positivismo crítico que atribuye a la ciencia jurídica las funciones: *a*) de crítica *interna* del derecho inválido pero vigente y de la ineffectividad del derecho válido, y *b*) de crítica *externa* de la legalidad (ordinaria y constitucional), unas funciones proyectivas o, digámoslo abiertamente, normativas, que, para Ferrajoli, derivan de los rasgos estructurales de su objeto, el derecho del Estado constitucional. Algunas implicaciones de este modo de concebir a la ciencia jurídica (Ferrajoli no es el primero en hablar de las funciones propositivas de la dogmática, aunque posiblemente es el que más explícitamente ha señalado que la ciencia jurídica «debe ser» crítica en un marco jurídico-político como el Estado constitucional) son objeto de severas objeciones por parte de Riccardo Guastini, críticas respondidas indirectamente por Ferrajoli en una de las preguntas de la entrevista que cierra el libro. Desde otra perspectiva, Santiago Sastre Ariza

¹ Tomo esta caracterización del neoconstitucionalismo, modificándola parcialmente, de GARCÍA FIGUEROA, A., «La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 164-165.

tematiza el tránsito hacia una ciencia jurídica no sólo descriptiva y autoconsciente de su rol prescriptivo, si bien formula alguna reserva frente al constitucionalismo ético que, en su opinión, anida en la actitud que Ferrajoli parece reclamar a la ciencia jurídica a la hora de hacer crítica interna.

Una teoría tan apegada al Estado constitucional como el garantismo queda, paradójicamente, muy lejos de las actuales teorías de la argumentación jurídica. La declarada desconfianza de Ferrajoli hacia el llamado principialismo tiene mucho que ver en esto. Luis Prieto registra el marcado contraste que se da en el seno del garantismo entre una visión conflictiva del sistema jurídico en conjunto y una concepción fuertemente coherentista del texto constitucional. Si la primera expresa la responsabilidad del juez y del jurista de identificar los desajustes «verticales» entre el deber ser constitucional y el ser de las normas inferiores, la segunda tiende a no prestar la debida atención (o a restar importancia) a los conflictos entre derechos fundamentales. Paolo Comanducci señala, en este sentido, que la explicación de la tendencia a minimizar los conflictos entre derechos fundamentales hay que buscarla en las funciones normativas (en sentido ético-político y no sólo metodológico) que Ferrajoli hace desempeñar a su definición y su categorización, ambas en principio estipulativas, de los derechos, comenzando por la distinción (crucial en la teoría ferrajoliana) entre derechos primarios/derechos secundarios. También José Juan Moreso dedica su contribución al tratamiento de los conflictos entre e intra-derechos en la teoría de Ferrajoli, abundando en ejemplos que pondrían en evidencia que el garantismo es una suerte de teoría de los derechos sin teoría de la argumentación (algo que, como parece sugerir Prieto, sería una tanto una debilidad del garantismo como el resultado de una restricción que Ferrajoli se habría autoimpuesto para mantenerse dentro de los límites del positivismo conceptual).

Más allá de la primacía lógica que en la construcción de Ferrajoli tiene el «nivel de discurso» teórico frente a los niveles dogmático, sociológico o filosófico-político, buena parte de los debates que ha generado su definición formal de derechos fundamentales desbordan el ámbito disciplinar de la teoría del derecho. Michelangelo Bovero se ciñe en su estudio al nivel teórico y analiza la relación entre derechos y garantías, introduciendo atinadamente algunos matices en la relación de implicación entre ambas categorías teorizada por Ferrajoli. Comenzando en la teoría del derecho, Adrián Rentería Díaz llega a uno de los caballos de batalla del garantismo, la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales, que Rentería aborda a partir del análisis del vínculo que liga la definición formal y avalorativa de los derechos fundamentales con los valores a los que, según Ferrajoli aquéllos tienden. Valentina Pazé se ocupa asimismo de esta relación, si bien limita su estudio crítico al valor de la igualdad jurídica.

De un modo u otro, la mayoría de los trabajos de *Garantismo* tienen como referencia inevitable la temática de los derechos fundamentales, huelga decir que central en Ferrajoli. Algunos ensayos, sin embargo, tratan específicamente algunas nociones no menos importantes en la red conceptual elaborada por el profesor de Camerino. Merecen destacarse, en este sentido, las dos contribuciones que firman, respectivamente, Bernardo Bolaños y Juan Cruz Parceró, dedicadas a las «expectativas», una noción básica en la teoría del derecho de Ferrajoli (vale la pena recordar que, para Ferrajoli, un derecho subjetivo es una expectativa positiva o negativa) que quizás no había concitado la suficiente atención teórico-crítica. Cabe igualmente destacar el completo estudio de Alfonso Ruiz Miguel sobre las implicaciones de la resemantiza-

ción ferrajoliana de los predicados validez/vigencia en los planos teórico, aplicativo, dogmático y iusfilosófico.

b) La segunda diferencia destacable entre *Garantismo* y las compilaciones de textos críticos arriba citadas es el protagonismo de españoles y latinoamericanos en la autoría de los veinticinco estudios que componen el volumen. Tratándose de controversias situadas mayoritariamente en el terreno de la teoría del derecho, no se puede decir que los libros arriba citados contuvieran sólo discusiones domésticas, pero sí es cierto que, en buena medida, las ideas de Ferrajoli eran en ellos analizadas a la luz de los debates entre las corrientes principales de la filosofía del derecho italiana de filiación analítica, en la que Ferrajoli, siempre más cerca del normativismo bobbiano que del iusrealismo de Tarello, ocupa un lugar propio.

Claramente superior en número a la de los italianos, la presencia de teóricos y filósofos del derecho españoles y latinoamericanos en este volumen es una consecuencia lógica de la difusión de la obra de Ferrajoli a lo largo de la última década. Y aunque es cierto que muchos de los comentarios y críticas que contienen los ensayos de este volumen son deudores de los que aparecen en aquellas obras, la ampliación «geográfica» del campo de discusión supone un renovado sometimiento a prueba de la ambición generalista del garantismo y redundan en el enriquecimiento de los análisis sobre la idoneidad de las categorías y definiciones de las que éste se nutre.

Esto se percibe en los ensayos ya citados, y también en el conjunto de contribuciones dedicadas a la visión ferrajoliana de la dialéctica derechos (constitución)/poderes (democracia y mercado), otro de los aspectos que dotan al edificio teórico garantista de una idiosincrasia peculiar.

Asociada a la positivación de los derechos-expectativas (negativas y positivas) en los textos constitucionales, límites y vínculos, respectivamente, que operan como parámetros de la validez (y como baremo de la deslegitimación) de la actuación de los poderes públicos (léase también de la dimensión formal de la democracia), la connotación «sustancial» que, para Ferrajoli, adquiere la democracia en el Estado constitucional viene dada por la naturaleza de aquellos límites y vínculos, referidos no al sujeto ni al procedimiento, sino al contenido de las decisiones públicas, incluidas las del legislador ordinario. Las dos tipologías de los derechos fundamentales y la redescipción filosófico-política del artificialismo contractualista como germen de esa «metáfora de la democracia» que para Ferrajoli es el pacto constituyente dan a la idea de la democracia sustancial un sólido sustento teórico y resultan coherentes con la supraordenación jerárquica de la constitución en el sistema de fuentes del derecho, uno de los rasgos (empíricos, no inventados por Ferrajoli) del Estado constitucional como Estado de derecho «perfeccionado».

Susana Pozzolo apunta en su estudio que el constitucionalismo democrático de Ferrajoli no está basado en una defensa «fuerte» de los derechos frente al valor intrínseco de la regla de mayorías, sino en la redefinición de la democracia que, para Ferrajoli, viene impuesta por el paradigma institucional del Estado constitucional. Para los autores que enfrentan esta cuestión, sin embargo, la férrea defensa ferrajoliana de la primacía de los derechos fundamentales sobre el poder político aparece informada por una acusada impronta contra-mayoritaria (algún autor la califica incluso como «anti-deliberativa») que traduciría el optimismo normativo y el pesimismo político de nuestro autor. La intensidad de las críticas es, en todo caso, diversa. Pablo de Lora señala que el de Ferrajoli es un constitucionalismo «fortísimo» que

el profesor de Camerino defiende atrincherándose en un formalismo teórico poco útil para resolver las aporías actuales del constitucionalismo democrático. Por su parte, José Luis Martí Mármol dedica su ensayo a reprochar a lo que denomina el «fundamentalismo» de Ferrajoli el insuficiente rendimiento explicativo de su teoría formal/estructural de los derechos fundamentales, que lastraría la teorización de la democracia sustancial tanto en el plano teórico como en el normativo. Más matizadamente, Andrea Greppi ilustra en una extensa contribución algunos contrastes entre el liberalismo político y la reconstrucción filosófico-política de la democracia en el modelo garantista. Por último, Pedro Salazar analiza la interpretación que Ferrajoli ha hecho del constitucionalismo y la democracia como una expresión del modelo contractualista, contrastándola con el pensamiento filosófico-político de Bobbio. Retomando algunas ideas de los clásicos del contractualismo, Salazar formula finalmente la pregunta-dilema ya planteada a Ferrajoli en controversias anteriores: ¿implica el pacto que funda la democracia constitucional la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales?

Al margen del debate constitucionalismo/democracia, identificamos finalmente una serie de ensayos que abordan asuntos diversos sobre los que Ferrajoli ha proyectado el complejo teórico y filosófico garantista y que dan cuenta de la multiplicidad temática del libro. Así, Lorenzo Córdova analiza los problemas con los que puede tropezar la deseable propuesta ferrajoliana de establecer un sistema constitucional de tipo global. Por su parte, Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo dedican su contribución a examinar el pacifismo jurídico de Ferrajoli. El ensayo de Miguel Carbonell enfrenta diversas cuestiones relacionadas con la protección de los derechos sociales. Ermanno Vitale analiza las bases filosófico-políticas de la vigorosa crítica de Ferrajoli a la ciudadanía como último factor de exclusión en la titularidad de todos los derechos para todas las personas. En el trabajo que cierra el libro, Rodolfo Vázquez presenta algunas objeciones a determinadas tesis ferrajolianas en materia de reproducción asistida y experimentación con embriones, crítica dirigida también a la concepción metaética que subyace a las mismas.

c) Hay, en tercer y último lugar, una diferencia no menor entre las obras a las que hemos hecho referencia y este nuevo conjunto de textos dedicados a la producción ferrajoliana. Mientras que las primeras contenían una o varias sesudas réplicas de Ferrajoli a las críticas, observaciones y demandas de clarificación hechas por sus comentaristas, en *Garantismo* no hay respuesta alguna de Ferrajoli a los múltiples puntos polémicos planteados a lo largo de los veinticinco ensayos del libro. Únicamente al final se reproduce una larga e interesante entrevista realizada por Alfonso García Figueroa y publicada en la revista «Derechos y garantías» (el influjo de Ferrajoli se extiende ya a los títulos de las publicaciones científicas) en la que, a pesar de las limitaciones del formato, el entrevistador pregunta puntualmente al autor de *Diritto e ragione* por algunas de las críticas formuladas a determinados extremos de su teoría.

La ausencia de réplicas se explica, quizás, por la gran cantidad de textos que contiene el volumen y porque, como se ha dicho, buena parte de las observaciones críticas que alberga esta obra reproducen y/o perfeccionan los reproches vertidos en otros lugares (por ejemplo, que Ferrajoli se refugia en el burladero de la divergencia entre los niveles del discurso jurídico para no dar razón de la naturaleza del nexo que liga una definición estructural de los derechos fundamentales y un conjunto de tesis de nítido contenido normati-

vo). Ahora bien, dado que hay un estimable número de estudios de tono polémico (algunos de ellos, de tono francamente beligerante) respecto a determinadas tesis iusteóricas y filosófico-políticas relevantes (por no decir centrales) en la concepción de Ferrajoli y que las críticas no sólo reproducen objeciones pretéritas o inciden en las respuestas que Ferrajoli ha dado a sus comentaristas, sino que introducen no pocos motivos de debate de nuevo cuño, queda la impresión final de que *Garantismo* es un monumental libro inacabado. Los editores afirman en la presentación que el libro «en cierto sentido también es un homenaje» (lo es, sin duda, si se leen algunas de las contribuciones), pero lo cierto es que se echa de menos alguna respuesta de Ferrajoli a muchas de las censuras y objeciones que pueblan sus páginas.

Todo esto, claro, no dice nada ni de la calidad de los textos ni de la pertinencia de la edición del libro, que el lector interesado no puede por menos que alabar y constatar respectivamente. Acaso muchos de los ensayos hayan provocado la (enésima) demora en la publicación del esperado *Principia Iuris*; éste sería tal vez el mayor elogio que pudiera hacerse a un libro de estas características. Inacabado o no, el lector tiene a su alcance un valioso conjunto de textos que invitan a pensar y volver a pensar la múltiples caras de un pensamiento jurídico del que, como se ha dicho con toda razón, ya no podemos prescindir.

Pablo MIRAVET
Universitat de València

COVER, Robert, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Curtis, Editorial Gedisa (Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos), Barcelona, 2002, 156 pp.

Una breve nota curricular informaría, comprimidamente, de las principales etapas administrativas en la vida académica de Robert Cover (Boston. Massachusetts, 1942-Yale. New Haven. Connecticut, 1986), por ejemplo de este modo. Que graduado bachiller en Artes *summa cum laude* por la Universidad de Princeton (1965) y licenciado en Derecho *magna cum laude* por la de Columbia (1968), en ésta dio comienzo (1968-1971) su carrera docente; asimismo, que entre 1971 y 1972 impartió como *visiting senior lecturer* enseñanzas de Law and American Studies en la Universidad Hebrea de Jerusalén, o que, a partir de 1972 y hasta la fecha de su muerte, una vez incorporado al claustro de la Yale Law School faculty, ocupó la Cátedra Chancellor Kent de Law and Legal History, abordando materias como American Legal History, Law and American slavery, Constitutional law, Civil procedure y Federal Courts and Federal jurisdiction. Entre sus trabajos se cuentan *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (1975), de análisis multidisciplinar, que obtuvo el prestigioso Ames Prize de la Harvard Law School's de monografías jurídicas; *The Structure of Procedure* (1979), con Owen Fiss; así como el póstumo casebook *Procedure* (1988), junto a Fiss y Judith Resnik. A su fallecimiento quedó inconclusa la traducción de diversos textos de derecho procesal hebreo del siglo XVI¹.

Tan sucinta noticia apenas sin embargo permitiría vislumbrar la relevancia que, casi con rasgos de mito dentro de su especialidad y campus universitario, rodea su persona y obra científica, ambas escasamente conocidas en nuestro continente y mucho más en nuestra literatura. Su personalidad estuvo caracterizada por definidos rasgos de compromiso en las actividades políticas de la izquierda americana universitaria de los 70 y 80. Defensor de los derechos civiles y la justicia social, conoció la cárcel en Albany (Georgia) durante su etapa estudiantil como miembro del comité que coordinaba el movimiento Studien No-Violent frente a la guerra del Vietnam. Más adelante, se mostró contrario a la prestación del preceptivo juramento de lealtad exigido para pertenencia al Colegio de Abogados de New York, donde no ingresó hasta la eliminación de aquel requisito en 1984. Fue activista por la abolición de la pena de muerte, y a comienzos de esa década secundó las protestas sindicales del personal de Yale en sus reivindicaciones religiosas. En 1986 asistió a los estudiantes de esa Universidad detenidos con ocasión de las manifestaciones contra los proyectos de investigación de Yale relacionados con compañías inversoras en Sudáfrica. Partidario de la reforma de los estudios jurídicos, poco antes de su muerte concibió la idea de organizar una reunión (Annual Retreat) de puertas abiertas en la que participaran alumnos de diferentes Facultades jurídicas del país y profesionales e instituciones vinculadas al ejercicio de la abogacía. Su proyecto se hizo realidad en marzo de 1988, convocados al Boston University's Sargent Camp, que en la actualidad continúa celebrándose, con asistencia de estudiantes de Yale University,

¹ De otros perfiles de su calidad profesional se recogen opiniones de colegas en «Tributes to Robert Cover», en *The Yale Law Journal*, 96 (1987), pp. 1069 ss.

Boston University, Boston College, Columbia y NYU². La Cover Retreat ha servido también de modelo a otras iniciativas semejantes, como el Annual Grillo Public Interest Retreat, en la West Coast, y el Annual Amaker Public Interest Retreat, en el Midwest.

En cuanto a la originalidad intelectual hacen prueba los textos recogidos en la presente edición, procedentes de una recopilación anterior³ que agrupó otros varios ensayos de su producción. Se trata en concreto de *Nomos y Narración* (1983) y *La violencia y la palabra* (1986). Sobre el primero de éstos, la Yale University organizó el pasado abril de 2004, con patrocinio del programa en Judaic Studies (fondo Miriam Horowitz) y de la Yale Law School, el simposio «Rethinking Nomos and Narrative. Marking Twenty Years Since Robert Cover's *Nomos and Narrative*»⁴, donde intervinieron Steven Fraade (Yale University), «Nomos and Narrative Before *Nomos and Narrative*»; Avi Soifer (University of Hawaii. Law School), «Play Bridge: Notes on Cover's Metaphor»; Moshe Halbertal (Hebrew University), «Jewish Law and the Limits of the Concept of Law: the Challenge of Robert Cover»; Beth A. Berkowitz (Jewish Theological Seminary), «Negotiating Violence and the Word in Rabbinic Law»; Steven Wilf (University of Connecticut. Law School), «Folktales of Justice and the Rabbinic Legal Imagination», y Suzanne Last Stone (Cardozo Law School), «Folktales of Justice and the Rabbinic Legal Imagination». Acerca de esta última temática, que reenvía al trabajo de Cover, «The Folktales of Justice. Tales of Jurisdiction»⁵, es lástima que un no mayor y más decidido empeño por parte del editor-traductor nos haya privado de disponer de él en versión española. A mi entender, la aportación de Cover en ese asunto propone una labor de arqueología jurídica capaz de hacer emerger versiones alternativas del *nomos* cuya existencia era previa al momento fundacional y que, aun permaneciendo ocultas, han influido no obstante sobremanera en la imaginación jurídica de generaciones de posteriores intérpretes. Cover atribuye en ese estudio a la construcción del espacio jurídico una naturaleza ligada a los imaginarios narrativos; acudiendo a los antiguos «folktales of justice» rabínicos (dominio de los textos sagrados «sacred stories») ilustra la gestación y compromiso que rodea al acto de aserción jurisdiccional. Su investigación pone al descubierto la existencia en el Derecho hebreo (y por extensión igualmente en otros sistemas jurídicos) de un *bricolage* pre-fundacional de derechos que en realidad explicitan un contrapunto al aplastante poder de una narrativa fundacional, y en ese sentido Cover fuerza invertir, a subvertir incluso, el status agresivo y coercitivo del *nomos* actual, invitando a repensar su narrativa. Es así como,

² Queda al cargo de los estudiantes la determinación del plan y programa de trabajo, registrándose en los últimos años los siguientes convocatorias: 1992, «Correcting Politics: Pursuing Public Interest in Legal Education and Practice»; 1995, «Privilege and Power in Public Interest Advocacy»; 1997, «Without a Net: Public Interest Practice in a Mean-Spirited Age»; 2002, «Lawyering in Context: Exploring the Intersections of Law and Community»; 2004, «Confronting Challenges: Making Public Interest Work».

³ Minow, Marthe; Ryan, Michael y Sarat, Austin (eds.): *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, The University Michigan Press, Michigan, 1993.

⁴ El programa académico y abstrac de las ponencias presentadas puede consultarse en www.yale.edu/religiousstudies/JudaicStudies/nomos/

⁵ Vid. COVER, Robert: «The Folktales of Justice. Tales of Jurisdiction», en Minow, Marthe *et. al., cit.*, pp. 173-201.

mediante préstamos de teorías filosóficas, literarias y teológicas judeocristianas sobre la narración y la interpretación, sintetiza dos vertientes del derecho: su papel de crear cohesión social y cultural, y su función violenta del ejercicio del Derecho, principalmente a través de la coerción, destructora de cohesiones e interpretaciones diversas.

Desde esta perspectiva los trabajos de Cover finalmente recogidos en la presente edición ciertamente son exponentes de la tensión entre, por un lado, el derecho como fenómeno cultural e interpretativo que da cohesión a los grupos humanos y, por otro, el derecho como ejercicio de violencia, es decir, como destructor de cohesiones. Tensión que Cover aplica a la situación de grupos culturales minoritarios en Estados Unidos que reivindican la soberanía de interpretar sus relaciones con el sistema jurídico estatal a partir de la propia narración histórica que constituye su identidad, explorando en todo ello la posición interpretativa constitucional en relación al *nomos* de cada uno de tales grupos. La conclusión de Cover ante esa tensión relacionante de *nomos* y/o narración expone el *iter* en que determinadas comunidades que habían formado propios significados legales utilizaron sus historias particulares sobre el derecho para construir más allá de su espacio jurídico autónomo un ámbito de reconocimiento ante la autoridad jurídico-estatal o por el contrario hallaron en ésta una resistencia a las aplicaciones de esa autoridad. Es en este punto donde la contribución de Cover supera la temporalidad de su primera aparición, veinte años atrás, y tal vez hasta el propósito inmediato de ponderar la virtualidad instructiva de la hermenéutica legal judía en su dimensión narrativa, para brindar ocasión a una reflexión más general acerca de cómo pensamos el Derecho en una sociedad liberal.

Con todo el enfoque más sugestivo de su tesis sería, brevemente expuesto, el siguiente. La interpretación legal tiene lugar en un campo de dolor y muerte (pp. 113 y 121), donde los jueces son agentes de violencia (p. 68). Sirvan a su sintético desarrollo los fragmentos que a continuación entresaco: «En un mundo imaginario, en el que la violencia no jugará ningún papel en la vida, el derecho crecerá únicamente a partir del impulso hermenéutico –de la necesidad humana de crear e interpretar textos» (p. 68). Las divisiones interpretativas respecto a grandes temas existirían, pero la hilaza de la vida social y la mutua preocupación y respeto hacia todos aquellos procesos hermenéuticos permitiría admitir la divergencia interpretativa. Sin embargo, la realidad es otra, y bien diferente; el significado jurídico que prolifera desde la fecundidad «jurisgenésica» en todas las comunidades interpretativas, «nunca existe aislado de la violencia. La interpretación siempre ocurre a la sombra de la coerción. Y a partir de este hecho podemos reconocer un papel especial para los tribunales». Ese rol, al que Cover denomina como *jurispathic* («jurispática» en la trad., p. 69)⁶, se aprecia tanto de la Mitología como de la Historia al advertir que en el origen o la justificación de los tribunales éstos raramente son comprendidos como una necesidad para la creación de la ley o el derecho. A los jueces se les entiende más a menudo como necesidad

⁶ Hallazgo traductor, creo que hay que decir, muy poco afortunado. Hubiera sido conveniente, en todo caso, incorporar alguna nota aclaratoria al respecto de tal decisión traductora. Creo que es desafortunado el empleo de *jurispática*, que no acierta a trasladar el efecto del singular vocablo inglés. Con *jurispathic* pueden hacerse diversas conjeturas al tenor ideológico de la tesis que el A. nos presenta. Personalmente me inclino a proponer la de *jurispatética* como relacionada con infundir aflicción, dolor.

a la hora de «suprimir» ley o derecho, de elegir entre dos o más normas, de imponer entre o sobre las normas una jerarquía⁷. En la historia y la mitología hallamos base para afirmar que los jueces surgen de la polinomia (la abundancia de normas, el demasiado derecho), y también que la polinomia surge de la desaparición de los Tribunales.

Es de este modo cómo los jueces se reflejan en la disponibilidad de poseer un muy significativo poder de producir violencia. Es desde esa perspectiva que puede sostenerse que «los jueces son gente de violencia», porque «dado que ordenan violencia, lo que les caracteriza no es crear derecho, sino destruirlo». «El cargo que ocupan es jurispático (mejor, jurispático): ante el exuberante florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea es la de afirmar que sólo una es derecho y destruir o tratar de destruir el resto». Pero, agrega Cover, «los jueces son también gente de paz», porque ante «sectas en guerra, embanderadas en su propia ley, aseguran la función regulativa que permite una vida de derecho antes que la violencia. El grado de violencia que pueden ordenar (pero generalmente no ordenan) constituye la medida del grado de paz y ley que establecen» (p. 88).

Creo que el tema es de extraordinario atractivo. Esta visión acerca de los jueces y su labor interpretativa tiene cierta coyuntura de actualidad en nuestro país, donde existen comunidades (políticas) interpretativas que ofrecen interpretaciones en conflicto con el Estado (constitucional). En tales casos no puede caber, ni de hecho cabe, sino aceptar que esas comunidades interpretativas que generan o pretenden generar un mundo normativo propio, desarrollan bien una hermenéutica de resistencia o bien una de retirada, pero en todo instante conociendo que la violencia estatal es parte de la realidad⁸, puesto

⁷ Creo que cabe otra perspectiva menos drástica que la de supresión. Sería tratar de comprender la *adjudicación* de sentido como *dación* u *otorgación* priorizadora de sentido. Que los jueces elijan dar u otorgar «sentido» a una entre varias interpretaciones contendientes no implica la eliminación de la interpretación disidente y no preferida, cuya postergación sólo en casos excepcionales –como haber sido producida en un vacío de sentido (constitucional por ejemplo)– podría tenerse por definitiva. En lo demás, el funcionamiento práctico de un tribunal que decreta la nulidad de un acto procesal no es propiamente constitutivo del acto nulo sino declarativo o certificante del reconocimiento de una realidad procesal preexistente a su enjuiciamiento. En nuestra doctrina procesal expresó no obstante una distinta asimilación José ZAFRA VALVERDE, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva. (La constitución jurídica procesal)*, pról. de Jaime Guasp, Eds. Rialp, Madrid, 1962, pp. 99-100, entendiendo que era la propia realidad procesal del enjuiciamiento la que podía producir no sólo un otorgamiento de sentido o razón jurídica frente al sinsentido o sinrazón ulterior o sobrenido, sino sentido y razón innovante mediante la constitución, modificación o extinción de una situación jurídica, relación jurídica o estado jurídico como fenómeno procesalmente autónomo de formalización o desformalización jurídica.

Por lo demás, la función unificadora de doctrina tribunalicia atribuida a determinado nivel judicial orgánico sobre la evacuada por otros de rango inferior (jurisprudencia menor) en el desempeño soberano de la función jurisdiccional no riñe con la validez y eficacia de aquélla hasta tanto, sin que además tal unificación altere, y menos suprima, la situación jurídica previa.

⁸ La idea de que la violencia dentro de un Estado es un tabú ha sido hecha explícita por Norbert ELÍAS en «Violence and civilization: The State Monopoly of Physical violence and its Infringement», así como por su comentarista Helmut KUZMIES en «The Civilizing Process», ambos trabajos en Kane, John (ed.): *Civil Society and the State. New European Perspectives*, Verso, London, 1988, pp. 177-198 y 149-176 respectivamente. Dos referencia fundamentales a mi parecer sobre el monopolio de la

que, como detalla Cover, el Estado mantiene siempre una influencia coercitiva sobre la interpretación, de donde resulta explicable que con frecuencia las comunidades eviten el conflicto abierto con las interpretaciones de Estado amparadas por el Poder Judicial, al menos cuando es probable que la respalde con la violencia.

Si esto no ocurre siempre así, o en los casos en que no ocurre, o pueda no ocurrir, o sea, cuando alguna comunidad desenvuelva una hermenéutica de resistencia frente a la ley del Estado, o lo que es lo mismo, frente a la ley de un juez, e insista aquella comunidad en vivir o realizar su propia ley dentro del mundo social más amplio, el juez debe plantearse la cuestión de su compromiso con la violencia de su cargo. «La sumisión o el acomodamiento de la comunidad a la interpretación del juez refuerza el proceso hermenéutico realizado por el juez y extiende, de una manera u otra, su alcance social. Por el contrario, la resistencia de la comunidad desafía la pretensión implícita de que la interpretación del juez es obligatoria». Si en efecto se produce ese desafío, el juez que no tenga un abordaje interpretativo inherentemente superior o no cuente con la posibilidad de aplicar un derecho necesariamente mejor, «debe separar el ejercicio de la violencia de su propia persona». La única manera, aclara Cover, en la que el empleo de la fuerza no se revela como un desnudo acto jurispático es a través de la elaboración por parte del juez del privilegio institucional de la fuerza, es decir, de la jurisdicción. «Del mismo modo que aquellos que viven de acuerdo a la ley de su comunidad recurren a los textos de resistencia, el juez que debe destruir esa ley recurre a los textos de jurisdicción». Los textos de jurisdicción más básicos son las apologías del propio Estado y de su violencia –ideología del contrato social, la justificación de la soberanía del Estado–. O las racionalizaciones del Estado del bienestar (p. 90) (con independencia de que también existan textos de jurisdicción que puedan actuar como un límite al propio Estado y su violencia). Ocurre, no obstante, que el juez raramente concede que sea esto lo que ande en juego. «La consideración judicial de los textos de jurisdicción comienza con la justificación –en general o en particular– de los tribunales» (p. 91). Desde luego, no cabe duda que esto es lo que fundamentalmente hacen el Tribunal Supremo y el Constitucional. E incluso, más que posiblemente, la misma dogmática en cuanto discurso legitimador del Derecho y el Estado actuales.

Con todo, quisiera terminar con una creencia en la que mantengo, por encima de eventuales discrepancias, una exacta coincidencia con Robert Cover. «En una situación verdaderamente violenta y autoritaria, nada más revolucionario que la insistencia de un juez en que él ejerce tal «jurisdicción», pero sólo si esa jurisdicción implica la articulación de un principio legal según una hermenéutica independiente. El compromiso con un proceso jurisprudencial que no sea deferente con la violencia de la administración es la

violencia por parte del Estado son los trabajos de GIDDENS, Anthony: «Estado y Violencia», en *Debats*, 4 (1983), pp. 81-90, y *The Nation-State and Violence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985. No empacha la lectura de BENJAMIN, Walter: «Para una crítica de la violencia» (1921), en *idem: Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, introd. y selec. de E. Subirats y trad. de R. J. Blatt Weinstein, Taurus, Madrid, 1991, pp. 23-45, y Rafael SÁNCHEZ FERLOSIO en sus reflexiones sobre la función punitiva estatal construida sobre la idea de Derecho como producto de la desencarnación y expropiación de todos los impulsos vengativos. Así, «Cuando la flecha está en el arco, tiene que partir» (1987-1988), en *Claves de Razón práctica*, 1, abril 1990, pp. 2-17, en esp. pp. 16-17.

única esperanza que tiene el juez para desprenderse parcialmente de la violencia de Estado» (p. 98). En caso contrario, el significado que adjudique, que atribuya –que *otorgue* preferiría decir yo– con su interpretación inhibitoria, u ocasionalmente promotora, en los procesos de creación *de sentido* (p. 47) nunca tendrá más privilegio ni valdrá necesariamente más que la del resistente al que contiene o inculpa y envía a la cárcel. El resto, como es natural, es siempre, sencillamente, sólo ética para entusiastas.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005, 278 pp.

En la presente obra nos encontramos ante el análisis del derecho a la intimidad desde una óptica particular: la de la sociedad tecnológica. Todo lector avezado puede pensar que sobre este tema se ha escrito mucho, pero el enfoque que plantea la profesora Galán en su investigación no deja de ser novedoso e interesante.

El derecho a la intimidad, para la autora, tiene una dimensión antropológica social y moral que discurre pareja a la jurídica. Su interés por la antropología jurídica y la semántica no viene de ahora; ya en sus obras anteriores *Antropología y derechos humanos*¹ y *Command as Metaphor. A Philosophy of Analytical Jurisprudence*², es patente su acercamiento a estas dos áreas temáticas.

En el primer capítulo de la obra se muestra una aproximación lingüística a la distinción entre intimidad y vida privada, en el ámbito español, y *privacy* e *intimacy*, en el contexto anglosajón. Esta diferenciación es acertada, ya que es precisa una delimitación conceptual para sentar las bases, a partir de las cuales se va a desarrollar el libro.

Las acepciones intimidad y *privacy* presentan coincidencia en elementos básicos, pero divergen en cuanto al grado. Es decir, mientras que la primera se circunscribe a «ámbitos de retiro y de secreto que pertenecen al espacio más espiritual de la persona, con predominio de la dimensión física, con la que se identifica a la propia persona, la segunda lo hace a ámbitos de retiro y de secreto que no tienen por qué ser en absoluto espirituales o íntimos, poniéndose por ello el énfasis en el hecho de estar apartado de la presencia de los demás» (p. 24).

Sin embargo, se aparta un poco de la diversa terminología que se utiliza para definir estos conceptos, dando preponderancia a la intimidad como espacio libre de incidencia y que resiste a la acción del poder público y de la misma sociedad.

Ya en el segundo capítulo Galán acomete el estudio, desde una perspectiva histórico-jurídica, del «*Privacy Law*» en el ámbito anglosajón y acudiendo a la casuística analiza su tratamiento en el contexto norteamericano y en el inglés.

En el siguiente capítulo se centra en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el ordenamiento jurídico español. En este sentido mantiene la tesis de que se trata de tres derechos distintos, si bien señala que la doctrina deja traslucir una cierta confusión en lo concerniente a su delimitación. Por otro lado, dentro de esta parte es interesante el epígrafe dedicado a la protección procesal y eficacia respecto a terceros. Es destacable la referencia que hace a la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechten* (eficacia a terceros de los derechos fundamentales) que, hoy en día, todavía tiene repercusión. Posteriormente se centra en el contenido esencial de los

¹ Especialmente el epígrafe «Derecho, hombre y persona». Dilex, Madrid, 1999, pp. 99-116.

² En concreto, el capítulo titulado: «Linguistic and metaphorical of “command”». Dilex, Madrid, 1999, pp. 63-108.

derechos al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen. Es decir, el contenido mínimo inviolable que aparece en su conjunto históricamente condicionado; el *Wesengehalt* del que habla la doctrina alemana.

El capítulo cuarto se dedica a un tema crucial en el tratamiento de los derechos humanos: su fundamento moral y filosófico. En este contexto su análisis se ubica, fundamentalmente, en el derecho a la intimidad. Galán aboga –tomando la clasificación de Hohfeld– por un entendimiento de los derechos humanos como *claim-rights* («derechos-demanda»). Con esto pone de relieve que los derechos humanos «implican que otras personas tienen la obligación correlativa de actuar, o no hacerlo, en los términos requeridos por su titular» (p. 110), para luego añadir siguiendo a Gewirth: «consisten en exigencias morales, *normativamente necesarias* y dirigidas hacia otras personas. De ahí se deduce que la base que justifica los derechos humanos es un principio moral normativo, que sirve para establecer lo que toda persona debería tener moralmente, los bienes a los que tiene derecho y por ello debería poder reclamar a los demás» (p. 111). Aquí juega un papel fundamental la dignidad humana, que se alza invariable y «permanece aunque los derechos cambien y su destino no lo determinan los hombres porque su sentido y fin radica en el propio hombre» (p. 114). Es decir, todo el mundo la ostenta por el mero hecho de ser hombre y sirve de explicación a la fundamentación de los derechos humanos.

En el siguiente capítulo se destaca la vinculación de la intimidad con la libertad, de la mano de autores como Emmanuel Kant o Isaiah Berlin. La libertad aparece vinculada al concepto de autonomía, que posibilita al ser humano enjuiciar por sí mismo sus acciones y su voluntad partiendo de una querencia hacia la moralidad. Esta situación enlaza con una dimensión de la intimidad no entendida en su significación originaria (aquella que se circunscribe al fuero interno de la persona), sino como condición de la personalidad individual y de la personalidad social. De manera que «la intimidad lejos de implicar autoconfinamiento del sujeto moral, supone proyección social» (p. 134).

Otra parte relevante en este estudio es la dedicada a los conflictos que se ocasionan entre las libertades del artículo 20.1.a) y d) y los derechos del artículo 18.1 de la Constitución Española. En la exposición de esta cuestión la autora acude a la casuística de la jurisprudencia constitucional española, para delimitar los criterios que prevé el Tribunal Constitucional para la solución de estos conflictos. En este sentido analiza términos clave en este tema: «información veraz», «relevancia pública» o «interés general» de la información difundida, «ponderación de bienes», etc.

Un asunto de no menos actualidad, que el anterior, es el del papel del derecho a la intimidad en la sociedad tecnológica, ámbito en el que se enmarca todo el libro, pero que en este capítulo tiene un tratamiento particularizado. Allí se resalta su importancia y se lleva a cabo su fijación terminológica. De ahí que se prefieran las denominaciones de «sociedad tecnológica electrónica» o «sociedad de la comunicación tecnológica», más que la de «sociedad de la comunicación» por «entender esa comunicación como plena, cuando está sometida a la tecnología y es plenamente dependiente de ella» (p. 187). El problema es que esta «sociedad de la comunicación tecnológica» presenta un alto grado de complejidad y, por ello, sólo puede funcionar como «sociedad abierta».

Los hombres deben actuar de manera consciente y conducirse con responsabilidad; ponderar en todo caso los pros y los contras de los progresos tecnológicos y valorar sus efectos para los derechos humanos sobre los que inciden. En este sentido, Galán recurre a Hans Jonas, autor que desarrolló una «ética para la civilización tecnológica». Ésta no deja de ser una «ética de futuro», ética de responsabilidad futura, deducida de su imperativo categórico: «actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de vida genuina sobre la tierra». Asimismo hay que tener en cuenta que, actualmente, es un riesgo no querer asumir las consecuencias que el uso inadecuado de las nuevas tecnologías puede conllevar.

En el capítulo octavo, dedica su atención a la respuesta del derecho ante el desarrollo de las nuevas tecnologías en el tratamiento y transmisión de la información y de datos de carácter personal. Aquí cobra importancia el derecho a la autodeterminación informativa, configurándose con un objeto y un contenido diferente al derecho a la intimidad.

La autora se refiere en el último capítulo al derecho a la intimidad genética y el derecho a la protección de datos genéticos. Orienta su planteamiento al campo de la bioética, en especial, la genética humana desde una perspectiva fundamentalmente filosófico-jurídica. No obstante, también establece algunas concesiones a temas como la privacidad y protección del genoma humano, el consentimiento informado, el derecho a la imagen genética o el banco de datos genéticos.

En definitiva, un libro sugestivo lleno de reflexiones y sugerencias; siendo elaborado con humildad, desprovisto de la tentación de crear un trabajo polémico, pero que invita a pensar.

José Antonio SANTOS ARNAIZ
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

MENGER, Antón, *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar «Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger» de J. L. Monereo Pérez, editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2004, 406 pp.

En esta edición se han reunido dos relevantes obras de Menger (1841-1906), profesor de Procedimiento civil austríaco y numerosas veces decano de la Universidad de Viena. Son *El derecho al producto íntegro del trabajo* traducido en España por A. Posada y *El Estado democrático del trabajo* cuyo título original es *Nueva doctrina del Estado* y que se tradujo en castellano por M. Domenge con el de *Estado socialista*. Ambas han marcado la historia del pensamiento social y los derechos sociales, no sólo en el extranjero sino también entre nosotros al ser publicados respectivamente en 1886 y 1908. En la misma línea apareció igualmente su ensayo *El Derecho Civil y los pobres*, presentado en las librerías españolas en el año 1889¹.

Tal conjunto bibliográfico, muestra a Menger en afinidad intelectual con las teorías que defienden a las clases más desventajadas y desposeídas. En el marco del Derecho civil, criticó duramente los proyectos de codificación liberal y luchó por la introducción de un estilo jurídico antiformalista, así como por el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Fue de esta manera que Menger llegó a fundar la corriente de pensamiento del «socialismo jurídico» la que intentó imponer un nuevo y alternativo paradigma en el ámbito jurídico. Ahora bien, la reforma propuesta por Menger va más allá y alcanza también a lo económico y político. Y sobre todo porque encontró en las doctrinas socialistas una alternativa no compatible con el sistema capitalista y el liberalismo político individualista.

Menger comienza, así, planteando la necesidad de transformar un sistema de derecho patrimonial basado en la propiedad privada. Como se sabe, el contractualismo clásico de los siglos XVII y XVIII consideraba la propiedad privada un derecho, universal, absoluto e inalienable del individuo, es decir, un derecho tanto humano como natural que plasmado luego en declaraciones y constituciones pasaba a pertenecer al hombre abstracto. Pero fue durante el siglo XIX que empezaron a hacerse patentes las contracciones inherentes a unos derechos que en realidad no correspondían a todos por igual, sino que eran disfrutados por unos pocos. Se protegía efectivamente la vida y la integridad física, pero no las condiciones de existencia (alimento, habitación, vestido) que tan esenciales eran para el individuo particular como también para el ejercicio del resto de los derechos. Las desventajas económicas, sociales y políticas se concentraban en las clases trabajadoras que pronto comenzaron a ser conscientes de su situación y se organizaron para expresar reivindicaciones y proponer cambios. Las primeras propuestas sociales se centraron en lo que parecía ser clave de su desventajada situación y piedra angular del propio sistema impuesto por la burguesía privilegiada: el sistema capitalista y la propiedad privada de los medios de producción. Los trabaja-

¹ Ahora publicado nuevamente con estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez sobre «Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España», en Edit. Comares, Granada, 1998.

dores veían indefensos que para sobrevivir sólo contaban con su propia fuerza de trabajo, y que la propiedad exclusiva de los medios de producción les dejaba en una posición débil y dependiente del propietario-empresario. De ahí que el socialismo reivindicara, en un principio, suprimir ese derecho patrimonial que no garantizaba al obrero el fruto o producto íntegro del trabajo que realizaba. Para Menger, este derecho era un derecho *básico* que iba asociado a los obreros precisamente porque en el siglo XIX el trabajo era el único medio para ganarse la vida. Era *injusto* que el burgués-empresario se apropiara de los rendimientos sin trabajo, de las rentas de la tierra, de los beneficios del capital, etc. Menger realiza, entonces, un recorrido por el pensamiento socialista en general a fin de analizar las propuestas que en torno a la propiedad se habían ofrecido. Conclusiones respecto al producto *íntegro* del trabajo y la propiedad parecen indicar claramente que este derecho básico era exclusivo del socialismo, de difícil puesta en práctica en las teorías comunistas e incompatible con las teorías capitalistas. Era, por decirlo de otra manera, un derecho defendido desde una ideología que desde luego aspiraba a un cambio total de la sociedad conforme a parámetros basados en la libertad, igualdad y solidaridad, y una *alternativa* a las corrientes ideológicas triunfantes en la época (liberalismo individualista) cuya pretensión consistía en resolver los problemas que había planteado el excesivo egoísmo de las clases ricas y satisfechas establecidas en el poder.

Junto a este derecho, Menger proclamó, asimismo, otro derecho *básico*, el derecho a la existencia, que implicaba satisfacer las necesidades fundamentales de todos los individuos de la sociedad. Este derecho era complemento indispensable del primero, y además no podía existir independientemente de aquél, puesto que las satisfacciones más primarias de los obreros del siglo XIX se satisfacían precisamente a nivel económico, acabando con la pobreza radical en la que estaban inmersos, algo que sólo era posible si realmente su trabajo llegaba a ser recompensado íntegramente. A estos dos derechos básicos, Menger añadía, además, un tercer derecho, el conocido como derecho al trabajo, que, según se explica, era una variante del derecho a la existencia, pero con diferencias, como también cabría preverlas respecto del derecho al producto íntegro del trabajo. Efectivamente, la existencia se satisfacía mediante el trabajo, pero aquí se trataba de un derecho a encontrarlo, y no tanto de un derecho al producto íntegro, sino a un salario.

En resumen, tres eran los derechos básicos según la doctrina socialista de Menger: el derecho al producto íntegro del trabajo, el derecho a la existencia y el derecho al trabajo. Sus iniciativas de reforma y satisfacción de estos derechos giraban alrededor de la creación de un Estado democrático y social basado en los valores de la libertad y la igualdad, que reconociera y garantizara los derechos fundamentales (también económicos y sociales), no desde un punto de vista meramente individualista, sino apostando por una idea social y solidaria. Frente al Estado liberal de la época, Menger aún confiaba en la forma estatal pero intentaba mejorarla promoviendo la evolución pacífica hacia una forma de Estado que proclamaba aquellos valores de libertad e igualdad superando una perspectiva meramente formal, de libertad negativa o de abstención o de igualdad ante la ley, para penetrar en una dimensión sustancial que apostaba por una libertad real y una igualdad material. Se trataba de una renovadora forma de Estado dispuesta a *intervenir* positivamente en el ámbito social basándose en la idea solidaria de suprimir las desigualdades existentes.

Esta teoría, como las teorías socialistas más puras, contemplaba el fin del capitalismo económico y del liberalismo individualista como algo que sucedería inevitablemente a consecuencia de la lucha que se produciría en una sociedad cada vez más desigualitaria. De ahí que la transición a la nueva forma de Estado hubiera de tener lugar igualmente ya de modo pacífico o a través de la acción violenta revolucionaria. Menger, sin embargo, opta por esa evolución pacífica en un intento solidario de acabar con la cuestión social que transversalmente abarcaba a todos los ámbitos de la sociedad. Lo que no pudo prever fue que muchas de sus reivindicaciones no alcanzarían a conformar verdaderos derechos; que, finalmente, el pacto político social pacífico optaría por incorporar sólo aquellos derechos económicos y sociales que eran compatibles con el sistema económico capitalista, dejando fuera aquéllos de contenido propiamente socialista, como el derecho al producto íntegro del trabajo. Es decir, que reivindicaciones como ésta nunca llegarían a ser propiamente derechos sociales fundamentales tal y como se entienden desde el llamado positivismo corregido o ético según el cual los derechos fundamentales son pretensiones morales, pero que además han de recogerse por el ordenamiento jurídico, justo por dos razones: porque se reconducen a la dignidad humana concretada por los valores de la libertad, la igualdad y la solidaridad y porque los derechos han de cumplir una función esencial en el sistema jurídico en tanto elementos estructurales e informadores del mismo (función objetiva), así como instrumentos preservadores de la dignidad humana del individuo (función subjetiva).

No obstante, la reedición de las obras de Menger supone un gran acierto, ya que ayudan a comprender y reforzar la importancia de las propuestas socialistas y el origen de los derechos económicos, sociales y culturales, en un contexto que actualmente se caracteriza por la crisis de la estructura del Estado social como Estado de Bienestar y por la devaluación o descalificación de los derechos sociales. Un contexto en el que se ha impuesto una ideología neoliberal que promueve los derechos individuales, civiles y políticos en defecto de los derechos económicos, sociales y culturales, que intenta convencer de la imposibilidad de realización de los derechos sociales en tanto pretensiones dependientes de las políticas públicas diseñadas por el legislador y de los recursos económicos disponibles. Una ideología que define los derechos sociales como derechos meramente prestacionales, que sólo generan obligaciones positivas y que no generan disfrute para todos.

Gracias a los escritos de Menger se muestra, no obstante, cómo las reivindicaciones socialistas se han basado históricamente en la dignidad humana y que, al contrario de lo que se piensa hoy, no hay un único modo de pensar la sociedad y los derechos. Además, Menger ayuda a reflexionar sobre la idea de progreso social. Parece ser que el progreso no es siempre lineal, esto es, que no siempre se viaja hacia mejores formas de vida para *todos*. Una prueba la hallaríamos en la situación actual donde se está volviendo a ese liberalismo egoísta que rechaza los triunfos que en derechos se han conseguido gracias las aportaciones socialista y democrática. De este nuevo neoliberalismo, son aceptables las críticas dirigidas al Estado social como Estado de Bienestar, puesto que en esta forma de Estado son constatables determinados e importantes defectos (excesiva burocratización y mercantilización) y, además, se coincide en que las circunstancias han variado actualmente debido al proceso de globalización de la economía y del mercado. Pero, por nada de esto podría ocultarse que, desgraciadamente, la expansión del neoliberalismo ha llevado igualmente aparejada la aparición de una nueva cuestión social, de

alguna manera superpuesta a la conocida disfuncionalidad de la sociedad industrial y capitalista; una nueva cuestión social caracterizada por nuevos fenómenos de exclusión y desventaja social. Por ello, porque ya se demostraron los defectos del antiguo Estado liberal y porque las circunstancias han acrecentado aún más esos inconvenientes, no debería confiarse y aceptar volver a un Estado residual dispuesto a imponer un nuevo sentido conservador (neoliberalismo) que, minimalizador de las políticas públicas, pretende acabar con la pobreza radical sin llevar a cabo políticas de nivelación social. Por el contrario, se ha de optar por una alternativa más avanzada, por la evolución del Estado social intervencionista o institucionalista hacia otra forma de Estado que favorezca la transformación de la noción de ciudadanía y la consideración de los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales constitucionalizados. Se debe luchar por el avance positivo, por devolver y conseguir triunfos cada vez más extensibles y reales para todos.

A ese fin, no es indiferente hacer propuestas desde ideologías socialistas, ya que estos puntos de vista comportan alternativas de avance de la sociedad existente. Se dice que estas ideologías son una utopía y que no tienen ninguna función, que son simples ilusiones irrealizables. Sin embargo, sólo a partir de las aportaciones ideológicas del socialismo ha sido posible concebir los derechos fundamentales como auténticos instrumentos preservadores de la dignidad humana y como elementos informadores de todo el sistema jurídico, político y social.

El *handicap* que quizás presentan estas teorías es que la única puesta en práctica del socialismo conocida significó la imposición de sistemas totalitarios (aunque los totalitarismos suministran también otros signos políticos: fascismo...), pero la indudable ventaja es que muchas de las reivindicaciones socialistas se encuentran ya fuera de discusión. Por ejemplo, ese derecho a la existencia del que habla Menger, es decir, un derecho a la satisfacción de las necesidades *básicas* humanas. Es insostenible continuar negando un mínimo social que asegure una vida digna a todos los seres humanos, y es necesario fijar ese mínimo infranqueable o núcleo irreductible de los derechos sociales para que pueda ser disfrutado por todos, que concrete obligaciones necesarias y que permita la ponderación real de los derechos sociales cuando entren en conflicto con otros bienes o derechos fundamentales. El problema se suscita en la autoridad que debe fijar ese mínimo. Se dice, de nuevo, que los derechos sociales son dependientes del legislador, pero en un sistema como el nuestro enmarcado en el paradigma del neoconstitucionalismo, donde la Constitución es el centro del ordenamiento jurídico, es sin duda el Tribunal Constitucional el encargo de fijar ese mínimo, aunque, se entiende, atento siempre al debate público formal (parlamentario, de partidos políticos...) e informal (de las organizaciones o movimientos sociales).

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

OLLERO TASSARA, Andrés, *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Thompson Civitas, Madrid, 2005.

Siguiendo su, no del todo bien orientada, tendencia a la laicidad y fiel al vicio de apurar la copa cuando el contenido lo merece, el profesor Ollero ha acabado por convertir en libro la ponencia sobre la libertad religiosa en España que redactó y expuso en el marco del «Kölner Gemeinschaftskommentar», organizado por los profesores Tettinger y Stern, con la intención de estudiar y publicar el tratamiento dispensado por cada uno de los países de la Unión Europea a los derechos de libertad ideológica y religiosa. Un libro, facilitado por la abundante jurisprudencia constitucional disponible y por su rico contexto doctrinal, que no sólo le ha llevado a frecuentar las «buenas compañías» de constitucionalistas, laboristas y, sobre todo, la del «enigmático cuerpo» de los eclesiasticistas, sino que le ha puesto en el ojo del huracán de una cuestión de la más candente actualidad.

Y en efecto, el libro aparece en plena polémica entre quienes reclaman una absoluta separación entre los poderes públicos y cualquier manifestación de índole religiosa, aduciendo que así lo establece la Constitución y la de quienes, por el contrario, señalan que la Constitución establece más bien la cooperación con las diversas confesiones. Tal polémica, la de si España es o no un Estado laico, exige, pues, como se señala en el capítulo I, *Estado laico y raíces cristianas*, un doble análisis. De una parte ahondar en la concreta regulación de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución de 1978 y de otra, obviamente y con carácter previo, determinar qué habría de entenderse por *laico*, pues este calificativo puede reenviar a planteamientos tan diversos entre sí como laicidad y laicismo.

Así las cosas, y aunque la distinción entre ambos planteamientos es un tema sobre el que se vuelve una y otra vez en el texto, el autor avanza inmediatamente una primera caracterización. Por laicismo habría de entenderse el diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso poniéndose el acento más en una no contaminación que en la indiferencia o la auténtica neutralidad. En otras palabras, una separación tajante que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual y que, en su versión más patológica, llevaría incluso a generar una posible discriminación por razón de religión. La laicidad, por su parte, se caracteriza, provisionalmente, de forma puramente negativa, *a contrario*: no habría nada más opuesto a ella que enclaustrar determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos derivaría inevitablemente de una indebida injerencia de lo sagrado en el ámbito público.

Tras esa primera caracterización de los planteamientos a que puede reenviar el término laico, el capítulo segundo, *El diseño constitucional*, se destina a analizar la regulación constitucional al respecto. Y así, tras poner el texto constitucional como ejemplo de legislación negativa particularmente afortunada, al excluir tanto el modelo confesional, reiterado a lo largo de la historia española, como sus efímeras alternativas de separatismo en versión laicista, se analiza pormenorizadamente el artículo 16 de la CE, señalando como ya desde el primero de sus apartados se descarta toda óptica laicista, al garantizarse «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades» desbordándose así un planteamiento meramente individualis-

ta que llevaría a identificar la libertad religiosa con la libertad de conciencia sin contemplar su posible proyección colectiva y pública.

En cuanto a los límites de tal libertad, el autor enfatiza, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, el carácter excepcional, por exclusivo, del único límite establecido: el necesario «para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Un carácter excepcional que parece emparejar a la libertad religiosa con la ideológica a la hora de graduar el alcance de su protección constitucional. A todo lo cual habría de añadirse, por cierto, lo que la jurisprudencia constitucional ha caracterizado como dimensión negativa de la libertad religiosa e ideológica, reconocida en el apartado 2.º del artículo 16: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

De esa nueva equiparación entre concepciones ideológicas y creencias religiosas se derivaría, según el autor, una elemental exigencia de laicidad; concepto que comienza, así, a desarrollarse positivamente. Para preservar un abierto pluralismo habría de aceptarse una doble realidad: que no hay propuesta civil que no se fundamente directa o indirectamente en alguna convicción y que ha de considerarse irrelevante que ésta tenga o no parentesco religioso. Y en efecto, con apoyo de nuevo en la jurisprudencia constitucional, el autor, concluye que la Constitución española al emparejar «libertad ideológica, religiosa y de culto» cierra el paso a la dicotomía laicista que pretende remitir a lo privado la religión y el culto, reservando el espacio público sólo para un contrato entre ideologías libres de toda sospecha.

Con todo, la mayor atención se centra en el epígrafe tercero de dicho artículo 16 que, como es bien sabido, resulta ser el que mayores polémicas suscita. Y ello no ya por la ruptura con la confesionalidad que expresamente supone: —«Ninguna confesión tendrá carácter estatal»— por decirlo literalmente; sino con la apertura de un ámbito de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas que, también literalmente, establece: «Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones». El autor realiza un minucioso recorrido por la discusión parlamentaria, dedicando, además, todo el capítulo tercero, *Los poderes públicos ante la libertad religiosa*, a extraer las consecuencias de esa entrada en juego de la cooperación con las diversas confesiones religiosas.

Una cooperación que, por una parte, vendría a romper, con la consideración de la libertad religiosa como un derecho de dimensión estrictamente individual, identificable con la libertad de conciencia, mientras que, de otra, rompería con cualquier intento de remitir las consecuencias prácticas de la libertad religiosa al ámbito de la intimidad privada. A lo cual habría de añadirse ahora una dimensión externa que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades. Con todo lo cual bien podría hablarse de una libertad religiosa de «segunda generación» en la medida que implica el reconocimiento de la religión no sólo como un ámbito recluso en la conciencia individual sino como un hecho social, colectivo y plural. Habría entrado, pues, en juego una laicidad positiva que se caracterizaría por una actitud de cooperación, mientras que la meramente negativa implicaba indiferencia o distancia.

Ese mandato constitucional de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones, vendría a precisar, según el autor, apoyado una vez más en la jurisprudencia constitucional, la previa declaración de neutralidad, vía aconfesionalidad, que la Constitución establece. Y así, en tal contexto de cooperación, lo neutral no podría identificarse con lo neutro descartándose inmediatamente un inevitable efecto neutralizador. Parafraseando a Rawls, no es lo mismo exigir al Estado una «neutralidad de propósitos» por la que deba abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina particular en detrimento de otras, que imponerle el logro de una «neutralidad de efectos o influencias», pues, como es obvio, resultará imposible que su intervención deje de tener importantes consecuencias prácticas sobre la capacidad de cada doctrina de expandirse o ganar adeptos.

La diversidad de dimensiones de una neutralidad estatal que no resulte neutralizadora de las preferencias sociales, obliga al autor, en el capítulo cuarto, *Laicidad y laicismo*, a volver a matizar las apelaciones a lo laico para evitar que, desde una u otra perspectiva, se acaben confundiendo realidades tan dispares como laicidad y laicismo, sobre las que, como se recordará, ha ido avanzando precisiones en capítulos anteriores. Y así, tras criticar el concepto constitucional de laicidad positiva, sustentado en el mandato constitucional de que ninguna confesión tendrá carácter estatal, rebatiéndolo con el más que «elocuente» argumento de su paradójica formulación negativa en términos de aconfesionalidad y considerar feliz, aunque insuficiente, la fórmula «laicidad por omisión», propone la de «laicidad por atención» ya que el Estado que la Constitución española configura sería laico precisamente en la medida en que tiene en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos, y, consecuentemente, coopera con sus «expresiones confesionales colectivas». El Estado actuaría laicamente al considerar lo religioso exclusivamente como factor social específico.

Tal planteamiento positivo de la laicidad se vería confirmado por la etimología del término que, como es bien sabido, proviene del griego «laos», pueblo, identificándose así con lo popular, lo perteneciente al pueblo llano. Estado laico sería así, el que dejara a los laicos, al pueblo, en paz. Cosa que, por cierto, en opinión del autor, le exigiría dirigirse a los ciudadanos invitándoles a asumir su protagonismo. «Habla pueblo, habla» por decirlo con un slogan de la transición a la democracia.

Más aún, esa dimensión positiva de la laicidad, vendría también refrendada por el término que, al parecer, le sirve de contrapunto en más de un idioma: «clerical». Contrapunto que el autor, en un brillante ejercicio intelectual, utiliza para establecer un paralelismo entre la Iglesia clerical, aquella en la que los laicos meras ovejas del redil se ven sustituidos por clérigos metidos a líderes políticos o sindicales, y el Estado laicista, el que tratando a sus ciudadanos como meros súbditos, expulsa a esos mismos laicos de la vida pública entendiendo como poder intruso lo que no es sino ejercicio de una de las libertades fundamentales. Por el contrario, tal y como se declara en el capítulo quinto, *El fantasma de la confesionalidad sociológica*, la laicidad tanto política como eclesial, acaba consistiendo en reconocer al ciudadano creyente, el papel al que tiene derecho, pudiendo caracterizarse, ahora ya positivamente, en cuanto implica un triple ingrediente.

Y así, de una parte, comporta la obligación de los poderes públicos no sólo de respetar las convicciones de los ciudadanos sino de posibilitar que sean «adecuadamente ilustradas por las confesiones a que pertenecen». De otra, la renuncia de los creyentes, en el ámbito público a todo argumento

de autoridad, y la consiguiente obligación de razonar en términos compartibles por cualquier ciudadano, sintiéndose personalmente responsables de la solución de todos los problemas suscitados por la convivencia social. Por último, la paralela renuncia y obligación de argumentar por parte de ateos y agnósticos, quienes habrían de renunciar a esgrimir «descalificadores» argumentos de no-autoridad y habrían de aportar la argumentación correspondiente. El juego entre fuero interno y fuero externo, entre la libre formación de la propia conciencia, asumiendo las opciones que se considere oportunas, y la razonada proyección de sus resultados sobre el ámbito público resulta ser, pues, la quintaesencia de la laicidad.

Una vez caracterizada positivamente la laicidad, el capítulo sexto, *La aportía de la igualdad religiosa*, aborda la cuestión crucial de en qué medida una cooperación positiva no se convertirá en fuente inevitable de desigualdades y, en último término, de discriminación entre las diversas confesiones o entre ellas y los no creyentes. A lo que se responde afirmando que la opción constitucional constituye un fundamento objetivo y razonable que excluye toda dimensión discriminatoria en la medida en que la cooperación se lleve a cabo de forma proporcional. Y así, volviendo a jugar con la libertad ideológica, se concluye que la cooperación, como el pluralismo, no remite a una pluralidad planificada sino a un tener en cuenta las creencias profesadas por los ciudadanos, fruto de su libre voluntad y en consecuencia previsiblemente desiguales. «Nada menos pluralista que una pluralidad planificada con igualdad final garantizada».

Tras el «debate» teórico analizado en los seis primeros capítulos del texto, los restantes capítulos se adentran en los perfiles que cobra en la práctica el ejercicio de la libertad religiosa. Y así, en el capítulo séptimo, titulado precisamente *Delimitación teórica y contraste práctico*, entre otros casos, se analiza el de una trabajadora, adherida a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que pretendía que su conversión le daba derecho a que su descanso semanal no se produjera en domingo al imponerle su religión la inactividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. El autor, además de señalar el carácter restrictivo de la sentencia del Constitucional al respecto, vuelve a insistir en que, al igual que sería una falsa laicidad la que llevara, en clave laicista, a una actitud depuradora de cualquier realidad social deudora, próxima o remotamente, de influencias religiosas, tampoco tendría sentido proyectar rígidamente sobre la vida social exigencias religiosas «variopintas» que llegaran a generar una fragmentación perturbadora.

En el mismo sentido de adentrarse en los perfiles prácticos del ejercicio de la libertad religiosa, el capítulo octavo, *El principio de cooperación*, muestra como las exigencias de la dimensión externa de tal libertad no sólo descartan una actitud neutra ante el hecho religioso por parte de los poderes públicos, sino que les llevan a proyectar también sobre el artículo 16 los mandatos del artículo 9.2, con lo que la cooperación con las confesiones religiosas se convierten en un aspecto más de la llamada función promocional del derecho. Al respecto, se analiza, entre otras cuestiones, el rechazo por parte del Constitucional de la pretendida inconstitucionalidad de la existencia de un cuerpo de capellanes castrenses católicos, aduciendo que «el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas» ofrece «la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades». Lo cual implicaría, de nuevo, el reconocimiento del hecho religioso como un factor social digno de protección.

Ese mismo cuerpo de capellanes castrenses y la cuestión de la asignación tributaria a la Iglesia católica sirven para analizar, en el capítulo noveno, *Cooperación proporcionada*, los aspectos a tener en cuenta a la hora de plantearse el efectivo alcance de la cooperación: el obligado respeto al mandato de no confesionalidad, la necesidad de hacer compatible esta cooperación de los poderes públicos con la garantía de la libertad de conciencia de sus funcionarios y la adecuada proporcionalidad de la cooperación prestada a unas y otras confesiones. Y así, con apoyo de nuevo en la jurisprudencia constitucional, el autor vuelve a las conclusiones ya apuntadas en capítulos anteriores.

El capítulo 10, *Acuerdos con otras confesiones en aras de la igualdad*, por su parte, analiza, con datos en la mano, la diferencia de trato entre las confesiones incluidas en los Acuerdos de 1992 y las ajenas a ellos, señalando, además, cómo para no todas ellas resultará siempre beneficioso que, por mor de la igualdad, se les atribuyan indiscriminadamente determinados objetivos por el mero hecho de que para la Iglesia católica revistan especial interés. También se analiza, con apoyo de nuevo en la jurisprudencia constitucional, uno de los aspectos más relevantes de la cooperación establecida por el artículo 16.3: el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados por los ritos religiosos de las confesiones con las que se haya convenido. Un reconocimiento que ha llevado a plantear dudas de constitucionalidad a parte de la doctrina en lo que se refiere a los matrimonios celebrados con arreglo a ritos israelíes e islámicos, por cuanto se trataría de uniones asimétricas, desde el punto de vista jurídico, dudosamente compatibles con la igualdad hombre/mujer constitucionalmente establecida.

El amplio eco que la tensión entre la laicidad, con el consiguiente reconocimiento por el Estado de las preferencias vigentes en una sociedad plural, y el laicismo encontró en el artículo 27 de la Constitución es objeto del capítulo 11, *Religión en la escuela*, analizándose en profundidad el doble pronunciamiento constitucional, tanto en el ámbito puramente escolar, como en el universitario, que, según el autor, cerró el tema. Asimismo se analiza la «inacabable» polémica de las clases de religión, con un examen exhaustivo de las alternativas propuestas, las «lúdicas» incluidas. El capítulo se cierra con una alusión al atentado del 11M y al replanteamiento del Acuerdo con la Comunidad Islámica ampliándolo en dos puntos: la financiación de la enseñanza de dicha religión en los centros públicos y la posible puesta en marcha de una cobertura presupuestaria.

El capítulo 12, *Ponderada delimitación del alcance del derecho*, comienza precisando la distinción entre los «límites» y la «delimitación» de un derecho en concreto. Entre la idea de que el derecho en cuestión tiene un ámbito de acción que habría forzosamente que sacrificar parcialmente en aras de intereses superiores o de otros derechos en juego y la idea de que cuando se delimita un ámbito no se recorta nada, porque tal espacio es precisamente consecuencia de dicha delimitación. A partir de ahí cabría pensar, a la vista del artículo 16.1, que la Constitución contempla el ámbito de la libertad religiosa sometido más bien a un límite que a una delimitación. Sin embargo, según el autor, nos hallaríamos más bien en pleno proceso de delimitación de tal derecho. Un proceso cuyo punto de arranque estaría en la L.O. de Libertad Religiosa y que se ilustra, acudiendo de nuevo a la jurisprudencia constitucional, con sucesivas ponderaciones del derecho a la libertad religiosa con el derecho a la vida, el derecho de reunión, el respeto al ideario del centro docente, la libertad ideológica... para concluir constatando que al derecho de libertad religiosa se le concede una particular preeminencia.

Por último el capítulo 13, *¿Un laicismo autoasumido?*, vuelve sobre la pregunta que da título al libro, la de si España es o no un Estado laico, para señalar que, tras lo escrito, no cabe una respuesta fácil y que, en todo caso, dependerá ante todo de qué se entienda por tal. Si laico se entiende en clave laicista, evidentemente el Estado español, no lo sería en absoluto. Si se entiende según la paradójica laicidad positiva manejada por el Constitucional, el Estado español lo sería en el sentido de la mera aconfesionalidad. Si, en fin, tal y como propone el autor, por laico se entiende la dimensión positiva de la laicidad, según la cual los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española para mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones... entonces que el Estado español sea realmente laico, es algo que, literalmente, habría aún que lograr, entre otras cosas, profundizando en el debate reflejado a lo largo del texto. Un debate que exige también análisis políticos, discutibles y difícilmente imparciales pero obligados.

Y así, en aras de la honradez, el libro se cierra con el análisis político del propio autor sobre si existe o no hoy un designio político para intentar imponer en España un modelo laicista ignorando la Constitución. Ciertamente no es lugar para profundizar en ello, dadas las referencias a ilustres iusfilósofos en él contenidas, pero sí resulta obligado reflejar una de sus conclusiones, precisamente la que alude al déficit de laicidad de la propia Iglesia católica. Una conclusión, por lo demás, y valga la redundancia, con la que literalmente concluye el libro: si, ciertamente, la Constitución reconoce a todos los españoles el derecho a disfrutar de un Estado laico, esperar «que lo sea tanto como para encargarse de proporcionar a la Iglesia católica los laicos de los que a veces parece carecer quizás sea pedir demasiado».

Aurelio DE PRADA GARCÍA
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

PAREJO GUZMÁN, María José, *La eutanasia. ¿Un derecho?*, Aranzadi, Madrid, 2005, 474 pp.

¿Es la eutanasia un derecho? Con esta pregunta arranca la rigurosa investigación interdisciplinar, sobre este difícil problema, de la doctora María José Parejo Guzmán, profesora de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad Pablo de Olavide.

El punto de partida de la autora es la crítica de las tradicionales respuestas jurídicas ofrecidas a la realidad eutanásica, prácticamente inmutables desde el siglo XIX. Dos de las escasas excepciones son la ley holandesa de «comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio», de 2001, y la ley belga sobre la eutanasia de 2002, ambas no obstante poco valientes a juicio de María José Parejo por no abarcar los supuestos en los que los pacientes no pueden expresar su voluntad.

Resulta llamativo cómo en el caso de la ley holandesa no se encuentra una definición de la eutanasia, que además no se considera como tal una causa eximente de punibilidad, sino más bien un derecho subjetivo individual condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, los cuales constituyen así criterios de inimputabilidad penal, en particular referente a los sujetos activos, que no pueden salir del ámbito de los profesionales de la medicina, y a los sujetos pasivos, requiriendo la voluntariedad clara y persistente del enfermo excepto si éste se encuentra en estado de inconsciencia irreversible, en cuyo caso es necesario que previamente haya hecho constar su voluntad a través de un testamento vital. En cuanto a la ley belga la autora destaca cómo sí encontramos en ella una definición de la eutanasia, conceptualizada como «acto practicado por un tercero que pone fin intencionalmente a la vida de una persona a solicitud de ésta», lo cual no impide considerar que la regulación belga es bastante similar a la holandesa al margen de diferencias formales como la citada.

En el derecho español sólo encontramos una referencia directa al problema de la eutanasia en el apartado 4.º del artículo 143 del Código Penal, precepto impreciso y ambiguo que parece conveniente interpretar en el contexto del artículo 10.1 de la Constitución, según el cual la dignidad de la persona es el principio informador y la fuente de todos los derechos fundamentales reconocidos a lo largo de la Constitución. Conforme a él es posible una interpretación del derecho a la vida consagrado en el artículo 15, no como un deber individual absoluto e incondicionado de vivir impuesto por el estado, sino como un derecho de libre disposición que atribuye la facultad de evitar el sometimiento de la persona a tratos inhumanos o degradantes. Es por todo ello por lo que la profesora Parejo defiende la compatibilidad del artículo 143 del Código Penal con la impunidad de la actividad eutanásica.

Ciertamente, nuestro actual Código Penal, tras tipificar los delitos de homicidio (art. 138), asesinato (art. 139) y auxilio ejecutivo al suicidio (art. 143.3), establece en su artículo 143.4 que cuando exista una petición expresa, seria e inequívoca de un paciente con una enfermedad grave que irremisiblemente vaya a conducirlo a su muerte, o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, habrá una atenuación de la pena («pena inferior en uno o dos grados») respecto a las previstas para los supuestos de homicidio, asesinato y auxilio al suicidio. Este precepto es suficiente en opinión de la autora para defender la no punibilidad de la eutanasia cuando concurren dos requisitos que constituyen sus propios elementos

estructurales: el consentimiento del paciente y la situación objetiva sobrevenida de la enfermedad terminal e irreversible abocada a una muerte próxima, elemento que eximiría de responsabilidad penal en base al estado de necesidad. Si bien podría haber una excepción a la exigencia del consentimiento del paciente, que abarcaría los supuestos en los que el enfermo no puede manifestar su voluntad.

En conclusión, la autora ubica la naturaleza jurídica de la eutanasia en el contexto de la convergencia entre el principio de autonomía, del que deriva el derecho a la libre disposición, y los principios de beneficencia y justicia según los cuales debe actuarse de tal manera que se procure el mejor interés o beneficio para el paciente. Si bien las referencias del artículo 143.4 del Código Penal deberían clarificarse y adaptarse a la realidad eutanásica, sería a su juicio aconsejable la promulgación de una ley específica que regule pormenorizadamente todas las cuestiones alrededor de la eutanasia, y que diferencie los diversos tipos de modalidades eutanásicas, como la eutanasia activa y pasiva, la eutanasia voluntaria y no voluntaria, la eutanasia directa e indirecta, discriminando sus efectos penales según la concurrencia de los elementos configuradores de cada una de estas modalidades.

Es bastante probable que la mayoría de los lectores de este libro no estén de acuerdo en todos y cada uno de los argumentos esgrimidos y de las conclusiones alcanzadas por su autora. Pero nadie podrá negarle el mérito de haber tratado el difícilísimo problema de la eutanasia con un rigor y capacidad dignos de elogio.

Carlos ALARCÓN CABRERA
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, 136 pp.

Como el propio autor señala en la introducción a estas *Dimensiones de la igualdad* publicadas en las ediciones del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, el presente volumen compendia el resultado de una inquietud y empeño intelectuales que abarca un espacio de veinticinco años.

En efecto, al estudio, al análisis y a la clarificación conceptual de la igualdad ha dedicado el profesor Pérez Luño gran parte de una producción teórica caracterizada por el rigor, la sinceridad intelectual y la claridad expositiva. Los cuatro capítulos que integran este libro son un perfecto ejemplo de ello y corresponden a los diferentes momentos, iniciados a principio de la década de los ochenta, esto es, coincidiendo con el inicio del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, en los que el catedrático de Sevilla decantó su interés y estudio sobre la temática de la igualdad.

Actualizadas las referencias bibliográficas y jurisprudenciales incluidas en ellos y reflejadas algunas de las más significativas aportaciones, españolas y extranjeras en las que el fenómeno de la igualdad se ha concretado, este libro recopila anteriores trabajos y aborda (con un vigor que casa mal con el anuncio introductorio de un epílogo) un valor clave en la Filosofía del Derecho, previniendo desde su inicio de la necesidad de un enfoque plurifacético, en concreto, *pluridimensional*, necesario para articular toda aproximación a la igualdad.

En cuanto al contenido, las reflexiones iusfilosóficas de estas *Dimensiones de la igualdad* cifran su propósito en contribuir a justificar la persistente función axiológica del igualitarismo, es decir, de las doctrinas que reivindicaban el carácter de valor fundamental (*Grundwert*) de la igualdad material. Es posible convenir en que la idea guía que vertebra los cuatro capítulos es la integración de las dimensiones formal y material de la igualdad. Concretamente, la integración constitucional de la igualdad en sus dimensiones formal y material; esto es, la exigencia de conjugar lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de nuestra norma fundamental.

De esta forma, desde el capítulo inicial, «Dimensiones de la igualdad formal», la distinción entre igualdad formal e igualdad material se observa antes que como alternativa, como un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad, ya auspiciada por Bloch, Pérez Luño razona la inexistencia de una disyuntiva. En la búsqueda de una solución al problema que ocupa las páginas ya clásicas de Rousseau, la perspectiva histórica muestra que si la igualdad formal supuso una conquista frente al período absolutista desde la Ilustración, su insuficiencia quedó manifiesta en una sociedad en que la escasez de bienes, la presencia de amplios y diversos sectores marginados, la gran presencia de poderes fácticos, hubo de requerir pronto una intervención por parte del Estado. Pero no se trata únicamente de una sucesión histórica; en relación con las dimensiones de la igualdad, la dimensión formal no puede desconectarse de las condiciones económicas y sociales que gravitan sobre su realización; al tiempo que la dimensión material «no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de oportunidades y los bienes sin contar con los cauces formales, que en el Estado de derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder» (p. 38).

En el capítulo segundo, «Dimensiones de la igualdad material», es inevitable coincidir con el autor en que «después de Auschwitz (...) no es posible reincidir en el sueño mítico del individualismo insolidario y elitista de un nuevo *Übermensch*». El gran problema con el que se enfrenta la consecución de la igualdad material es ahora la selección de los criterios para su realización. A decir del autor, a las opciones equívocas debe oponerse la alternativa de un igualitarismo filosófico-político radical, es decir, una opción ética sobre el derecho igual de todos los hombres a realizarse plenamente como seres libres y autónomos. Para ese logro, deben removerse los obstáculos de orden socio-económico que dificultan (o bien se oponen) a la emancipación de toda la sociedad. «Queda en pie, como horizonte emancipatorio a alcanzar por las sociedades democráticas, la comunidad definitivamente desalineada en la que la libertad de cada uno sea condición y resultante de la igual libertad de todos» (p. 74).

El sistema constitucional español no ha sido una excepción en la tendencia de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho del presente, cifrada en la relevancia que la igualdad asume en su triple faceta de valor, principio y norma. Es conocido que para el autor ha sido siempre una referencia obligada, y más cuando se ha tratado de una exposición sobre valores jurídicos, subrayar el debate doctrinal existente alrededor de las consideraciones normativas. De esta forma, en el capítulo tercero, «La igualdad en la Constitución española», Pérez Luño se hace eco de la controversia sobre el significado de la igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española y su puntual reflejo en la doctrina. Se trata de un alcance ambivalente del que cabe derivar un principio constitucional (*Verfassungsatz*) y un derecho fundamental (*Grundrechte*). Se suscribe aquí la doble significación normativa (de principio y de derecho fundamental) que reviste el reconocimiento constitucional de la igualdad. En cuanto principio constitucional, el enunciado del artículo 14 hace inequívoca referencia a la igualdad formal completando, de este modo, el principio de igualdad material del artículo 9.2. Ambos representan concreciones del valor superior de la igualdad consagrado en el artículo 1.1. Si el carácter de superior apunta, como es sabido, a alguna peculiaridad que lo diferencia del resto de los valores jurídicos y procede básicamente del tipo de norma en que se juridifica y las funciones que desempeña, este autor ha destacado en otros lugares que los valores superiores cumplen una función fundamentadora, orientadora y crítica. Esto es, a su rango constitucional, se debe añadir la fuerza derivada de esa triple función: son núcleo fundamentador del sistema jurídico-político en su conjunto, guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, y criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad. En relación con las razones aportadas, se recuerda que la inclusión en el capítulo segundo («Derechos y libertades») del título I («De los derechos y deberes fundamentales») de la Constitución y la garantía reforzada dispuesta para la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1.^a del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal, evidencia la condición de derecho fundamental de la igualdad formal del artículo 14. Defiende Pérez Luño que no es relevante para objetar su carácter de derecho fundamental autónomo su ubicación ya que, «de prevalecer esta interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, se negaría tal condición a

un importante grupo de derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional» (p. 96). Esto es, a diferencia del sistema de reconocimiento de la igualdad empleado en el Convenio Europeo, la Constitución española no vincula o supedita el ejercicio del derecho a la igualdad, del artículo 14, a su relación con otros derechos fundamentales. «Que la valoración del derecho a la igualdad no pueda ser realizada en abstracto, sino referida a situaciones fácticas o relaciones jurídicas concretas no entraña un rasgo peculiar de la igualdad, sino una condición común al ejercicio y tutela de cualquier derecho fundamental» (p. 96). Estima, en efecto, que algunas de las imprecisiones y ambigüedades que inciden en el planteamiento de esta cuestión dimanarían de situar en el mismo plano el derecho subjetivo, entendido como autolimitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interés privado, con el *derecho fundamental*, que exige una política activa de los poderes públicos y que, más que una autolimitación del poder soberano del Estado, supone garantías subjetivas mediante limitaciones que la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella. «En suma, como cualquier derecho fundamental, el referido a la igualdad, tiende a asegurar un determinado *status* subjetivo, es decir, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos, aquí concretado en la garantía de paridad de trato y la consiguiente prohibición de una serie –no cerrada, ni exhaustiva– de discriminaciones» (p. 97).

Tres observaciones conclusivas sobre su significado y alcance en el sistema constitucional español sintetizan este capítulo: (1) La igualdad ha actuado y actúa como texto *normativo*; (2) al propio tiempo, la igualdad ha constituido un insoslayable contexto normativo. En palabras del autor, «la irradiación axiológica de la igualdad ha operado en determinadas ocasiones, como una atmósfera para entender y hacer operativas las cláusulas emancipatorias que se derivan de la definición de nuestra forma política como Estado social y democrático de derecho que propugna como uno de sus valores superiores la igualdad (art. 1.1 CE)»; (3) El carácter abierto, proteico y expansivo de la igualdad, ha sido abusivamente manipulado, con interpretaciones arbitrarias y forzadas, para conectarla con supuestos y relaciones jurídicas ajenos a ella.

El capítulo cuarto, «Igualdad y solidaridad», con el que concluye el libro se dedica a la limitación conceptual de ambos valores al hilo de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* proclamada en Niza en diciembre de 2000. El planteamiento de la *Carta* acoge la tesis común a tenor de la cual ambas categorías axiológicas, aunque estrechamente relacionadas, se plantean como entidades independientes y distintas. La carga psicológica de la solidaridad y su dimensión axiológica son objeto de un rico análisis en el que Luño recuerda las contribuciones germanas a la delimitación conceptual de la igualdad: la de Gerhard Robbers en su obra sobre la justicia como principio jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán; y la debida al constitucionalista y filósofo del derecho Robert Alexy en su relevante *Teoría de los derechos fundamentales*. Para el autor la interrelación entre los valores constituye un dato ineliminable de su concepto y operatividad. Ese nexos es especialmente profundo en lo que atañe a las relaciones entre igualdad y solidaridad.

La presencia de ambos valores –igualdad y solidaridad– en la discusión sobre la discriminación inversa y las medidas de acción positiva justifica la inclusión en este capítulo de lo que puede resultar la parte del libro más controvertida y abierta a la discusión. El autor subraya aquí los riesgos del carác-

ter discriminatorio del sistema de cuotas frente a las medidas de acción positiva, a la vez que introduce sesgadamente alguna reflexión sobre el controvertido concepto de «merito» (auténtica piedra angular de la oposición normativa a tales medidas y en general a medidas informadas por el igualitarismo). Sobre la primera cuestión, el carácter discriminatorio de las cuotas frente a la acción positiva, Pérez Luño defiende que en el Estado social de derecho son perfectamente legítimas las acciones positivas (o de solidaridad), dirigidas a garantizar la igualdad real de los ciudadanos, mientras que no resulta legítima la discriminación positiva (p. 117). Sobre la segunda cuestión –acerca de la función y el contenido del mérito– ésta puede abrir un interesante debate; tanto por la advertencia de que la generalización de la discriminación inversa podría incentivar la perpetuación de grupos carentes de estímulo de promoción (p. 118); como por la opción del autor por la inclusión en el contenido del mérito de determinadas pertenencias –a un género, a un grupo marginado– para evitar el «criterio injusto y discriminatorio de las cuotas». Para el autor los fines que legitiman estas medidas pueden conseguirse «atendiendo a los principios de capacidad y mérito en los que cabe perfectamente integrar la sensibilidad y experiencia en determinadas formas de marginación, sin que por ello sea necesario adoptar el criterio injusto y discriminatorio de las cuotas» (p. 117).

Frente al inusitado vigor que el término «libertad» cobra en nuestros días, y ante las diferentes tentativas encaminadas a deslegitimizar el sentido axiológico de la igualdad material que pretenden mostrar la incompatibilidad de sus presupuestos con la realización de otros valores que se estiman prevalentes (sobre todo el valor del mérito como corolario de la libertad individual), y, más en general, frente a ese panorama que viene a identificar política y racionalidad económica como pantalla que vela la inexistencia de la política de la igualdad, la clarificación de las diferentes dimensiones, facetas de la igualdad (y sus necesarias compatibilidades con la libertad), es una herramienta imprescindible no sólo para la apología del igualitarismo sino también para la defensa de la libertad efectiva o *real*. El autor ha puesto una vez más de manifiesto que cualquier análisis de estos valores (igualdad y libertad), por breve que sea, no puede soslayar su engarce recíproco; que una organización política que se articula en torno a la fórmula del Estado social y democrático de Derecho está abocada a la conciliación de la libertad con la igualdad. O de otra forma, que «una sociedad pluralista y compleja, abocada a transformaciones y cambios constantes, tiene en la igualdad una categoría jurídica clave para los procesos de adaptación y/o respuesta a los nuevos retos tecnológicos, sociales y políticos» (p. 97).

Compendio pero no epílogo, si la perspectiva histórica debe completar el análisis sistemático de los conceptos y categorías básicos del Derecho y, en concreto, de la igualdad, se debe tener presente que el devenir de las instituciones jurídicas y del pensamiento sobre ellas consiste siempre en un *perpetuum mobile*, en el que no hay lugar para pausas ni para términos absolutos. Como señala Pérez Luño, siendo la categoría jurídica de la igualdad un paradigma de institución *in fieri*, incompatible con la elaboración de panoramas completos y metas definitivas, carece de sentido pretender dotar a estas reflexiones de exhaustividad.

De esa honestidad intelectual del autor acreditada en treinta años de experiencia académica, da buena cuenta otra vez la prevención con que inicia su introducción, la necesidad de discutir sobre la igualdad sin perder de vista la individualidad del sujeto; la necesidad de conciliar, de ofrecer en ese *perpe-*

tuum mobile, razones para la mejor conciliación, pero también, podríamos añadir, para la mejor discusión. A ese mejoramiento de la discusión contribuye decididamente esta actualización de la inestimable aportación del catedrático de Servilla al estudio de la igualdad. Como decía Bernard Shaw: «allí donde la igualdad no se discute, allí hay también subordinación».

Jesús GARCÍA CÍVICO
Universitat de València

PUE, W. Wesley & SUGARMAN, David (eds.), *Lawyers & Vampires (Cultural Histories of Legal Professions)*, Hart Publishing, Oxford, 2003, IX + 400 pp.

Capas y togas. ¿Qué tienen que ver abogados y vampiros, qué las nocturnales capas de vuelta rojo hematíe, con los abaniqueos de las togas negras dejando atrás las salas de vistas? Hay preguntas que, a veces, es mejor ni formular, más aún en tiempos de tribulación para parte de la abogacía, y siempre tan oscuros para los vampiros, ya desde el imaginado por el Dr. John William Polidori. Horas hoy, una vez más, de lóbregos perjuicios para la imagen pública de los abogados, ¡esos vampiros!, al decir de algunos. Sin embargo, abogados y vampiros, en un *tour de force* muy afortunado, altamente sugestivo, cohabitan este libro para el que me atrevo a solicitar sea con urgencia transfundido a nuestro idioma. Sus compiladores nada sabían de las ballenas blancas –nada que ver tampoco la sanguinaria pero honorable enemiga de Achab– varadas en las costas de sol y hormigón cuando reunieron el cuajarón de once ensayos que en este obra se recogen.

Estructurado en la introducción de sus compiladores (pp. I-VI), y cuatro partes (The formation of Lawyers, Lawyers and the Liberal State, Works and Representations y Lawyers and Colonialism), *Lawyers & Vampires* resulta del atractivo ejercicio interdisciplinar de los Cultural Studies, que en concreto vuelca aquí sobre la formación y definición de la figura del abogado, así como otras profesiones jurídicas de diversa índole, desde un índole fundamentalmente sajón; labor plena de calas, cruces, digresiones –por las digresiones entra en los escritos la vida, afirmaba Bioy Casares– que nos llevan y nos traen en un recorrido por los caminos de la Historia –también la con minúscula–, el Derecho, la literatura o las artes plásticas y visuales. La conformación histórica, cultural e ideológica abarca de este modo no sólo la propia formación de los profesionales, sino también sus relaciones colectivas y con colectivos, con el Estado, la generación de estructuras organizativas, y la creación de la –¿mala?– imagen pública y reputación social. Los compiladores concluyen que los problemas concernidos en cualquiera de esas dimensiones gravitan y afectan por encima fronteras, y más allá de la disparidad de sistemas legales, sociales o culturales, de forma común y compartida. El humor, como casi siempre, resulta buena argamasa y, en efecto, finalmente amalgama los diferentes modelos. Sirvan de ejemplo la mordacidad de chanzas y divertidas ocurrencias sobre abogados, donde la mala fama general no encontrará lugar a la excepción. Igual sucede con la novela victoriana en su canon decimonónico, ofreciendo lección abundante en cuestionar la reputación e imagen de las profesiones legales, que así ellas mismas han acabado por constituir toda una literatura. Pero pese a todo, sería ridículo negar, además de falta de sustancia –y a ello aluden con precisión los compiladores– que a la figura del profesional del Derecho, fuere desde el aprecio o el desprecio, no haya correspondido un papel de vital importancia a la hora de enfrentar el proceso y resultado de la conformación histórica de nuestras modernas sociedades y Estados.

Aun así, es obvio que el estudio comparativo se plantea desde la intrínseca dificultad traída de las distintas variantes que el modelo de *lawyer* comprende, según nos situemos de uno u otro margen del canal, y hasta del propio océano, sea del lado europeo o del americano, y según incluso, por ser

mayoría en los ensayos recogidos, que se trate del derecho inglés o el norteamericano, y respectivas sus áreas de influencia, lo que analicemos.

El estudio del Derecho ha demostrado ser una vía indispensable en la interpretación y comprensión de las estructuras sociales. Desde esa óptica, y pese a la aparente novedad, se reclaman múltiples paternidades y ancestros muy antiguos para el empeño que acomete *Lawyers & Vampires*. Las perspectivas históricas de su análisis conceden remontar a Montesquieu, Savigny o Gibbons, lo que certifica para los ensayos recogidos una genealogía de orígenes profundos. Será, sin embargo, durante los 70 y 80 cuando en su mayoría alumbren estudios en especial caracterizados por atender de manera más concreta a la singular relevancia de las profesiones legales, tanto en su vertiente individual como también colectiva y asociativa, y a su especialmente significada influencia ideológica, política y económica. Aquí es evidente que la imagen del árbol, donde las raíces –subterráneas, no aéreas– alcanzan a veces más lejos que las ramas, nos proporciona una metáfora bien ilustradora acerca del objeto de análisis perseguido.

La parte primera del libro abre en los ceremoniales y ritual del desenvolvimiento –a lo largo de un período histórico que dilata entre 1500 y la primera mitad del siglo XIX– de lo que con el tiempo se convertirá en marca identificativa de este conjunto de operadores/intérpretes jurídicos («Ritual, Majesty and Mystery: Collective Life and Culture among English Barristers, Serjeants and Judges, c. 1500-c. 1830», pp. 25-64, de David Lemmings). Una detenida y cuidada disección muestra cómo en los trámites y formalismos prescritos por el *usus fori*, toda una ritualidad de variada escenografía¹, va generándose para el ámbito del *common law* una creciente privatización (también como expertización) de las profesiones legales, conformando élites de decisiva influencia cuya procedencia se localiza en la aparición de clases medias². De ahí, y tomando como punto de arranque la novela de Oliver Bounderby, *The Law Student: Or, the Struggles of a Herat* (New Cork, 1850), saltamos a la vida y pensamientos de los estudiantes de leyes norteamericanos, observando cómo éstos, en mayor medida que sus homólogos ingleses, a quienes seguramente lastraba una más enraizada tradición, influyeron de manera muy determinante y hasta categórica en la existencia individual de sus compatriotas, impregnados en sus sueños y valores iniciales de una, me atrevería a calificar, deliciosa ingenuidad y altura de miras («A Dry and Revolting Study: the Life and Labors of Antebellum Law Students», pp. 65-100, de Ann Fidler).

La parte segunda del libro, más plural en cuanto a los confines geográficos a estudio, desarrolla las relaciones entre abogados y estados liberales dentro de los territorios de Europa continental. El caso de Finlandia se coagula a modo de paradigma en la progresiva profesionalización y desarrollo de la actividad de asistencia técnico-jurídica, y de la conformación *cuasi* noble de la misma dentro de las sociedades burguesas emergentes («“Finland’s Route” of Professionalisation and Lawyer-Officials», pp. 101-123, de Esa

¹ Vid. sobre la relevancia de etiquetas litúrgicas y ritualismos procesales CALVO GONZÁLEZ, José: *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Edit. Agora, Málaga, 2002 (2.ª ed.), pp. 15-16, nn. 4 y 5.

² No ha de olvidarse en este punto la aportación socio-histórica avanzada por ABEL-SMITH, Brian; STEVENS, Robert y BROOKE, Rosalin: *Lawyers and the Courts: a sociological study of the english legal system 1750-1965*, Heinemann, Londres, 1967.

Konttinen). En adelante, tal vez el ensayo más puramente comparativo, «Juridicalization, Professionalization and the Occupational Culture of the Advocate in the Nineteenth and the early Twentieth centuries: a Comparison of Germany, Italy and Switzerland», pp. 123-150, de Hannes Siegrist) presenta las coincidencias y divergencias entre los sistemas suizo, alemán e italiano, desde el Congreso de Viena a la Gran Guerra. De ahí se pasa a Suecia, entre 1870 y 1970, en un ensayo que analiza con especial interés la iconografía y arquitectura de las Cortes y salas de vistas, el espacio judicial, como una ventana a la concepción y alcance cultural de la impartición de la justicia («From “Rechtsstaat” to “Welfare State”: Swedish Judicial Culture in Transition 1870-1970», pp. 151-170, de Kjell A. Modéer)³.

La parte tercera es posiblemente la más sugerente e imaginativa. En «The Problems of Wealth and Virtue: The Paris Bar and the Generation of the Fin-de-Siècle» (pp. 171-210) el autor del ensayo, John Savage, diserta sobre virtud y enriquecimiento –¿son compatibles?– en el marco del Colegio de Abogados de París durante la convulsa etapa de superación del Ancien Régime y llegada de la República. Valores burgueses frente a valores de índole presuntamente aristocrática, en una regulación profesional que en lo sustantivo bien poco se aparta de la actual, incluyendo como principio del ejercicio la atención a la justicia gratuita o por pobreza. Y ya entonces, una profesión saturada; los tiempos se empecinan en no cambiar. «Text and Subtext: French Lawyers’ Fees in The Nineteenth Century» (pp. 211-224, de Jean-Louis Halpérin), resulta casi un *spin-off* del anterior ensayo, aunque en esta ocasión centrado en la normativa sobre percepción de honorarios, principio sobre el que descansaba –quien tiene más paga, y por quien tiene menos, menos o nada, podría resumirse–, similar al régimen adoptado por los *Barrister*, y cómo ello supuso y supone un soporte básico de la independencia y dignidad profesionales.

El ensayo favorito de quien escribe estas líneas, por previas razones de eso que un día dio en llamarse *educación sentimental* (para la mía remitido en este punto a Hoffman, Poe, James Malcon Rymer, Sheridan Le Fanu, Charles Baudelaire..., y al luminoso Bela Lugosi), es «He Would Have Made a Wonderful Solicitor: Law, Modernity and Professionalism in Bram Stoker’s Dracula» (pp. 225-268, de Anne McGillivray); una lectura en «derecho» de la obra de Stoker, que arranca de las ocupaciones profesionales de índole legal del propio autor en servicios y asociaciones profesionales en Irlanda y Londres. El texto vampírico, de una modernidad más que acreditada, y resistente a cualquier análisis por lateral que se pretenda, como ya ha demostrado en múltiples acercamientos, revela en esta oportunidad los pasos en dirección a la profesionalización y moderno concepto de las profesiones jurídicas – en 1880 se había regulado a *solicitors* y *barristers*–, las ideologías e imaginación social que de ello se proyectan, los encontronazos y desencuentros entre

³ De la importancia de la organización figurativa y espacial de la imagen de la sala de un tribunal para, por ejemplo, la mnemotécnica de las fases argumentativas de los letrados existen referencias en el estudio de MAZZACANE, Aldo: «El jurista y la memoria», en Petit, Carlos (ed.): *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, CEC, Madrid, 1997, pp. 75-102, en especial 96-97. Sobre la adecuación simbólica y arquitectónica de la Cour d’Assises de Paris en 1868 como reflejo de los cambios procesales y transformaciones sociales *vid.* TAYLOR, Katherin Fisler: *In the Theater of Criminal Justice. The Palais de Justice in Second Empire*, Princeton University Press, Princeton 1993.

ley y moral, y entre éstas y la modernidad. También el Derecho se contamina en esa época de la fascinación victoriana por las ciencias y se incorpora a la modernidad en pleno debate sobre valores éticos. En *Drácula* los materiales probatorios se manipulan, se ocultan, se falsifican, y la verdad se somete a tensiones demoledoras, las mismas que acosan a la racionalidad y a la propia sociedad contemporánea. Esta sección cierra con «The Syndicat de la Magistrature, 1968-1978: Elements in the History of French White Collar professional Unionism» (pp. 269-292, de David Applebaum) que estudia, acudiendo a los propios archivos del *Syndicat*, en un período conmocionante –revolucionario tal vez nunca lo fuese, o en realidad no lo fue– y expresivo al menos de una experiencia contracultural y una valorización de las relaciones entre juzgadores, ciudadanía y Estado, e indaga acerca de los métodos y formas en que se planteó la articulación de apoyo a los sectores en dificultades dentro del seno de la Administración de Justicia, y la misma impartición de ésta.

En la parte cuarta, *Lawyers and Colonialism*, el primero de los ensayos que la integran, «Together We Fall, Divided We Stand: The Victorian legal Profession in Crisis 1890-1940» (pp. 293-328), a firma de Rob McQueen, interesa diversos aspectos y momentos del asociacionismo profesional especialmente significativos para la evolución de la profesión en los territorios de Australia. En cuanto al titulado «Cultural Chasm: “Mennonite” Lawyers in Western Canada, 1900-1939» (pp. 328-366), de Harold Dick, acaso el más «extraño» a una lectura latina, analiza el desarrollo de la abogacía dentro de grupos creenciales minoritarios, como el colectivo menonita, y la sima abierta entre el aprecio a una rígida tradición invadida de religión, las concepciones derivadas de la escisión anabaptista y la observación de las normas de la profesión en desarrollo. Finalmente, «Cultural Projects and Structural Transformation in the Canadian Legal profession» (pp. 367-399), de W. Wesley Pue, se ocupa de las transformaciones e influencias operadas por los cambios sociales, culturales y políticos de inicios del siglo xx sobre las profesiones jurídicas, sus desarrollos y estructuras de regulación y gobierno.

En suma, un libro de heterogeneidad plagada de sugerencias, de lecturas varias, abierto a una plural discusión metodológica y temática con los propios textos –en esto consiste el ejercicio de la interdisciplinariedad– que abren a múltiples opciones de perspectiva y profundidad en la reflexión. Una obra cuyo planeamiento aún resulta extraño a nuestras costumbres investigadoras, y es por eso aún más educativo. Los enfoques de *legal ethics* trasladados, como aquí, al cuadro de virtudes en las profesiones jurídicas merecen una mayor atención por nuestra parte, también en lo académico. En estos ensayos resulta posible seguir un rastro definido en la evolución del ejercicio de las profesiones jurídicas; así, un rastro claramente impregnado de valores tradicionales, esencialmente masculinos, de constante desigualdad y desprecio a lo femenino, y que persiste hasta bien entrado el siglo xx. Igualmente, observar los cambios producidos en las relaciones abogado-cliente, o cómo desde las élites iniciales la figura de la profesión legal va paulatinamente convirtiéndose en «popular». Por concluir, acudiendo de nuevo al divertido título, ciertamente abogados y vampiros parecen unir sus destinos en una imagen y consideración públicas, en una moral colectiva, referida por lo general a determinadas maneras de gestionar sus respectivos ejercicios «profesionales», y permítaseme aludir con este empleo del adjetivo a la práctica de la succión venosa por los segundos que a veces se imputa también a los

primeros, pero sobre todo comparten asimismo una extraordinaria capacidad de seducción, llevada a veces al límite de la repulsión, que entre el esplendente brillo y la espectral tiniebla, según como incida el ángulo de luz sobre sus respectivos ropajes (*Fiat Lux!*, *Fiat Tenebrae!*), todavía hoy continúa procurando, a partes iguales, historia y folclore.

Felipe NAVARRO MARTÍNEZ
Universidad de Málaga

SOLANES CORELLA, Ángeles y CARDONA RUBERT, María Belén; *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Ed. Tirant lo Blanch (Colección Laboral), Valencia, 2005, 172 pp.

El fenómeno de la inmigración en España se ha consagrado en una cuestión de primer orden social, político y jurídico al constituirnos en un país de destino. Los recientes datos del INE, de enero de 2005, sitúan la población extranjera en un 8,7 por 100. Está llegando el momento en el que nos acerquemos a esta cuestión, no ya desde el debate de atribución de derechos de primera necesidad, sino que la verdadera integración implica el análisis a fondo de las instituciones, de las Administraciones Públicas, de la totalidad del ordenamiento jurídico con el fin de que esa integración sea real. Así, junto con la problemática de la regularización, del control de flujos, del control de fronteras, de la lucha contra la inmigración clandestina, la seguridad –cuestiones prioritarias en la política de inmigración–, están surgiendo posiciones en la doctrina que están pujando por un reconocimiento más amplio de derechos –derechos de participación política, derechos culturales, derechos sociales, etc.

En esta última línea se enmarca esta obra que acaban de publicar las profesoras Solanes y Cardona, que inicialmente calificaría de sugerente y sorpresiva. Sugerente, porque nos encontramos ante un estudio serio, crítico y muy documentado sobre la problemática general y específica de la protección de datos personales; y sorpresivo por el sujeto al que se refiere, el extranjero inmigrante. Pues pareciera que estos derechos tan especiales, no estuvieran «pensados» para un colectivo que en principio tiene que asegurarse otros derechos más básicos. En estas páginas el lector advertirá de inmediato el posicionamiento de las autoras: la protección y garantía de los derechos fundamentales para todos, sin excepción; la exigencia inaplazable de una igualdad real. Y es que, como afirma Javier de Lucas en el prólogo, los inmigrantes se quedan; ya no estamos ante el *trabajador invitado* que viene, realiza, unas funciones y se va. Esto plantea otro tipo muy distinto de demandas, de exigencias y de necesidades y, por lo tanto, de cambio de argumentos en el ámbito de los derechos. Y es, precisamente en este aspecto, donde radica una de las virtudes más destacables de esta obra: la novedad de su planteamiento, el considerar a los inmigrantes como otros tantos sujetos administrados que tienen los mismos problemas que los demás que ya estábamos aquí, y, por lo tanto, tienen el mismo derecho a proteger sus datos personales, recogidos en su mayor parte, en el padrón municipal. Y ello porque el derecho a la «autodeterminación informativa», protegido por la Ley Orgánica de Protección de Datos y la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, puede verse afectado por la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 14/2003, que modifica la Ley de Bases de Régimen Local y hace posible determinados usos del padrón de dudosa constitucionalidad. Usos como, por ejemplo, determinados accesos a la información y colaboración entre Administraciones Públicas, la transmisión de algunos datos de compañías privadas al ámbito público; o las obligaciones de los transportistas respecto a los extranjeros que transporten, que permite a los Estados establecer obligaciones adicionales destinadas a controlar la información relativa a esos extranjeros.

Este trabajo pivota sobre el derecho de autodeterminación informativa que se configura como el poder del sujeto a concretar qué información sobre su persona y circunstancias puede comunicarse a terceros, o, lo que es lo mismo, la facultad de disponer de sus propios datos, siendo ese sujeto el extranjero inmigrante. Este análisis hace ver –y este es uno de los logros del presente libro– el contraste que existe en nuestro ordenamiento jurídico que, por un lado, establece principios y derechos con una clara voluntad garantista para toda persona; y, por otro lado, en la aplicación al caso concreto del extranjero inmigrante, permite contradicciones y excepciones de muy difícil justificación.

La obra se articula en cuatro capítulos, correspondiendo los dos primeros al análisis teórico-técnico del concepto de autodeterminación informativa y del tratamiento de la información en las Administraciones Públicas, y los dos siguientes a la proyección de ese estudio sobre el extranjero inmigrante, atendiendo a la utilización y tratamientos de los datos del padrón y a las obligaciones de los transportistas que trasladan a los extranjeros. Veámoslo más detenidamente.

En el capítulo primero se aborda la cuestión de *teoría general de los derechos humanos del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa*, entendidos como garantías de protección frente a injerencias extrañas en la vida privada, cuyo fundamento último es el valor de la dignidad humana. El análisis legal y jurisprudencial que nos ofrecen las autoras, nos adentra en la problemática general de los principios indispensables para la defensa de la protección de datos y los derechos de la persona en el tratamiento de los mismos por parte de la Administración.

Entre los *principios* analizados –*pertinencia, finalidad, legalidad, veracidad, cancelación, accesibilidad* a los datos y *consentimiento* del afectado–, merece especial mención este último por cuanto si bien aparece como cimiento básico de la protección de los datos, se establecen unas excepciones (art. 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos) que, en última instancia, vienen a plantear la legitimidad de determinados usos que se plantearán en capítulos sucesivos, en relación con el acceso a los datos del Padrón por parte de la Policía. Parece que el legislador ha optado porque el responsable del fichero en esos casos tenga plena disponibilidad de los datos, consciente de la absoluta necesidad de manejar información en dichas situaciones excepcionales y, facilitar, de este modo, la realización de las funciones de los responsables de los ficheros. Ahora bien, esa actuación debe realizarse dentro de los márgenes legalmente establecidos. Es decir, la utilización de esos datos debe estar justificada por el principio de finalidad.

Por lo que se refiere a los *derechos*, nos concretan las posibilidades de acción otorgadas a los individuos en este ámbito, recogidos en el título III de la Ley Orgánica de Protección de Datos. A saber, el *derecho de información* que constituye el presupuesto básico para que los ciudadanos puedan defender sus derechos frente a intromisiones no deseadas, entablando y accionando los mecanismos que garantizan su tutela. El *derecho de consulta* al Registro General de Protección de Datos, según el cual toda persona tiene derecho a conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finalidades y otros extremos como la identidad y la residencia del responsable del fichero. El *derecho de acceso* permite el acceso directo a los propios datos, al facilitar el control del sujeto afectado sobre la información tratada. Los *derechos de rectificación y cancelación*, derechos personalísimos, que nacen como consecuencia del previo ejercicio del derecho de acce-

so, pues sin haber tenido conocimiento de los datos que incluyen los ficheros, difícilmente puede procederse a su modificación o supresión. El *derecho de oposición* se contempla sólo para aquellos afectados para los que, en el tratamiento de sus datos, no resulte preceptiva la exigencia del consentimiento. Por último, se reconoce expresamente el derecho del afectado a *impugnar* actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter temporal que ofrezca una definición de sus características o personalidad. Derecho que, como se refiere en el libro, trae una dificultad probatoria que impide que se dé el requisito para la impugnación en la mayoría de las ocasiones.

En el segundo capítulo se aborda el análisis del tratamiento de la información por parte de las Administraciones Públicas, pues también aquí ha llegado la tecnificación y modernización, a través de la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en una doble vía: tanto por parte de las propias Administraciones en el desempeño de sus funciones, como por parte de los ciudadanos en su relación con ellas. Todas las Administraciones se encuentran insertas en este proceso y, por ende, les serán de aplicación todos los preceptos de la Ley Orgánica de Protección de Datos, en concreto, los artículos dedicados a los ficheros de titularidad pública. La principal consecuencia de estos ficheros es que presentan un régimen matizado en cuanto al régimen previsto para los ficheros de la titularidad privada, en atención a las funciones que tienen asignadas los poderes públicos. No obstante, la excepcionalidad que les otorga el interés público debe ser, como manifiesta el Tribunal Constitucional, proporcionada y adecuada para las finalidades legítimas previstas por la Ley.

Teniendo en cuenta el objetivo de este estudio, las profesoras Solanes y Cardona han limitado su análisis a tres excepciones, a saber, la cesión de datos entre Administraciones Públicas, el acceso diferenciado a los derechos reconocidos a los titulares de la información y el régimen legal de un fichero especial, el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La *comunicación de datos entre Administraciones Públicas* tiene que estar presidida por el principio del consentimiento del afectado y, en todo caso, obedecerán al cumplimiento de fines legítimos. No obstante, existen situaciones excepcionales en las que se puede prescindir de ese consentimiento. En cualquier caso, y como así ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, «la cesión de los datos a un tercero con fines distintos a los originarios requiere del consentimiento de su titular y esta facultad sólo admite limitaciones en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, las limitaciones deben estar justificadas, ser proporcionadas, respetuosas con el contenido esencial del derecho y, además, establecidas por Ley».

Sin embargo, teniendo en cuenta el interés público que preside el funcionamiento de los ficheros públicos, será posible establecer determinadas excepciones al ejercicio de derechos en los archivos públicos, sobre todo, cuando la información afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales (art. 24 de la Ley Orgánica de Protección de Datos). Esta excepcionalidad, con la correspondiente limitación del derecho a la autodeterminación informativa, adolece –según las autoras– de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal, en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que

defrauda la reserva de ley. Esto lesiona el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa, puesto que lo hace impracticable, le impone restricciones injustificadas y desproporcionadas y lo despoja de su necesaria protección.

En cuanto a la especificidad en el tratamiento de los datos de los ficheros policiales, el legislador diferencia en cuanto al tipo de información incluida en tales archivos, según se trate de datos personales recogidos para fines administrativos o para fines estrictamente policiales. Diferencia que determinará el régimen legal aplicable a uno y otro tipo de función, siendo los segundos sometidos a importantes excepciones que restringen el derecho a la protección de datos de los ciudadanos afectados, como la prescindibilidad del consentimiento del afectado para recabar datos personales con fines policiales. Estamos ante un caso claro de colisión de bienes jurídicos, por un lado, el derecho a la intimidad de los sujetos cuyos datos custodian tales ficheros y, por el otro, el deber de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de velar por la seguridad de la comunidad. No obstante, las autoras del libro sostienen que «la policía estará legitimada para restringir los derechos de las personas, sólo en el ejercicio de estas funciones, cuando sea absolutamente necesario para obtener la finalidad de prevenir, no cualquier teórico peligro, sino un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales». Para verificar la razonabilidad y necesidad de la medida restrictiva de un derecho fundamental será imprescindible el *test de necesidad* e interpretarlo de un modo muy restringido.

Estos principios y derechos se van a ver contrastados en el exhaustivo análisis que realizan en los dos capítulos siguientes, cuando lo refieren al extranjero inmigrante. En este apartado van a constatar la quiebra que se produce en la protección de los datos personales del emigrante extranjero, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2003, de reforma de los derechos y libertades de los extranjeros, en lo que se refiere a los datos que sobre ellos figuran en el padrón municipal. Y es que en el padrón nos encontramos, como afirman Solanes y Cardona, ante un instrumento administrativo que puede determinar el grado de disfrute de derechos fundamentales como la sanidad, la educación, la vivienda, los servicios sociales... a los que se accede desde el ámbito local. Y precisamente la posibilidad de acceso a derechos a través de la inscripción en el padrón, hace que se convierta en un referente clave a la hora de conocer la integración del colectivo de los inmigrantes. Las autoras denuncian que con la reforma de la Ley 14/2003 se han reducido derechos de los inmigrantes de un modo indirecto, modificando los artículos 16 y 17 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local de 1985, relativos al padrón municipal. Y es que introduce importantes cambios en el régimen de acceso y cesión de datos. Vulnera, según las autoras, el principio de finalidad al permitir al legislador que aquellos datos sean utilizados con finalidades radicalmente distintas a las que motivaron su consentimiento, a saber, la persecución de la inmigración ilegal, a través del control de la situación de regularidad o irregularidad de los administrados.

La restricción que se introduce en el derecho a la autodeterminación informativa es una limitación excesiva y desproporcionada que da lugar a un tratamiento legal diferenciado para los datos personales contenidos en el padrón, según el origen nacional de sus titulares y que alcanza al contenido del derecho fundamental, debilitándolo o, cuanto menos, disminuyéndolo en el caso de que se trate de extranjeros extracomunitarios frente al resto. El padrón se convierte de este modo en un lugar de búsqueda de irregulares que

impide el disfrute de derechos de muchos inmigrantes establecidos de hecho en nuestro país, afectando también a la gestión municipal, pues los Ayuntamientos elaboran sus presupuestos de acuerdo con los datos de población.

Por último, en el capítulo cuarto las profesoras Solanes y Cardona abordan, en el marco de la política europea de inmigración, el problema de la protección de datos de los extranjeros en relación a las obligaciones de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, cuando así sean requeridos por los Estados. Y es que la política de inmigración europea, sobre todo después de los terribles acontecimientos del 11-S en Nueva York y 11-M en Madrid, se ha visto reducida al control del cruce de las fronteras, a la lucha contra la inmigración clandestina, dejando en un segundo plano la reivindicación de los derechos fundamentales en clave de igualdad. Y es justamente como exigencia del principio general de lucha contra la inmigración «ilegal» donde se han incluido las obligaciones aplicables a los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros. Lo peor de este nuevo enfoque, lo que ya se conoce como «la filosofía Schengen», es que la vigilancia que se impone contra la amenaza que recae sobre los que trafican y explotan a la inmigración irregular se extiende a cualquier inmigrante que quiera acercarse, por las muy variadas razones que puede haber, a Europa.

En este sentido, las profesoras Solanes y Cardona denuncian el excesivo control que se ejerce sobre los inmigrantes, no ya por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino por las obligaciones que deben ejercer los transportistas, convirtiéndose ellos mismos en ejecutores de funciones de vigilancia y policía que exceden su labor.

La principal obligación que se impone a los transportistas es la de comunicación de la información relativa a las personas que van a transportar cuando lo soliciten las autoridades de control en las fronteras exteriores. Dicha información hace referencia, entre otras cosas, a la nacionalidad, nombre y apellidos, y número de las personas transportadas. La Directiva 2004/82/CE concreta que esos datos se guardarán en un fichero temporal y que se destruirán, tras la entrada de las personas en veinticuatro horas, salvo que dichos datos vayan a ser necesarios posteriormente para el ejercicio de las funciones legales. En este último caso, la utilización de los mismos deberá respetar la legislación nacional y las disposiciones sobre protección de datos de la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, la legislación nacional reformada por la ya mencionada Ley 14/2003 impone el deber a los transportistas de comprobar la documentación, el retorno y la información relativa al extranjero transportado, pero tan sólo, a un tipo de extranjero, aquel que pueda resultar peligroso por estar dentro de lo que constituye un flujo de inmigración o inmigración económica.

Esta situación pone de relieve también, al igual que el análisis del tratamiento de los datos de los inmigrantes en el padrón, no ya la discriminación que el ordenamiento jurídico hace respecto de los nacionales, sino las medidas de trato diferenciadas, dependiendo de la procedencia, entre los mismos extranjeros.

Este libro constituye, sin duda, una denuncia jurídicamente fundamentada de la situación en la que se encuentran los inmigrantes en nuestro país, por lo que respecta a la protección de sus datos personales y, por consiguiente, al disfrute de los derechos fundamentales. Es un trabajo serio que, desde la sólida formación de sus autoras, nos adentra en los entresijos de una normativa que, bajo el cumplimiento formal, esconde la vulneración de derechos básicos de los individuos, como es el derecho a la sanidad, entre

otros. Desvela esas relaciones jurídicas en las que, en su mismo envés, dejan desvalida a la parte más débil, en este caso el extranjero inmigrante.

La lectura del libro corrobora un enfoque que comparto totalmente: por un lado, la necesidad de que se haga realidad el principio, tan enarbolado por cierto, de la universalidad de los derechos humanos; por el otro, que las sucesivas reformas legislativas habidas en nuestro país no han hecho sino recortar precisamente el disfrute de derechos y apostar por una política restrictiva en el tratamiento de la inmigración. Las profesoras Solanes y Cardona tienen el mérito no sólo de presentarnos un instrumento imprescindible para quienes nos dedicamos a la temática de la inmigración, sino de ofrecer un trabajo jurídico que constituye un compromiso social y político en el más amplio sentido de los términos y que, sin duda, nos llevará a una reflexión más aguda y penetrante de nuestro ordenamiento jurídico en lo que afecta al fenómeno de la inmigración.

Ana María MARCOS DEL CANO
UNED-Madrid

VALENCIA, Ángel y FERNÁNDEZ-LLEBREZ, Fernando (eds.),
***La Teoría Política frente a los problemas del siglo XXI*, Universi-**
dad de Granada, Granada, 2004, 246 pp.

Vivimos en un mundo complejo y en mudanza, entendemos con dificultad el presente y nos resulta aún más difícil atisbar el futuro. Además, el intento por comprender el mundo de hoy nos sitúa ante una labor de pensamiento volcada en encrucijada, esto es, en el punto donde el sendero bifurca a un lado los viejos conceptos, del otro las nuevas circunstancias. Como ha escrito Peter Sloterdijk, «el diagnosticador debe empezar hoy más que nunca por confesar que no sabemos cómo nos sucede lo que nos sucede»¹. Con todo, la perplejidad no es motivo suficiente para inhibir la necesidad e incluso el deber intelectual de repensar este presente complejo. Y ciertamente la reflexión sobre el presente y el futuro de la política contemporánea es uno de los escenarios donde resulta posible percibir con mayor y más intensa problematización esa tensión y dilema entre las viejas ideas y los desafíos impuestos desde nuevos procesos de cambio social.

Un conjunto de temas definen la política contemporánea de concreta actualidad; entre otros, significativamente, la globalización, la inmigración, la revolución tecnológica o el medio ambiente. Todos ellos actúan en clave de modificación y transformación sobre algunas de las viejas ideas que venían sirviendo de soporte a la comprensión del mundo político moderno: ideas como Estado-nación o ciudadanía y, en general, incluso la propia idea Democracia. Junto a los concurrentes procesos de cambio social que a su razón han tenido lugar en torno a ellas desde las postrimerías del siglo xx hasta hoy, otra serie de acontecimientos han repercutido asimismo de un modo claramente relevante en la prospectiva del devenir político; fue el caso, por ejemplo, de la reubicación de marcadores ideológicos tras caída del Muro de Berlín o, en calendario más reciente, la redimensionación en *global* del fenómeno terrorista como una, entre otras, de las más destacables consecuencias deducidas del 11-S. Resulta, pues, evidente que a partir de estas nuevas coordenadas han surgido también nuevos panoramas donde se hace preciso un replanteamiento teórico (y pragmático) de las cuestiones, conceptos y tradiciones que habían identificado el pensamiento de la *teoría política contemporánea*. Es ocasión ya indemorable *repensar la política desde una teoría afectada por los nuevos problemas*. El asunto, por lo demás, trasciende el mero debate académico; la naturaleza del reto en la acuciante búsqueda, y prioridad en el hallazgo, de soluciones políticas idóneas no permite apelar a remedios preelaborados por la ingeniería social y la construcción política, sino que demanda una reflexión novedosa sobre un modelo de sociedad en la que la incertidumbre y la contingencia, el riesgo y la incapacidad política de controlar y predecir el cambio social se han convertido en rasgos caracterizadores de la política de nuestro tiempo.

Si, por tanto, *repensar la política hoy* tiene como presupuesto reconocer y asumir esta tensión entre la tradición y la novedad, el libro que aquí reseño me parece ciertamente un instrumento epistemológico y analítico útil y valioso. La hipótesis de trabajo ha sido formulada con agudeza y claridad y, en conjunto, también el equilibrio entre teoría y diagnóstico interpretativo de los

¹ SLOTERDIJK, Peter, *Eurotaísmo. Aportaciones a la crítica de la cinética política*, Seix Barral, Barcelona, 2001, p. 23.

dilemas políticos de nuestra época se ha resuelto asimismo con precisión y sin renuncias por los editores; de lo último, hace prueba el enfoque no tanto sistemático como sobre todo *sintomático*; de lo primero, el convencimiento de que no basta ya sólo con identificar cuáles sean los conflictos fundamentales presentes en nuestras sociedades, sino expresar la conciencia de que en su resolución han de producirse cambios estructurales, transformaciones sociales y políticas, con la consiguiente repercusión en cambios sobre y para el comportamiento del ciudadano (p. 10). Así pues, en perspectiva concretamente metodológica, uno de los enfoques tal vez interesantes de la obra ha sido el cuidar por establecer y presentar una imbricación plausible entre la teoría y la práctica políticas, entre la definición del nuevo espacio político y la orientación de las soluciones políticas que el porvenir político (y hasta el propio porvenir de la Política) ha de expresar. La entera estructura de la obra y a lo largo de los capítulos que la desgranar muestra en efecto una consciente tensión (no abstenida o eludida, y tampoco ignorada, como es lo habitual) entre la *teorización de la política* y la *politización de la teoría*. Ese rasgo de intensidad irruptiva-disruptiva es responsable principal en nivelar y reunir, como auténtico *punto arquimédico* y de costura, la diversidad de autores y temas a la centralidad del eje epistemológico; virtud no siempre universalmente predicable en los trabajos colectivos. Hechas estas puntualizaciones, abordaré a continuación el comentario de las diversas contribuciones que lo integran, agrupándolas en cinco partes bien diferenciadas.

La primera aglutinaría fundamentalmente una interpretación sobre cómo enmarcar lo que hoy entendamos por la *teoría política*. El telón de fondo es a ese respecto la contradicción que late entre la misma formulación de la teoría política y su aspiración a reflexionar acerca de una realidad política irreducible a la teoría. Es, en definitiva, el problema de la recíproca y compleja relación entre teoría y política. Ramón Máiz («La Teoría Política en su contexto», pp. 17-26) y Ramón Vargas-Machuca («El momento kantiano en la filosofía política contemporánea», pp. 26-51) explorando temáticas diferentes convergen en las similares conclusiones. Parte el uno de la contradicción entre *teorización de la política* y *politización de la teoría* y analiza el espectacular retorno de la filosofía política, principalmente por mano de Rawls, como proyecto desde el que afrontar y superar la decadencia del behaviorismo; se ocupa el otro del sesgo neokantiano producido en la filosofía política contemporánea con Rawls y a través también de su interlocutor natural, Habermas. La piedra de toque es, en ambos casos, el examen crítico de una especie de elusión de la teoría política, en cuanto tendencia a desconectar, o al menos a perder gran parte de su vinculación explícita, con la política misma. Paradójicamente, pese a ser indudable que Rawls haya provocado un renacimiento de la teoría política, su normativismo neokantiano constituye el principal riesgo de su viabilidad observando el grado, e índole, en que tan a menudo quedan desatendidos (si no desentendidos) los límites que a la teorización impone la compleja realidad de la política y los problemas inherentes al conflicto o al poder. Una reflexión que cierra para el total de la obra en el escrito epilógico de Jorge Riezu («Epílogo: Permanencia y cambios de la Teoría Política», pp. 237-243) reivindicando una concepción flexible y abierta de la actual teoría política.

La segunda parte tendría como punto común de referencia dos conocidos desafíos contemporáneos a nuestro modelo democrático inspirado en la tradición liberal, el multiculturalismo y la dimensión y alcance identitario, examinados en sus distintos perfiles de definición con base al contexto suscitado

por la idea de globalización. La aportación de Fernando Vallespín («Ética global y multiculturalismo», pp. 53-70) propone acertadamente a la Democracia como el factor conexas entre el particularismo cultural y la necesaria universalidad de un *set* de valores, sin cuya participación global resultará difícil lograr a su vez la deseada articulación política de la globalización. Es por ello que la propuesta de una ética global de vocación universal topa con la postulación que el multiculturalismo hace de la diferencia; la ambivalencia del multiculturalismo es un reflejo de la ambivalencia del proceso de mundialización. El trabajo de Rafael Del Águila («El multiculturalismo: problemas y tensiones», pp. 71-84) también incide en este rasgo del multiculturalismo y, en especial, sobre los problemas que más directamente conciernen al estatuto del liberalismo democrático y a su esquema institucional. Sostiene posible y hacedera una articulación política del multiculturalismo organizada en la construcción de espacios de compromiso entre los tres ejes –liberalismo, culturalismo y democracia– capaces de solventar las situaciones de disconformidad, desacuerdo potencial o colisión originadas por las reivindicaciones del multiculturalismo. Finalmente, la disputa por la identidad forma el núcleo central del análisis de Fernando Fernández-Llébreges («Identidad, género y sexualidad. Retos inclusivos para la teoría democrática», pp. 85-108), indagando algunos de los problemas que plantean la integración de las identidades minoritarias en el orden liberal, en particular, alrededor de las políticas de género y sus deficiencias, éstas generalmente causadas por una endeble aptitud para la comprensión o por la insuficiente disposición a aceptar la transversalidad y ductilidad de las identidades mismas.

Una tercera parte, que abarcaría el conjunto más numeroso de estudios, vendría a unificarlos con relación al papel del Estado-nación y sus transformaciones bajo el signo que la globalización está marcándoles. La interrogante central es si el modelo Estado-nación es la forma política del presente y para el futuro o bien, por el contrario, asistiremos a su recomposición y a una notoria disminución de su centralidad en el universo político. De esta guisa, el capítulo a cargo de Antonio Fernández-Navarro («Identidades y conflictos políticos», pp. 109-124) articula un análisis de la conflictiva relación entre socialismo y nacionalismo –asunto últimamente, habrá que señalar, de no demasiada recurrencia en la literatura académica–, en tanto el que ha quedado a cargo de Santiago Delgado Fernández («La globalización y el Estado: una aproximación al pretendido debilitamiento de la fórmula estatal», pp. 125-144) se interesa por uno de los temas sin embargo más candentes en los debates de la teoría política contemporánea; esto es, hasta qué punto del impacto de la globalización efectivamente se trae un desfallecimiento del Estado-nación. En el plano de las respuestas resulta ilustrativo el análisis de Miquel Caminal («Nacionalismo liberal, federalismo pluralista y Estados plurinacionales. Algunos argumentos en torno al diálogo entre el federalismo pluralista y el nacionalismo liberal», pp. 145-167). En él se explora cuál pueda de ser la forma política de las sociedades democráticas plurinacionales sustitutoria de las dinámicas nacionalistas, concentrando la posible vía en la fórmula de un *federalismo pluralista* concebido tanto como una teoría normativa alternativa al nacionalismo en lo referente a la organización territorial del Estado, como igualmente una opción organizativa políticamente factible en la arquitectura del sistema democrático. En esto, parece que los editores han asumido algo más que una elección puramente inventarial de la discusión teórica.

La penúltima parte de la obra condensaría facetas de debate menos canónicas que las anteriores, y en parte todavía noveles, pero que en la teoría política actual ciertamente están introduciéndose con fuerza y cobrando una significancia real. Es el caso de los estudios que firman Antonio Robles Egea y Ángel Valencia Sainz («Incertidumbre y miedo en la sociedad del riesgo global», y «Teoría política y ecologismo», resp. pp. 167-180 y 181-200), ambos en razonable conexión, al menos si acogemos como improntas representativas de nuestro actual modelo político-social las de *sociedad del riesgo* y creciente *dimensión ecológica de la política*. En el primero de estos trabajos Robles sopesa, con visión de conjunto de los ítems elegidos, la capacidad de una democracia cosmopolita para, actuando en razón a principios de solidaridad y cooperación global, producir la atenuación de desigualdades, ensanchar la estrechez de horizontes del Estado-nación y, al cabo, optar seriamente a su superación. En cuanto al de Valencia, que persiste en la línea de investigación sobre *teoría política verde* donde ya acumula desarrollos múltiples, construye un balance sobre la revisión de la democracia liberal y la posibilidad de conexión y entendimiento con el ecologismo según se deduce de la paulatina reorientación de las posiciones de acción más radical hacia una vertebración política diferenciada pero concurrente con el sistema.

Cabe aun aislar una parte final y temáticamente distinguible de las precedentes. Es la que da cierre a la obra y nos ofrece dos estudios peculiares, que raramente suelen hallar cabida en obras de tipo semejante. Por un lado, el Tomás Moreno («De la utopía al milenarismo», pp. 201-210), evidenciando en lo que presenta como la tentación del *milenarismo contemporáneo* —mezcla de oscurantismo, integrismo e irracionalismo apocalíptico— una falsa alternativa al desencanto histórico de las utopías totalizantes, con más sentido orientable en una recuperación del utopismo ilustrado. Y, por otro, el de Ramón Cotarelo, quien desde una sugestiva interdisciplinariedad («Política y literatura: ¿Quién es Ayn Rand?», pp. 211-236) aprovecha de la singular biografía y producción de esta autora para poner de relieve las relaciones entre sociedad, política y literatura, además de evaluar la influencia ciertamente ejercida por aquélla sobre la sociedad norteamericana, mejorando así nuestro conocimiento de toda una época y modelo político.

Decir, para terminar este repaso necesariamente sintético a los contenidos, que en su lectura la obra cumple con mérito contagiar del dinamismo intelectual que muchas de sus interrogantes y posibles soluciones imprimen a los problemas políticos de nuestro azaroso presente y contingente porvenir, arriesgando nuevas combinaciones del alfabeto teórico-político —en realidad, un nuevo lenguaje— cuya pronunciación entre nosotros ha venido siendo hasta ahora más bien inusual y por lo común desoída.

José CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

WALTER/ JABLONER/ ZELNY (Hrsg.), 30 Jahre Hans Kelsen-Institut, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, vol. 24, Viena Ed. Manz, 2003, 118 pp.

Este libro se compone de cuatro partes. En la primera se recopilan las intervenciones del acto organizado con ocasión del trigésimo aniversario de la puesta en marcha del Instituto Hans Kelsen y que tuvo lugar en las dependencias de Tribunal Administrativo de la capital austríaca. Después de la salutación a cargo del Presidente de dicho Tribunal, Prof. Clemens Jabloner, se recogen el breve discurso del *Bundespräsident* Dr. Thomas Klestil, el informe sobre la fundación del Instituto, del Prof. Robert Walter, y la conferencia que como invitado especial pronunció el Prof. Walter Ott, de la Universidad de Zúrich, sobre el tema «la teoría pura como concepción positivista del derecho». La segunda parte contiene un informe sobre las actividades del Instituto en estos treinta años. La tercera es una reimpresión del primer volumen de la serie de publicaciones del Instituto que apareció en 1974 con el título «Hans Kelsen zum Gedenken»; al encontrarse agotado hace años, se ha decidido acertadamente su reedición. Por último, la cuarta parte contiene la Carta fundacional del Instituto Hans Kelsen, así como sus órganos y los correspondientes internacionales. En conjunto, este breve volumen proporciona al estudioso de la obra kelseniana una síntesis muy valiosa de su pensamiento y de su vida, ya que en él aparecen como firmantes sus principales seguidores aún en activo. Justo es reconocer, en este sentido, la labor realizada por el Instituto Hans Kelsen que, con medios limitados, ha sabido profundizar en la obra del maestro vienés y mantener viva la llama del interés de los estudiosos, tanto en Austria como en el resto del mundo.

La escuela de Viena tuvo su origen en el seminario privado que Kelsen organizó en su vivienda de la Wickenburgstrasse, próxima a la Universidad, y donde hoy puede verse una placa con su rostro. Allí comenzaron los debates de los que, con el paso de los años, llegarían a ser conocidos juristas: Adolf Julius Merkl, Alfred Verdross, Fritz Sander, Fritz Schreier, Josef L. Kunz, Felix Kaufmann; y otros, menos conocidos, pero que también aportaron sus ideas y sus trabajos. Los lazos con profesores extranjeros fueron enseguida abundantes. Destaca, en primer lugar, la estrecha relación que Kelsen mantuvo con Franz Weyr, miembro destacado de la escuela de Brno (Brünn). Como jóvenes discípulos que llegaron a Viena en su período de formación destacan el danés Alf Ross, el alemán Julius Kraft, y los españoles Luis Legaz Lacambra y Luis Recaséns Siches. Estos dos últimos llevaron a cabo una extraordinaria labor de traducción de las obras de Kelsen y, sin ser kelsenianos de estricta observancia, mantuvieron siempre un conocimiento actualizado y un diálogo permanente con la teoría pura del derecho y, en general, con el pensamiento de su creador.

Cuando Kelsen abandonó Austria en el año 1930, comenzó una etapa larga de zozobra que culminó diez años después, al emigrar a los EE.UU., país en el que acabaría residiendo hasta su muerte en 1973. Los años de la ascensión del nazismo en la Europa central y la Segunda Guerra Mundial contribuyeron decisivamente a la ruptura de la vida cultural y a la dispersión de muchos de sus representantes más destacados. En el caso de Kelsen, las cosas fueron aún más graves al parecer, puesto que se fue de su país disgustado debido a los problemas políticos que afectaron al Tribunal Constitucional, que era la «niña de sus ojos», y a su propia persona. La fundación del

Hans Kelsen-Institut, casi cuarenta años después, tuvo un cierto sabor de reparación y de reconocimiento a la obra del gran jurista. Nunca es tarde si la dicha es buena. Kelsen aceptó gustoso la nueva institución, y primero él, y después sus dos hijas, colaboraron en impulsar sus tareas. El Instituto se hizo cargo del legado literario de Kelsen, encargándose de la publicación de manuscritos póstumamente, entre los que destacan la edición de *Allgemeine Theorie der Normen* (ed. por Kurt Ringhofer y Robert Walter), en 1979, y *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons* (ed. por Kurt Ringhofer y Robert Walter), en 1985. Además de fomentar la edición y reedición de las obras de Kelsen, y de informar y documentar todo lo relativo al eco o influjo de la teoría pura del derecho, tanto en Austria como en el extranjero, el Instituto tiene como objetivo general de fomentar la investigación de las ciencias y, como es lógico, especialmente el campo de la teoría del derecho. Así lo demuestra efectivamente la colección de publicaciones («*Schriftenreihe*») del Instituto, que hasta el momento ha publicado 25 libros, siendo éste que comento el número 24. Encuentra apoyo esta finalidad en la biblioteca que poco a poco ha ido juntando. Hoy pueden encontrarse en ella casi todas las obras de Kelsen, Merkl y Verdross, además de unos 3.000 títulos de bibliografía secundaria.

Aparte de los aspectos informativos sobre la fundación y las actividades del Instituto Kans Kelsen de Viena, este volumen ofrece varios trabajos que tienen mucho interés desde el punto de vista de la ciencia jurídica. El trabajo de Walter Ott es un resumen de las tesis principales de la teoría pura poniéndolas en relación con el positivismo jurídico, tema éste al que este profesor dedicó su escrito de habilitación: *Der Rechtspositivismus*, Berlin 1976 (segunda edición, 1992). Para este autor, el positivismo jurídico presenta un haz de versiones en cuyo contexto hay que entender la posición kelseniana, que caracteriza como «positivismo jurídico crítico».

Los otros trabajos son antiguos, ya que corresponden a la reedición del breve volumen *Hans Kelsen zum Gedenken*, pero muy provechosos para ser leídos hoy día. El estudio de Rudolf A. Metall se centra en la formación de la escuela de Viena y en la relación de Kelsen con Weyr. Walter Antonioli estudia las ideas centrales de Kelsen relativas al Tribunal Constitucional. La aportación de Walter es de contenido teórico al presentar una síntesis de la teoría pura. Sigue a estos trabajos un interesantísimo diálogo radiofónico que tuvo lugar poco después de la muerte de Kelsen, en el que intervienen Norbert Leser, Herbert Schambeck, Ernst Topitsch, Alfred Verdross y Robert Walter, y en que se reflejan tanto las concepciones de Kelsen, como diversas circunstancias de su vida que merecen el comentario de los mencionados.

Gregorio ROBLES MORCHÓN
Universitat de les Illes Balears

ZACCARIA. Giuseppe, *Razón jurídica e interpretación*, compilado por A. Messuti, traducción de A. Messuti y G. Robles, Thomson Civitas / Universidad de Padua, Madrid, 2004, 398 pp.

El presente libro es una recopilación de artículos publicados por el profesor de Teoría General del Derecho de la Universidad de Padua, Giuseppe Zaccaria. A pesar de su procedencia diversa, mantienen entre sí una coherencia clara. El hilo conductor es la exposición de una filosofía jurídica elaborada desde los presupuestos de la denominada Hermenéutica jurídica. Zaccaria se inserta en esa corriente iusfilosófica, desarrollada sobre todo en Alemania de la mano de juristas como Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer y, sobre todo, Josef Esser. La inserción en esa línea de pensamiento no le convierte en un mero epígono. Los estudios aquí recogidos muestran que su autor también ha tenido muy en cuenta otros ámbitos intelectuales, como Paul Ricoeur o la filosofía del lenguaje más reciente, para elaborar una propuesta original, sin olvidar nunca el diálogo y la confrontación con el positivismo jurídico analítico, de gran difusión en Italia. De ahí que no estemos ante un libro sobre metodología interpretativa, sino ante una propuesta más honda que afecta a los conceptos de derecho y de saber jurídico. En el prólogo de este libro, Gregorio Robles alude al papel desempeñado por la Hermenéutica jurídica en la crisis de la epistemología positivista y señala la influencia que esos cambios han ejercido en el ámbito jurídico. Efectivamente, la descripción de la realidad del derecho ofrecida por sus representantes supone una alternativa bastante clara a las propuestas ofrecidas por las corrientes positivistas. Zaccaria es plenamente consciente de este hecho, y el primer artículo (*Implicaciones filosóficas de la Teoría contemporánea del Derecho*) pone de manifiesto su toma de posición frente a las teorías jurídicas que han dominado el panorama contemporáneo. Considera que el positivismo jurídico no resulta aceptable ya, porque olvida la presencia ineludible de valoraciones en la captación del sentido del derecho (pp. 28-32). En el resto de los artículos recogidos en la primera parte del libro, el autor desgana las características esenciales de su propuesta.

El punto de partida está formado por las reflexiones de Hans-Georg Gadamer, a quien Zaccaria ya dedicó una monografía¹ y de la que ahora nos ofrece algunas pinceladas básicas. Recuerda cómo el filósofo alemán, siguiendo a Heidegger, concibió la existencia del hombre como comprensión. De ahí que considere que el individuo es sujeto y objeto al mismo tiempo, ya que su forma de ser consiste en comprender el mundo, un proceso en el que al mismo tiempo se comprende a sí mismo. Desde estas reflexiones, Zaccaria afirma que el derecho no es una substancia, es decir, una realidad subsistente cognoscible de manera pasiva; es más bien una relación o nexo que brota del proceso mismo de su conocimiento. En este sentido, el derecho como objeto de conocimiento no existe antes de ese mismo proceso: no existe una «cosa-derecho» como algo estático. Consiste en una «práctica interpretativa», es decir, en una actividad desempeñada por un conjunto de sujetos que mediante esa participación definen la misma práctica (pp. 50-51). El

¹ *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans-Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984.

derecho no es, por tanto, una cosa rígidamente objetivizada, sino un acto hermenéutico, producto de la interpretación en el seno de un grupo social². A partir de ahí, el derecho no aparece tanto como un conjunto de reglas o decisiones, sino más bien como una empresa común en la que hay una serie de fines y bienes que reclaman satisfacción. La presencia de esos fines supone que los resultados de una práctica no son un producto arbitrario creado por los participantes. En este sentido, Zaccaria señala que el derecho ni está totalmente dado, ni es totalmente creado de la nada, sino que es un «orden potencial» (pp. 80-81). La práctica jurídica tiene unas bases ya dadas, aunque esas bases tampoco pueden determinar mecánicamente el resultado. En consecuencia, el derecho debe rehacerse constantemente en el momento de ser aplicado.

Esa reelaboración permanente aparece estudiada desde el punto de vista de la interpretación. Los planteamientos basados en el monopolio legal de lo jurídico habían distinguido entre el conocimiento teórico de las normas que componen el ordenamiento, y el posterior proceso de interpretación y aplicación de tales normas; la interpretación sólo sería necesaria en los supuestos en que el significado de la ley fuera oscuro. Los defensores de la Hermenéutica consideran irreal este esquema, ya que consideran que la interpretación es la forma de conocer el derecho. Este sólo es completamente cognoscible en el momento en el que la regla general es puesta en práctica dentro de una situación concreta; esa conexión con lo concreto es la interpretación, que se convierte, en consecuencia, en una de las nociones centrales de la teoría expuesta por Zaccaria.

Algunos han querido ver aquí el riesgo del subjetivismo, en la medida en que el contenido de la norma general podría quedar en manos de su aplicador. Una de las preocupaciones de Zaccaria es poner de manifiesto la presencia de límites eficaces a ese riesgo potencial. En primer lugar, el profesor de Padua marca distancias frente a ciertas versiones actuales de la Filosofía Hermenéutica que rechazan cualquier pretensión de objetividad, y disuelven la realidad en un juego infinito de interpretaciones (p. 225). Según Zaccaria, la aceptación de esta propuesta supondría acabar con la idea misma de derecho, que presupone la existencia de un orden regulador de conductas. Para que exista ese orden es preciso contar con criterios que permitan discernir entre interpretaciones correctas e incorrectas.

Las mismas reglas que deben ser interpretadas proporcionan parcialmente esos criterios. Esta concepción hermenéutica del derecho no niega la relevancia de las leyes, ni aboga por un puro decisionismo. Al contrario, reconoce la importancia de las normas generales, pero admite al mismo tiempo que el derecho es más amplio que la legislación. Esta percepción está desarrollada en el análisis del carácter textual de las leyes. Esos textos suponen un límite para la libertad de los intérpretes, porque marcan el límite máximo dentro del cual éstos pueden moverse. En efecto, el texto legal transmite una intención normativa que vincula y, como escribe Zaccaria, «pre-programa» la decisión (p. 126). La aclaración es importante, porque muestra que las

² La concepción del derecho como práctica ocupa un papel destacado en la teoría de Zaccaria. Vid. al respecto sus libros redactados con Francesco Viola, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma/Bari, Laterza, 2001, 480 pp. *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, 267 pp. Viola ya había publicado un libro bajo el nombre *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Jaca, 1990, 208 pp.

propuestas hermenéuticas no suponen un vuelco del Estado de Derecho; tan sólo recuerdan que las reglas no pueden ser cumplidas aplicándolas mecánicamente, sino mediante la «obediencia pensante» de la que hablaba Philip Heck. Con la referencia expresa a este autor, Zaccaria indica que comprender la ley no es sino captar los motivos racionales-materiales que llevan al legislador a seleccionar una respuesta a determinada controversia política (p. 53).

No obstante, esa obediencia especial debe ser consciente de que el texto no representa un límite absoluto, porque no contiene una respuesta completa para el problema jurídico, o, dicho de otra forma, no contiene toda la normatividad. Es necesario recurrir a otras instancias que se encuentran fuera de lo escrito. Pienso que ésta es una clave de la teoría jurídica hermenéutica, sobre todo para entenderla como alternativa al positivismo. La existencia de «factores extratextuales materiales», pero que al mismo tiempo forman parte de la realidad social recogida en el ámbito normativo (p. 264), nos lleva al problema de la relevancia del contexto en el momento de la interpretación. Zaccaria estudia ese asunto desde la perspectiva de la actual filosofía del lenguaje. Recuerda que ya no resulta admisible la explicación positivista centrada en la noción de proposición reflectante de una realidad empírica. El lenguaje se desenvuelve en un proceso comunicativo, en el que la dimensión pragmática y el necesario reconocimiento de la alteridad ocupan un papel preponderante. De ahí que Zaccaria reconozca los acercamientos habidos entre la más reciente Filosofía analítica (desarrollada a partir del Wittgenstein de las *Investigaciones filosóficas*) y la hermenéutica (*Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración*).

Zaccaria acepta la lingüisticidad de la comprensión de la realidad, pero admite igualmente que ni todo es reductible al lenguaje, ni éste puede reflejar totalmente la realidad (pp. 194-196). Una consecuencia de esa limitación es la imposibilidad de reducir el lenguaje jurídico al lenguaje empleado por el legislador, porque hay que tener en cuenta la integración contextual de los textos legislativos (p. 208). El Derecho resulta ser una práctica en la que las normas –irrenunciables– son constantemente vividas y reelaboradas en diversos contextos, situaciones y relaciones cargadas de sentido jurídico³. Este conjunto de elementos valorativos forma la precomprensión necesaria para todo intérprete (p. 41). La precomprensión es una de las nociones más relevantes de la Hermenéutica jurídica. Zaccaria, que tiene muy presentes las apreciaciones de Josef Esser sobre la cuestión, nos recuerda que la precomprensión puede ser entendida como una valoración anticipada del resultado que debe ser aceptada o rechazada según su concordancia con el orden jurídico. Él prefiere entenderla como el conjunto de «saberes, valores y expectativas» que representan un trasfondo necesario para toda determinación del derecho (pp. 387-388). Es preciso recordar que se trata de un conjunto de presupuestos no legales que interviene en la concreción del derecho. Efectivamente, el texto jurídico debe ser entendido en un ambiente social y un «horizonte de expectativas» determinados. El acto hermenéutico supone la unión de una serie de valores y criterios de comportamiento, depositados en una tradición, con las particularidades de la situación concreta; en este momento la tradición adquiere todo su sentido (p. 75). Es preciso resaltar que

³ Zaccaria analiza específicamente el carácter de los textos lingüísticos en su artículo «Testo giuridico e linguaggio: una prospettiva ermeneutica», *Diritto Privato*, VII-VIII, 2001-2002, pp. 5-33.

la noción de tradición defendida hace referencia a una serie de prácticas interpretativas y valoraciones que se renuevan constantemente en los momentos aplicativos; está muy lejos de ser una masa rígida de valores inmutables.

Esta referencia a las tradiciones, los contextos y a los valores en ellos presentes debe tener en cuenta la pluralidad valorativa propia de las sociedades occidentales contemporáneas. Para evitar la incertidumbre que la referencia al contexto podría suponer, Zaccaria añade otros límites a la interpretación. Uno de ellos lo ofrece la noción de «comunidad de interpretación», una de las nociones que él considera indispensables para evitar el juego inacabable de posibles interpretaciones jurídicas⁴. Se refiere al hecho de que la interpretación —en sentido amplio— necesariamente se produce mediante un proceso intersubjetivo de discusión de diferentes propuestas, siempre en el seno de prácticas jurídicas concretas, preñadas de principios, valoraciones, etc. De esa forma, tenemos en cuenta tanto la relevancia de la situación concreta para la decisión jurídica, como la exigencia de una racionalidad intersubjetiva, que sustrae las valoraciones a la mera emotividad y las somete al control encarnado por la discusión en una confrontación común. Estas ideas recuerdan a Habermas, y aunque Zaccaria acepte varias de sus tesis, admite también sus limitaciones, fundamentalmente, la pérdida de vista de la «dimensión pre-lingüística» (pp. 193-194). Efectivamente, la ética dialógica habermasiana resuelve las cuestiones morales exclusivamente desde la realidad del discurso lingüístico, como único fundamento de los criterios prácticos. En cambio, Zaccaria llama la atención sobre la existencia de experiencias previas al lenguaje, es decir, los contextos, que desempeñan un papel destacado en las labores interpretativas (pp. 205, 210). La intersubjetividad propia de la comunidad de interpretación, propuesta por Zaccaria, permite superar el formalismo de las éticas dialógicas gracias a la inserción de la discusión en contextos específicos. Es la clave de la objetividad perseguida: él rechaza una objetividad rígida y dogmática, que no tenga en cuenta la subjetividad del que decide, ni las peculiaridades del contexto en el que debe ser tomada la decisión. Esta intersubjetividad permite controlar racionalmente los datos de la precomprensión. De esa forma, el contexto interpretativo no resulta ser un bloque cerrado de valores, sino un ámbito abierto de discusión y puesta en práctica de exigencias morales.

La comunidad de intérpretes no es el único límite para una interpretación potencialmente abierta. Zaccaria nos recuerda el papel desempeñado por las instituciones, los precedentes judiciales, las interpretaciones consolidadas, o la moralidad política de una comunidad. A pesar de la presencia de tales límites, finalmente encontramos «límites para los límites de la interpretación», y es inevitable cierta incertidumbre (p. 276). El Derecho se mueve en una objetividad especial en la que es posible superar el mero arbitrio, pero en el que la exactitud resulta inalcanzable. Por eso, la racionalidad jurídica propuesta por Zaccaria difiere tanto de la facultad calculadora como de la razón puramente lógica defendidas desde diferentes vertientes de la Modernidad. Es una razón más abierta, «compleja» en la medida en que asume realidades que no son susceptibles de cálculo o de tratamiento lógico-formal (*Complejidad de la razón jurídica*, pp. 33 ss.).

⁴ Vid. también las reflexiones de Zaccaria en *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 1990, pp. 105 ss. Aquí menciona el papel de autores como Apel, Esser o Kuhn en la elaboración de esta noción.

La segunda parte del libro analiza algunos de estos problemas mediante el acercamiento a Paul Ricoeur, Emilio Betti y J. Esser. La cuestión de la racionalidad de la Hermenéutica recibe en las páginas dedicadas a Ricoeur y Betti atención preferente. Al hilo de las reflexiones de Ricoeur, el autor recuerda que la aproximación hermenéutica no excluye la intervención de las reglas metódicas; ocurre, sin embargo, que éstas no agotan la verdad (p. 286), porque el contexto, el caso, las circunstancias del sujeto, intervienen en su establecimiento. Por eso, no le parecen acertados los reproches que Betti lanzó a Gadamer por su supuesto relativismo subjetivista. La confrontación con Emilio Betti es interesante, porque éste ha sido uno de los principales teorizadores de la Hermenéutica en el el siglo xx, aunque desde presupuestos muy diferentes a aquélla a la que pertenece Zaccaria. La de Betti era continuación de la tradicional, que pretendía establecer métodos seguros para la interpretación; es sólo esa confianza en la seguridad metódica la que resulta destruida por la filosofía de Gadamer, no la pretensión de objetividad, que vendría de la mano, como nos señala Zaccaria, tanto de los métodos como de la comprensión contextual e intersubjetiva.

Zaccaria es un buen conocedor de la obra iusfilosófica de Esser. Tradujo su *Vorverständnis und Methodenwahl in der richterliche Rechtsfindung* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, con la colaboración de S. Patti) y más tarde le dedicó una monografía: *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (editada por Giuffrè en 1994). En el artículo recogido aquí (*Precomprensión, principios y derechos en el pensamiento de Josef Esser. Confrontación con Ronald Dworkin*) reflexiona sobre algunas de las ideas básicas del alemán. Por una parte, un nuevo concepto de juridicidad que supera el legalismo. Los principios forman parte del Derecho, aunque surjan independientemente de la ley. Sin embargo, Esser aún muestra cierta influencia del positivismo, cuando afirma que tales principios sólo son positivos al ser aceptados por la autoridad judicial; una actitud diferente a la de Ronald Dworkin que los considera ya jurídicos antes de su empleo judicial. Por otra parte, Zaccaria nos recuerda la importancia del concepto de precomprensión para Esser y como la solución jurídica brota de la interconexión entre las exigencias del ordenamiento positivo, y las apreciaciones extradogmáticas referidas al problema y su contexto.

No me parece casual que este artículo y, por tanto, el libro, terminen con una referencia a la superación de la noción positivista tradicional efectuada por Esser. Zaccaria ha seguido ese mismo camino. A la hora de establecer el concepto de derecho, ha reconocido la existencia de elementos jurídicos independientes de la decisión legislativa, pero no los ha extraído de supuestos derechos ideales e inmutables. Ha desvelado la relevancia de las expectativas de justicia, de las exigencias de los problemas, de los contextos sociales, en suma de las peculiaridades de la cotidianidad jurídica. Consciente del riesgo de un decisionismo historicista, añade la exigencia de racionalidad intersubjetiva a la vinculación contextual del derecho. Los riesgos de un diálogo meramente ideal pueden ser superados con las referencias ineludibles al contexto, al texto legal y a la política legislativa que éste refleja. Obtener una solución jurídica a partir de estas premisas no es fácil, de ahí el carácter complejo de la razón jurídica, pero tampoco es una empresa imposible. La Hermenéutica jurídica de Giuseppe Zaccaria es una buena invitación a aceptar el esfuerzo.

V

NOTICIAS

La crisis del positivismo jurídico Homenaje al profesor doctor don José Delgado Pinto

Los días 4 y 5 de noviembre se celebraron en el Edificio Histórico de la Universidad de Oviedo unas jornadas científicas tituladas *La crisis del positivismo jurídico*, en homenaje al catedrático ya jubilado de la Universidad de Salamanca, don José Delgado Pinto, catedrático de Filosofía del Derecho que antes, a comienzos de los años sesenta, lo había sido de la Universidad de Oviedo. Este dato, así como el de la vinculación que siempre guardó con el área de Filosofía del Derecho de esta Universidad de Oviedo, junto con el del importante papel que ha jugado en el desarrollo de la filosofía jurídica española, mostraban la necesidad de llevar a cabo el homenaje a su persona, en la que se dan cita tanto la gran talla humana como intelectual y académica.

Poco antes de comer se dio la bienvenida a los distintos profesores que provenientes de otras Universidades se acercaron a la de Oviedo para participar en las jornadas, que darían comienzo a las cuatro y media con el saludo que el profesor doctor don Luis Martínez Roldán, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo, dirigió a todos los presentes en el aula Severo Ochoa del Edificio Histórico. Pasó después a glosar la figura del profesor Delgado Pinto, haciendo un recorrido por su labor intelectual y académica, centrándose en sus escritos iusfilosóficos, pero también en la gran cantidad de tesis doctorales que dirigió a lo largo de su trayectoria universitaria. Por último, el profesor Martínez Roldán dio lectura a la gran cantidad de cartas de otros colegas de la disciplina que, no pudiendo trasladarse a Oviedo, disculpaban su ausencia a la vez que se unían al por todos calificado de merecido homenaje.

Posteriormente el profesor doctor don Juan Antonio Ramos Pascua (Universidad de Salamanca), uno de los mayores expertos en la filosofía del Derecho hartiana, presentó una ponencia que llevó por título «El pensamiento de H. L. A. Hart: balance y crítica». En línea con el pensamiento de Delgado Pinto, hizo una lectura de la obra de Hart en la que censuraba su opción positivista, toda vez que su pensamiento resulta más coherente –vino a decir– si se parte del principio de la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral y no en el de la relación contingente. Tras esta intervención, la profesora doctora doña Lourdes Santos Pérez (Universidad de Salamanca), de nuevo una de las mayores expertas en la filosofía jurídica de Ronald Dworkin, disertó sobre ésta en una ponencia que se tituló «El pensamiento de Ronald

Dworkin: balance y crítica». También en línea con el pensamiento delgadiano, hizo una defensa de la especulación de Dworkin, precisamente porque consigue superar el principio de la separación entre el Derecho y la moral. Por último, se hizo pública lectura de la ponencia del profesor doctor don Juan Antonio García Amado (Universidad de León), que no pudo estar presente en los actos debido a una repentina enfermedad. En este caso, el título asignado había sido el de «El pensamiento de Hans Kelsen: balance y crítica», pero el del escrito de García Amado fue el de «Hablando de Kelsen con Delgado Pinto», y en él discutía algunas de las tesis que Delgado Pinto mantuvo en su conocido artículo «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico», de 1977. Tras las ponencias se entabló diálogo sobre ellas, centrándose la discusión en gran medida en la tesis de la vinculación entre el Derecho y la moral, tesis defendida por Delgado Pinto y su escuela. Pasadas las nueve de la noche hubo que poner fin a la primera sesión de las jornadas.

El día 5 de noviembre, las sesiones se abrieron a las nueve y media de la mañana, esta vez en el Aula Magna, corriendo la presentación a cargo del profesor doctor don Ramón Maciá Manso, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo. Tras el saludo a los nuevos compañeros que se iban incorporando a las jornadas, Maciá Manso hizo una exposición centrada en los tópicos del pensamiento de Delgado Pinto, así como en el carácter detallista y profundo de su especulación. Acto seguido el profesor doctor don Antonio Enrique Pérez Luño (Universidad de Sevilla) centró su intervención precisamente en el tópico del Derecho Natural. «El Derecho Natural: estado de la cuestión» fue el título de una ponencia que vino a resituar la problemática del Derecho Natural, presentando las conclusiones a las que se podía llegar tras un análisis de la investigación contemporánea sobre las relaciones entre el Derecho Natural y la historia. A su vez, hizo una clarificadora lectura del tratamiento que el Derecho Natural recibió en la especulación delgadiana. Luego habló el profesor doctor don Rafael de Asís Roig (Universidad Carlos III) sobre el tópico de los derechos humanos. Conforme al título propuesto, «Los derechos humanos: estado de la cuestión», Asís presentó la panorámica actual de la filosofía de los derechos humanos, apuntando las temáticas clásicas y las de reciente aparición, señalando los pasos ya dados pero también los que habría que dar en un futuro próximo conforme a las exigencias del tiempo. Por fin, supo señalar lo que en un principio pudiera no parecer evidente, el vínculo existente entre la filosofía jurídica de Delgado Pinto y los derechos humanos. Tras un breve descanso tomó la palabra el profesor doctor don Elías Díaz (Universidad Autónoma de Madrid). Bajo el título «La filosofía del Derecho española: un balance» presentó la historia de la filosofía del Derecho española desde la guerra civil hasta nuestro más inmediato presente, apuntando el ritmo progresivo que ha logrado en los últimos años. Especialmente se fijó en la filosofía jurídica que se hizo en España en la década de los sesenta del siglo pasado, en la que destacó tres grupos, que definidos muy someramente serían: el vinculado ideológicamente al franquismo, el de la oposición política y el de la oposición académica, en el que se integraría Delgado Pinto.

Tras muy pocas intervenciones por parte del público asistente, debido al horario de las jornadas, tomó la palabra el profesor doctor don Miguel Ángel Rodilla (Universidad de Salamanca), que hizo la semblanza del homenajeado. La intervención de Rodilla supo aunar magistralmente la dimensión humana y la dimensión intelectual del profesor Delgado Pinto, entrelazando

recuerdos personales, circunstancias políticas y doctrinas filosóficas con el desarrollo intelectual y vital de Delgado Pinto, y todo ello con el telón de fondo de casi medio siglo de la historia de Salamanca y de España. Por fin, las jornadas se cerraron con una calurosa ovación tributada al profesor Delgado Pinto, tras hacerle entrega el profesor Maciá de la insignia de la Universidad de Oviedo.

Benjamín RIVAYA
Universidad de Oviedo

XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Granada, mayo de 2005

Entre los días 24 y 29 del mes de mayo de 2005 se celebró en el Palacio de Exposiciones y Congresos de Granada el «XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social», bajo el título «Derecho y justicia en una sociedad global». El Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada ha tenido el honor y la gran responsabilidad de organizar este Congreso Mundial en nombre de la IVR (Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social). Después de cuatro años de preparación y trabajo continuado, el Comité Organizador, en coordinación con el Comité Ejecutivo de la IVR, ofreció a la comunidad científica internacional un ambicioso programa, con figuras de indiscutible prestigio en el ámbito de la Filosofía jurídica y política de todo el mundo, para reflexionar sobre los retos que plantea hoy la globalización desde el punto de vista de la justicia y del derecho. Este programa ha tenido cuatro objetivos principales. En primer lugar, se consideró oportuno concentrar los contenidos básicos del tema propuesto en 7 «Sesiones Plenarias». En segundo lugar, se ofreció la posibilidad de que se hicieran presentes en el Congreso todo tipo de cuestiones que caracterizan a la situación de la filosofía jurídica y política de nuestro tiempo, mediante los «Grupos de Trabajo» y los «Grupos Especiales». El tercer objetivo fue propiciar un debate en una sesión plenaria especial entre algunas figuras de especial relieve, organizar una sesión-homenaje a Norberto Bobbio y otra con la lectura del Trabajo de Investigación que recibió el premio de la IVR. Las «Sesiones Plenarias» –que constituyeron el núcleo básico del Congreso– fueron impartidas por Profesores invitados, un total de 15 ponentes escogidos según el criterio de la pluralidad y diversidad: 9 fueron europeos, 3 del continente americano y 3 asiáticos. Los «Grupos Especiales» (Special Workshops) se configuraron, a propuesta de los interesados, en torno a un amplio elenco de cuestiones y, en algunos casos, con contenidos cercanos al tema del Congreso. Los «Grupos de Trabajo» (Working Groups), formados a propuesta del Comité Organizador, incluyeron una doble temática. Doce de ellos se dedicaron a cuestiones vinculadas al tema del Congreso y los otros doce se distribuyeron en temas de un variado espectro, dentro de la Teoría jurídica y política, no directamente relacionados con el núcleo temático del Congreso.

El Congreso se inició el día 24 de mayo, fecha en la que los congresistas recogen la documentación y se acreditan. El número de congresistas alcanzó la cifra de 936 que supera muy ampliamente la de las anteriores convocatorias que tiene lugar cada dos años. Ha superado en número al Congreso celebrado en Bolonia a comienzos de los 90 que tuvo 800 participantes y que parecía entonces una cifra difícilmente superable. Los congresistas asistentes en Granada provenían de todas partes del mundo: Japón, China, India, Afganistán, Irak, Sudáfrica, Canadá, EE.UU. Ha habido una amplia participación de Brasil y de Iberoamérica, así como de toda Europa, desde Rusia, países Escandinavos, Polonia, Ucrania, hasta Portugal y España.

El día 25, a las nueve de la mañana, se inauguró el Congreso en la «Sala García Lorca» del Palacio de Exposiciones y Congresos en la que intervino Nicolás López Calera, Presidente del Comité Organizador, Alexander Peczenik, Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (hoy desde aquí lamentamos su irreparable pérdida) y el Rector de la Universidad de Granada. A las diez horas de este mismo día 25 Jürgen Habermas, premio Príncipe de Asturias, pronunció la lección inaugural con el título «¿Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del derecho internacional?». A continuación intervinieron como ponentes en la primera sesión plenaria David Held (London School of Economics) y Francisco Laporta (Universidad Autónoma de Madrid).

El día 26 se celebraron dos sesiones plenarias (una por la mañana y otra por la tarde) en las que intervinieron como ponentes: Will Kymlicka (Queen's University, Kingston, Ontario, Canadá), así como Nancy Fraser, (New School for Social Research de Nueva York) y Gunther Teubner (Profesor de Sociología jurídica en la Universidad de Frankfurt).

El día 27 intervinieron como ponentes en la sesión plenaria William Twining (University College, Londres) e Itaru Shimazu (Chiba University, Japón). En una sesión plenaria especial debatieron el profesor Robert Alexy y el Profesor Andrei Marmor, actuando como moderador Carl Wellman.

El día 28 se desarrollaron dos sesiones plenarias. La de la mañana estuvo a cargo de Luigi Ferrajoli (Universidad de Roma Tre) y de Boaventura de Sousa Santos (Universidad de Coimbra). Por la tarde intervinieron como ponentes Juan Ramón Capella (Universidad de Barcelona) y Neil MacCormick (Universidad de Edimburgo).

El día 29 intervinieron en la sesión plenaria de la mañana Uma Narayan (Vassar College de Nueva York) y Agustín Squella (Universidad de Valparaíso, Chile). Hubo una sesión plenaria especial en homenaje a Norberto Bobbio en la que participaron Celso Lafer, Richard Bellamy, Luigi Ferrajoli, Michelangelo Bovero y Alfonso Ruiz Miguel, actuando como moderador Elías Díaz. La sesión plenaria especial de la tarde correspondió a Hirohide Takikawa (Universidad de Osaka, Japón) que leyó el trabajo de investigación que resultó premiado por la IVR.

Las tardes de los días 25, 27, 28 y parte de 29 se dedicaron a los «Grupos de Trabajo» y «Grupos Especiales». Estos grupos, que fueron objeto de una programación específica de gran complejidad, reflejaron las inquietudes intelectuales y orientaciones que caracterizan hoy a quienes se dedican a la filosofía jurídica y política. La temática fue muy variada como puede apreciarse en la publicación efectuada –y que cada congresista pudo adquirir en el momento de la acreditación– en las Actas del Congreso. Quedaron registrados 21 «Grupos Especiales» y 24 «Grupos de Trabajo», con un número total de 700 comunicaciones cuyos «Abstracts», así como el momento de la inter-

vención de cada comunicante, están recogidos en la publicación realizada al efecto cuya referencia, acompañada de una «Adenda», es la siguiente: Jiménez, J. J.; Gil, J., y Peña, A. (Eds.), *Law and Justice in a Global Society. Abstracts (Special Workshops and Working Groups)*, Universidad de Granada, 2005. Igualmente, hay que indicar que las ponencias principales quedaron publicadas, también como material disponible, en edición bilingüe inglés-español, para los congresistas en los *Anales de Cátedra Francisco Suárez*, en edición específica para esta ocasión, que saldrá en su redacción definitiva con el número 39 de los *ACFS* en noviembre de 2005.

La ceremonia de clausura del Congreso fue el día 29 de mayo a las diecinueve treinta horas. La organización del Congreso, además de diseñar los aspectos académicos, ofreció otros actos sociales. En este sentido, se programó una visita a la Alhambra y un concierto flamenco, entre otras actividades.

Como colofón de las actividades del Congreso, se formuló, por iniciativa del Presidente del Comité Organizador y del Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, la «Declaración de Granada sobre la globalización», texto que fue publicado en el diario *El País* (6, junio, 2005) y firmado por J. Habermas, David Held, W. Kymlicka y otros.

Los patrocinadores y entidades colaboradoras del Congreso fueron muchos: Rectorado de la Universidad de Granada (Vicerrectorado de Extensión Universitaria y Cooperación al Desarrollo, Vicerrectorado de Investigación); Facultad de Derecho; Junta de Andalucía (Consejería de Educación, Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, Consejería de Cultura, Consejería de Presidencia); Parlamento de Andalucía; Ministerio de Educación y Ciencia; Ayuntamiento de Granada; Diputación Provincial de Granada; Caja de Granada; Caja de Ahorros «El Monte» de Sevilla; ONCE, Colegio de PP. Escolapios y Puleva Food S. L.

Manuel SALGUERO
Universidad de Granada

VI

NECROLÓGICAS

Paul Ricoeur: una filosofía sin fronteras (27 de febrero de 1913-20 de mayo de 2005)

Por TERESA PICONTO NOVALES
Universidad de Zaragoza

El 20 de mayo de 2005 murió el filósofo francés Paul Gustave Ricoeur a los noventa y dos años de edad. Sin lugar a dudas ha sido uno de los grandes pensadores de la segunda mitad del siglo xx. Autor de una inconmensurable obra y pensador político enfrentado entre otras problemáticas a los diferentes totalitarismos que han atravesado el pasado siglo. Igualmente se opuso a guerras tan dispares como la de Argelia (1954-1962), mostrándose a favor de la independencia del país magrebí; asimismo y más recientemente desaprobó la guerra de Bosnia. Políticamente defendió el antiautoritarismo y la izquierda. Militante socialista desde 1933 y al mismo tiempo profundamente cristiano (protestante) y pacifista. Lo cierto es que su cristianismo distó siempre del de muchos otros colegas y contemporáneos suyos, en el sentido de que ha sido capaz de delimitar y al mismo tiempo conciliar la inextinguible dimensión religiosa de su pensamiento con su implacable dimensión crítica.

Llegados a este punto habría que destacar hasta qué punto la guerra fue una de las experiencias que más marcaron tanto la vida como la obra de Ricoeur. Huérfano de guerra (su padre ya viudo muere en la batalla del Marne en 1915). Al estallar la Segunda Guerra Mundial, Paul Ricoeur fue movilizado y participó en el conflicto bélico contra los alemanes, siendo hecho prisionero de guerra en 1940 y no será liberado hasta más de cuatro años después. Desde de aquí se comprende con facilidad su casi obsesiva preocupación por el mal y su constante reinterpretación de la por él denominada problemática del mal, de la pena, de la falta y del sufrimiento. Es en esta y compleja problemática donde descubrió la estela del desastre colectivo. Sobre todo ello habla con rigurosidad, así como con una claridad y sinceridad admirables en su libro *La Critique et la Conviction* (1995). Por esta razón y por el testimonio de lo que él denomina «el tiempo de contacto entre la memoria y la historia» en el que «los últimos supervivientes de aquella época, de la que formó parte, están cediendo su lugar a los historiadores» (*La Critique et la Conviction*). En el libro *La Mémoire, histoire,*

l'oubli (2000), se interroga acerca del problemático y doloroso vínculo que existe en la historia, por un lado y la memoria, el perdón y el olvido por otro. Puntualizando como «al inscribir la demanda de perdón dentro de la esfera política, tal y como exigía Hannah Arendt, los protagonistas de estos valientes gestos han contribuido quizás a abrir una brecha en lo imprescriptible y en lo imperdonable. Una brecha no sólo del dolor sino de la propia justicia. Una brecha que sería tarea conjunta del trabajo del recuerdo, del trabajo del duelo y de la demanda de perdón» (*La Critique et la Conviction*). En su preocupación por la paradoja política que el propio Ricoeur denomina «una política de la justa memoria» y en el marco de su compromiso público, Ricoeur sugiere algunas de las claves desde las que poder llevar a cabo «el trabajo de la memoria». En definitiva, los problemas del estudio del pasado son una cosa y la fijación de la memoria colectiva de una determinada sociedad otra, tal y como se desprende de su planteamiento metodológico (*La Mémoire, histoire, l'oubli*), ideario que es compartido por algunos filósofos del derecho españoles como J. I. Lacasta.

Después de los acontecimientos del mayo francés Paul Ricoeur sufrió un doloroso exilio interior. En la entrevista que le realiza F. Ewald para el monográfico dedicado por *Le Magazine littéraire* a su obra, comenta Ricoeur cómo estos hechos fueron el principio de una sospecha que acompañó desde ese momento la recepción de sus escritos en Francia. Más específicamente, en la década de los 60 aceptó incorporarse a la recién creada Universidad de París-Nanterre, de la que fue nombrado Decano de la Facultad de Ciencias Humanas. El mayo del 68 francés estalló muy tempranamente en esta nueva Universidad. Ricoeur se enfrentó a la compleja situación con el espíritu racional, pacifista y dialogante que le caracterizó, tratando de mediar entre las fuerzas del orden y el movimiento estudiantil. Finalmente dimitió tras los incidentes. Una vez que abandonó la Universidad de Nanterre, Ricoeur comenzó un largo e impuesto exilio de la vida intelectual francesa. A partir de ese momento la mayor parte de sus trabajos y libros los publicó fuera de Francia. Abandonó Francia por Bélgica y después por EE.UU. Empezando a ser mucho más conocido internacionalmente a la vez que, paradójicamente, olvidado en Francia.

La publicación del tercer volumen de *Temps et Récit. Le temps raconté* (1985) provoca su descubrimiento en Francia. Igualmente el doble número de la revista *Esprit* en 1988 (7-8) constituye el año de su encuentro con una nueva generación de intelectuales franceses que ven la fuerza y coherencia de su pensamiento en continua apertura y enriquecimiento en calidad, como el propio Ricoeur señaló en alguna ocasión, «non en maître à penser mais en maître à penser». Siendo ya un autor consagrado para toda esta nueva generación de pensadores franceses a lo largo de los años 90.

Este aislamiento se explica, además, porque la obra de Ricoeur se alarga por trayectorias que entonces se suponían inadecuadas y por su tenacidad en pensar impulsado por el movimiento interno de sus propias preocupaciones rechazando cualquier situación acomodaticia y al margen de vanguardias y capillas. En este sentido, polemizar entonces con Levi-Strauss o Lacan era totalmente impropio. La obra de Ricoeur, por otra parte, parecía inspirada por un extraordinario y peligroso afán conciliador de discursividades muy alejadas (la teoría psicoanalítica de Freud releída a través o a partir de Schleiermacher y Dilthey y de la fenomenología, p.e.). Pero entiendo que el mayor impedimento para la recepción de Ricoeur reside en el carácter de su obra, en su amplitud que al abarcar una vasta gama de diversas esferas de

discurso, a veces, aparentemente dispares, dificulta el seguimiento a sus lectores. Siendo además Ricoeur un genuino pensador interdisciplinario. Acercarse a la obra de Ricoeur no constituye una tarea fácil por lo que tiene de polifacética. Más específicamente, ha profundizado y hecho suyas con un renovado talante crítico algunas de las corrientes de pensamiento más características del siglo xx (la tradición reflexiva, el personalismo, el existencialismo, la fenomenología, el psicoanálisis, la filosofía del lenguaje, la hermenéutica, el estructuralismo, la antropología, la semiótica, las teorías de la justicia, etc.). Resulta indudable que la apertura a tantas y diversas discursividades ha hecho difícil una consideración global para muchos de los que se han acercado a su obra. Pero dada la minuciosidad, la honestidad, la inteligencia y la profundidad de sus escritos, el conjunto de su obra posee una indudable plenitud y rigurosidad. Por todo ello, su extensa y cuidada obra permite una lectura unitaria. Así, por ejemplo, una de las claves de la misma como es la de su extensa y casi obsesiva preocupación por el mal, atraviesa todo el tejido de su escritura y le conduce certeramente ya en sus últimos años desde la filosofía moral y también en parte desde la filosofía política a la problemática de la justicia. De forma, que en gran medida la clausura de la obra de Ricoeur se produce en el ámbito del derecho o, mejor aún, en el de la filosofía del derecho. Así mostró un especial interés además de ocuparse, entre otros, de los siguientes asuntos: la justicia, la justificación de la pena, el proceso y la decisión judicial, algunas de las más significativas teorías de la argumentación racional, la interpretación y argumetación jurídica, el sujeto de derecho, los derechos humanos, la fundamentación contractualista del derecho, etc.

Otra de las claves que brillante y rigurosamente plantea es la necesidad de elaborar una filosofía del sujeto. En este sentido, entre el yo cartesiano y el yo criticado por Freud y Nietzsche se va a colocar Ricoeur, al reconocer ya en su libro *De l'interprétation. Essai sur Freud* (1965) la importancia de la crítica a la subjetividad al mismo tiempo que la necesidad del sujeto en el ámbito moral y también en el ámbito político-jurídico. Así ya en su libro *Soi-même comme un autre* (1990) se propone explicitar «las determinaciones éticas y morales de la acción, relacionadas respectivamente con las categorías de lo bueno y lo obligatorio». Poniendo de manifiesto las dimensiones éticas y morales del «sujeto a quien la acción, buena o no, hecha por deber o no, puede ser imputada». Desde el plano ético de «la estima de sí» y una vez establecida la equivalencia en este ámbito entre «la estima del otro como un sí mismo y la estima de sí mismo como otro» Ricoeur va a rastrear el concepto un sujeto capaz, capaz de imputación ético-jurídica. Más específicamente, la relación con «el otro» está inmediatamente mediatizada por la institución; siendo la justicia «la primera virtud de las instituciones sociales». (*Le Juste*, 1995). Ricoeur va a profundizar en la problemática de la justicia situándola en el contexto político de un Estado democrático garantizador y defensor de los derechos humanos. Ricoeur tiene en mente una teoría de la justicia en la que las relaciones morales, jurídicas y políticas están situadas bajo la idea de la conformidad con la ley y la legalidad. En definitiva, las capacidades dignas de respeto de todo hombre se actualizan por medio de la institución. El valor ético del nivel propiamente político de la institución es la justicia (*Lectures I. Autour du politique*, 1991) y su aceptabilidad depende a la vez de las modalidades y grados de participación en la decisión política.

En su profundización en la problemática el mal y su aparejada fragilidad del bien, Ricoeur parte del hombre culpable para llegar al hombre capaz. A pesar del mal y si el mal no debería tener la última palabra es preciso dejar

abierta la posibilidad de una narración en la que el sujeto pueda reconquistar su unidad y su preocupación por la vida buena. De ahí que la filosofía del sujeto en los términos de identidad y de libertad le haya permitido ensamblar el conjunto de sus trabajos sobre la moral, la ética y la justicia en un tronco común, a saber, el del «poder» (*Le Juste 2*, 2001).

Lo cierto es que la reflexión sobre el derecho y la justicia por parte de Ricoeur constituye una especie de síntesis de su pensamiento tanto antropológico como político, que va a articular alrededor de tres pilares: el de la narración, el de la argumentación y el de la interpretación que en este momento van a ser estudiados en las mediaciones imperfectas que son las instituciones. La fundamentación universal de la noción de bueno y el análisis de las relaciones sujeto-instituciones facilitarían un marco argumentativo, dependiente de la narración y de la interpretación.

En España, a diferencia de otros muchos países, dentro y fuera de Europa, como Alemania, Italia, Bélgica, EE.UU. o Canadá, el reconocimiento de Ricoeur ha llegado muy tardíamente. Además, la diversidad de perspectivas y enfoques de su obra ha llevado a muchos estudiosos a forzar artificialmente algunos de sus escritos aun a riesgo de traicionar su espíritu abiertamente liberal y fuertemente antiautoritario, defensor sin ambages de principios como el de la libertad e igualdad en su dimensión deontológica y no sólo teleológica. Por otra parte, su pluralismo y su no kelsenianismo no le impidió aceptar los principales presupuestos de Hart, MacCormick y otros autores positivistas.

Como he tratado de mostrar en el libro *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur* (Dykinson, 2005), Ricoeur se aproxima a algunos de los objetos de estudio de la Filosofía del Derecho desde una atalaya fundamentalmente filosófica y no lo hace, ni lo pretende, desde el interior de la teoría del derecho o de los conceptos filosófico-jurídicos. Ello explica, en parte, que en sus construcciones se eche a faltar la complejidad a la que estamos acostumbrados los *iusfilósofos*. Probablemente, por la misma razón algunas de sus conclusiones nos suenan a algo ya dicho. Ello no es ningún demérito en Ricoeur. Todo lo contrario, la perspicacia y algunas geniales intuiciones desde las que orienta su reflexión del fenómeno jurídico no resultan aminoradas por esta circunstancia. Más aún, si se considera que Ricoeur, en lugar de haberse quedado en una muy cómoda y destacada posición de la que goza en el ámbito de la filosofía y de la hermenéutica; se decidiese, pasados sus setenta y cinco años, a proponerse un nuevo y difícil reto; por otro lado, muy alejado de lo que fueron sus muy elaborados métodos e instrumentos de investigación aunque próximo a algunas de sus preocupaciones intelectuales dominantes: el problema del mal y de lo injusto.

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 *diskette* 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: GONZÁLEZ VICÉN 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Dere-*

cho, 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 ESPESO, Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica. JOSÉ I. LACASTA ZABALA, Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez. JUAN DAMIÁN TRAVERSO, La decisión administrativa. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Decisión jurídica y argumentos de autoridad. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Notas sobre la aplicación del Derecho. – II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El darwinismo social: Espectro de una ideología. ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Moral y política. EDUARDO NOVOA MONREAL, Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado. VLADIMIRO LANSORFF 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 Graciano. 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. HESPAÑA, 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. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, Naturrecht und 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 GUIJÁN, 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. JOSEF 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, personhood 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 SAMPAIO 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 GUISÁN, 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 CARRPINTERO, 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, El 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. FERNARDO 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-demagogía. 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, ius-naturalismo 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, América 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 MACÍ 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 GUIJÁN, 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 integrismo 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 FIGUE-

RAS, ANTONIO EZQUERRA, 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 óptimos. 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 deci-

sión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, La actitud marxista ante el Estado social.—III. IN MEMORIAM. 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, Filosofia 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 Novalés). 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 Ancies 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 Sagrebelsky. 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 Gus-

tavo 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, postmodernidad 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 protectiva. 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? XACOB E BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo neorristotélico.-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 PICONTO 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 Figueroa.—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, Giuffrè, 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, E., 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, Giuffrè, 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, Giuffrè, 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 Filosofía 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 pseudodisputas*. 4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA: *Aporías del Derecho*. 5. CAR-

LOS 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. TALAVERA 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 DEL TORO, 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 archivo ignoto e la bibliografía di Renato Treves* (M.ª J. Añón Roig). 6. MENDER, 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 des-memoriado 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 MEMORIAM: 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 ANGELES 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 alteridad. 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.: *Costruttivismo 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 disipados)*. 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 YÁÑEZ, 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).

VOLUMEN XIX (2002)

PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS. -I. MONOGRÁFICO: Justicia y legitimidad en el orden internacional. 1. ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO: *Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita*. 2. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO: *Aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*. 3. NICOLÁS LÓPEZ CALERA: *El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?* 4. EMILIO MIKUNDA FRANCO: *Justicia y legitimidad en el orden internacional como valores clave de la futura Constitución Europea. Especial referencia a España*. 5. EVARISTO PRIETO NAVARRO: *Liberalismo etnocéntrico y orden cosmopolita: adversus Rorty*. 6. ALFONSO RUIZ MIGUEL: *Doctrinas de la guerra y de la paz*.-II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *Hacia una ética judicial del Estado moderno. Las virtudes del juez según Pedro de Ribadeneyra*. 2. FEDERICO ARCOS RAMÍREZ: *La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación*. 3. HUGO AZNAR GÓMEZ: *La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación*. 4. PABLO RAÚL BONORINO: *Respuestas correctas. La débil tesis de sentido común*. 5. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: *Consenso de los filósofos y libertad personal*. 6. ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN/MARÍA JORQUI AZOFRA: *Patentes y biotecnología: ¿un dilema insuperable?* 7. RAFAEL ESCUDERO ALDAY: *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller*. 8. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho*. 9. VICTORIA ITURRALDE SESMA: *Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción*. 10. LAURA MIRAUT MARTÍN: *Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos*. 11. A. DANIEL OLIVER LALANA: *El derecho secreto y la fórmula de Radbruch. ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?* 12. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS: *La utopía de Derecho*. 13. TERESA VICENTE GIMÉNEZ: *La dimensión universal e integradora de la Justicia ecológica*.-III. DEBATES. 1. MARIO RUIZ SANZ: *Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba*. 2. MARINA GASCÓN ABELLÁN: *Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz*.-IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AÑÓN ROIG, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México D. F., 2002, 157 pp. (José Manuel Rodríguez Uribes). 2. JABLONER, Clemens, & 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. (Gregorio Robles). 3. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, 511 pp. (César Arjona). 4. HINKELAMMERT, Franz J.,

Crítica de la razón utópica, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, 404 pp. (David Sánchez Rubio). 5. LALUEZA, Carles, *Razas, racismo y diversidad. La ciencia: un arma contra el racismo*, Bromera-Algar ed., 2002, 173 pp. (José García Añón). 6. PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, ed. Comares, Granada, 2000, traducción y prólogo de José Calvo González, XXIV + 141 pp. (Felipe Navarro Martínez). 7. 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, n.º 17, 2000, 492 pp. (Ricardo Pinilla). 8. ROBLES, Gregorio, *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*, Civitas, Madrid, 2001, 132 pp. (Félix Francisco Sánchez Díaz). 9. SOLANES CORELLA, Ángeles, *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*, Dykinson, Madrid, 2001, 273 pp. (Andrés García Inda). 10. VV.AA. (Christian Courtis comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, 421 pp. (Pablo Miravet). 11. VV.AA. (Javier de Lucas, et al.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, 502 pp. (María José González Ordovás).-V. NECROLÓGICAS. El último libro de Vittorio Frosini (Antonio Enrique Pérez Luño).-RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

VOLUMEN XX (2003)

Presentación. JAVIER DE LUCAS.-I. MONOGRÁFICO: Veinticinco años de la Constitución española de 1978. Aspectos jurídicos y políticos. 1. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: *La Constitución social del trabajo y su crisis*. 2. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española*. 3. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español*. II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. XACOBÉ BASTIDA FREIXEDO: *Kelsen y la tortuga. La teoría pura del Derecho como antifilosofía*. 2. MARÍA JOSÉ GARCÍA SALGADO: *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación literal de la Ley*. 4. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: *Leer o no leer, ésa es la cuestión*. 5. RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI: *Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica*. 6. JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS: *La consolidación del derecho subjetivo en el período posclásico romano*. 7. ÓSCAR MORO ABADÍA, y ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *Hacia una «cartografía» del poder: Michel Foucault*. 8. MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP: *¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir*. 9. JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN: *Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico*. III. DEBATES 1. JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: *Los presupuestos liberales de la autonomía. Un análisis crítico. A partir de Álvarez, Silvina: La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002. 2. VICTORIA ROCA: *Los presupuestos metaéticos del comunitarismo: la tensión no resuelta entre el realismo y el convencionalismo moral. A partir de La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del*

comunitarismo, de Silvina Álvarez. 3. SILVINA ÁLVAREZ: *La racionalidad de la moral. Respuesta a los comentarios de José Luis Pérez Triviño y Victoria Roca*. IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO (dir.): *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, 176 pp. (Cristina Monereo Atienza). 2. BEA PÉREZ, EMILIA: *Testimonis del segle xx*, Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2001 (María José Añón Roig). 3. BERNS, SANDRA: *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Aldershot, Astage Publishing Ltd., 1999, 241 pp. (Cristina Monereo Atienza). 4. LUCAS, JAVIER DE: *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 68 pp. (María José García Salgado). 5. DÍAZ, ELÍAS: *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2003, 270 pp. (Joaquín Almoguera Carres). 6. DUKAS, STRATÍS: *Historia de un prisionero*, trad. del griego, prólogo y notas de M. González Rincón, Sevilla, Labrys eds., 2001, 79 pp. (José Calvo González). 7. GARCÍA INDA, ANDRÉS y MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ (coords.): *Ciudadanía, Voluntariado y Participación*, Madrid, Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001, 231 pp. (Sergio Pérez Barahona). 8. GONZÁLEZ R. ARNAIZ, Graciano; (coord.): *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2002 (María Jorqui Azofra). 9. HECK, Philipp: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, Granada, ed. Comares, 1999, 120 pp. (Felipe Navarro Martínez). 10. INIESTA DELGADO, Juan José: *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*; prólogo de Enrico Pattaro, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, 294 pp. (José López Hernández). 11. LLANO, FERNANDO (coord.): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Sevilla, ed. Lagares, 2003, 392 pp. (Sebastián A. Torres Haro). 12. MELKEVIK, Bjarne: *Rawls ou Habermas. Une question de Philosophie du Droit*, Saint Nicolas, Québec, Presses de l'Université Laval-Bruylant, 2001, 191 pp. (José Calvo González). 13. MIKUNDA FRANCO, Emilio: *Derechos humanos y mundo islámico*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie Derecho núm. 20, 2001, 285 pp. (Antonio Osuna). 14. MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, ed. Comares, 2002, 2.089 pp. (Pablo Miravet). 15. RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, ed. Comares, 1999, CIX y 271 pp. (José Manuel Cabra Apalategui). 16. RAWLS, John: *Derecho de gentes y «una revisión de la razón pública»*, trad. de Hernando Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, 224 pp. (José Calvo González). 17. RIVAYA, Benjamín (coord.): *Cine y pena de muerte. Diez análisis desde el derecho y la moral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 219 pp. (Alberto Carrió Sampedro). 18. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2002, 481 pp. (María del Carmen Barranco Avilés). 19. RUIZ SANZ, Mario: *El verdugo: un retrato satírico del asesino legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 76 pp. (René Maroto Laviada.) V. NOTICIAS. XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Las Palmas de Gran Canaria, 6 y 7 de marzo de 2003 (Laura Miraut Martín.) VI. NECROLÓGICAS. *Doctorado Honoris Causa del Dr. Antonio Truyol y Serra. Laudatio in Memoriam* (Mariano Hurtado Bautista.).

VOLUMEN XXI (2004)

Presentación. JAVIER DE LUCAS (Director del *Anuario*).—I. MONOGRÁFICO: La filosofía política y jurídica en Kant. 1. ARCOS RAMÍREZ, Federico (Universidad de Almería), *Una lectura del cosmopolitismo kantiano*. 2. LLANO ALONSO, Fernando H. (Universidad de Sevilla), *¿Fue Kant un verdadero profeta del nacionalismo? Crítica a las lecturas pronacionalistas de Kedourie y Berlin*. 3. MIRETE NAVARRO, José Luis (Universidad de Murcia), *Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder político*.—II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos (Universidad de Valladolid), *La soberanía en «El Gobernador Cristiano» (1612), de Juan Márquez*. 2. ARA PINILLA, Ignacio (Universidad de La Laguna), *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*. 3. CALVO GONZÁLEZ, José (Universidad de Málaga), *Sobre la Antropología jurídica en España a finales del siglo XIX y comienzos del XX. De la extravagancia del centauro a la soledad del unicornio*. 4. CAMPOY CERVERA, Ignacio (Universidad Carlos III de Madrid), *Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos*. 5. CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto (Universidad de Oviedo), *Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería*. 6. DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo (UNED), *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*. 7. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (Universidad de Jaén), *Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva*. 8. FERNÁNDEZ-CREUHET, Federico (Universidad de Almería), *La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny*. 9. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Universidad de Barcelona), *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*. 10. HERMIDA DEL LLANO, Cristina (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid), *Reflexiones sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. 11. LÓPEZ HERNÁNDEZ, José (Universidad de Murcia), *El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica*. 12. MARCILLA CÓRDOBA, Gema (Universidad de Castilla-La Mancha), *Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional*. 13. PÉREZ BARAHONA, Sergio (Universidad de La Rioja), *El federalismo renovado en Charles Taylor. Quebec y Canadá*. 14. RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús (Universidad de Cádiz), *El inicio de los sistemas jurídicos. Entre el método y el individualismo*. 15. SECO MARTÍNEZ, José María; y RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), *Del imperio mercantil a la democracia posible*.—III. DEBATES. 1. MONEREO ATIENZA, Cristina (Universidad de Málaga), *Utopía y derecho. Una ocasión para el debate sobre derechos sociales*. 2. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (Universidad Carlos III de Madrid), *La función y actualidad del pensamiento utópico (respuesta a Cristina Monereo)*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AL-HAKIM, Tawfiq, *Diario de un fiscal rural*, trad. y pról. de E. García Gómez, Eds. del Viento, A Coruña, 2003, 159 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga). 2. ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜßMANN, Helmut; *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 544 pp. (José Manuel Cabra Palatagui. Universidad de Málaga). 3. BIGOTTE CHORÃO, Luis, *O periodismo jurídico português do século XIX. Páginas de história da cultura nacional oitocentista*, Prefácio de Martim de Albuquerque, Imprensa Nacional-Casa de Moeda, Lisboa, 2002, 401 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga). 4. CASANOVAS, Pompeu (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, editorial Comares,

- Granada, 2003, 336 pp. (Victoria Iturralde Sesma. Universidad del País Vasco).
5. DIAZ, Elías, y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, 477 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga).
6. DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001, 523 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga).
7. ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 213 pp. (J. Alberto del Real Alcalá. Universidad de Jaén).
8. HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, 239 pp. (Jesús García Cívico. Universitat de València).
9. LA TORRE, Massimo, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, 304 pp. (Fco. Javier Ansuátegui Roig. Universidad de Jaén).
10. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Innovación editorial Lagares, Sevilla, 2003, 179 pp. (Fernando H. Llano Alonso. Universidad de Sevilla).
11. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?*, Gedisa, Barcelona, 2003, 142 pp. (Cristina García Pascual. Universitat de València).
12. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, 306 pp. (Pablo Miravet. Universitat de València).
13. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 134 pp. (Aurelio de Prada García. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).
14. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, 649 pp. (Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz. Universidad de Santiago de Compostela).
15. SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, ed. Comares, Granada, 2003, 247 pp. (Tomás de Domingo Pérez. Universidad Miguel Hernández).
16. VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *El pensamiento político-jurídico de Alejandro Oliván en los inicios del moderantismo (1820-1843)*, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 2003, 407 pp. (Ángel G. Chueca Sancho. Universidad de Zaragoza).
17. ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, 2 vols., 1.519 pp. (Íñigo Álvarez Gálvez. Universidad Europea de Madrid).—V. NECROLÓGICAS. GEOFFREY MARSHALL (Robert S. Summers. Universidad de Cornell) (trad. de Francisco Laporta). NORBERTO BOBBIO EN ESPAÑA (Alfonso Ruiz Miguel. Universidad Autónoma de Madrid).—RECOMENDACIONES A LOS AUTORES.

