

**ANUARIO DE FILOSOFÍA  
DEL DERECHO**

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

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

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

# ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA  
TOMO XXIV  
2007

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2008

Catálogo general de publicaciones oficiales  
<http://www.060.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): 007-08-080-2  
NIPO (M.º de Justicia): 051-08-013-0  
Depósito Legal: M-11151-1958

---

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

## PRESENTACIÓN

El volumen XXIV (Nueva Época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* correspondiente al año 2007 contiene, en su primer apartado, las ponencias de las *Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, que tuvieron lugar en la Universidad de Alcalá en marzo de 2007. El contenido de esta reunión aglutinada en torno al título «problemas actuales de la Filosofía del Derecho» se desarrolló a través de sesiones plenarias, seminarios y comunicaciones. A tenor de este título las intervenciones versaron sobre cuestiones filosófico jurídicas consideradas centrales en nuestros días: el liberalismo, objeto de análisis por parte de José Antonio Estévez Araújo y Ana Rubio Castro; bioética abordado por Ángela Aparisi Miralles y Miguel Ángel Ramiro Avilés; soberanía, Unión Europea y ciudadanía tratado por Juan Carlos Bayón Mohíno y Agustín J. Menéndez Menéndez. En torno a la argumentación jurídica escriben Manuel Atienza Rodríguez y Juan Ramón de Páramo Argüelles. Finalmente, sobre la libertad religiosa Andrés Ollero Tassara y José Ignacio Lacasta. Un planteamiento de este tipo responde muy bien a la pretensión de abordar cada cuestión a partir de la confrontación de ideas y dispositivos dialécticos que no sólo dan cuenta de la diversidad de perspectivas teóricas y epistemológicas, sino que posibilita un debate enriquecedor, del que el *Anuario* ha querido hacerse eco.

El apartado del volumen que titulamos como «Estudios» contiene artículos que forman parte del amplio abanico de cuestiones que pueden ser objeto de análisis desde la Teoría y la Filosofía del Derecho y que, en este número, son muy extensas. Trabajos sobre la historia del pensamiento jurídico, filosofía analítica, perspectiva de género, nuevas tecnologías, así como derecho y literatura. La Filosofía del Derecho como reflexión metajurídica difícilmente puede tener límites precisos en su contenido, puesto que toda institución o problema jurídico puede ser merecedor de un análisis, siempre y cuando este sea capaz de proporcionar un punto de

vista reflexivo y crítico, analíticamente riguroso, epistemológicamente adecuado y suficientemente justificado.

El debate de este volumen del *Anuario* está dedicado a los derechos sociales. Tanto Gerardo Pisarello cuanto Ricardo García Manrique mantienen una posición sobre los derechos sociales en diálogo crítico con los enfoques teóricos más convencionales de aquéllos. Sus posiciones pretenden ser una respuesta adecuada para captar lo más decisivo de la aportación de estos derechos, con el objeto de ofrecer una visión más completa y refinada del Derecho, no sólo en términos jurídicos, sino también sociopolíticos.

La sección de crítica bibliográfica ofrece una serie de reseñas sobre publicaciones que son expresión de la pluralidad de intereses de los docentes e investigadores de la filosofía jurídica. Como viene siendo práctica habitual de nuestra revista, hemos incluido el mayor número posible de reseñas tratando de que esta sección sea un referente de la producción literaria de nuestra área de conocimiento. Animamos, por ello, a contribuir en esta importante tarea divulgativa.

El *Anuario* da cuenta también de acontecimientos importantes que han tenido lugar a lo largo del año 2007, como son: las *XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, que tuvieron lugar en la Universidad de Alcalá; el seminario *Derecho, Ética y Política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés*, que se celebró en la Universidad de Alicante, así como el *XXIII Congreso mundial de Filosofía Jurídica* que tuvo lugar en Cracovia.

Finalmente, la sección necrológica quiere rendir un homenaje al profesor Luis García San Miguel y a su contribución intelectual a la filosofía jurídica.

El propósito del Consejo Asesor y de Redacción está centrado en aunar dos objetivos a nuestro juicio importantes. Que la revista sea expresión de buenos trabajos de Filosofía del Derecho, sin pretender por ello que se convierta en un mero muestrario de los intereses y debates a que da lugar nuestra área de conocimiento, así como que satisfaga las exigencias y requisitos de las publicaciones académicas de prestigio y reconocimiento. Frente a opciones más generalistas, la nuestra es una revista especializada dentro de las revistas académicas y, por ello, es un foro de discusión privilegiado para tratar en profundidad cuantos temas puedan ser planteados, puesto que, a pesar de la extensión e intensidad de la filosofía jurídica, compartimos toda una serie de presupuestos que nos permiten comprender y debatir sobre una gama muy amplia de posiciones.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG  
Directora del *Anuario*

## SUMARIO

	Pág.
<b>PRESENTACIÓN.</b> MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i> ) .....	5
<b>I. MONOGRÁFICO. Ponencias de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política: Problemas actuales de la Filosofía del Derecho</b>	
<b>Primera sesión plenaria: Liberalismo</b>	
– ESTÉVEZ ARAÚJO, JOSÉ ANTONIO (Universidad de Barcelona): <i>En los límites de la realidad liberal</i> ....	15
– RUBIO, ANA (Universidad de Granada): <i>Los nuevos escenarios de la política y su impacto en la ciudadanía y en el derecho</i> .....	35
<b>Segunda sesión plenaria: Bioética</b>	
– APARISI MIRALLES, ÁNGELA (Universidad de Navarra): <i>Biotética, bioderecho y biojurídica (reflexiones desde la filosofía del derecho)</i> .....	63
– RAMIRO AVILÉS, MIGUEL ÁNGEL (Universidad Carlos III de Madrid): <i>Moralismo Legal y Bioética. El caso de la clonación humana</i> .....	85
<b>Tercera sesión plenaria: Soberanía, Unión Europea y ciudadanía</b>	
– BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS (Universidad Autónoma de Madrid): <i>Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea</i> .....	111
– MENÉNDEZ, AGUSTÍN JOSÉ (Universidad de León): <i>Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea</i> .....	139

**Cuarta sesión plenaria: Argumentación y negociación**

- ATIENZA, MANUEL (Universidad de Alicante): *Constitución y argumentación* ..... 197
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN RAMÓN (Universidad de Castilla-La Mancha): *Convenciones y convicciones* ..... 229

**Quinta sesión plenaria: Libertad religiosa**

- OLLERO TASSARA, ANDRÉS (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid): *Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española* ..... 265
- LACASTA ZABALZA, JOSÉ IGNACIO (Universidad de Zaragoza): *Libertad religiosa: ¿es posible un diálogo laico con la Iglesia católica?* ..... 277

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

- CALVO GONZÁLEZ, JOSÉ (Universidad de Málaga): *Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional* ..... 307
- CONTE, AMEDEO G. (Università degli Studi di Pavia): *El nombre del derecho* ..... 333
- ITURRALDE SESMA, VICTORIA (Universidad del País Vasco): *El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas* ..... 345
- MARTÍNEZ ROLDÁN, LUIS (Universidad de Oviedo): *Derecho versus utopía (ubi societas ibi ius)* ..... 365
- MERINO SANCHO, VÍCTOR (Universidad de Valencia): *Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial Sobre la Violencia Contra la Mujer* ..... 387
- POOLE DERQUI, DIEGO (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid): *Relación entre razón práctica, justicia y ley. Relevancia actual de la perspectiva aristotelicomicotomista* ..... 409
- RODRÍGUEZ PUERTO, MANUEL J. (Universidad de Cádiz): *La regulación de Internet y la teoría jurídica*. 441
- RUIZ RESA, JOSEFA DOLORES (Universidad de Granada): *Quién representa la diferencia: cuotas, sorteo y democracia* ..... 465

**III. DEBATES**

- GARCÍA MANRIQUE, RICARDO (Universidad de Barcelona): *Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello* ..... 491
- PISARELLO, GERARDO (Universidad de Barcelona): *Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales: una respuesta a Ricardo García Manrique* ... 499

	Pág.
– GARCÍA MANRIQUE, RICARDO (Universidad de Barcelona): <i>La tiranía del derecho subjetivo. Contrarréplica a Gerardo Pisarello</i> .....	509

#### IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

– ALEGRET BURGUÉS, MARÍA EUGENIA (dir.), <i>La discriminación positiva</i> , Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 424 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga) .....	517
– APARISI MIRALLES, ÁNGELA, <i>Ética y deontología para juristas</i> , Pamplona, Eunsa, 2006, 476 pp. (M. <sup>a</sup> Cruz Díaz de Terán Velasco. Universidad de Navarra) .....	522
– FERREIRA DA CUNHA, PAULO, <i>Filosofia do Direito. Livraria Almedina</i> , Coimbra, 2006, 736 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga) .....	524
– GASCÓN ABELLÁN, MARINA/GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, J., <i>La argumentación en el Derecho</i> (2. <sup>a</sup> ed. corregida), Palestra, Lima, 2005, 439 pp. (José Manuel Cibra Apalategui, Universidad de Málaga). .....	527
– GARCÍA MANRIQUE, RICARDO, <i>El valor de la seguridad jurídica</i> , Fontamara, México, 2007, 301 pp. (Rafael Ramis Barceló. Universitat Pompeu Fabra). .....	538
– OLLERO TASSARA, ANDRÉS, <i>Bioderecho. Entre la vida y la muerte</i> , Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006 (José Justo Megías Quirós. Universidad de Cádiz) .....	540
– SERNA, PEDRO, <i>Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las Teorías de la argumentación jurídica y sus problemas</i> , ed. Porrúa, México, 2006, 141 pp. (Ana-Paz Garibó Peyró. Universidad de Valencia) .....	547
– SEOANE, JOSÉ ANTONIO, Y RIVAS, PEDRO, <i>El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz</i> , Comares, Granada, 2005, 245 pp. (Cristóbal Orrego. Universidad de Los Andes. Chile) .....	554

#### V. NOTICIAS

– XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Alcalá de Henares, 28, 29 y 30 de marzo de 2007 (M. <sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez. Universidad de Alcalá) .....	563
--	-----

- Seminario Internacional: «Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés» (Isabel Lifante Vidal. Universidad de Alicante) .. 566
- XXIII Congreso de la IVR (Cracovia, 1-6 agosto 2007). «*Law and Legal Cultures In The 21st Century: Diversity and Unity*» (Carlos Alarcón Cabrera. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla) ..... 568

## VI. NECROLÓGICAS

- Luis García-San Miguel Rodríguez-Arango (1929-2006) (Íñigo Álvarez Gálvez. Universidad Europea de Madrid) ..... 573
- Luis García-San Miguel: *in memoriam* (Elías Díaz. Universidad Autónoma de Madrid) ..... 579

# I

**MONOGRÁFICO:  
PONENCIAS DE LAS XXI JORNADAS  
DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA  
Y POLÍTICA: PROBLEMAS ACTUALES  
DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**



**Primera sesión plenaria**

**LIBERALISMO**



# En los límites de la realidad liberal

POR JOSÉ A. ESTÉVEZ ARAÚJO  
Universidad de Barcelona

## RESUMEN

*Este artículo parte de la constatación de que el pensamiento liberal es incapaz de hacer aportaciones relevantes para los movimientos emancipatorios actuales. Las causas de esta esterilidad se buscan en los presupuestos filosóficos del pensamiento liberal. Estos constituyen un obstáculo para construir una visión adecuada de la sociedad y, por tanto, para hacer diagnósticos acertados de sus problemas y proponer soluciones. El análisis de los presupuestos se divide en aquellos relativos a la concepción del ser humano, los que se refieren a la concepción de la política y los relativos a la realidad internacional.*

Palabras clave: *Liberalismo, individualismo, espacio público, racionalidad, autonomía, globalización, justicia.*

## ABSTRACT

*This article verifies that the liberal thought is unable to make outstanding contributions for the present-day emancipatory movements. The causes of this sterility are looked for in the philosophical presuppositions of the liberal thought. These presuppositions constitute an obstacle to build an appropriate vision of the society and, therefore, to make correct diagnostics of its problems and to propose solutions. The analysis of the presuppositions is divided in those related to the human being conception, those that refer to the Politic conception and those associated to the international reality.*

Key words: *Liberalism, Individualism, Public space, Rationality, Autonomy, Globalization, Justice.*

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. PERSONA. 2.1 *Racionalidad.* 2.2 *Autonomía.*—3. POLÍTICA. 3.1 *El espacio público.* 3.2 *Ciudadanía y transformación social.*—4. MUNDO. 4.1 *La globalización neoliberal.* 4.2 *La justicia internacional.* 4.3 *Otro mundo es posible.* 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este texto parte de la percepción de que el pensamiento liberal es incapaz en la actualidad de hacer aportaciones a la transformación emancipadora de la sociedad, a pesar de las buenas intenciones de algunos de sus representantes. Esta percepción se basa en el hecho de que los movimientos sociales realmente existentes no parecen tener en cuenta los trabajos de los teóricos liberales, como no sea para criticarlos.

La cuestión que se plantea el trabajo es la del por qué de esta esterilidad emancipadora del pensamiento liberal que históricamente ha sido tan fértil y en otros ámbitos lo sigue siendo. De hecho, una de las corrientes de la familia liberal (el llamado «neoliberalismo») sí que ha sido capaz de contribuir eficazmente a una profunda transformación social, aunque en un sentido claramente contrario al de la emancipación humana.

La respuesta se busca aquí en los presupuestos del liberalismo que imposibilitan que los autores liberales comprendan adecuadamente el funcionamiento de la realidad social. Esos presupuestos provocan distorsiones en la percepción y análisis de los problemas sociales y, por tanto, impiden la elaboración de diagnósticos o terapias adecuadas para los mismos. Incluso en el caso de los autores con mejores intenciones.

Ésa es la explicación del título del trabajo: por un lado se quieren explorar los límites que una perspectiva liberal impone a la construcción de la realidad social. Pues la realidad social no es sólo algo que está ahí, objetivamente, sino algo que nosotros construimos desde nuestro punto de vista, a partir del material objetivo en bruto. Por otro lado, se hace una referencia irónica a una vieja serie de televisión titulada «en los límites de la realidad», que narraba extraños sucesos aparentemente inexplicables. Pues los pensadores liberales cuentan historias sobre la realidad social que son, a veces, tan inverosímiles y fantásticas como las de la vieja serie televisiva.

El análisis de esos presupuestos que distorsionan la construcción liberal de la realidad social se divide en tres grandes apartados: persona, política y mundo.

## 2. PERSONA

La tradición de pensamiento liberal ha concebido a los seres humanos fundamentalmente como individuos racionales, autónomos y egoístas. Esa noción es cuestionable y ha sido cuestionada en muchos sentidos.

Aquí se va a poner de manifiesto, en primer lugar, que la representación de una razón separada de las emociones y sentimientos (es decir, como una facultad que puede funcionar independientemente del aparato emocional) no es congruente con los descubrimientos de la neuropsiquiatría contemporánea. También se defenderá la tesis de que, cuando toma decisiones acerca de sus propios fines, el ser humano individualmente considerado no es tan autónomo, como el liberalismo parece creer.

### 2.1 Racionalidad

Uno de los neuropsiquiatras de referencia actualmente en el tema de la racionalidad es Antonio Damasio, un científico de origen portugués (aunque afincado en Estados Unidos), que recibió el Premio Príncipe de Asturias de Investigación en 2005. Damasio escribió en 1994 un libro titulado *El error de Descartes* (Damasio, 2001). Posteriormente ha seguido abordando el tema de la relación entre razón y emociones en otros trabajos, como el que lleva por título *En busca de Spinoza* (Damasio, 2005). Los dos títulos ponen de manifiesto el interés que este científico tiene por la filosofía. Se trata de un autor que explicita y replantea los presupuestos acerca de la psique humana a partir de sus propios descubrimientos, haciendo filosofía en el sentido en que Manuel Sacristán (Sacristán, 1984) concebía la actividad de filosofar.

La tesis de Damasio es que las personas que no pueden utilizar su memoria emocional a la hora de decidir algo (por haber sufrido lesiones que impiden la conexión entre la corteza cerebral y el «cerebro emocional»), son incapaces de tomar decisiones. No pueden ni siquiera adoptar esas decisiones que son el paradigma de la racionalidad instrumental y que consisten en la elección del curso de acción más efectivo para alcanzar los propios objetivos.

El hecho de que las emociones sean «intrínsecamente racionales» o «razonables» (Damasio, 2005: 146) y que la desconexión entre el lóbulo frontal y el cerebro emocional nos provoque esa «miopía de futuro» (Damasio, 2005: 148) suscita la necesidad de replantear todos los problemas que tengan que ver con la decisión racional llegando hasta sus presupuestos más básicos

Esta revisión debería realizarse de forma interdisciplinar como el propio Damasio sugiere (Damasio, 2005: 155). Es decir, debería ser

una tarea que involucrara tanto a psicólogos y neurofisiólogos como a antropólogos o filósofos jurídicos, morales y políticos.

## 2.2 Autonomía

La razón práctica desligada de las emociones es uno de los fundamentos de la autonomía individual en el pensamiento liberal. Es decir la tradición liberal ha identificado al individuo libre como aquél que, entre otras cosas, es capaz de adoptar decisiones sin dejarse influir por sus sentimientos y emociones. El ideal de «imparcialidad» que Iris Young critica sería una manifestación de esa concepción de la razón como una facultad individual absolutamente autónoma. La imparcialidad supone que una persona puede abstraerse completamente de sus condicionantes emocionales, personales, históricos y situacionales. (Young, 2000: 178)

### Factores limitadores de la autonomía individual

El liberalismo clásico consideró como límites a la libertad fundamentalmente las formas coactivas de condicionar conductas, es decir, la violencia y la amenaza de usarla. Los autores liberales prestaron también atención a la educación en relación con la libertad. Es decir, se ocuparon de las características que debe tener la educación para no impedir el ejercicio de la libertad. Pero no prestan en la actualidad suficiente atención a la inmensa capacidad de condicionar nuestras conductas que tiene lo que Enzensberger denominó hace mucho tiempo la «manipulación industrial de las conciencias» (Enzensberger, 1985: 7-17).

En este sentido, Kymlicka, un autor que quiere conciliar la ciudadanía multicultural con los postulados liberales, da una gran importancia a las raíces culturales, poniendo de manifiesto el enorme poder condicionante de la cultura en la que uno ha sido socializado. Kymlicka dice, siguiendo a Dworkin, que la cultura es lo que permite dar sentido a la realidad y significado a la experiencia. Por eso es muy difícil cambiar de cultura y eso es algo que a nadie se le puede exigir (Kymlicka, 1996: 122-133).

No obstante, a pesar de que la cultura en la que nacemos y nos educamos nos modela y nos condiciona, eso no impide totalmente que nos distanciamos de ella y que seamos capaces de criticarla, o incluso, rechazarla. Esa capacidad de distanciamiento crítico de la propia cultura es lo que Kymlicka entiende por autonomía. Es lo que permite cuestionarnos las tradiciones heredadas, los fines vitales que hemos interiorizado o las normas sociales. Para el ejercicio de esta autonomía es imprescindible el respeto de determinados derechos, como la libertad de pensamiento y conciencia, y una educación que permita comparar nuestra cultura con otras (Kymlicka, 1996: 214-226).

De acuerdo con ello, Kymlicka señala que «(...) el «liberalismo comprensivo» de John Stuart Mill [insistía] en el derecho de las personas a cuestionar y revisar las prácticas sociales» (Kymlicka, 1996: 220). Y que «debemos rechazar la idea comunitarista según la cual los fines de las personas están fijados y trascienden la revisión racional. Debemos hacer valer la tradicional creencia liberal en la autonomía personal» (Kymlicka, 1996: 226). Pero estas dos citas ponen de manifiesto que aquí se está pensando sobre todo en prácticas tradicionales asimiladas en el proceso de educación, pero no en las pautas propagadas por la moderna industria de creación de «contenidos de conciencia».

Quizá este es el punto en el que la concepción liberal de la autonomía individual resulta más insuficiente. En un mundo como el de hoy, en el que la publicidad, la industria del entretenimiento y los medios de comunicación de masas tienen una enorme capacidad de colonizar nuestras conciencias y modelar nuestros deseos, la educación escolar y familiar y las libertades clásicas son necesarias pero no suficientes para poder combatir ese poder y decidir con autonomía.

Partiendo de un planteamiento radicalmente diferente al de la tradición liberal, Cornelius Castoriadis pone de manifiesto que «el contenido antropológico del individuo contemporáneo (...) es (...) la expresión o la realización concreta, en carne y hueso, del imaginario social central de la época, imaginario que modela los valores, *aquello por lo que vale la pena vivir o morir (...)* incluso sus afectos (...)» (Castoriadis, 2005: 141, curs. mía). Y sin embargo, (...). De acuerdo con el liberalismo «(...) Se ignora pura y simplemente el imaginario social dominante que estructura al individuo contemporáneo (...) como si este «individuo» estuviese completamente indeterminado.»

En ese sentido, Pasolini hablaba de «mutación antropológica» para referirse a la transformación experimentada en los valores, los deseos y las expectativas de los campesinos que emigraron a los suburbios de las ciudades italianas en los años cincuenta y sesenta. Esa expresión pretende poner de manifiesto la enorme profundidad del cambio cultural que es capaz de producir el imaginario capitalista en la sociedad tradicional. Este componente del pensamiento pasoliniano fue estudiado con especial profundidad en un libro de Antonio Giménez Merino (Giménez Merino, 2002).

Una de las razones de incapacidad del pensamiento liberal de percibir en todo su alcance este tipo de limitaciones a la autonomía puede residir en el hecho de que, como señala Sebastián Charles, desde el nacimiento de la posmodernidad las conductas no se imponen ni se normalizan sólo por medio de la coacción o de la disciplina (en el sentido foucaultiano del término). La sociedad posmoderna «no impone la normatividad mediante la disciplina, sino mediante la elección y la expectación». (Charles, 2006: 20). Eso implica que la publicidad, la industria del entretenimiento y los medios de comunicación han conseguido un enorme poder de condicionar nuestras decisiones y de

moldear nuestros deseos. Por eso, hoy en día, el hecho de que alguien haya «decidido libremente» hacer algo puede no ser una manifestación de autonomía si la decisión consiste en acomodarse a las exigencias de lo que Lipovetsky denomina la «sociedad de la moda». Hacer aquello a que nos incitan los anuncios y las películas es, probablemente, conformista y heterónomo, hacer lo contrario, o cosas que no se nos incitan a hacer es probablemente autónomo. En general, podría decirse que quien se conforma tiene la carga de la prueba de su autonomía, y quien no lo hace traslada la carga de la prueba a quienes puedan dudar de ella.

Por otro lado en la actualidad se está produciendo una hiper-responsabilización de cada individuo respecto de su propio destino que lleva a que lo que en otros momentos se veía como producto de causas sociales, ahora se atribuya a las capacidades y defectos de cada persona individual. Esta nueva responsabilidad se basa también en un planteamiento ideológico individualista en virtud del cual cada uno tendría «capacidad de elección total sobre la vida»<sup>1</sup>. Obviamente, ese planteamiento implica que la suerte de cada individuo es fruto de sus capacidades, de su esfuerzo, de sus méritos en definitiva. Por tanto, las personas que son pobres, viven en ghettos, no consiguen trabajo o carecen de vivienda deben ser considerados los únicos culpables de su situación.

Esa hiper-responsabilización individual se da, además, en un momento en que los individuos han perdido su capacidad de incidir en el desarrollo social y político y en que su futuro está más rodeado de incertidumbre como consecuencia de la precarización laboral y la pérdida de derechos sociales. Es decir, se nos responsabiliza cada vez más a nosotros de nuestra propia suerte en una situación en la que ha disminuido nuestra capacidad de control sobre los factores que condicionan nuestra situación personal y social.

Una de las consecuencias sociales más trágicas de esta hiper-responsabilización del individuo es el aumento extraordinario del número de presos en todo el mundo, y muy especialmente en Estados Unidos. La des-responsabilización del Estado respecto de la suerte de los individuos incrementa la inseguridad material de las capas más desfavorecidas de la población. Eso, unido a la política de «tolerancia cero», ha dado como resultado una situación de auténtica criminalización de la pobreza (Zolo, 2006: 100-102)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La expresión es de la socióloga Renata SALECL, que en un artículo publicado en *La Vanguardia Culturales* el 24 de enero de 2007 y titulado «Yo, S.A.» señala que la sociedad actual nos exige gestionar nuestra vida como si fuera una empresa: debemos plantearnos objetivos a largo plazo, ser flexibles, reestructurarnos e invertir en nosotros mismos.

<sup>2</sup> De acuerdo con el Bureau of Justice Statistics del Departamento de Justicia estadounidense, a finales de 2005 había 2.193.798 personas encarceladas en Estados Unidos y 4.9 millones en libertad condicional y «probation». Lo que da un total de siete millones de personas sometidas a medidas penales.

### 3. POLÍTICA

De acuerdo con, Habermas, «[La concepción liberal es una] comprensión de la política centrada en el Estado» (Habermas, 1998: 374). El pensamiento liberal considera que el valor básico y el objetivo fundamental de la actuación política estatal es la garantía de los derechos individuales de libertad y propiedad. No existe una finalidad colectiva que se constituya en el debate político. No hay un bien común que no sea la protección de los derechos y libertades individuales (Habermas, 1998: 343-346 y 372 ss.). Además, la concepción liberal de la política no toma como base «una ciudadanía capaz de acción colectiva» (Habermas, 1998: 374).

Esas afirmaciones serían aplicables a una visión estricta del liberalismo de la que escaparían parcialmente pensadores como Rawls o Dworkin. Estos liberales –y algunos otros– dilatan la concepción liberal clásica de la política, dando una relevancia especialmente importante al espacio público y a la formación e influencia de la opinión pública.

#### 3.1 El espacio público

##### 1. UN ESPACIO PÚBLICO HOMOGENEIZADO

El modelo liberal concibe el espacio público como «diálogo público» (Benhabib, 2006: 122 ss.). Pero determinadas características de ese espacio limitan la amplitud del diálogo.

En primer lugar, hay que tener en cuenta lo que Young considera planteamientos falsamente dialógicos de la racionalidad práctica (Young, 2000: 171-183)

La racionalidad práctica, si es que es posible, tiene que ser un ejercicio colectivo. No puede ser una actividad monológica, sino necesariamente dialógica, fruto del diálogo, del debate, de la discusión. Sin embargo, desde el punto de vista de Young, incluso los filósofos aparentemente dialógicos ostentan componentes propios del monólogo imparcial al establecer determinadas condiciones ideales a los hablantes, para garantizar que el resultado del diálogo sea racional. Estos requisitos de imparcialidad que se imponen a los participantes en el diálogo pueden convertir en superfluo el diálogo mismo: no es necesario que se produzca un intercambio real de puntos de vista, puesto que las condiciones que se imponen determinan el resultado que se vaya a producir. En este sentido, ni siquiera es necesario que el diálogo se produzca. Basta con que el filósofo se lo imagine recuperando así la postura de legislador racional monológico. Esta es la crítica que Young dirige a Rawls y también, en menor medida, a Habermas.

Para poder hablar de un procedimiento auténticamente dialógico, en él tienen que intervenir las personas con sus particularidades, sus

sentimientos, sus puntos de vista peculiares y sus circunstancias. El acuerdo, por ello, ni está garantizado desde el comienzo, ni resulta previsible su resultado. La imaginación del filósofo no puede sustituir el hecho afectivo del diálogo.

## 2. CONSENSO VS. DISENSO

En segundo lugar, el liberalismo da excesivo valor al consenso en detrimento del disenso y eso es un factor que puede convertir a un liberal en defensor del *status quo* incluso *malgré lui*.

Un ejemplo extremo de supremacía del consenso sobre el disenso sería la concepción del espacio público de Ackerman, que Seyla Benhabib critica. La crítica de Benhabib se refiere a que Ackerman excluye del ámbito de la discusión pública los desacuerdos morales. Es decir, según este autor, si los diferentes grupos de ciudadanos están en desacuerdo sobre un tema, debido a sus diferentes convicciones morales, ese tema debe ser excluido del debate público.

Este planteamiento implica que «todos los grupos que trabajan por el cambio radical de la estructura social tendrían que retirarse de la arena pública del Estado liberal a otros contextos más privados» (Benhabib, 2006: 114). Es decir, serviría a la consolidación del *status quo* porque la realidad social no es neutral desde el punto de vista moral. Y obligaría a los disidentes a abstenerse de toda crítica moral al orden establecido<sup>3</sup>. Benhabib atribuye este tipo de posturas al «temor liberal tradicional» a la «conversación pública ilimitada» (Benhabib, 2006: 116).

En contra de ese temor, Iris Young cita una frase de Lyotard en la que este autor pide que «la justicia no se ubique bajo una regla de convergencia, sino más bien bajo una regla de divergencia» (Young, 2000: 263). Esta exigencia va en la línea de privilegiar la disidencia y no dar valor exclusivamente al consenso. Se trata de que las nuevas exigencias puedan manifestarse en el espacio público. No necesitan buscar el consenso en torno a ellas, sino sólo el reconocimiento (el consenso puede no ser necesario si no perjudican a otros). Lo importante es esa apertura al cambio que es, en definitiva, la única que puede legitimar un determinado consenso como algo vivo y no como algo que se alcanzó una vez y quedó ahí esclerotizado e intocable sin que nadie lo pudiera poner en cuestión. Lo que legitima un determinado acuerdo es que el desacuerdo se pueda manifestar y, sin embargo, no se manifieste. Ese es un consenso activo.

Un autor que pone las cosas radicalmente del revés para privilegiar la liberación de las capacidades creativas frente al mantenimiento del orden establecido es Negri. El planteamiento de Negri es totalmente distinto del liberal en el terreno ontológico, como se pone de mani-

---

<sup>3</sup> *Mutatis mutandi*, el planteamiento de Rawls acerca de las cuestiones que forman parte de la razón pública y las que no, puede conducir a consecuencias restrictivas semejantes.

fiesto en su libro clásico sobre el poder constituyente (Negri, 1994). Frente a una ontología que concibe la realidad fundamentalmente en términos de seres determinados y permanentes, Negri pone el acento en el devenir, en el cambio, en la transformación creadora. Las construcciones concretas de ese proceso no deben convertirse nunca en obstáculos al proceso mismo. El devenir necesita construir para manifestarse, pero sus construcciones son hitos que serán transformados por un movimiento libremente creador y no sometido a lógica dialéctica alguna: en ese sentido, «(...) el concepto de poder constituyente (...) ofrece una definición del ser como movimiento en transformación (Negri, 1994: 406)».

Ese movimiento se alimenta de una potencia creativa que está en el seno de la multitud. La multitud es un conjunto de individuos diferenciados que no han sido reducidos a la unidad por medio de la abstracción (como en el caso de «la ciudadanía» ). Pero ese respeto de la singularidad particular de cada persona no se traduce en un individualismo competitivo, sino en un hacer cooperativo. No es en el esfuerzo de ser más o tener más que los demás donde se realizan en mayor medida las potencialidades creativas, como se cree dogmáticamente hoy en día, sino en la complementación y la cooperación con los otros. Esa es la fuente de la potencia creativa de la multitud. Como dice Negri, «La cooperación es la articulación en la cual el infinito número de las singularidades se compone como esencia productiva de lo nuevo» (Negri, 1994: 403) El poder constituyente sería esa potencia creativa de la multitud que genera un movimiento constante que no puede petrificarse en unas instituciones determinadas y que, por tanto exigiría poner el disenso por encima del consenso<sup>4</sup>.

### 3. LA CAVERNA MEDIÁTICA

En tercer lugar, las características actuales de la industria mediática y del campo periodístico no son tenidas en cuenta suficientemente por los autores liberales a pesar de la importancia que conceden en sus teorías al espacio público y a la opinión pública. A veces parece que creyeran que las ideas, opiniones e informaciones tienen todas ellas la misma capacidad de difundirse e imponerse. Y que la opinión más «razonable» , o la información verdadera son las que «naturalmente» van a tener mayor eco en la sociedad.

En radical contraste con esta visión, la metáfora platónica que utiliza Juan Ramón Capella cuando habla, en su último libro, del «mundo

---

<sup>4</sup> El profesor Julián Sauquillo me hizo notar que hay pasos en la obra de Negri en que las instituciones no son consideradas ni siquiera como hitos para posibilitar el movimiento del poder constituyente, sino que éste arrasa con cualquier intento institucionalizador. En cualquier caso, mi propósito no es tanto defender los planteamientos de Negri, como mostrar que la pugna entre el consenso y el disenso puede reconducirse, en última instancia, a planteamientos ontológicos divergentes.

de la caverna mediática» (Capella, 2007: 187-193) es perfectamente adecuada para describir la relación con la realidad social en que se encuentran las personas que sólo tienen noticia de ella a través de la televisión y los demás medios de comunicación de masas.

a) *La censura que ejercen los medios de comunicación*

El tema de la censura que ejercen los medios de comunicación fue estudiado por Bourdieu en un libro sobre la televisión (Bourdieu, 2005). De acuerdo con este autor, la resultante de las relaciones de fuerza internas y externas al campo periodístico es una censura (sistémica), que homogeniza los contenidos de los medios de comunicación y desbarata el potencial pluralismo del espacio público.

La importancia que tiene en nuestra sociedad el modo como funciona el campo periodístico deriva del hecho de que los periodistas ostentan el monopolio del acceso al «espacio público» (Bourdieu, 2005: 67). Son ellos los que determinan cuándo un hecho, una opinión, una protesta o una demanda deben ser difundidas a gran escala, separando así lo que va a ser objeto de la atención pública de lo que no.

De hecho, una de las desgracias fundamentales de la cultura de nuestro tiempo es que los periodistas sean, con mucho, los intelectuales más influyentes, aquellos cuya opinión cuenta más y goza de mayor difusión (quizá lo último sea precisamente la causa de lo primero). Y es que, como dice Bourdieu: «este es uno de los motivos por los que los periodistas son a veces peligrosos: como no siempre son muy cultos, se asombran de cosas que no tienen nada de extraordinario y permanecen indiferentes ante otras que son absolutamente portentosas» (Bourdieu, 2005: 63).

b) *La industria mediática*

Por otro lado, en el contexto de la globalización, la industria mediática y de entretenimiento está experimentando un intenso proceso de concentración. La mayor compañía mediática global es hoy la resultante de la fusión de AOL y Time Warner. En total, hay siete grandes conglomerados en el mercado global. Entre ellos está Disney, empresas europeas como Bertelsmann, la News Corporation (el emporio del australiano Murdoch) y la japonesa Sony. Estas empresas controlan la televisión por satélite en todo el mundo, la casi totalidad de la producción musical, los grandes estudios cinematográficos, una proporción importante de los libros, revistas y periódicos y buena parte de las televisiones europeas terrestres.

Existen, además, unas sesenta empresas de «segundo orden», que integran los oligopolios que controlan los mercados mediáticos nacionales o regionales. Entre ellas están, la española Prisa, la de Berlusconi (Mediaset) y Reuters, o Televisa, Globo y el Grupo Cisneros en Latinoamérica. Estas empresas de carácter más «local» no son necesariamente proteccionistas, ni se oponen a las empresas globales. Más

bien, están interrelacionadas con ellas de diversas maneras. Así, Vivendi, uno de los grandes conglomerados globales es accionista de Sogecable, que es la división de televisión digital del grupo español Prisa. Otras empresas, como la Red Globo son, en realidad propiedad conjunta de los antiguos dueños brasileños y de los nuevos conglomerados. Algunas de las empresas locales actúan como «sucursales» de los emporios mediáticos globales, como las productoras «independientes» de discos. Otras firman acuerdos de producción y distribución entre ellas. En cualquier caso, estas empresas de «segundo orden» sufrirán probablemente un intenso proceso de concentración en los próximos años (McChesney, 2004: 109-218).

A esta concentración se suma a la vinculación que existe entre muchas de las industrias mediáticas y otras grandes empresas. Así, en un artículo recientemente publicado, José Vidal-Beneyto señalaba, en relación a Francia que «Bouyges, el más importante grupo constructor francés que domina también el mundo de la telefonía, es al mismo tiempo el dueño de TF1; Dassault, el principal fabricante de armas de Francia, es el amo de *Le Figaro* y de *Valeurs Actuelles*; el magnate Pinault posee la revista *Le Point*; el grupo Lagardère, también armamentista, controla *Paris Match*, *Elle*, *Journal de Dimanche* y un gran pie en *Le Monde*; Rothschild es el amo de *Libération*»<sup>5</sup>.

Tanto la concentración de la industria mediática, como su vinculación a otras grandes empresas son factores que limitan el acceso al espacio público de todas las voces existentes en la sociedad.

### c) *Inexistencia de un ágora pública alternativa*

Entre la realidad que es invisible dentro de la caverna mediática se encuentra buena parte de la actividad de quienes elaboran y trabajan por políticas de carácter alternativo. Esta situación no ha cambiado sustancialmente con la aparición de Internet: un estudio publicado recientemente en *Le Monde Diplomatique*<sup>6</sup> ha puesto de manifiesto que los lugares más visitados por los usuarios de la red que buscan información son las páginas web de las televisiones o de los grandes periódicos. Internet ha ayudado, eso sí, a una mejor comunicación entre los grupos alternativos, pero no a disminuir la brecha existente entre la realidad social y política «oficial» que presentan la televisión y los grandes periódicos y el mundo de los movimientos sociales alternativos –que sólo acceden de modo puntual y descontextualizado a la atención del gran público cuando los periodistas lo consideran de interés.

<sup>5</sup> *El País* 17/03/2007.

<sup>6</sup> KLINENBERG, Eric. «El sueño frustrado de una información igualitaria. Rebasas al milagro Internet», en *Le Monde Diplomatique*, edición española, enero 2007, pp. 26-27.

### 3.2 Ciudadanía y transformación social

#### 1. LA FORMA LIBERAL DE PROYECTAR LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL

La forma liberal de concebir la realidad política es inadecuada para la realizar aportaciones teóricas efectivas en procesos de transformación social emancipadora. Un ejemplo de ello sería la forma de operar de Martha Nussbaum (que es calcada a la de Rawls, a pesar de la actividad militante de esta pensadora ha llevado a cabo en India): Martha Nussbaum formula, primero, un sofisticado ideal de justicia, intentando fundamentarlo racionalmente y, luego, se plantea la cuestión de si ese ideal es realizable.

Nussbaum defiende una concepción material de la justicia basada en una idea sustantiva del bien y no una concepción meramente procedimental basada en el acuerdo mutuamente beneficioso (con más o menos ingredientes de imparcialidad) como la de Rawls. Aunque Nussbaum presenta su teoría no como alternativa, sino «como una extensión o como un complemento de la teoría de Rawls» (Nussbaum, 2007: 52)

La teoría de la justicia de Nussbaum se basa en una «lista de las capacidades, derivada del concepto de una vida acorde con la dignidad humana» (Nussbaum, 2007: 277). Se trata de una variante del planteamiento de las necesidades de las que, sorprendentemente, dice que «son relativamente estables» y, por tanto, puede ofrecerse una descripción de las necesidades humanas básicas «que se mantenga razonablemente constante a lo largo del tiempo (Nussbaum, 2007: 278).

El problema estriba en la fundamentación de la lista de capacidades-necesidades que Nussbaum propone (entre las que se encuentran incluidas cosas tan interesantes como discutibles: por ejemplo «disponer de oportunidades para la satisfacción de sexual» (Nussbaum, 2007: 88) o «no morir antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla» (Nussbaum, 2007: 88). ¿Por qué estas necesidades y no otras deben ser incluidas en la lista de las que son básicas, indispensables para la dignidad humana?

El fundamento es «una especie de intuición reflexiva independiente» (Nussbaum, 2007: 278) y es «válido en cualquier lugar» (Nussbaum, 2007: 279). Ese fundamento resulta obviamente discutible porque, como la propia autora reconoce, nuestras «ideas intuitivas» (Nussbaum, 2007: 278) se basan, en realidad, en una visión particular, limitada y condicionada de la realidad: «(...) la teoría atribuye un papel central a una serie de intuiciones morales profundas» [a pesar de que] «nuestras intuiciones se forman en unas condiciones de facto no ideales y pueden arrastrar graves distorsiones» (Nussbaum, 2007: 95).

No obstante, a pesar de que Nussbaum persigue una fundamentación sustantiva de la justicia que se base en una concepción material de bien y que se concreta en la «lista» de capacidades-necesidades, la misma autora considera «la lista abierta y sujeta a un revisión y un replanteamiento constantes» (Nussbaum, 2007: 90).

A lo que se podría preguntar: revisión ¿por parte de quién? ¿Por parte de ella misma? ¿Será ella la encargada de recoger las nuevas sugerencias y determinar si son intuitivamente correctas? ¿O será la revisión fruto de algún tipo de acuerdo (con lo que volveríamos al contractualismo)?

## 2. EL MOVIMIENTO ALTERNATIVO Y SU MANERA DE PROYECTAR

Por muy plausible y atractiva que resulte su lista, Nussbaum no tiene en cuenta que la tarea de determinar los objetivos de la transformación social es una tarea colectiva que se hace desde la militancia disidente. Y que la dinámica de la transformación social se inicia con la reacción frente a la injusticia. El sentimiento de que algo es injusto precede a la determinación de qué es lo que sea justo. Y es el sentimiento compartido de la existencia de una injusticia lo que pone en marcha los movimientos transformadores. Pretender movilizar a las personas empezando por presentarles un diseño ideal de lo que sería un mundo justo al de deben adherirse racionalmente, es desconocer la dinámica actual (e incluso histórica) de los movimientos emancipatorios<sup>7</sup>.

El movimiento alternativo tiene, por ello, una manera de proyectar completamente diferente. Como señala Juan Ramón Capella, existe una cultura de resistencia y un movimiento de resistencia a la realidad social actual (que Capella considera de entrada en la «barbarie»). Ese movimiento alternativo es un movimiento ante todo crítico: niega, rechaza los rasgos de la sociedad actual. Eso le confiere racionalidad, pues, como dice Capella «La negación es más cogente que cualquier diseño afirmativo de sociedad, que cualquier utópica fantasía» (Capella, 2007: 217).

Eso no significa que el movimiento se quede en el no, en la negación. También proyecta. Y para fomentar esa capacidad de proyección colectiva es necesario, entre otras cosas, crear condiciones, para estimular «la imaginación creadora que nos caracteriza como seres humanos» (Capella, 2007: 218). Dentro de esa tarea colectiva, la formulación de ideales, es decir, el poner en palabras las aspiraciones de las personas, es un elemento de la actividad, una ayuda que se ofrece, una tarea que tendrá luego que ser asimilada, transformada, vivida por las personas movilizadas y que necesitará de incontables reformulaciones futuras. No se trata de un diseño acabado que les muestre qué es aquello por lo que deben combatir.

---

<sup>7</sup> De hecho, esa forma de proceder resulta todavía menos plausible tras la crisis de las grandes filosofías de la historia (los grandes relatos) que auguraban un futuro mejor inexorable.

## 4. MUNDO

### 4.1 La globalización neoliberal

La situación mundial actual se caracteriza por lo que en un libro reciente he denominado el paso «del Estado del bienestar a la globalización neoliberal» (Estévez Araújo, 2006). En otro libro también reciente, Danilo Zolo ha dicho que «eso que llamamos ‘globalización’ parece coincidir cada vez más con cuatro fenómenos: la concentración del poder militar en manos de Estados Unidos, la ampliación de la brecha entre ricos y pobres, el incremento de la violencia y la crisis ecológica global<sup>8</sup>» (Zolo, 2006: 7-8).

Sea en la caracterización de Zolo, en la mía propia, o en la de muchos otros autores, la presente realidad mundial aparece como profundamente injusta y lo será cada vez más si no se modifica su actual dinámica.

Así, los Human Development Reports de la ONU ponen de manifiesto que las diferencias entre pobres y ricos han aumentado exponencialmente desde el inicio de la globalización y que siguen incrementándose año tras año. En la actualidad, las 200 personas más ricas del mundo disponen de recursos superiores a las de los mil millones de personas más pobres. Por otro lado, a las mujeres les llega sólo el 10% de la renta global mientras que contribuyen con el 70% del total de horas trabajadas (incluyendo el trabajo doméstico).

Además, como señala Zolo «La capacidad de redistribuir renta a través de la tasación de los capitales ha sido también enormemente

---

<sup>8</sup> En relación con el problema de la crisis ecológica lo único que el pensamiento liberal ha aportado ha sido el llamado «ecologismo de libre mercado». Como se señala en los artículos de un libro coordinado por José Luis Gordillo (Gordillo, 2006), los planteamientos del «Free Market Ecologism» adolecen de graves defectos de diagnóstico y de tratamiento de la crisis ecológica. Así se pone de manifiesto en un hito fundamental de esta línea de abordaje de los problemas ecológicos: el artículo de Garret Hardin titulado «The tragedy of the commons» y publicado en 1968 en la revista *Science*. En «La tragedia de los bienes comunes» la raíz de la crisis ecológica parece encontrarse en el ineludible destino de los bienes comunes que ya había señalado Aristóteles cuando dijo que «lo que es común a un número muy grande de personas obtiene mínimo cuidado.» Ese error diagnóstico de fondo conduce a una terapia también equivocada: asignar títulos de propiedad privada sobre los bienes comunes y confiar en las negociaciones entre empresas y particulares para internalizar las externalidades. Esta solución plantea una serie de problemas que José Luis Gordillo señala en la introducción al libro arriba mencionado: ¿Cómo se puede «cercar» el agua de los océanos o el aire? ¿Quién defenderá los intereses de las generaciones futuras? ¿Quién impedirá que los propietarios destruyan lo suyo si les resulta más rentable a corto plazo? O ¿Cómo se evaluarán las externalidades negativas, especialmente las que tienen carácter incommensurable? En ese sentido, el «Free Market ecologism» más que una propuesta sería para combatir la crisis ecológica, parece una construcción ideológica más para avanzar en el terreno de la privatización, de la lógica del mercado y del beneficio a corto plazo.

reducida» (Zolo, 2006: 59) y «Mientras crecen los beneficios de las empresas multinacionales, se reducen en los países industriales los ingresos fiscales ligados a las actividades productivas» (Zolo, 2006: 61). Todo eso sin contar con las enormes e incontroladas rentas que genera la economía financiera.

El carácter profundamente injusto de la realidad actual se pone de manifiesto en la brecha que existe entre ricos y pobres incluso en la superpotencia mundial. Esa brecha la ponen de manifiesto datos como los siguientes: el 1% de las rentas más altas del país reciben el 16% de los ingresos, mientras que el 40% de los estadounidenses con las rentas más bajas ingresan el 13%. Dicho de otra manera, 1,2 millones de ricos ganan más que 45,5 millones de pobres, incluso después de haber pagado impuestos.

## 4.2 La justicia internacional

En esta situación, el problema de la justicia tiene una renovada dimensión universal. La justicia internacional puede plantearse como una cuestión que afecta y concierne exclusivamente a los estados o como algo que involucra directamente a las personas que habitan el planeta. Por otro lado, se puede considerar que la justicia internacional sólo afecta a las cuestiones clásicas del derecho internacional (guerra y paz, soberanía estatal, acuerdos entre estados...) o bien que concierne también a las cuestiones económicas, a la distribución de bienes a nivel global. Hoy día parece claramente más fundamentada la versión que considera que la justicia internacional involucra directamente a las personas (les da derechos y les impone obligaciones) y que comprende los problemas relativos a la distribución de la riqueza a nivel mundial.

No obstante, un autor liberal tan emblemático como Rawls siguió manteniendo una concepción restrictiva de la justicia internacional hasta el final. Parece que no percibió en todo su alcance las transformaciones producidas por la globalización. En particular, no captó la crisis de la distinción interno/externo, una distinción estructurante del pensamiento político moderno en general (V. Hardt y Negri, 2002, y Estévez Araújo, 2006). Rawls nunca llegó a pensar en términos de los nuevos estados «abiertos». Para este autor, «(...) la sociedad está cerrada (...), se la concibe (...) como un esquema más o menos completo y autosuficiente de cooperación» (Rawls, 1996: 48-49). Y en su último libro, dedicado al derecho de gentes sigue pensando que las diferencias de riqueza entre estados responden fundamentalmente a factores internos: «Creo que las causas y las formas de la riqueza de un pueblo radican en su cultura política y en las tradiciones religiosas, filosóficas y morales que sustentan la estructura básica de sus instituciones políticas y sociales, así como en la laboriosidad y el talento

cooperativo de sus gentes, fundados todos en sus virtudes políticas» (Rawls, 2001: 127).

Un planteamiento radicalmente distinto del de Rawls es el de Thomas Pogge. Este autor considera que sí existe una responsabilidad de las personas acomodadas de los países ricos en relación con las personas de los países pobres. Esta responsabilidad puede ser directa o indirecta. La directa sería la que derivase del hecho de que la situación de pobreza fuera consecuencia de mi situación o de mis acciones (p. ej. al comprar productos de una empresa que sé positivamente que explota a sus empleados del Tercer Mundo o utiliza mano de obra infantil). No es ese tipo de responsabilidad el que analiza Pogge (aunque no niega que exista), sino la responsabilidad indirecta. Esta deriva de dos factores articulados entre sí: la existencia de un orden institucional global que es el causante de la pobreza en el mundo y nuestra contribución activa o pasiva al mantenimiento de ese orden.

El orden institucional que causa la pobreza en el mundo es producto del proceso de globalización y está integrado por los Estados más poderosos, e instituciones como el FMI, el BM, la UE o la OCDE y los mercados globales de mercancías y capitales. En la medida en que ese orden es el causante de la pobreza y en la medida en que es un orden global (en el que estamos incluidos), tenemos la responsabilidad de cambiarlo por un orden más justo (del mismo modo que tendríamos la responsabilidad de luchar por eliminar un orden esclavista, aunque no tuviéramos esclavos) (Pogge, 2005: 215-26).

### 4.3 Otro mundo es posible

La creencia en que «otro mundo es posible» es una de las señas de identidad del movimiento altermundista (erróneamente designado en los medios de comunicación como «antiglobalización»).

El movimiento altermundista tiene uno de sus lugares de encuentro en los Foros Sociales que se han sucedido (a nivel mundial o continental), desde que se celebró el primer Foro Social Mundial en 2001 en la ciudad brasileña de Porto Alegre. Del movimiento altermundista forman parte personas, grupos y organizaciones de todos los continentes.

Las propuestas del movimiento altermundista.

En dos libros recientes, una de las intelectuales y activistas más destacadas del movimiento altermundista, Susan George señala algunas de las medidas que deberían adoptarse de inmediato para revertir la actual dinámica de la globalización neoliberal (George, 2004 y 2005). Esas medidas no son los objetivos ideales de una sociedad justa, no representan un modelo alternativo de sociedad. Se trata de medidas de urgencia para que las poblaciones del mundo recuperen una capacidad de decisión que han perdido, y puedan participar en los procesos de toma de decisiones de alcance general que afectan a sus vidas.

Para ello, la tarea más urgente es que el poder político recupere al menos una parte de la autonomía que ha perdido a favor del poder económico. Pues, con la globalización neoliberal, los agentes económicos se han sustraído al poder de las instituciones políticas, han concentrado un inmenso poder de decisión propio y han llegado a colonizar los procesos de producción jurídica.

La implantación de la llamada «tasa Tobin» sobre las transacciones internacionales de divisas, la recuperación de la capacidad de gravar los beneficios empresariales, acabando con los paraísos fiscales serían dos de estas medidas urgentes. Su puesta en práctica, aunque fuera únicamente en Europa, no significaría el nacimiento de una sociedad justa. Pero sí daría un mayor margen de maniobra a los estados (y a las instituciones de una Unión Europea más social), para poner en marcha políticas económicas y sociales, nacionales e internacionales, que no tuviesen que amoldarse a las pautas neoliberales.

Eso daría un respiro a los ciudadanos en relación con las incertidumbres respecto a su futuro provocadas por la precariedad laboral, la crisis del sistema de pensiones o la privatización de los servicios públicos. El aumento de la seguridad abriría un nuevo margen para el activismo y la movilización ciudadanas por un mundo mejor, lo que daría nuevas fuerzas al movimiento. Sería algo similar a lo que ocurrió durante la época del «Estado del bienestar» y a las energías que las personas podían dedicar entonces (y dedicaron) a la militancia refutando aquella tesis de que «cuanto peor, mejor».

Esa es la única forma de proyectar hoy en día. Es la única manera de hacer viables proyectos de transformación colectiva: se trata, por un lado, de resistir y no dejarse contaminar, y por otro de intentar liberar fuerzas y recursos sociales que puedan ser utilizados para frenar primero y revertir después el avance galopante de la injusticia en el mundo actual.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- BENHABIB, SHEYLA (2006): *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Gedisa (Ed. Or.) Barcelona, 1992.
- (2005): *Los derechos de los otros*, Gedisa (Ed. Or.) Barcelona, 2004).
- BOURDIEU, PIERRE (2005): *Sobre la televisión*, Barcelona, Anagrama (Ed. Or. Francesa 1996).
- CANFORA, LUCIANO (2004): *La democracia. Historia de una ideología*, Barcelona, Crítica.
- CAPELLA, JUAN RAMÓN (2007): *Entrada en la barbarie*, Madrid, Trotta.
- CASTORIADIS, CORNELIUS (2005): *Escritos políticos*, (Edición de Xavier Pedrol), Madrid, La Catarata.

- CHARLES, SEBASTIÁN (2006): «El individualismo paradójico» en ID y Lipo-  
vetsky: *Los tiempos hipermodernos*, Barcelona, Anagrama (Ed. Or. En f.  
2004).
- DAMASIO, ANTONIO (2001): *El error de Descartes*, Barcelona, Crítica (Ed.  
Or. 1994).
- (2005): *En busca de Spinoza*, Barcelona, Crítica (Ed. Or. 2003).
- DWORKIN, RONALD (2003): *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la  
igualdad*, Barcelona, Piadós (Ed. Or. 2000)
- ESTÉVEZ ARAÚJO (2006): *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas  
en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidad Externado, 2006
- GEORGE, SUSAN (2005): *Nosotros, los pueblos de Europa*, Barcelona, Icaria.
- (2004): *Otro mundo es posible si...*, Barcelona, Icaria (Ed. Or. 2003).
- GIMÉNEZ MERINO, ANTONIO (2002): *Pier Paolo Pasolini Una fuerza del  
pasado*, Madrid, Trotta.
- GORDILLO, JOSÉ LUIS (2006): *La protección de los bienes comunes de la  
humanidad. Un desafío para la política y el derecho del siglo XXI*,  
Madrid, Trotta.
- HABERMAS, JÜRGEN (2002): Baudrillard, Jean y Otros: *La posmodernidad*,  
Barcelona, Kairós (Ed. Or. 1983).
- (1998): *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta (Ed. Or. 1992 y 1994).
- HARDT, MICHAEL Y NEGRI (2002): Antonio: *Imperio*, Barcelona, Piadós (Ed.  
Or. 2000).
- JAMESON, FREDRIC (2004): *Una modernidad singular. Ensayo sobre la onto-  
logía del presente*, Barcelona, Gedisa ((Ed. Or. 2002).
- KYMLICKA, WILL (1996): *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Piadós, (Ed.  
Or. 1995).
- LIPOVETSKY, GILLES (2006): *Los tiempos hipermodernos*, Barcelona, Ana-  
grama (Ed. Or. 2004).
- MADRID, ANTONIO (2001): *La institución del voluntariado*, Madrid, Trotta.
- ENZENSBERGER, HANS MAGNUS (1985): *Detalles*, Barcelona, Anagrama (Ed.  
Or. 1962)
- NEGRI, ANTONIO (1994): *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternati-  
vas de la modernidad*, Madrid, Libertarios.
- NUSSBAUM, MARTA C. (2007): *Las fronteras de la justicia. Consideraciones  
sobre la exclusión*, Barcelona, Piadós (Ed. Or. 2006).
- POGGE, THOMAS (2005): *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*,  
Barcelona, Paidós, 2005 (Ed. Er. 2002)
- PUNZI, ANTONIO (a cura di) (2004): *Omaggio a John Rawls 1921–2002*,  
Milano, Quaderni della RIFD.
- RAWLS, JOHN (2004): *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica (Ed. Or.  
1993).
- (2001): *El derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón públi-  
ca»*, Barcelona, Piadós (Ed. Or. 1999).
- (1984): «Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores» , en ID:  
*Papeles de Filosofía*, Barcelona, Icaria, pp. 356-380 (Ed. Or. 1968)
- SENNETT, RICHARD (2000): *La corrosión del carácter. Las consecuencias  
personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona, Anagrama  
(Ed. Or.1998).
- SHIVA, VANDANA (2004): *Biopiratería*, Barcelona, Icaria.
- TAYLOR, CHARLES (2006): *Imaginario sociales modernos*, Barcelona, Pia-  
dós (Ed. Or. 2004)
- VERGÉS, JOAN (2006): *Les esquerdes del liberalisme polític*, Barcelona, Pòrtic.

- WACQUANT, LOÏC (2001): *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Buenos Aires, Manantial.
- YOUNG: IRIS MARION (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.
- YOUNG, SHAUN P. (2002): *Beyond Rawls An analysis of the concept of political liberalism*, United Estates of America, University Press of America.



# Los nuevos escenarios de la política y su impacto en la ciudadanía y en el derecho

Por ANA RUBIO  
Universidad de Granada

## RESUMEN

*El artículo analiza los cambios institucionales en curso y sus efectos sobre el modelo de Estado, la ciudadanía y la acción política. Aunque los cambios se presentan, ante la opinión pública, como lógicos, naturales y normales, dada la madurez de la sociedad civil y la crisis del Estado de bienestar, se prueba en el texto que éstos responden a las exigencias del capital transnacional. A continuación, se exponen los procesos de descentralización de la voluntad estatal y la primacía de la eficacia y la eficiencia en la Política, usurpando los debates tradicionales sobre la democracia y sus condiciones de calidad. La autora defiende la necesidad de repensar las condiciones del pacto originario sobre el que se asienta el modelo democrático actual y la doble dimensión de la ciudadanía como poder constituyente y constituido. Para concluir con la propuesta de un nuevo pacto social, en la línea de la democracia paritaria, que supere las actuales discriminaciones estructurales.*

Palabras clave: Paridad, democracia, ciudadanía, discriminación de género.

## ABSTRACT

*This article analyzes the institutional changes in progress and their effects on the model of the state, citizenship and political action. Although the changes are presented to public opinion as logical, natural and normal, given the maturity of civil society and crisis of welfare state, the text shows that these respond to the demands of trans-national capital. Then it sets out the processes of the decentralization of the state will and the primacy of efficacy and efficiency of polity, usurping the traditional deba-*

*tes on democracy and its conditions of quality. The author puts forward the need to rethink the conditions of the founding pact on which the present democratic model is based and the double dimension of citizenship as constituent and constituted power. The article concludes with the proposal for a new social pact along the lines of parity democracy, which would overcome the present structural discriminations.*

Key words: *Parity, citizenship, democracy, gender discrimination.*

**SUMARIO:** I. LA RESIGNIFICACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN EL NUEVO CONTEXTO POLÍTICO Y ECONÓMICO DE LA GLOBALIZACIÓN.—II. LA DESNORMATIVIZACIÓN DE LA SOCIEDAD Y LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO NACIÓN.—III. EL ESTADO Y LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA EN EL CONTEXTO EUROPEO.—IV. EL VALOR DE LA DIMENSIÓN CONSTITUYENTE DE LA CIUDADANÍA.—V. EL VALOR POLÍTICO Y SOCIAL DEL ESTADO DE NATURALEZA.—VI. EL LIDERAZGO POLÍTICO ACTUAL.—VII. EL TERCER MODELO DE CIUDADANÍA.—VIII. LA PARTICIPACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES EN DEMOCRACIA.—IX. CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DEL DERECHO.

## I. LA RESIGNIFICACIÓN DE LA CIUDADANÍA EN EL NUEVO CONTEXTO POLÍTICO Y ECONÓMICO DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización económica<sup>1</sup> y la deslocalización del capital están sometiendo a la Política a un fenómeno de transnacionalización que incide directamente sobre el contenido de la ciudadanía y la estructura y las funciones del Estado,<sup>2</sup> más concretamente, en su nivel político-administrativo. Los cambios institucionales en curso y las dimensiones de los mismos son cualitativamente nuevos, aunque no lo sean los factores que los generan. Se ha pasado de un sistema de control económico bipolar a otro multipolar, aun sin precisar y confuso; se han transformado las relaciones entre el capital y el trabajo en la línea de una reorganización transnacional de la producción, que afecta directamente a las formas y modos del trabajo lo que genera fuertes niveles de vulnerabilidad en los trabajadores, al tiempo que impide a los Esta-

<sup>1</sup> La internacionalización contemporánea de los intercambios financieros y mercantiles se inició por la política americana cuando abandonó del patrón-oro en 1971 y la liberalización de la circulación de capitales en 1974.

<sup>2</sup> Los debates y retos a los que se enfrenta en la actualidad el Estado han sido desarrollado por mí en: «Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate», *ACFS*, núm. 37, 2003, pp. 105-153.

dos ejercer control sobre lo que ocurre en sus mercados financieros, y proteger su capacidad productiva nacional.

El nuevo modelo de producción económica transnacional escapa, como acabamos de exponer, al control político de los Estados y los somete a duras exigencias de competición externa, que producen en su interior tensiones competitivas entre regiones y administraciones. Esta transformación del Estado, que desplaza decisiones y funciones hacia instancias transnacionales, regionales o locales, no sólo produce cambios en la estructura organizativa del nivel institucional de la Política, tal y como la conocíamos hasta ahora, también afecta a los objetivos y al contenido del hacer político estatal. Los cambios en curso están generando una estructura de poder en red (Castells) que desarrolla además un cambio de valores y actitudes, que no pueden identificarse sin más con las políticas neoliberales. Esta situación, aún sin consolidar, lleva a un amplio sector de la doctrina a afirmar que nos encontramos ante una nueva forma de gestión pública que podría derivar en un cambio de época. Estos datos permiten sostener que asistimos a una fragmentación del gobierno y a una desintegración de la voluntad estatal, que no supone menos Estado, sino otra forma de Estado<sup>3</sup>. Estos cambios en el modelo organizativo del poder hacen que cada uno de los núcleos de la estructura del poder asuma una fuerte responsabilidad en el logro de los objetivos políticos y económicos generales, lo que explica el cambio experimentado en el contenido del discurso político y en sus objetivos, al sustituirse la búsqueda de la justicia por la eficacia y la eficiencia y la legitimidad por la gobernanza. Valores estos últimos instrumentales, no sustantivos. Este giro no sólo afecta a la forma de gobernar, también tiene consecuencias en el modelo democrático sobre el que los gobiernos actuales se asientan.

Se argumenta que la nueva estructura política tiene el efecto positivo de descentralizar el poder acercándolo a la ciudadanía, de lograr una mejor gestión de los recursos públicos y de realizar una óptima evaluación y seguimiento de los contenidos programáticos de los diferentes partidos políticos. Ahora bien, para que estos efectos positivos se produzcan es necesario que se creen las condiciones sociales y políticas para que la información sobre los diferentes problemas y recursos llegue adecuadamente a la ciudadanía y, de este modo, se haga posible una participación activa en todos y cada uno de los núcleos de decisión y gestión. ¿Qué obstáculos pueden impedir los efectos positivos que, al menos en teoría, se presentan como posibles en los cambios institucionales en curso? Los frenos al desarrollo positivo de la descentralización del poder político pueden surgir:

1. Del control mediático de la información;
2. De la monopolización de la política que ciertos grupos económicos, o de presión, así como asociaciones y organizaciones, que en

---

<sup>3</sup> PASTOR, J., «Neoliberalismo global, Estados y alternativas», en *Globalización y neoliberalismo: ¿un futuro inevitable?*, Asturias, Edit. Nobel, 2002, pp. 29-42.

nombre de la sociedad civil y de sus intereses realizan usurpando la participación ciudadana. El protagonismo de estos nuevos actores políticos privados se deja sentir en la forma en que condicionan los contenidos legislativos, desarrollan determinadas políticas públicas o gestionan problemas sociales con recursos públicos. Estos actores utilizan su capacidad de influencia en la opinión pública, mediante el poder que les proporcionan ciertos medios de información, para despolitizar y privatizar a la política, y

3. Por último, la falta de tiempo y de acceso a la información de las ciudadanías en el actual modelo de vida. Una falta de tiempo que se genera como resultado de las largas jornadas de trabajo; de la necesidad de reciclarse profesionalmente; de la vida en ciudades inaccesibles que conforman un espacio hostil y compartimentado que dificulta la satisfacción de las necesidades básicas; del incremento en las responsabilidades familiares, etc. La participación activa de la ciudadanía exige información, pero además reflexión. Los ritmos actuales de vida dificultan, paradójicamente, la participación y el acceso a la información de las ciudadanías, cuando se dice que vivimos en la sociedad de la información y de la tecnología.

El carácter difuso de la política actual hace difícil la aplicación de los criterios tradicionales de legitimidad y de control ciudadano. Para afrontar este problema desde ciertos sectores se pide una extensión y reforzamiento de los tradicionales controles democráticos<sup>4</sup>. Sin embargo, yo pienso que esta demanda no es suficiente para afrontar los nuevos desafíos. Los cambios institucionales en curso necesitan de una nueva legitimación, así como de nuevos instrumentos de acción y de control. De ahí la necesidad de abrir un importante debate social y político sobre la democracia y la ciudadanía, para resignificar ambos conceptos. Esta tesis es contraria a las tesis liberales que sostienen que el debate sobre la democracia es un debate concluso.

## II. LA DESNORMATIVIZACIÓN DE LA SOCIEDAD Y LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO NACIÓN

Los cambios en curso en la estructura organizativa del Estado se presentan como un efecto natural del desarrollo democrático de la sociedad, como una profundización de la democracia representativa y como una reacción lógica de la ciudadanía ante el fracaso y la crisis del Estado de bienestar<sup>5</sup>. Esto es, harta la ciudadanía de tanto despro-

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., «La crisis de la democracia en la era de la globalización», *ACFS*, 2005, pp. 49-51.

<sup>5</sup> ¿Qué conflictos o efectos perversos estamos ya observando derivados de la mundialización económica, y del debilitamiento del modelo de Estado social?

– crisis financieras con fuertes costes sociales. Ej. México, Argentina

pósito político, mala gestión y falta de cumplimiento de los objetivos políticos ofrecidos por los diferentes grupos políticos, decide asumir por sí, madura como está, la gestión pública y la puesta en marcha de los cambios necesarios para incrementar la eficacia y la eficiencia de la política. Estos argumentos están identificando, tras la caída del muro de Berlín, capitalismo y democracia<sup>6</sup>. Sin embargo, entendemos que este tejer o destejer del Estado no contribuye a la profundización de la democracia, ni a una mejora de los mecanismos de gestión pública. La falta de debate y de mejora de las reglas y procedimientos democráticos puede producir en las sociedades desarrolladas un debilitamiento de su contenido sustantivo y reducir la democracia a un simple procedimiento de adopción de decisiones colectivas. Los problemas actuales necesitan del desarrollo de discursos centrados en la calidad de la democracia<sup>7</sup>.

- 
- crisis medioambiental, con la destrucción de la seguridad alimentaria y productiva de muchos países
  - fuertes subidas de precios, nuevos monopolios económicos
  - guerras por el control de los recursos y el agua
  - proliferación del armamento nuclear
  - adelgazamiento de las políticas sociales que incrementa la pobreza y la injusticia
  - migraciones y tráfico de personas
  - mercantilización de todo lo existente.

<sup>6</sup> La caída del muro de Berlín, en 1989, y la implantación del capitalismo como forma de producción ha generado en el discurso político una falsa consideración: el triunfo del capitalismo supone el triunfo de la democracia, lo que explica que algunos hablen del fin de la historia. Pero no puede identificarse capitalismo con democracia. La historia demuestra cómo los sistemas capitalistas de producción han adoptado diferentes formas de Estado y de gobierno. Esta incorrecta identificación puede hacer que la democracia se deslice hacia fórmulas débiles, sin que las ciudadanía sean conscientes del cambio. Esto explica que defendamos en este trabajo el valor y la importancia del debate social y político sobre la democracia. Como Vargas-Machuca sostiene detrás de todo modelo de democracia existe una concepción básica de la justicia, lo que significa que una democracia es algo más que un régimen político, al establecer la relación del Estado con los ciudadanos, de los ciudadanos entre sí, al desarrollar una red compleja de instituciones, un sistema de derechos y garantías, de construir una cultura cívica común y diseñar un marco legal. Todo este despliegue de instrumentos que actúen en diferentes esferas y contextos tratan de corregir asimetrías, erradicar relaciones de dominio, potenciar las libertades individuales, dotar a las personas de capacidades y opciones, en definitiva diseñar un modelo de vida y un orden social. Por consiguiente, adecuar las democracias a las demandas sociales y corregir los desajustes y las patologías que el sistema democrático genera no puede ser un tema concluso, sino una cuestión abierta a la reflexión y al cambio. VARGAS-MACHUCA, R., «La calidad de la democracia», *Claves*, 2006, núm. 165, pp. 34-35.

<sup>7</sup> En esta línea, Greppi argumenta que la diversidad de enfoques teóricos sobre la democracia en la actualidad no está suponiendo la aportación de nuevas propuestas de cambio institucional, ni la producción de reelaboraciones teóricas con las que resolver los problemas políticos existentes o afrontar los cambios institucionales en curso. La escasa fertilidad del pensamiento democrático parece obedecer a la errónea identificación entre las formas institucionales de la democracia liberal y las formas de dominación del Estado burgués capitalista; así como en la falta de sintonía y debate entre los filósofos, politólogos y juristas. GREPPI, A., *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Edit. Trota, 2006.

No podemos ignorar los riesgos que presentan los cambios institucionales en curso exaltando las bondades de nuestras democracias occidentales frente a otras formas políticas. Nadie cuestiona el largo recorrido y desarrollo que las democracias occidentales han realizado en los dos últimos siglos. Nadie duda de la importancia de los modelos y valores, que a partir de la libertad y de la igualdad, se han consolidado como hegemónicos en los Estados democráticos, especialmente, en los países europeos. Sin embargo, aun reconociendo todo lo anterior, no se debe caer en un exceso de autocomplacencia y pensar que el camino recorrido y los valores asentados nos protegerán de una vuelta atrás. Tienen razón quienes defienden que la democracia como sistema de gobierno no tiene alternativa en el mundo actual y que la democracia es la forma política ideal<sup>8</sup> para el capitalismo. Pero lo que ocultan es: de qué democracia estamos hablando ¿existe un solo modelo de democracia?

No todo son bondades en los procesos de descentralización, algunos de estos procesos deterioran la capacidad de gobernar, segmentan el poder ciudadano e incrementan la asimetría entre unos ciudadanos y otros<sup>9</sup>. No es cierto que para aumentar la eficacia y la eficiencia del aparato burocrático administrativo del Estado se exija menos política, ni una privatización de la política para acercar la administración a las necesidades de las ciudadanías. El debate político y la gestión política son dos momentos diferentes, que en la actualidad vemos confundidos con demasiada frecuencia. La democracia se asienta sobre la necesidad de establecer un conjunto de objetivos que puedan ser racionalmente aceptados por todos a los que deben vincular, mientras que la gestión política se encarga de la aplicación técnica de los objetivos políticos decididos o consensuados. Esto supone en palabras de Robert Dahl que la democracia es un sistema político en el que sus miembros se consideran iguales entre sí y colectivamente soberanos, como resultado de disponer de todas las capacidades, recursos e instituciones necesarias para gobernarse. Kelsen añade a esta exigencia una idea más: la democracia simboliza el rechazo a toda voluntad extraña y

---

<sup>8</sup> Los ensayos dictatoriales realizados en Latinoamérica a finales del siglo pasado, en los que se aplicaron los presupuestos económico-políticos defendidos por la escuela de Chicago, vinieron a demostrar que la democracia es la mejor forma de gobierno y el Estado de derecho el mejor modelo de Estado para el capitalismo. El capitalismo se desenvuelve mejor en un marco institucional fuerte en el que se respeta y aplica la legalidad y se reduce a mínimos la corrupción política. Como la Organización Mundial del Comercio pone de relieve, el principio de igualdad y de no discriminación debe regir las relaciones económicas entre los países que la integran.

<sup>9</sup> Esta afirmación no nos impide reconocer que el incremento de los conflictos y las diferencias expresadas a través de ellos, no es *a priori* negativo, al contrario. La pluralidad de los sujetos políticos y la conformación de lo colectivo y de lo común a partir de diferentes perspectivas o enfoques tiene efectos positivos en tanto permite y no se oprime lo diferente, lo heterogéneo. Estimo importante y valioso esta pluralidad, pero la misma exige una resignificación de la democracia, de la participación y de la representación, no es posible su acomodo en las estructuras liberales tradicionales.

ajena a la propia sociedad, al tiempo que constituye la forma de deslegitimar toda jerarquía. Si aceptamos como ciertas estas palabras, y a partir de ellas definimos lo que es un sistema democrático, se puede sostener que la democracia es el esfuerzo permanente de armonización entre el todo y la parte, entre la sociedad y el individuo; en definitiva, entre quienes tienen el poder de vincular con su voluntad a otros, y aquellos que soportan las consecuencias de tales decisiones. Por consiguiente, el debate sobre cómo se ejerce esta mediación, por quiénes y cómo establecer la mejor representación posible, son cuestiones esenciales en democracia, que nunca deben cerrarse, ni confundirse con simples aspectos técnicos. Lo que aplicado al tema que nos ocupa significa: que las cuestiones que creíamos cerradas, como resultado de disponer de un concepto genérico de democracia representativa y contar con un marco teórico al que recurrir para identificar los presupuestos de una democracia y sus diferentes variantes, no lo están. Y no lo están porque todo el entramado teórico originario ha perdido relación con los hechos, con las realidades sociales, con las demandas sociales. Hemos dejado de reflexionar sobre las condiciones de una democracia de calidad, hasta el punto de resultar un discurso extraño o despreciado por su presunto pesimismo. Se ha perdido la retórica de la democracia como valor, para centrar la reflexión en aquellas cuestiones que pueden mejorar las decisiones políticas y hacer de las políticas públicas los mejores instrumentos<sup>10</sup>. Esta prioridad hace que se reduzca el interés por reflexionar sobre el funcionamiento real de un sistema democrático. Pareciera como si la reflexión, sobre cómo mejorar las democracias representativas hubiese quedado atrapada entre el exceso de idealismo o el hiperrealismo. Pienso que para devolver la confianza de las ciudadanías en sus instituciones democráticas es necesario abrir las viejas cuestiones: qué democracia queremos, cómo mejorar la participación y la representación, qué controles ciudadanos se deben crear o desarrollar, cómo reestablecer el pacto entre la economía y la política, entre la sociedad y las familias, etc. La crisis del Estado nación ha convertido a la ciudadanía<sup>11</sup> en un campo simbólico-político de primer orden, debemos de aprovechar esta oportunidad para mejorar los sistemas democráticos y dar en ellos entrada a lo excluido: la naturaleza y lo doméstico familiar.

No podemos ignorar los focos de tensión que se le presentan hoy a los sistemas democráticos. Unas tensiones que tanto Darhendorf

---

<sup>10</sup> Creo con Vargas-Machuca que debe existir una clara separación entre política y administración para que exista una burocracia capaz de aplicar las políticas públicas con solvencia y conforme a procedimientos reglados. VARGAS-MACHUCA, R., *op. cit.*, p. 36.

<sup>11</sup> Se afirma por la doctrina que el término ciudadanía se ha convertido en uno de los referentes más abarcadores y comprensivos de la reflexión filosófico-política y de la politología, para acercarse a algunos de estos debates véase: QUESADA, F., «Sobre la actualidad de la ciudadanía», *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, Estudios de la UNED, Madrid, 2002, pp.14-38.

como Bobbio ya habían puesto de relieve hace algunos años<sup>12</sup>. Para ambos autores, los peligros actuales que envuelven a los sistemas democráticos no están en los grandes enemigos que siempre han existido, sino en las exigencias contrapuestas que deben satisfacer. Esto es, mayores cuotas de bienestar, mayor estabilidad y cohesión social en sociedades complejas y fragmentadas y, por último, la garantía de los derechos individuales. A esta cuadratura del círculo, en palabras de Dahrendorf, se suman hoy los cambios institucionales antes descritos. Recordemos: transformaciones en la ciudadanía y en la sociedad civil; reconstrucción de la intersubjetividad en sociedades complejas; el fenómeno de la migración; los conflictos identitarios; el imperialismo económico, político y cultural; la revolución de las tecnologías; las nuevas formas de la comunicación política; la nueva sociedad de la información, etc.

A pesar de la dispersión de planteamientos sobre la democracia, parece estar claro que el Estado de derecho es el marco indiscutible en el que encuentran acomodo las diferentes propuestas de renovación del ideal democrático, lo que ya no parece tan claro es qué se entiende por constitución y si debe ser la práctica judicial de los altos tribunales<sup>13</sup> la que proporcione legitimidad al desarrollo democrático de los Estados. Si la respuesta a esta última cuestión fuese positiva, deberíamos de resolver ¿qué queda de la democracia como autogobierno y de la ciudadanía como poder constituyente en esta forma de legitimidad democrática? Cerrar al debate ciudadano, a través de los movimientos vindicativos, la interpretación de los contenidos jurídico-políticos de la constitución, siendo como son un marco de vida y de conformación de la comunidad política y social, para abandonarlos en manos de los expertos constitucionales, presuponiéndoles una legitimidad que se niega a la ciudadanía, es cuanto menos muy discutible. Entre otras razones, porque el análisis sobre el consentimiento originario y las condiciones para su continuidad a través del tiempo es una cuestión más compleja de lo que la perspectiva jurídica sobre la democracia ofrece. Es en este límite en el que la filosofía política y moral abre una vía de reflexión desde la que afrontar las cuestiones que el análisis

---

<sup>12</sup> BOBBIO, N., «Il futuro Della democrazia», en *Il futuro de la democrazia*, Einaudi, Torino, 1991; DAHRENDORF, R., *La cuadratura del círculo: bienestar económico, cohesión social y libertad política*, México, FCE, 1996.

<sup>13</sup> Sobre la cuestión de si los tribunales constitucionales marcan la diferencia entre las democracias, véase el capítulo 4, del texto de Ian Shapiro, en el que se analizan las diferentes teorías sobre la democracia y cuándo debe la democracia condicionarse a las aspiraciones y compromisos colectivos y cuándo deben sus partidarios tratar de recomponerlos en formas democráticas. Inspirándose en los argumentos de los bienes superiores y el principio de los intereses afectados, desarrolla Shapiro las condiciones en que las aspiraciones de grupo merecen consideración en una política democrática. Al autor citado, le preocupa conocer qué probabilidades tiene una democracia de durar. Piensa que es mejor establecer patrones característicos más que establecer leyes predictivas. SHAPIRO, I., *El estado de la teoría democrática*, Edit. Bellaterra, Barcelona, 2005, pp.117-147.

jurídico no puede resolver, pero que necesitamos. El giro deliberativo, que algunos planteamientos filosóficos proponen, se produce sin romper los puentes con la tradición del constitucionalismo, sólo pretenden resignificar los fundamentos de la legitimidad democrática. Las reflexiones normativas actuales se enfrentan a la dificultad de encontrar un lenguaje universalmente aceptado, que chocha con la diversidad y el multiculturalidad<sup>14</sup>, que reformula lo común, lo general, y da paso a la ausencia de unidad o a la construcción de una unidad débil, inestable y abierta.

Mientras las teorías discurren buscando el consenso, o el disenso, sobre el que reformular la legitimidad de los sistemas políticos democráticos, los cambios institucionales en curso se presentan ante la opinión pública con argumentos pseudocientíficos que les proporcionan el carácter de lógicos, necesarios y naturales.

### III. EL ESTADO Y LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA EN EL CONTEXTO EUROPEO

A diferencia de Estados Unidos, cuya propuesta de mercado único sólo pretende el libre tránsito de capitales y mercancías, Europa optó desde su creación, en el Tratado de Roma, por la conformación de un espacio económico en el que pudieran circular libremente personas, capitales, empresas y mercancías. La libre circulación de personas no sólo exige la creación de unas nuevas fronteras, las fronteras europeas –de ahí el endurecimiento de las leyes de extranjería en los diferentes Estados que conforman la Unión Europea–, también la dilución de otras, la fronteras nacionales. La actual libre circulación de personas, no sólo de trabajadores, en el interior de la Unión Europea demanda la construcción de una cultura cívica común europea, bajo la que puedan coexistir la igualdad formal y las diferencias culturales, constitucionales y económicas de los Estados miembros; esto explica la dimensión que el Tratado de Ámsterdam<sup>15</sup> dio al principio de igualdad (*mains-*

---

<sup>14</sup> En el texto citado a continuación se presenta el debate intelectual y político que gira en torno a tres conceptos: multiculturalidad, multiculturalismo e interculturalidad. Estos debates, se defiende en el texto, no deben utilizarse para silenciar los conflictos de género que se ocultan en los encuentros y desencuentros culturales. COBO, R., «Ellas y nosotras en el diálogo multicultural», en *Interculturalidad, feminismo y educación*, Edit. Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2006. pp.18-30.

<sup>15</sup> En el Tratado de Ámsterdam, la igualdad cobra una dimensión jurídica singular, tanto por su contenido materialmente complejo (igualdad, no discriminación, acciones positivas) como por los efectos de su inserción en distintas partes del Tratado, dotadas cada una de ellas de una significación jurídica propia. Al regularse la igualdad entre hombres y mujeres en un Tratado, en una norma jurídica comunitaria originaria, alcanza el principio igualitario una posición jurídica superior y un contenido complejo. El tratado de Ámsterdam obliga a las instituciones comunitarias a considerar la igualdad como: una misión de la Comunidad, un objetivo que la Comunidad

*treaming*), y las dificultades interpretativas que existieron y existen respecto a su dimensión y significado. Al principio de igualdad iba a asumir una pluralidad de funciones:

- conformar un derecho común europeo,
- funcionar como control de la diversidad,
- generar cambios estructurales.

En el pasado, el Estado burgués afrontó un reto similar al construir una cultura cívica común compatible con la diversidad religiosa e ideológica. Era factible respetar reglas comunes, principios morales mínimos compartidos por todos (legalidad), y respetar al mismo tiempo la libertad de creencias y de cultos religiosos. Ahora el reto está en conformar una cultura cívica transnacional, europea compatible con las diferentes tradiciones culturales cívicas nacionales. La armonización de ambos niveles de ciudadanía se efectúa mediante la fragmentación de lo público, para dar entrada a: una nueva esfera pública transnacional sustentada y construida a partir del conjunto de valores y de modelos que diseñan los derechos humanos (como mínimo ético); y a las diferentes esferas públicas nacionales que incorporan diferentes modelos de justicia constitucional, sin conflicto. La amplitud y ambigüedad que presentan los derechos humanos es lo que permite la construcción de un escenario económico y jurídico, en el que pueden convivir tradiciones constitucionales y culturales diferentes. Si la exigencia de armonización entre lo común y lo diferente ha sido una cuestión relevante en todo el proceso de conformación económica y política de Europa, hoy se torna clave ante la diversidad cultural y religiosa que representan las nuevas incorporaciones a la Unión Europea.

El principio de igualdad de trato, y los derechos humanos, están actuando en el seno de la Unión Europea, en mi opinión, como elemento de dinamización y control, según el caso, de las legislaciones nacionales. En estos momentos se es consciente de que la convergencia económica de los Estados debe acompañarse de una convergencia jurídico-política. Esta última es liderada por el principio de igualdad y de no discriminación para mercancías, empresas, capitales y personas. Es así, como se está desarrollando un derecho común básico que aporta flexibilidad y seguri-

---

deberá fijarse en la ejecución de todas sus políticas y una obligación, la de adoptar las medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo y, entre otros, de orientación sexual. Como elemento estructural de la política social de la Unión Europea la igualdad entre hombres y mujeres constituye: un complemento de la acción de los estados miembros por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo, una garantía más precisa para el principio de igualdad de remuneraciones y la posibilidad de que los Estados puedan mantener o adoptar medidas de acción positiva destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades profesionales o para evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. FREIXES, T., «Fundamentos de la Democracia Paritaria: el Tratado de Amsterdam y los acuerdos internacionales», *La democracia paritaria en la construcción europea*, Madrid, CELEM (Coordinadora española para el lobby europeo de mujeres), 2000, pp. 89-90.

dad al poder económico. Los riesgos que se derivan de este desdoblamiento o resignificación de la esfera pública son:

- que se debilite el sentido fuerte que tienen los derechos fundamentales, ante la presión de los derechos humanos como un mínimo ético suficiente, dada la hegemonía liberal en Europa;
- que se produzca el abandono de la dimensión social de los Estados;
- que se incremente el adelgazamiento de las políticas sociales públicas y la sustitución por políticas sociales dependientes de los recursos sociales disponibles;
- que aumente la distancia entre la política europea y los intereses nacionales de las distintas ciudadanías (Offe).

Llegados a este punto, podemos afirmar que si la soberanía nacional ha quedado fuertemente debilitada, también lo está la ciudadanía<sup>16</sup>, y quizá la democracia. De ahí que sea importante reflexionar sobre: ¿es justificable la limitación impuesta a las democracias y a la potencialidad de las ciudadanías? ¿A quién beneficia la privatización de la política y la ruptura de sus límites tradicionales? ¿Estos cambios afectan por igual a mujeres y a hombres? ¿Se están gestando nuevas desigualdades? En cierto modo, parte de estas cuestiones han sido ya respondidas en la argumentación anterior, pero debemos profundizar en algunas de ellas.

#### IV. EL VALOR DE LA DIMENSIÓN CONSTITUYENTE DE LA CIUDADANÍA

Recordar las exigencias originarias de la democracia y la doble dimensión tradicional de la ciudadanía, como poder constituyente, (pueblo soberano) y como poder constituido (representantes políti-

---

<sup>16</sup> Cuando se afirma que ya no tiene sentido el debate sobre desarrollo de la democracia, en la línea de una democracia inclusiva que ponga fin a su desvinculación de la naturaleza y del orden doméstico-familiar, se debilita el sentido y la complejidad de la democracia como autogobierno, para exaltar el segundo aspecto de la democracia, la democracia como sistema o procedimiento de adopción de decisiones. Este reduccionismo de la democracia afecta a la ciudadanía, al privarle de su dimensión constituyente, y al limitar la ciudadanía activa a la mera gestión de objetivos y desarrollo de principios, sobre los que no decide. Sin la dimensión constituyente la ciudadanía queda atrapada en el marco institucional que define y marca el capitalismo internacional; ofreciéndosele al individuo como contrapartida a la pérdida de libertad en el espacio público, el desarrollo de su libertad individual, de su capacidad innovadora, en el ámbito de la empresa, de lo personal, de las relaciones familiares o de pareja. De ahí que se esté hablando de una segunda modernización o nueva individualización, en palabras de BECK, U./ BECK-GERNSHEIM, E., *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Paidós, 2003.

cos), es necesario para desvelar si los cambios institucionales en curso suponen una mejora, o no, de las condiciones que Dahl establecía como ineludibles en un sistema democrático. Si las exigencias que hoy le imponemos a los sistemas políticos democráticos es que mejoren su gobernanza, incrementen la legitimidad de sus instituciones y decisiones, y desarrollen la democracia potenciando las virtudes cívicas de la ciudadanía, ¿qué ha quedado de las críticas a las democracias representativas y cómo se resignifican los presupuestos originarios de los sistemas democráticos para superar las exclusiones del pasado y poner fin a las relaciones de dominio? ¿Cómo se puede afrontar desde la gobernabilidad o la educación democrática la discriminación institucional que encierra en sus presupuestos el modelo de legitimidad democrático originario? ¿Qué papel juega la teoría feminista en el desarrollo de la democracia y en el incremento de la calidad democrática de los sistemas políticos actuales?

La promesa de igualdad democrática asociada a las teorías clásicas del contrato social y a concepción individualista de la sociedad inicialmente, se ha visto cuestionada por las políticas de la identidad que enturbian las tradicionales demandas de igualdad, y obliga a cuestionarse cuánta igualdad hoy necesitan las democracias y cuánta diferencia pueden soportar. La posición que yo defiendo no va en la línea de estos últimos planteamientos. Creo que el desarrollo democrático actual y su promesa de igualdad democrática demanda un resignificación de las exigencias originarias de la democracia, no su disolución o aceptación. Esto es, un nuevo contrato social superador de las exclusiones del pasado, o mejor dicho, un nuevo contrato social en el que se cumplan los presupuestos ilustrados originarios. El objetivo es lograr que el nuevo pacto constitutivo de la comunidad política y del Estado ponga fin al pacto sexual que conforma la discriminación estructural contra las mujeres, e impide su reconocimiento social como sujetos racionales e iguales en autoridad y poder a los hombres.

Como todos saben, la igualdad fue el rasgo de identificación de la burguesía ilustrada frente al poder establecido y a sus privilegios. Como la propia declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, expresa, la positivización del principio de igualdad debe ser considerada base suficiente para la protección e implantación social y política del mismo. En este sentido, las palabras de los revolucionarios franceses son clarificadoras: «Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes». La declaración simboliza el pacto originario realizado por los sujetos iguales, donde se establecen los fundamentos del poder y se determinan quienes son los miembros que conforman la comu-

nidad política. De este modo queda la legitimidad del poder conectada a la voluntad humana, a la forma jurídica y a un determinado contenido material de justicia<sup>17</sup>. En toda la argumentación está presente el valor de la razón humana y un concepto de ratio formal que considera posible el descubrimiento de la verdad y de lo universal mediante la utilización del método adecuado. Desde estos presupuestos epistemológicos y metodológicos el sexo del sujeto del pacto es irrelevante. Esta consideración explica que la exclusión de las mujeres como sujetos del pacto, como miembros de la comunidad política, no cuestione la racionalidad o la moralidad de lo establecido. Los derechos del hombre y del ciudadano expresados en 1789, fueron considerados hasta 1993 los derechos de la humanidad. Hemos debido esperar dos siglos para que la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, en Viena, exprese que la violación de los derechos de las mujeres es un grave atentado a los derechos humanos<sup>18</sup>, y que los derechos de las mujeres son derechos humanos<sup>19</sup>. Parece una obviedad, dada la argumentación anterior, pero se han necesitado muchos esfuerzos y presiones de los movimientos feministas en el mundo para producir esta afirmación<sup>20</sup>.

El valor tradicionalmente asignado a la razón, y a quienes se consideraban depositarios de ella, los hombres, continúa siendo un eje esencial en las Constituciones de los pueblos y en el desarrollo de sus instituciones; y explica la estrecha alianza que el liberalismo establece entre la razón y la ley. A la razón quedan vinculados los conceptos de libertad, justicia y verdad, ideas que se considerarán fáciles de determinar y precisar siempre y cuando se posean los atributos necesarios y se adopte el método adecuado. Frente a este planteamiento, Horkheimer desveló las contradicciones que escondía la concepción ilustrada de razón y Adorno realizó las críticas al método racional y cien-

---

<sup>17</sup> Esto explica el contenido del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en el que se afirma que no tienen constitución los Estados que no garantizan los derechos reconocidos en la misma.

<sup>18</sup> Lo importante de la declaración de Viena es que asigna a los Estados la responsabilidad de poner fin a las diversas formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en el mundo, y aprueba en el punto 18 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena que: *Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.*

<sup>19</sup> Esta declaración política encuentra aún resistencia en ciertos sectores doctrinales que analizan la historia de los derechos humanos y su evolución histórica sin hacer referencia alguna a los derechos humanos de las mujeres, ni a las luchas sociales que las mismas han debido realizar para implantar la igualdad formal y la protección y garantía de sus derechos en pie de igualdad con los hombres. Esta invisibilización doctrinal tiene efectos sociales y políticos que no deben minimizarse.

<sup>20</sup> Una afirmación que obliga a la doctrina a resignificar los derechos humanos desde el género.

tífico<sup>21</sup>. La cuestión es: ¿puede el sujeto que conoce y elige desligarse de las filiaciones, modelos y valores que conforman su identidad y su representación de la realidad simplemente haciendo uso de la razón y adoptando una posición de imparcialidad? ¿Qué esconde este modelo de racionalidad basado en la imparcialidad?

Las críticas y la evolución histórica liberal del concepto ilustrado de razón han dejado poco de su contenido inicial, imponiéndose un concepto de razón dirigido al logro de los intereses individuales. En este momento, la razón es el instrumento que ayuda al individuo a desarrollar su individualidad en el seno de la sociedad, conforme al principio de utilidad. Lo importante hoy no son las grandes ideas o discursos sociales, se demanda menos utopía y más libertad, incluso hay quien se pregunta si es deseable una democracia más participativa<sup>22</sup>. Horkheimer sostenía que el denominado comportamiento racional es el «modo en que el individuo se abre paso en la sociedad, o se adapta a ella; el modo en que construye su individualidad. La razón fundamenta la subordinación del individuo al todo, dado que el poder del primero no alcanza a transformar al segundo en su beneficio<sup>23</sup>. Esta interpretación restrictiva del concepto de razón encierra a los individuos en el marco y en los límites que les imponen las leyes y las instituciones, e

---

<sup>21</sup> Adorno desvela los límites del método, la relevancia del sujeto que conoce y de su posición social. «La coseidad del método, su tendencia inmanente a asegurar hechos, es transferida a su objeto, los hechos establecidos precisamente de forma subjetiva, como si éstos fueran cosas en sí y no más bien cosificaciones. El método amenaza tanto con fetichizar lo estudiado como con degenerar él mismo en fetiche». Con esta argumentación Adorno pone de relieve que en el conocimiento de la realidad utilizamos «un método cuya propia formulación decide qué es lo que hay que investigar», produciendo un círculo vicioso. Así, en nombre de una hipotética científicidad y rigor se rechazan análisis, perspectivas o conceptos estimándolos no suficientemente claros y precisos. Una de las grandes aportaciones de Adorno fue destacar que es imposible conocer las sociedades eliminando la tensión entre lo universal y lo particular, porque lo que confiere unidad a este mundo es precisamente la contradicción. «Este carácter de contradicción es la razón por la que el objeto de la sociología, la sociedad y sus fenómenos, no posee el tipo de homogeneidad con la que pudo contar la denominada ciencia natural clásica». Esta tensión dialéctica entre el sujeto y el objeto saca a la luz la importancia de la no intervención de las mujeres en la configuración del proceso constituyente. ADORNO, T., *Epistemología y Ciencias sociales*, Frónesis, Universitat de Valencia, Madrid, 2001, pp. 23 y 28.

<sup>22</sup> RIBERA, J. A., *Menos utopía y más libertad*, Barcelona, Edit. Tusquets, 2005, pp. 196-198.

<sup>23</sup> La palabra razón, escribe Locke, tiene en inglés distintos significados: se hace referencia con ella a principios correctos y claros, otras veces se alude a deducciones claras y honestas a partir de esos principios, a veces es especialmente causa final. A ellos hay que añadir: el descubrimiento de nuevas verdades, su ordenación sinóptica, la constatación de sus relaciones y la derivación de sus consecuencias. Es así como la razón se transforma en el instrumento que hace posible el cálculo y permite diseñar los medios adecuados, en función de las circunstancias sociales concretas, para el logro de ciertos fines. Unos fines, que sólo se reconocen como individuales. En esta evolución de la razón ilustrada a la razón liberal quedan en el camino los proyectos de justicia social que encerraba el discurso y la razón ilustrada. LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Madrid, Edit. Nacional, 1980, vol. II, capt. 17, párrafos 1 y 3, pp. 993-995.

irracionaliza la posibilidad de trascender la realidad para diseñar nuevas instituciones y estructuras sociales. Sin duda, este pensamiento es extraordinariamente útil para quienes se sienten reconocidos entre los iguales y creen tener en los espacios de autonomía y libertad que las leyes y las instituciones construyen los instrumentos idóneos y suficientes para el desarrollo personal y social. En otras palabras, para quienes se identifican con el poder establecido y se consideran asimilables a los sujetos que lo ejercen. Desde esta perspectiva, los no individuos, o los grupos sociales oprimidos no existen, sólo existen individuos libres e iguales porque las leyes así lo establecen. Las desigualdades y opresiones sociales se justifican como resultado de las malas o buenas decisiones individuales, del cálculo racional, de cuyos errores únicamente son responsables exclusivos los individuos. Desde estos presupuestos, la igualdad formal se considera garantía suficiente y las instituciones el marco idóneo en el que expresar la libertad individual. Esto implica que los individuos sólo pueden demandar del poder estatal leyes iguales y el mínimo intervencionismo posible.

El proyecto liberal oculta, como no relevantes, las diferentes posiciones de poder en que se encuentran los individuos en la sociedad y la existencia de grupos sociales subordinados ¿Cómo explicar que existen personas que no son identificadas por la legalidad o individuos que encuentran serias dificultades estructurales o sociales para construir un proyecto de vida propio, a pesar de ser considerados iguales en derechos? ¿Cómo abordar desde la igualdad formal la existencia de grupos sociales subordinados? La centralidad de la legalidad como instrumento suficiente para realizar y desarrollar el principio de igualdad invisibiliza el valor de las condiciones estructurales en las que los individuos hacen uso de sus derechos y libertades, y el hecho de que tales condiciones escapen a su control. Ni las personas, ni el Derecho actúan y deciden descontextualizados de la base material que los conforma. Ni las preferencias, ni los deseos individuales se construyen al margen de las relaciones sociales. La interacción entre el derecho, la moral y la política es evidente. Por consiguiente, el esfuerzo por presentarlas como realidades independientes sólo puede tener como objetivo ocultar la parcialidad de los intereses que se protegen.

Si hay individuos que en función de su posición de poder en la estructura social tienen posibilidad de pensar desde sí y por sí, y encuentran en la legalidad los instrumentos adecuados para la acción, y otros sujetos no, la igualdad formal o de trato no hará sino encubrir y perpetuar la asimetría y la subordinación social. Minimizar la relevancia del contexto y de la desigualdad de poder, afirmándose que existen muchas formas de poder, es desvirtuar el significado de la libertad y de igualdad individual. La libertad exige reciprocidad con el otro, se ejerce en la equipotencia, y en el igual reconocimiento de valor y autoridad. Si estas condiciones sociales no existen, ni en lo privado ni en lo público, para mujeres y hombres por igual, la igualdad de trato o igualdad legal puede convertirse en un obstáculo y no en un instrumento para el logro de la igualdad social.

Los grupos oprimidos o subordinados<sup>24</sup>, dada su exclusión del poder, sólo pueden transgredir las reglas, pero la trasgresión no tiene capacidad para transformar la realidad. Para transformar la realidad y poner fin a la discriminación estructural y a los privilegios es necesario tener poder. Por tanto el poder es indisociable del ejercicio de los derechos y los derechos de la vida material o real de las personas. Debemos hacer visible y relevante para la política, lo que el modelo político liberal excluyó: la naturaleza, la vida y su reproducción. De este modo impediríamos que existieran espacios al margen de la política o de la racionalidad de la ley, como los que G. Agambem describe cuando analiza la figura del «homo sacer». Unos espacios en los que los individuos quedan abandonados a la violencia, al ser privados del estatus de persona, lo que hace posible que los actos de violencia contra ellos queden en la más absoluta impunidad<sup>25</sup>.

## V. EL VALOR POLÍTICO Y SOCIAL DEL ESTADO DE NATURALEZA

El Estado de naturaleza ha sido tradicionalmente considerado por la doctrina constitucionalista como el contexto que justifica el fin y el

---

<sup>24</sup> Utilizo el concepto de grupo social en la línea teorizada por Iris Marion Young, así como el concepto de opresión. Generalmente la filosofía política no ha conceptualizado el concepto de grupo social, o cuando lo ha hecho lo ha identificado con un modelo de asociación o con un conjunto. «Un conjunto es una clasificación cualquiera de personas de acuerdo con algún atributo.» Quienes consideran al grupo social como un conjunto, alegan el carácter arbitrario de dichas agregaciones para negarles valor social o político. Pero el grupo social no se define por una serie de atributos, sino «por un sentido de identidad». Los grupos sociales no «son entes, que existen independientemente de los individuos, pero tampoco son simples clasificaciones arbitrarias de individuos, de acuerdo con atributos externos o accidentales respecto de su identidad». «Los significados de grupo constituyen parcialmente la identidad de la gente en términos de forma cultural, la situación social y la historia que los miembros del grupo conocen como suya, sea porque estos significados les han sido impuestos o porque han sido forjados por ellas, o por ambas cosas. Los grupos son reales no como sustancial, sino como formas de relaciones sociales.» Tampoco son asociaciones, porque las asociaciones son instituciones formalmente organizadas. Este modelo asociativo concibe al individuo previamente a la asociación, pero el grupo es distinto, porque el grupo social conforma a los individuos. Esto no significa negar la posibilidad de trascender la identidad grupal, o ignorar que las personas tengan muchos aspectos independientes de estas identidades grupales, sólo sostener que el particular sentido de la historia, las afinidades y diferencias y hasta el modo de razonar y valorar o expresar los sentimientos están constituidos, en parte, por sus afinidades de grupo. YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra Editorial, Madrid, 2000, pp. 77-78, 79-80.

<sup>25</sup> Pensemos en los feminicidios de ciudad Juárez o en Guantánamo. Para entender cómo pueden existir en el marco de estados soberanos estas situaciones de impunidad, véase: AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, edit. Pre-textos, 1998.

valor del Estado. Se ha argumentado que el Estado de naturaleza, como hipótesis lógica, reconstruye el instinto natural de muerte y explica el deseo de Estado como un deseo de orden y de seguridad<sup>26</sup>, que prueba la racionalidad humana. El estado de naturaleza simboliza el espacio en el que se impone la Ley del más fuerte y la voluntad sin la mediación de la razón, al no haber cristalizado la Ley. Pero junto a esta función, el estado de naturaleza está sirviendo para representar a las mujeres como seres no racionales y esencialmente reproductivos<sup>27</sup>. Una representación que permite justificar, desde lo natural, la exclusión política de las mujeres. Lo que oculta este discurso es que los seres racionales, reconocidos como miembros de la sociedad política, no son individuos atomizados, sino varones-padres de familia<sup>28</sup>, a

---

<sup>26</sup> La fuerza de este deseo se ha podido constatar después de los acontecimientos del 11 de septiembre en EE. UU.

<sup>27</sup> Esto explica que los médicos filósofos del siglo XIX dijeran que las mujeres tenían su útero conectado con el cerebro, y que si pensaban o realizaban funciones intelectuales, se volvían estériles. Es así como el sexo se convierte en el lugar y la causa de la diferencia. Russel, en 1775, inicia su libro con la siguiente afirmación: «La esencia del sexo no se limita a un solo órgano sino que se extiende con matices más o menos sensibles a todas las partes; de manera que la mujer no es mujer en un solo lugar sino en todas las facetas en que se la pueda considerar. Se propugna la extensión o influencia del sexo sobre el conjunto del cuerpo femenino, algo que no sucede con los varones. Se toma al sexo, órgano sexual, como determinante porque es esencial en la función de reproducción de los seres humanos. Si el sexo es esencial para determinar lo que la mujer es, la reproducción es su función, su destino natural. Es preciso recordar, incluso a estas alturas de la historia, la insistencia del siglo XIX en evocar e invocar la maternidad a propósito de las mujeres, así como los elementos sobre los que instauró este discurso obsesivo. «Reproducir consiste en reproducirse, o sea, en reproducir a la especie a través de sí. Entonces, se distinguirá menos una mujer de otra que un hombre de otro. Se encuentran menos diferencias entre dos mujeres que entre dos hombres, pues ellas se mantienen más cerca de su naturaleza, nosotros de la nuestra.» Con estos argumentos la pseudociencia sitúa a las mujeres del lado de la especie y de la no diferenciación individual, mientras que los hombres, menos prisioneros de la reproducción, se vuelcan del lado de la civilización y de la individuación. Pero hay algo más que interesa destacar en este discurso: se afirma que: «la civilización lejos de superar la distinción entre las mujeres y los hombres la perpetúa y la refuerza, al empujar a los hombres hacia la cultura y a las mujeres hacia la naturaleza. La única posibilidad que le queda a la mujer para introducirse en la civilización es el matrimonio, pues a través de él racionaliza la natural función reproductora». Para un estudio más exhaustivo sobre estos debates y construcciones véase: FRAISSE, G., *Musa de la razón*, Cátedra, 1991, pp. 91-93, 94-95.

<sup>28</sup> «La construcción del derecho de los hombres blancos a ser ciudadanos cabezas de familia creó simultáneamente una “dependencia” única de las mujeres respecto de sus maridos. Así la ciudadanía civil contribuyó a crear la norma del salario familiar y cercenó los anteriores derechos sobre los recursos sociales basados en el parentesco. En la sociedad civil, la esfera masculina, las relaciones parecían estar organizadas a través del contrato; los recursos se intercambiaban por sus equivalentes exactos en transacciones discretas, monetarizadas, entre individuos egoístas independientes. En la esfera doméstica de la familia íntima, por el contrario, los recursos más abundantes parecían ser los sentimientos, que quedaban totalmente fuera del circuito del intercambio.» Esta distinción ideológica, no real, puesto que las mujeres siempre han trabajado dentro y fuera de los hogares, servía para fundamentar la exclusión de la mujeres de la ciudadanía y del trabajo remunerado. FRASER, N., GORDON, L., «Contrato

quienes se les hace depositarios de una doble representación: la representación de sus intereses y la representación de los intereses de aquellos seres naturales privados de razón y de voz, las mujeres y los menores. El sujeto del pacto asume, desde el inicio una representación colectiva, que lejos de poner fin a todas las servidumbres o privilegios existentes entre los seres humanos, genera nuevas desigualdades. Las nuevas desigualdades penetran en el orden social igualitario a través del orden conyugal. Un orden que incorpora el Estado de Naturaleza<sup>29</sup> a la comunidad civil y política. El valor simbólico que aún posee este discurso lo prueba la estrecha conexión que todavía existe entre racionalidad, autoridad, ejercicio del poder y masculinidad, y la permanencia de relaciones sociales que escapan al control racional de la ley. No podemos ignorar los fundamentos originarios del pacto social sobre el que se asienta el Estado, argumentando que son viejos discursos y relatos sin valor en el actual contexto de la globalización. Porque es precisamente el contexto de la globalización y los cambios institucionales en curso los que están otorgando valor a estos viejos fundamentos, al utilizarse de nuevo para generar sentido y valor simbólico<sup>30</sup> al poder en transformación.

El hecho de privarse a las ciudadanías de discursos políticos alternativos negando su utilidad, no significa que los discursos o las utopías hayan perdido valor político, todo lo contrario. El cierre que se hace a la reflexión y a la crítica pone de relieve el valor de las ideas

---

versus caridad: consideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social», *Isegoría*, núm. 6, noviembre, 1992, pp. 74-75.

<sup>29</sup> La reconstrucción de la autoridad masculina se está realizando de nuevo desde la estructura familiar. A pesar de los últimos cambios realizados en el modelo normativo de familia, la familia matrimonial –Leyes 13 y 15 /2005– para adecuarla a las nuevas exigencias sociales, el carácter natural y sagrado de la familia permanece y contamina las decisiones judiciales que se adoptan en cuestiones relativas a la suspensión o privación de la patria potestad, guarda y custodia, etc. La familia sigue siendo en el imaginario social una realidad trascendente a sus miembros, así como un universo social separado, que permite la idealización de lo interior como sagrado. Este universo sagrado, secreto, cerrado, separado de lo exterior por la barrera simbólica del umbral, se perpetúa y perpetúa su propia separación, su privacidad, para hacer imposible el conocimiento de los asuntos privados y mantener el secreto de lo privado. Para comprender el capital simbólico que encierra ésta el discurso que la familia construye sobre la familia, véase: BOURDIEU, P., *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Barcelona, Edit. Anagrama, 1997, pp. 126-138.

<sup>30</sup> Según Bourdieu «el fundamento de la violencia simbólica no reside en las conciencias engañadas que bastaría con iluminar, sino en unas inclinaciones modeladas por estructuras de dominación, que hacen posible la complicidad de las víctimas con los dominadores», sólo puede esperarse una transformación radical de las condiciones sociales de producción de las inclinaciones, cuando los dominados puedan adoptar sobre los dominadores y sobre ellos mismos un punto de vista diferente, al que los dominadores establecen y definen sobre lo real o lo justo. La violencia simbólica se realiza a través del acto de conocimiento y de reconocimiento práctico, que se produce sin el conocimiento consciente y la voluntad del sujeto, lo que le confiere poder hipnótico. BOURDIEU, P., *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama, 2000, pp. 58-59.

para comprender la realidad y transformarla. Necesitamos, más que nunca, de análisis críticos y de propuestas utópicas, inacabadas, abiertas a la acción, al igual que los cambios en curso. No es cierto que todo esté decidido, que todo esté determinado por la necesidad.

## VI. EL LIDERAZGO POLÍTICO ACTUAL

Paradójicamente, frente a la complejidad que adquiere la organización política en el marco de la globalización económica, las ideologías políticas y el liderazgo se simplifican. La simplificación se justifica, desde el poder político, por el formato que los medios imponen al discurso político. Es difícil, se afirma, articular un discurso político complejo en los escasos minutos que los medios proporcionan a los partidos en período electoral. A medida que pierde peso la ideología política como resultado de la fragmentación de intereses sociales y económicos, cobra relevancia la figura del líder como elemento de cohesión tanto en el interior del partido como en el exterior, aglutinando en torno a su persona diferentes ideologías o intereses. El líder aporta el clima de credibilidad y confianza que el partido necesita proyectar en la sociedad. Pero su influencia llega más allá, la figura del líder marca con su personalidad e ideas, el propio contenido programático del partido político. La política se convierte así en un escenario de representación personalizada, en un marco de prioridades y preferencias construidas a golpe de encuesta o titular de periódico, y en una organización que legitima la agenda con decisiones técnicas o de urgencia (incluso se ha llegado a afirmar que los expertos son hoy los viejos cortesanos del poder).

La sociedad mediática y la representación de la democracia como un mercado de bienes colectivos favorece la construcción de discursos políticos débiles, en los que sólo se oferta un conjunto de bienes y servicios públicos. Para este modelo los ciudadanos son simples demandantes o consumidores de un mercado político, que revelan sus preferencias votando a una u otra plataforma electoral. Desde estos presupuestos no cabe unanimidad de acción política respecto a ciertos objetivos o valores establecidos *a priori*, sino que la acción se desarrolla en función de ciertos fines colectivos o prioridades que se presentan como negociables, abiertos y parciales. El partido que ofrece la cesta de bienes públicos más votada accede al gobierno y queda emplazado para producir los bienes y servicios públicos que prometió. Este modelo de democracia deja fuera a quienes tratan de mantener un espectro de preferencias políticas alejadas del electorado o de mantener convicciones ideológicas firmes e insobornables. Desde estos presupuestos es lógico que los políticos traten de desarrollar programas interclasistas que satisfagan y den entrada a las máximas preferencias sociales. El nuevo modelo político pretende construir una política plural respecto a los intereses y ambigua respecto a los objetivos, aunque

no nos engañemos, en todo momento está presente el control de la diversidad social. Un control que se ejerce aumentando el nivel de abstracción de la igualdad formal, al tiempo que generando parcialidad y sectorialidad<sup>31</sup> respecto a los intereses y necesidades sociales.

## VII. EL TERCER MODELO DE CIUDADANÍA

A lo largo de la historia se han desarrollado dos modelos de ciudadanía, y si los cambios en curso que hemos descrito continúan, posiblemente nos encontremos ante un tercer modelo. La democracia representativa había centrado la conformación de la política y su desarrollo en el proceso y en la participación electoral. La política asumía el compromiso de crear las condiciones estructurales que hicieran posible la realización de los acuerdos entre la economía y la política, así como de gestionarlos y ejecutarlos. Una de las consecuencias de la ruptura entre la economía y la política ha sido el desbordamiento de la política y la pérdida de protagonismo del proceso electoral en la participación ciudadana. Este cambio hace posible distinguir entre una participación política institucional, formal, y otra, informal, a través de grupos y organizaciones. Este desdoblamiento de la política en cada uno de los núcleos de la estructura del poder, junto a la fragmentación de intereses y objetivos, dificulta el establecimiento de objetivos políticos *a priori* y hace que cobre relevancia la política negociada. Una política que a veces se confunde con el derecho al asumir como objetivo central el control de la complejidad y la conflictividad social.

Es así cómo sobre el sistema parlamentario se superpone un sistema de autorrepresentación de intereses sectoriales, intersectoriales, de especialistas, etc., que desbordan los límites de la política, pero no para desarrollarla o complejizarla, sino para despolitizarla y privatizarla. Esto explica el peso que el derecho y la moral tienen en la política actual. Se habla del bien y del mal o se acude a los tribunales de justicia cuando se pierden las contiendas políticas. Pero tanto la intrusión del Derecho como de la moral desvirtúan la esencia de la Política y corrompen a la democracia. La esencia de la democracia es el reconocimiento y el respeto al adversario político, la protección del disidente, porque sin su existencia no hay alternancia y sin ella no existe democracia. Se ha sustituido la figura del adversario político

---

<sup>31</sup> Hay quienes ven en el proceso de corporativismo social una vuelta al modelo de la sociedad medieval. Humberto Eco, a partir de un texto de Vacca, analiza los cambios sociales en curso como una etapa de transición permanente, o Nueva Edad Media, que nos enfrenta al reto de elaborar hipótesis sobre el aprovechamiento del desorden y a entrar en la lógica de la conflictividad. Si este proceso se produjera, sostiene Eco, estaríamos entrando en una cultura de la readaptación continua, alimentada de utopía. Eco, U., «La Edad Media ha comenzado ya», *La nueva edad media*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 34.

por la de enemigo, al igual que se ha hecho en el Derecho penal. Un término bélico que es la antítesis de la racionalidad deliberativa que conforma a la política. ¿Qué efectos tienen sobre la ciudadanía estos cambios en el hacer político?

La distinción entre un nivel institucional-formal y otro informal afecta directamente al significado de la ciudadanía, al favorecer la construcción de una pluralidad de estatus ciudadanos. Ciudadanos con derechos civiles, políticos y económicos, ciudadanos con derechos sociales y ciudadanos con derecho a ciertas prestaciones sociales. Pero no existen dos modelos de ciudadanía, una ciudadanía política y otra social; recordemos, que los derechos económicos, sociales y culturales nacen para hacer real el ejercicio de las libertades individuales. No tiene sentido fragmentar la ciudadanía, salvo que se pretenda con ello debilitarla. Lo que oculta esta pluralidad de estatus ciudadanos es la aparición del viejo concepto de súbdito, o la construcción de una ciudadanía debilitada en su poder de decisión. Esto se observa claramente en la figura del inmigrante. En resumen, podemos concluir que el nuevo modelo de organización política del Estado fragmenta el modelo de ciudadanía y lo sustituye por uno múltiple, que no significa mayor ciudadanía para todos, sino su debilitamiento. La jerarquización entre individuos, a través de la fragmentación de la ciudadanía, refuerza los sistemas tradicionales de dominio y de privilegio, no los disuelve.

## VIII. LA PARTICIPACIÓN Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES EN DEMOCRACIA

Hemos desvelado los cambios institucionales en curso y el origen de la discriminación institucional que existe contra las mujeres en las sociedades democráticas y que genera subordinación social. El paso siguiente es analizar cómo se está afrontando este hecho y hasta qué punto el proceso de cambio institucional está siendo utilizado para corregir las exclusiones y erradicar la violencia de género<sup>32</sup>. El debate político sobre la participación y la representación política de las mujeres<sup>33</sup> está centrado en el déficit democrático que la escasa participa-

---

<sup>32</sup> Se utiliza el término violencia de género en el sentido definido por el Comité encargado del Cumplimiento de la CEDAW, a través de la Recomendación General 19 (11.º período de sesiones), en 1992, en la que se afirma que «la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de sus derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre».

<sup>33</sup> Somos conscientes de que la solvencia de la participación depende la representación política, de ahí que interese recordar cuáles son los elementos necesarios para una representación de calidad: recursos y oportunidades a disposición de toda la ciudadanía, armonización de la independencia con la receptividad de las preferencias, sensibilidad respecto a intereses múltiples, conexión entre compromisos y responsabilidad, congruencia en el ejercicio del poder, control prospectivo y retrospectivo y, por

ción de mujeres en las instancias de decisión comporta a los sistemas políticos democráticos. La solución se está afrontando presentando este déficit como un simple problema técnico o numérico, de ahí el protagonismo político de las cuotas y más concretamente de las cuotas electorales y los recuentos. A las mujeres se les ofrece como contrapartida a sus demandas políticas de igualdad y de no discriminación un modelo de participación institucional y social bajo control, la participación equilibrada. Pero la presencia de mujeres en el nivel institucional del Estado<sup>34</sup>, siendo muy importante como es, no es el objetivo último de la democracia paritaria demandada por las mujeres<sup>35</sup>. Tampoco en el nivel informal de la política están encontrando las mujeres facilidades para participar, aunque haya sido el contexto político en el que mayoritariamente han estado presentes hasta el establecimiento de las cuotas electorales. Aunque desde el poder se ha desarrollado el movimiento asociativo de mujeres en las últimas décadas, su pretensión no era conformar un espacio de liderazgo y poder para las mujeres, sino cubrir la falta de legitimidad política y satisfacer con la solidaridad de las mujeres y de los hogares el abandono o debilitamiento de las políticas sociales públicas. Esta participación política con un mínimo de compromiso partidista sólo sirve políticamente a quienes poseen liderazgo y poder social, a los hombres.

El objetivo de la democracia paritaria que defendemos es el fin de la discriminación institucional y del patriarcado, mediante la revisión

---

último, desarrollo de procesos de influencia ciudadana. VARGAS MACHUCA, R., *op. cit.*, p. 38.

<sup>34</sup> El que la Declaración de Berlín haya introducido entre sus escasos contenidos: «Para nosotros, el ser humano es centro de todas las cosas; su dignidad es sagrada; sus derechos, inalienables. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos», no es suficiente. Y no lo es porque la igualdad de mujeres y hombres en derecho exige una resignificación del pacto originario que da lugar al modelo de Estado, una resignificación del Derecho desde una perspectiva de género, así como del modelo de racionalidad jurídica. La lucha contra la discriminación y contra la violencia que padecen las mujeres en las sociedades democráticas exige incorporar la perspectiva de género, en la elaboración de la legislación y en el desarrollo de las políticas públicas, pero el género no es una categoría que pueda integrarse, sin cambios, en el actual modelo de derecho y de ciencia jurídica, porque no es esta perspectiva un desarrollo de los principios constitutivos del sistema jurídico. Esto explica que se demande un cambio constitucional previo al desarrollo legislativo y político. El género es una categoría que cobra sentido explicativo y valor técnico desde el feminismo, y el feminismo es una teoría crítica de la sociedad y del Estado. Para analizar los usos abusivos y perversos que se realizan a nivel jurídico sobre el género, véase: BARRÉRE, M. A., *El valor explicativo del género en la violencia contra las mujeres*, ponencia presentada en el Seminario internacional, *Género, Violencia y Derecho*, celebrado en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Málaga, el 10 de mayo, 2007.

<sup>35</sup> Este tema ha sido desarrollado por mí más extensamente en: «La representación política de las mujeres: del voto a la democracia paritaria», en *10 años de historia 1996-2006*, Edit. Seminario Latinoamericano, mujer andaluza, Huelva, 2006; «Avanzar en la igualdad desde la ciudadanía: un nuevo contrato social», *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer (Colección Clara Campoamor), 2006.

crítica del contrato social originario, a través de la resignificación de la categoría de sujeto-ciudadano, para integrar y restituir en su seno a las mujeres como sujetos de igual valor y autoridad en el ejercicio del poder y en la mediación política; en otras palabras, el fin pacto sexual y la creación de un pacto social igualitario. Si el fin del pacto sexual no se produce y el cambio se desea realizar mediante la simple presencia de mujeres en las instituciones políticas, podríamos encontrarnos con la sorpresa de mantener intacta la discriminación estructural contra las mujeres, a pesar de existir una presencia paritaria de las mismas en el aparato institucional del Estado. Es necesario un cambio constitucional<sup>36</sup>, a semejanza de Francia, en el que se restituya a las mujeres como sujetos del pacto social y miembros de pleno derecho de la comunidad política. Una vez puesto fin al pacto sexual origen de la discriminación estructural contra las mujeres, el paso siguiente es analizar críticamente las estructuras, relaciones e instituciones que conforman la socialización de hombres y mujeres para erradicar de ellas todas aquellas prácticas individuales y colectivas que mantienen y reproducen privilegios o dominio de los hombres sobre las mujeres y conforman los arquetipos de masculinidad y feminidad. En paralelo a estas actuaciones, debemos desarrollar también estrategias de acción positiva, que fundadas en el principio de igualdad de oportunidades, actúen en la secuencia última de la discriminación, en los procesos de selección y promoción social, laboral, económica o política corrigiendo situaciones de subrepresentación o de falta de promoción o acceso a los recursos de cualquiera de los dos sexos. Si la discriminación y la violencia contra las mujeres presentan diferentes formas y se presentan en múltiples contextos, ha de actuarse en todos y en cada uno de ellos al mismo tiempo para realizar el cambio deseado. De ahí que defendamos el fin del contrato sexual, el fin del patriarcado y la profundización de la democracia en la línea de la democracia paritaria<sup>37</sup>, sólo así se obtendrá una democracia de calidad.

---

<sup>36</sup> Este cambio constitucional es esencial, porque la constitución es la metáfora del pacto originario. Nuestra propuesta se inscribe en la función crítica respecto de las normas inválidas que corresponde a la ciencia jurídica realizar, en el contexto del garantismo. FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Edit. Trotta, 2006, pp. 63-72.

<sup>37</sup> Es muy importante no confundir el origen de la discriminación estructural que padecen las mujeres en las sociedades democráticas que se encuentra en el contrato sexual sobre el que se asienta el pacto social originario, con el patriarcado. El patriarcado no es un cuerpo teórico, ni un orden natural, es un orden práctico integrado por un conjunto de prácticas individuales y sociales, reiteradas, normalizadas y aceptadas como naturales. Como todo, conjunto práctico, los pactos patriarcales son pactos meta-estables entre varones, los cuales les permiten reconocerse como hombres, esto es, como un grupo propio, diferente y mejor que el de las mujeres. En pocas ocasiones estos pactos se presentan de forma explícita, pero su carácter tácito no los hace menos relevantes o esenciales para la conformación de la identidad masculina. Esta forma de identidad, dependiente de las conductas de todos y de cada uno de los miembros del grupo, hace recaer sobre cada sujeto la tensión y el compromiso de

## IX. CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DEL DERECHO

Una vez expuestos los principales cambios en la estructura organizativa del Estado, la Política y la ciudadanía, y cómo se debe incorporar la perspectiva de género en la Política, el paso siguiente es develar cómo están afectando los cambios institucionales en curso a la estructura y al contenido del derecho. Como ya hemos expuesto, la imposibilidad de conformar la cohesión social a partir de un conjunto de principios racionales *a priori* que determinen lo justo y lo bueno, dada la segmentación y el pluralismo de intereses y preferencias sociales, se impone una concepción del bien abierta, negociada, plural, que se conforma a partir de consensos políticos parciales e inestables. Este modelo político no significa menos control estatal, o transnacional, sino un control ejercido de otro modo, a través de una multiplicidad de formas y sujetos, que ocultan mediante la descentralización y la gestión sectorializada, los intereses últimos a los que responden: los intereses macroeconómicos.

La globalización exige un Derecho común y el reforzamiento de la igualdad formal, para regular el tráfico económico mundial, pero el proceso de regionalización en curso, y aún sin concluir, parcela y se opone a este objetivo y produce fuertes tensiones. El desarrollo actual de marcos contractuales y prácticas comerciales, a través de las grandes corporaciones y bufetes internacionales, quiebran la igualdad formal que los Estados se esfuerzan en construir, imponiéndoles tratamientos desiguales. La fuerza del Derecho transnacional emergente, que disciplina el tráfico económico, sin la intervención del Estado, no significa un proceso de privatización absoluta del mercado como se proclama desde ciertos sectores liberales. Lo único que se han privatizado han sido los beneficios, los costes sociales y personales de la producción y del mercado financiero, se han trasladado a los Estados y a las ciudadanías.

Este cambio no significa menos Estado, todo lo contrario, más Estado travestido de sociedad civil. El Estado de competencia, como lo denomina Offe, o sociedad abierta, oculta lo estatal tras la justicia negociada o el contrato, eludiendo de este modo las responsabilidades y controles sociales. Aunque el proceso se reviste de legitimidad desde la crítica y bancarrota del Estado de bienestar, lo cierto es que estamos lejos de un Estado mínimo. Pienso que las nuevas formas estatales son

---

defender las señas de identidad específicas de los miembros del grupo. En el seno de estas prácticas de identificación y de exclusión de las otras, el control sobre las mujeres es clave. Al ser el patriarcado un conjunto de prácticas no estables, hay que descubrir en cada sociedad cuáles son y cómo se justifican. El patriarcado ha sido analizado por Celia Amorós en diferentes obras, entre las que cabe destacar, por ser una de sus últimas reflexiones: AMORÓS, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Madrid, Edit. Cátedra, colección feminismos, 2005, pp. 297-302.

más intervencionistas y controladoras de las acciones individuales y sociales que las existentes en el pasado, aunque los instrumentos que utilice no hagan uso de la violencia explícita y directa. El control actual de los Estados se ejerce mediante formas no coercitivas, a través de la socialización y el monopolio cultural, generando entre otros hechos: usos lingüísticos excluyentes, violencia ambiental con importantes efectos intimidatorios, especialización de funciones que se piensan naturales o se creen libremente elegidas, etc. Estas nuevas formas de coerción estatal se presentan compatibles con la igualdad formal y el principio de no discriminación<sup>38</sup>.

En el contexto europeo<sup>39</sup> estos cambios se dejan sentir a través de la relevancia de los principios, la estructura de normas jurídicas marco o normas excesivamente específicas, que llegan a confundirse con los antiguos reglamentos. Hay quienes sostienen que estos cambios no desarrollan una estructura jurídica distinta, yo no lo tengo tal claro. Pienso que si continúa el peso de los principios, las normas vacías de instrumentos de regulación de conflictos y el peso de las políticas sociales privadas, los sistemas jurídicos nacionales se verán afectados en algo más que en una alteración del sistema de fuentes, la primacía del contrato o el desdoblamiento de la jurisdicción<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Dadas las actuales formas de coerción social utilizadas por el Estado, se hace más necesario que nunca precisar el contenido y el significado que tiene el principio de igualdad y de libertad. En este sentido hago más las palabras de Celia Amorós, que toma de Isabel Santa Cruz, para afirmar que la igualdad se inscribe en los conceptos de equipotencia, equivalencia y equifonía, si éstos no existen, la igualdad será un ideal aún no alcanzado. AMORÓS, C., *op. cit.*, p. 287. La complejidad jurídica del principio de igualdad y su desarrollo en el ordenamiento jurídico español, ha sido analizados por mí en: «Art. 14: Igualdad y no discriminación», en *Comentario a la Constitución socioeconómica en España*, Granada, Edit. Comares, 2002, pp. 927-977.

<sup>39</sup> Europa ya es consciente de los retos a los que se enfrentará en los próximos años: el envejecimiento de su población, la globalización económica que le hará perder cuota de poder, ante la nueva distribución del poder económico en el mundo y lo que John Hawksworth, jefe de Macroeconomía de PriceWaterhouse, llama el E-7 de las emergentes (China, India, Brasil, Rusia, Indonesia, México y Turquía). En un estudio de 2006, se sostiene que el grupo de los E-7 pasará a tener un 25% más de capacidad de compra en el G-7 –ahora tiene sólo un 20%–; y respecto a su poder de cambio, el giro será espectacular incrementándose en un 75%. Europa no sólo perderá nivel de riqueza por habitante, también crecerán las desigualdades. El informe ante mencionado propone a Europa lograr una ventaja comparativa antes que competitiva. Centrarse y abrirse, hasta completar su ampliación a 36, incluidos los Balcanes y Turquía (no la Turquía de hoy, sino la que será dentro de algunos lustros una vez transformadas sus instituciones). Esta ampliación otorgará a Europa experiencia en la gestión de sociedades diversas y le otorgará más peso en el mundo, que es tanto como decir en el Fondo Monetario Internacional y en el Banco Mundial.

<sup>40</sup> J. E. Faria analiza cómo se está produciendo un desdoblamiento en la jurisdicción, gestándose una jurisdicción privada, rápida, cara y eficiente, para las empresas y la población con recursos, que convive con una jurisdicción lenta, menos eficiente y especializada, para todos aquellos que no pueden acceder a los anteriores mecanismos de resolución jurídica. Como ejemplo de la nueva jurisdicción cabe citar, por su relevancia, el arbitraje y la mediación. No son éstos sólo los cambios que el sistema jurídico está produciendo para adecuarse a las necesidades de la socie-

Aunque en teoría el modelo europeo respecta las tradiciones constitucionales de los diferentes Estados miembros, y las políticas sociales escapan a su control, lo cierto es que, como ya ocurriera en el siglo XVIII, el principio de igualdad formal está asumiendo la responsabilidad de construir un marco social igualitario y un derecho común. Lo expuesto nos permite concluir que se ha reestablecido la centralidad liberal de la ratio formal, que armoniza bien con el principio de utilidad y con la eficacia y la eficiencia de la política. Si la racionalidad económica se impone a la política, lo que se pondrá en riesgo será algo más que la dimensión social del Estado, o el carácter público de las políticas sociales, se pondrá en riesgo la democracia misma –como autogobierno, lo que para algunos es incluso deseable (Rivera). La paradoja es que el retroceso se produce en un momento histórico en el que la tecnología y el desarrollo económico harían realidad el desarrollo de la democracia en el mundo.

---

dad globalizada o abierta, Faria los analiza en profundidad en: FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Edit. Trotta, 2001; también pueden verse las concomitancias existentes entre el sistema político, económico y jurídico en: MERCADO, P., «El proceso de globalización el Estado y el Derecho», en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Edit. Universidad Internacional de Andalucía/Akal, 2005.

**Segunda sesión plenaria**

**BIOÉTICA**



# Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho)

Por ÁNGELA APARISI MIRALLES  
Universidad de Navarra

## RESUMEN

*En la actualidad, el desarrollo de la bioética ha rebasado el marco ético para introducirse, plenamente, en otros ámbitos del saber, especialmente en el jurídico. En realidad, no existe otro campo como el derecho, en el que las controversias que, inicialmente, se plantean como bioéticas, presenten tanta derivación e impacto. La discusión se centrará, precisamente, en la determinación de la frontera entre la moral y el derecho, entre la bioética y el bioderecho. Por otro lado, en la configuración del bioderecho es necesario tener en cuenta diversos factores: entre ellos, los grandes intereses que subyacen a muchas de las nuevas biotecnologías, lo cual genera el riesgo de reducir el bioderecho a una bioeconomía o a una biopolítica.*

Palabras clave: *Bioética, ciencia, bioderecho, biojurídica, dignidad humana.*

## ABSTRACT

*At present, the development of bioethics has gone beyond the ethical framework to fully enter into other fields of knowledge, especially the legal field. Actually, there is no other field such as law in which controversies, initially seen as bioethical, have as many consequences and as much impact. The discussion will precisely be focused on the drawing the line between morality and law, between bioethics and bio-law. On the other hand, it is necessary to consider different factors in the formulation of bio-law, namely the great interests that underlie many of the new biotechnologies, which pose the risk of reducing bio-law to a form of bio-economics or bio-politics.*

Key words: *Bioethics, Science, Bio-law, Bio-legislation, Human Dignity.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: CIENCIA Y SOCIEDAD.—II. EL NACIMIENTO DE LA BIOÉTICA.—III. DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO: III.1. *El lugar del derecho*. III.2. *¿Qué bioderecho?*—IV. BIOJURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO.—V. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN: CIENCIA Y SOCIEDAD

Las ciencias experimentales tienen un origen relativamente reciente. Surgen como respuesta al afán que tiene el ser humano por conocer los fenómenos naturales y las leyes que rigen su funcionamiento<sup>1</sup>. En las últimas décadas, su desarrollo ha sido tan espectacular, que la cultura ha quedado «deslumbrada», y la misma ciencia ha adquirido un papel decisivo en la vida de las personas. Incluso, en ocasiones, ha provocado conflictos y desajustes internos en la sociedad. Ello tiene cierta relación con la manifiesta ambivalencia que presentan la ciencia y la técnica<sup>2</sup>: por una parte, contribuyen decisivamente al desarrollo humano; por otra, su aplicación puede llegar a tener consecuencias indeseables para las personas y su entorno. Y ello, especialmente, cuando no hay controles, o cuando se mezclan intereses económicos o políticos.

En lo referente a las relaciones entre ciencia y sociedad, es posible distinguir varias etapas. Hasta entrado el siglo XX, se mantuvo en pie

<sup>1</sup> Vid. APARISI, A.; *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997, pp. 17 y ss.

<sup>2</sup> Es importante diferenciar los conceptos de ciencia y tecnología. La ciencia podría ser definida como «un cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado que constituye un ramo particular del saber humano» (Ossorio, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1974) o, asimismo, como el «Cuerpo o campo de conocimiento sistematizado que se basa en la observación y experimentación analizadas objetivamente, para determinar la naturaleza o principios básicos de la materia estudiada» (McGraw-Hill, *Diccionario enciclopédico de las ciencias médicas*, México, 1984, p. 268). Además, conviene tener presente los distintos parámetros determinantes del conocimiento científico y de las notas que lo caracterizan. Así, por ejemplo, a partir de la edad moderna, el cientificismo, entendido como el absolutismo de la ciencia positiva, llegó a reducir el ámbito del conocimiento aceptable, o digno de consideración, al que resulta, exclusivamente, de los saberes experimentales (vid. LLANO, A., «Ciencia y vida humana en la sociedad tecnológica» y LÓPEZ MORATALLA, N.; RUIZ RETEGUI, A., «Conocimiento científico. II: Sentido y límites», en *Deontología Biológica*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 128 y 145; AGAZZI, E.; ARTIGAS, M.; RADNITZKY, G., «La fiabilidad de la ciencia», *Investigación y ciencia*, 66, 1986, pp. 66 y ss.). Por su parte, la tecnología haría referencia, fundamentalmente, a «un sistema de acciones intencionalmente orientado a transformar objetos concretos para obtener de forma eficiente un resultado valioso» o asimismo «el conjunto de procedimientos sistemáticos mediante los cuales se logra un resultado, a través de una actividad manual o corporal» (JOVEN MARIÉ, J., *et al.*; *Diccionario de Medicina*, Barcelona, Marín, 1986, p. 986). La tecnología utilizaría técnicas basadas en el conocimiento y el método de una determinada ciencia (vid. QUINTANILLA, M. A., «Problemas conceptuales del desarrollo tecnológicos», en *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Madrid, Universidad Complutense, 1991, pp. 157-158).

el paradigma moderno que identificaba todo avance científico con un progreso indiscutible para la humanidad. Esta visión hundía sus raíces en el dualismo cartesiano, por lo que, en general, se contemplaba lo «natural» como lo «externo» al ser humano. La persona no se consideraba a sí misma como parte de la naturaleza, sino como «algo diferente» a ella, llamada a «dominarla». Desde estos presupuestos, la ciencia perseguía, intensamente, superar las «barreras naturales», intentando conseguir la «liberación» del ser humano frente a la naturaleza y, en última instancia, el «triunfo» definitivo frente a la misma. Podemos recordar aquí las palabras de Saint Simon, quien, enarbolando el *slogan* de la modernidad, afirmó que el hombre puede y debe «usar la naturaleza según su antojo»<sup>3</sup>. Es evidente que esta visión ignoró que también el ser humano forma parte de la naturaleza o, dicho de otra manera, él mismo *es* naturaleza<sup>4</sup>.

A mediados del siglo xx, principalmente a raíz de la incorporación de la energía nuclear a la tecnología bélica, la situación varió con respecto a algunos sectores de la ciencia y a sus consecuencias<sup>5</sup>. Entre los científicos se produjo una toma de conciencia de las implicaciones éticas de su trabajo, lo cual dio lugar, incluso, a asociaciones nacionales e internacionales<sup>6</sup>. Esta transformación se debió a diversas razones: entre ellas, la certeza de la experiencia de los efectos negativos para el ser humano, y para el resto de la naturaleza, de ciertos avances científicos y descubrimientos espectaculares. Así, por ejemplo, el ya referido de la energía nuclear aplicada a fines bélicos. Ello determinó que, a partir de los años cincuenta, la opinión pública abandonara, progresivamente, el paradigma anterior, y comenzara a surgir una nueva sensibilidad hacia las implicaciones éticas y jurídicas de estos fenómenos y, especialmente, frente a la creciente degradación del medioambiente.

A partir de los años noventa, se advierten nuevos cambios. Por un lado, recobra fuerza la convicción de que el desarrollo de la humanidad depende, básicamente, del desarrollo científico y tecnológico. Estamos, de nuevo, ante el paradigma de la ciencia entendida como fuente de progreso ilimitado e infinito<sup>7</sup>. No obstante, ahora adquiere vigor en un contexto distinto, marcado, en gran medida, por el econo-

<sup>3</sup> SAINT SIMON, C. H. de, «L'observateur», *Oeuvres de Saint-Simon et d'Enfantin*, Paris, 1877-8, t. XX, p. 127 ([cit. en Cotta, S., *La sfida tecnologica*, Il Bolonia, Mulino, 1969 (3.ª ed.), p. 41].

<sup>4</sup> SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional. Ensayos de Antropología*, Madrid, Rialp, 1989, pp. 22-51.

<sup>5</sup> Vid. Comellas, J. L., *El último cambio de siglo. Gloria y crisis de occidente (1870-1914)*, Barcelona, Ariel, 2000.

<sup>6</sup> Vid. sobre este tema, fundamentalmente en relación a la tecnología nuclear, ROTBLAT, J. (ed.), *Los científicos, la carrera armamentista y el desarme*, Barcelona, Serbal-Unesco, 1984.

<sup>7</sup> Vid. RAMÍREZ GARCÍA, H. S., «Desafíos prácticos de la libertad del científico en la sociedad postindustrial», en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., *Biotecnología y posthumanismo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 317.

micismo y el individualismo. La ciencia ya no buscará tanto el beneficio global de la humanidad –intentando, por ejemplo, reducir las desigualdades entre países ricos y pobres, o buscar fármacos para luchar contra las epidemias que diezman a las poblaciones del hemisferio sur<sup>8</sup>–, sino incrementar los años, y la calidad de vida, de las sociedades opulentas del norte<sup>9</sup>. Además, ya no encontramos una fe en la ciencia, entendida como instrumento para alcanzar un mundo más humano, sino que, en muchos casos, lo que se pretende es conseguir, precisamente, un mundo *mejor* que humano<sup>10</sup>. Ello se advierte, especialmente, en el surgimiento, y auge actual, de la nueva *medicina del deseo*, de la que, por ejemplo, son un claro exponente las sofisticadas operaciones de cirugía estética genital<sup>11</sup>. Esta nueva visión se encuentra, por otro lado, en estrecha relación con un creciente pragmatismo epistemológico, de acuerdo con el cual se presupone que *lo verdadero* o *lo bueno*, es básicamente lo útil, lo que funciona o se espera que produzca unos resultados, aunque estos sean escasos<sup>12</sup>.

En este nuevo marco se hace evidente, de manera aún más clara, si cabe, la inaceptabilidad de la tesis moderna de la «neutralidad» o asepsia valorativa de la ciencia<sup>13</sup>. En realidad, la decisión humana que se inclina por el fomento de una determinada línea de investigación o aplicación tecnológica, reposa sobre una ideología<sup>14</sup> que propone esa opción frente a

<sup>8</sup> Vid. LÓPEZ GUZMÁN, J., *Ética en la industria farmacéutica*, Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 59 y ss.

<sup>9</sup> Bellver, V., «El entusiasmo tecnocientífico y médico», Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y Derecho, Granada, Comares, 2006, p. 33.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Vid. López Guzmán, J., «¿Toda persona sana es un enfermo que ignora que lo es?», *Nuestro Tiempo*, enero, 2006, p. 78.

<sup>12</sup> Se trata, en definitiva, del predominio de la razón instrumental «sobre el pensar genuino, el pensamiento que busca el sentido» (BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Técnos, 2002 (3.ª ed.), p. 19).

<sup>13</sup> Para entender el alcance de esta afirmación, conviene distinguir los dos planos en los que se desarrolla el debate: *a*) el de la elección de las líneas de investigación y *b*) el de la aplicación de los resultados obtenidos con distintas finalidades. Es evidente que la segunda cuestión, relativa al uso y aplicación de los resultados de la investigación, queda lejos de ser un aspecto meramente técnico y avalador. La discusión, por ello, suele centrarse en el primer plano. Como ya se ha indicado, considero que tampoco este asunto puede considerarse como algo neutro. En primer lugar, hay que justificar, en una sociedad con recursos escasos e infinitas necesidades, la elección de una concreta línea de investigación. Por otro lado, se encuentra el problema de la valoración de los medios empleados en la propia investigación: por ejemplo, cuando se emplean animales a los que se les produce un sufrimiento evitable, o cuando se instrumentaliza y cosifica a seres humanos.

<sup>14</sup> Como es sabido, el término ideología se utiliza con significados distintos. En la actualidad es posible reseñar la existencia de, fundamentalmente, dos sentidos: *a*) desde una perspectiva que podríamos calificar como «descriptiva», la ideología hace referencia al sistema de ideas o concepción del mundo que impera en una determinada sociedad y que, por ello, tiene su reflejo en los comportamientos sociales. Éste es el significado que se atribuye al término en el texto; *b*) un segundo sentido, sostenido sobre todo por posiciones marxistas, entendería la ideología como falsa conciencia,

otras, que plantea objetivos en una dirección concreta, y trata de responder a unas determinadas cuestiones en detrimento de otras<sup>15</sup>. Por ello, como indica Quintanilla, el desarrollo tecnológico se está convirtiendo en un asunto ideológico, dejando de ser una cuestión meramente tecnocrática<sup>16</sup>. En esta línea, para Habermas, muchas veces, en nombre de una aparente racionalidad, y a través de decisiones de pretendido carácter científico, lo que se impone son formas de oculto dominio: «Como la racionalidad de este tipo sólo se refiere a la correcta elección entre estrategias, a la adecuada utilización de tecnologías... (en situaciones dadas para fines dados), lo que en realidad hace es sustraer la trama social global de intereses en la que se eligen estrategias, se utilizan tecnologías y se instauran sistemas, a una reflexión y reconstrucción racionales<sup>17</sup>. Y recordando a Marcuse:

«El concepto de razón técnica es quizá el mismo ideología. No sólo su aplicación, sino que ya la técnica misma es dominio sobre la naturaleza y sobre los hombres, un dominio metódico, científico, calculado y calculante. No es que determinados fines e intereses de dominio sólo se avengan a la técnica *a posteriori* y desde fuera, sino que entran ya en la construcción del mismo aparato técnico. La técnica es en cada caso un proyecto histórico-social; en él se proyecta lo que una sociedad y los intereses en ella dominantes tienen el propósito de hacer con los hombres y con las cosas»<sup>18</sup>.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que, en la actualidad, las ciencias experimentales ya no se dedican, pasivamente, al estudio y profundización en el conocimiento sobre el fenómeno global de la vida. Gran parte de su esfuerzo se dirige, fundamentalmente, a intervenir activamente en ella<sup>19</sup>. Como señala Riechmann, «aunque los seres humanos hemos modificado activamente la naturaleza durante milenios, nunca antes estuvimos a nuestra disposición herramientas para «rediseñar» la naturaleza a la velocidad y profundidad que permiten las biotecnologías modernas»<sup>20</sup>. Precisamente, la biotecnología ha sido el puente por el que se ha transita-

---

como aquella que en parte enmascara y distorsiona la realidad (*vid.* AÑÓN, M. J., «Derecho y sociedad», en DE LUCAS, J. (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997 (3.<sup>a</sup> ed.), pp. 79-80).

<sup>15</sup> *Vid.* NAREDO, J. M., «Sobre las relaciones entre ciencia, cultura y naturaleza», en *Archipiélago*, núm. 15, 1993, p. 18.

<sup>16</sup> QUINTANILLA, M. A., «Problemas conceptuales del desarrollo tecnológico», *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, op. cit., p. 165.

<sup>17</sup> *Cit.* en HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»*, Madrid, Tecnos, 1992 (2.<sup>a</sup>), p. 54.

<sup>18</sup> MARCUSE, «Industrialisierung und Kapitalismus im Werk Max Weber», en *Kultur und Gesellschaft*, II, Frankfurt a. M., 1965, cit. en HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como «ideología»*, op. cit., p. 55.

<sup>19</sup> *Vid.* APARISI, A.; LÓPEZ GUZMÁN, J., «Especies vegetales transgénicas: entre la biotecnología, la economía y el derecho», en BALLESTEROS, J.; APARISI, A., *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Pamplona, Astrolabio, 2004, pp. 197-198.

<sup>20</sup> RIECHMANN, J., *Cultivos y alimentos transgénicos. Una guía crítica*, Libros de la Catarata, Madrid, 2000, p. 56.

do, desde una ciencia descriptiva de la vida, hacia una ciencia activa en el uso de lo vivo. En consecuencia, el conocimiento se adquiere ahora mediante la incisiva intervención en la vida misma, y se evalúa, fundamentalmente, por su eficacia, por su capacidad de producir resultados. Por ello, los límites entre los conceptos de ciencia y técnica se han diluido considerablemente: más bien, podríamos referirnos a la *tecnociencia*. Un ejemplo de ello lo encontramos en el ámbito de la ingeniería genética, con las especies transgénicas, tanto vegetales como animales y los híbridos *inter especies*.

## II. EL NACIMIENTO DE LA BIOÉTICA

Las primeras reflexiones que podrían enmarcarse en el ámbito de la bioética surgieron en los EE. UU., en los años sesenta, en el contexto del ya referido cambio de paradigma en las relaciones entre ciencia y sociedad. También fue determinante el hecho de que, durante esa década, la sociedad norteamericana conociera una serie de escándalos relacionados con la experimentación en seres humanos. En 1963, se supo que en el *Jewish Chronic Disease Hospital* (Brooklyn) se habían inyectado células tumorales a pacientes ancianos sin su consentimiento. Asimismo, se descubrió que, entre 1965 y 1971, en el *Willowbrook State Hospital* (Nueva York) se habían llevado a cabo estudios sobre la vacuna contra la hepatitis infecciosa, inoculando el virus en niños discapacitados internados en el centro<sup>21</sup>.

En 1970, Paul Ramsey, publicó dos libros que pueden ser considerados obras pioneras en el origen de la bioética en los EE. UU. Los volúmenes se titulaban *The patient as person: exploration in Medical Ethics*<sup>22</sup> y *Fabricated man*<sup>23</sup>. Su autor ponía de relieve, con un marcado énfasis, las profundas implicaciones éticas derivadas de las intervenciones técnicas sobre la vida humana. Ramsey seguía así una línea de trabajo que había sido promovida por André Hellegers en la *Georgetown University*. Lo distintivo de esta corriente fue su defensa de la necesidad de crear un nuevo campo de estudio, dedicado a los aspectos éticos de la práctica clínica. Por ello, sus preocupaciones se dirigieron a lo que, actualmente, se denomina *ética médica*. En 1971, Hellegers fundó el *Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction*

---

<sup>21</sup> Vid. JONSEN, A. J., *The birth of Bioethics*, New York, Oxford University Press, 1998; VEGA GUTIÉRREZ, J.; VEGA GUTIÉRREZ, J. M.; MARTÍNEZ BAZA, P., *Experimentación humana en Europa: legislación y aspectos bioéticos*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1997, pp. 18-19.

<sup>22</sup> RAMSEY, P., *The patient as person: exploration in Medical Ethics*, London, Yale University Press, New Heaven, 1970.

<sup>23</sup> RAMSEY, P., *Fabricated man. The Ethics of Genetic Control*, London, Yale University Press, 1970. Hay traducción castellana: *El hombre fabricado*, trad. Julián Rubio, Madrid, Guadarrama, 1973.

and *Bioethics*. Se trata del primer Instituto de bioética designado formalmente como tal<sup>24</sup>.

No obstante, el autor que utilizó, por vez primera, el término bioética, fue Van Rensselaer Potter. Sus trabajos *Bioethics. The science of survival* y *Bioethics. Bridge to the future*, constituyen, por lo tanto, referencias ineludibles en esta nueva disciplina<sup>25</sup>. Conviene tener en cuenta que su visión de la bioética no coincide con la André Hellegers. Mientras que, como ya se ha indicado, este autor se centró en las implicaciones humanas de las intervenciones médicas, Potter planteó, básicamente, el problema de la supervivencia de los ecosistemas. Por ello, podría ser considerado el iniciador de las denominadas «éticas ecológicas»<sup>26</sup>.

Potter entiende que la reflexión ética debe nacer del interior de la práctica médica y científica, como consecuencia de haber comprendido la trascendencia de estas actividades sobre el desarrollo de la vida en general<sup>27</sup>. La bioética surge así en un contexto de inquietud, y de respuesta crítica, respecto a un determinado modo de entender el desarrollo científico, y sus consecuencias, no sólo para el ser humano, sino también, y especialmente, para su entorno. Potter denuncia la ideología subyacente al concepto dominante de progreso: la existencia de una división radical entre el ámbito del saber científico (*biological facts*) y el del saber humanístico (*ethical values*), entre las ciencias experimentales y las del espíritu. Por ello, propone una nueva disciplina orientada a regular el uso de las nuevas tecnologías, buscando favorecer la supervivencia de los ecosistemas y, con ello, también de la misma especie humana. Al presuponer que el ser humano es parte de la naturaleza, considera que existe una amenaza para la persona cuando el medioambiente es reducido a la consideración de objeto manipulable. Por ello, en su ya mencionado trabajo *Bioethics. Bridge to the future*, intenta, como el mismo título indica, establecer un nexo o «puente» entre los dos ámbitos de conocimiento, el propiamente científico y el moral-humanístico.

<sup>24</sup> Otro paso decisivo para el nacimiento de la Bioética fue la fundación, por el filósofo Daniel Callahan y el psiquiatra William Gaylin, del *Institute of Society, Ethics and Life Science*, en 1969. Desde 1988 es conocido como el *Hastings Center*. El propósito que perseguían era estudiar y formular normas y principios en el campo de la investigación y la experimentación biomédica.

<sup>25</sup> POTTER, V. R., «Bioethics. The science of survival», *Perspectives in Biology and Medicine*, New York, 1970, 14 (1), pp. 127-153. Hay una traducción italiana bilingüe a cargo de Francesco Bellino (Levante editori, Bari, 2002); Potter, V. R.; *Bioethics: bridge to the future*, Nueva Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971.

<sup>26</sup> Vid. BALLESTEROS LLOMPART, J., *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995; BELLVER CAPELLA, V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Granada, Comares, 1994; BELLVER CAPELLA, V., «Bioética y ecología», en Tomás Garrido, G. (coord.), *Manual de Bioética*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 279-294; MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Derechos Humanos y medio ambiente», *Humana lura*, vol. 10, pp. 225-273.

<sup>27</sup> Vid. GONZÁLEZ, A. M., *En busca de la naturaleza perdida. Estudios de bioética fundamental*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 23-24.

En la actualidad, y siguiendo la Enciclopedia del *Kennedy Institute*, la bioética podría ser definida como el estudio sistemático de los aspectos éticos implicados en las ciencias de la vida y de la salud, utilizando diversas metodologías, en una integración interdisciplinar<sup>28</sup>. De este modo, se suele entender que esta disciplina aborda el estudio de las implicaciones, e interrogantes, que plantean los avances científicos y técnicos, en cuanto que inciden en la vida y la salud de las personas, así como en los problemas relativos a la degradación del medio ambiente.

### III. DE LA BIOÉTICA AL BIODERECHO

La bioética es, como ya se ha indicado, una disciplina específicamente ética. En este sentido, ha señalado Vidal que «la bioética es *formalmente* una rama o subdisciplina del saber ético, del que recibe el estatuto epistemológico básico y con el que mantiene una relación de dependencia justificadora y orientadora. Los contenidos materiales le son proporcionados a la bioética por la realidad del «cuidado de la salud» y por los datos de las «ciencias de la vida», como la biología, la medicina. El análisis de los temas, aunque tiene una omnipresente referencia a la ética, tiene que ser llevado a cabo mediante una metodología interdisciplinar»<sup>29</sup>.

Esta realidad ha conducido a algunos autores a cuestionarse, incluso, la especificidad de la bioética, considerándola, exclusivamente, como una ética profesional o deontología. En este sentido se pregunta González: ¿no será, más bien, simplemente ética? Si lo específico de la bioética son cuestiones puntuales, problemas nuevos que surgen al compás del desarrollo de las ciencias de la vida: «la forma, lo que daría unidad a tal cúmulo de cuestiones no sería sino la misma perspectiva ética»<sup>30</sup>. Para esta autora, los principios de la bioética no son otros que los de la ética; de ahí que, en su opinión, el lugar natural de la bioética sea la ética especial y, más en particular, las éticas profesionales.

<sup>28</sup> «*Bioethics... can be defined as the systematic study of the moral dimension - including moral vision, decisions, conduct and police- of the live sciences and health care, employing a variety of ethical methodologies in a interdisciplinary setting*» [Reich, W. T. (ed.), *Encyclopedia of Bioethics* (edición revisada), vol. 1, New York, Simon & Schuster, Macmillan, 1995, p. xxi].

<sup>29</sup> VIDAL, M., *Bioética. Estudios de bioética racional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 16. Sobre las distintas acepciones del término bioética, *vid.*, asimismo, GAFO, J. (ed.), *Fundamentación de la bioética y manipulación genética*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 1988, especialmente pp. 11-130; MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 17-24; LEÓN CORREA, F., «Dignidad humana, libertad y bioética», *Cuadernos de Bioética*, vol. 12, 4.º, 1994, pp. 5-22, etc.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ, A. M., *II Curso monográfico de bioética* (inédito), p. 6.

Es claro que las diversas ramas del saber no son compartimentos estancos, sino marcos abiertos al progreso del conocimiento, que continuamente se están reconfigurando. En este contexto, la especificidad y amplitud actual de la reflexión bioética –caracterizada, en gran medida, por una metodología característica y un marcado carácter interdisciplinar–, permitiría considerarla, no sólo como una mera ética profesional o deontología particular, sino como un saber específico. Ello no contradice el hecho de que esta nueva materia requiera del auxilio de categorías y conocimientos propios de otras ciencias.

A ello cabría añadir que, en la actualidad, el desarrollo de esta materia ha *desbordado* el marco puramente ético para introducirse, plenamente, en otros ámbitos del saber, como, por ejemplo, la antropología, la filosofía o el derecho. Como ha destacado D'Agostino, la bioética, forzándonos a replantearnos la vida y el orden de sus significados, nos obliga a pensar en el lugar que en ella ocupamos, o que nos corresponde ocupar; nos impone así, entre otras, la pregunta esencial sobre nuestra identidad. Y nos ayuda a elaborarla<sup>31</sup>. También Habermas, entiende que el trato de demos «a la vida humana afecta...a nuestra propia autocomprensión como especie...», de tal modo que existe una «conexión interna de la ética protectora de la vida con nuestra manera de entendernos como seres vivos autónomos e iguales, orientados a razones morales...»<sup>32</sup>.

### III.1. El lugar del derecho

Sabemos que el desarrollo bioético ha tenido una gran incidencia en el campo del derecho. Ciertamente, la determinación de lo tolerable, en relación a las diversas formas de intervenir en el fenómeno de la vida, no es una cuestión que afecta sólo a la ética, sino también, y cada vez con mayor intensidad, al derecho. Actualmente se apela a éste con distintas finalidades. En ocasiones, se pretende eliminar ciertas trabas y prohibiciones legales previas que impiden la investigación, la aplicación o el desarrollo de nuevas tecnologías; otras veces, se demanda del derecho exactamente lo contrario: esto es, que formule prohibiciones e, incluso, que prevea sanciones que restrinjan el acceso a prácticas o técnicas potencialmente lesivas para el ser humano y su entorno. A ello se añade el recurso al orden jurídico, entendido como mecanismo resolutorio de conflictos específicos ya producidos.

---

<sup>31</sup> D'AGOSTINO, F., *Bioetica (nella prospettiva della filosofia del diritto)*, Turín, G. Giappichelli, 3.<sup>a</sup> ed. Ampliada, 1988. Existe traducción castellana, por la que se cita: «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, trad. G. Pelletier y J. Licitra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 88.

<sup>32</sup> HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, trad. R. S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 91-92.

A tal finalidad responden los pronunciamientos jurisprudenciales, cada vez más abundantes, y decisivos, en esta materia.

En realidad, se podría llegar a afirmar que no existe otro ámbito, como el jurídico, en el que las controversias que, inicialmente, se plantean como bioéticas, presenten tanta derivación e impacto. Es más, precisamente aquellas cuestiones bioéticas de mayor calado o trascendencia social, se transforman, en muchos casos, en problemas jurídicos. Es evidente que la acción humana —en este caso tecnificada—, puede producir daños, incluso irreversibles, al medioambiente y a las personas. En consecuencia, la respuesta a esta realidad no debe tener, tan solo carácter moral, ni reducirse, por tanto, a una cuestión privada. Se tratará, en muchas ocasiones, de un asunto público<sup>33</sup>. Como ha señalado D'Agostino, en una época como la actual, dominada por el triunfo de la biotecnología, el derecho se presenta, en cierto modo, como un sistema de gestión social del temor o «miedo bioético», nacido cuando prevalece la «percepción social de que la naturaleza se convierte en evanescente y de que ha sido superado el umbral de artificialización de la vida»<sup>34</sup>. De ahí la necesidad de insistir en la «validez pública, propiamente jurídico-relacional»<sup>35</sup> de muchos conflictos que se presentan, *prima facie*, como bioéticos. La controversia se centrará, precisamente, en la determinación de la frontera entre la bioética y el bioderecho y, en definitiva, entre la moral y el derecho.

Ciertamente, la cuestión relativa a los límites, conexiones y diferencias entre derecho y moral es un problema clásico de la filosofía jurídica. No obstante, la complejidad, ya de por sí inherente al tema, se incrementa, en este caso, por la concurrencia de diversos factores. Entre ellos, cabría destacar la ausencia de estudios sistemáticos que ayuden a delimitar con rigor ambas disciplinas, demarcando sus respectivas competencias:

Tal carencia tiene múltiples consecuencias prácticas. Incluso, a nivel terminológico, se advierte la existencia de una patente imprecisión. Con frecuencia, los mismos juristas apelamos a la bioética cuando, en realidad, nos enfrentamos a problemas que poseen una clara dimensión pública. Ello, a su vez, incrementa la confusión conceptual: cuando se plantea una controversia «bioética», se tiende a insertarla en un marco propiamente ético, con el correlativo recurso a unas categorías y a una metodología características, abordándose así como

---

<sup>33</sup> Vid. CAMBRÓN, A., «Génesis y problemas de la bioética», en Cambrón, A. (coord.), *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares, 1998, pp. 9 y ss.; SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Bioética y Derecho», en Tomás Garrido, G. (coord.), *Manual de Bioética*, op. cit., p. 60.

<sup>34</sup> D'AGOSTINO, F., «La bioética como problema jurídico», *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 76-77.

<sup>35</sup> Vid. D'AGOSTINO, F., «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 70; D'AGOSTINO, F., «Formazione bioetica e diritto positivo», en Sgreccia, E.; Di PIETRO, M. L. (eds.), *Bioetica e formazione*, Milán, Vita e Pensiero, 2000, pp. 111-115.

un problema subjetivo o de conciencia. Esto genera, automáticamente, una resistencia a la plasmación, en normas jurídicas, de los resultados y conclusiones obtenidas y, especialmente, un rechazo a la posibilidad de que tales soluciones se vean respaldadas por sanciones típicamente jurídicas. En definitiva, se entiende que estamos ante problemas y reflexiones ajenas a la ciencia jurídica, más propias de la filosofía moral o de las ciencias de la salud que del derecho.

Ante esta situación se impone, como ya se ha indicado, la elaboración de estudios sistemáticos que permitan establecer ciertos límites entre ambos saberes. Para ello, sería útil recurrir a criterios ya elaborados por nuestra disciplina<sup>36</sup>. Entre otros parámetros, podríamos recordar la diferenciación clásica, propuesta por Aristóteles, entre el hombre bueno (*anér agathós*) y el buen ciudadano (*polités agathós*), aplicando esta distinción a la bioética y al bioderecho, respectivamente. Ciertamente, los temas objeto de reflexión o de examen pueden ser, en algunos casos, los mismos; pero se podría subrayar el mayor interés del bioderecho por la perspectiva externa y por la dimensión de alteridad de las acciones humanas, mientras que, en la bioética, ocuparía un papel central la noción de virtud<sup>37</sup>.

No obstante, como ya se ha apuntado anteriormente, al establecer la frontera entre bioética y bioderecho habría que tener en cuenta, además, ciertas peculiaridades. En primer lugar, es evidente que, desde un punto de vista histórico, la reflexión bioética es anterior al bioderecho. Ciertamente, este dato no debería conducirnos a plantear la demarcación entre ambos saberes en términos jerárquicos o de subordinación (así, por ejemplo, no considero adecuado entender el bioderecho como una «rama» o especialidad de la bioética)<sup>38</sup>. No obstante, dada su más longeva trayectoria, la reflexión bioética aporta datos, reflexiones y metodologías<sup>39</sup> extremadamente útiles al bioderecho. A su vez, éste

<sup>36</sup> Para establecer las fronteras entre bioética y bioderecho, D'AGOSTINO propone partir del esquema clásico de las vertientes que inciden o pertenecen a una misma realidad, pero lo hacen desde perspectivas diferentes y con una especificidad propia (D'AGOSTINO, F., «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68).

<sup>37</sup> En palabras de ARISTÓTELES: «... la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero» (ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco*, trad. y notas J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1995 (3.ª reimpresión), libro V, 1, 1130a, 5-10, p. 239. También en el capítulo II del libro III de la *Política*, afirmaba categóricamente: «es claro, pues, que es posible, siendo buen ciudadano, no poseer la virtud según la cual se es hombre bueno.... La virtud del buen ciudadano, en efecto, debe estar en todos (pues así será mejor la ciudad); mientras que la del hombre bueno es imposible...» (ARISTÓTELES; «Las virtudes del ciudadano y del hombre bueno», *Política*, trad. C. García Dual y A. Pérez, Madrid, Tecnos, libro III, cap. IV, pp. 210-211).

<sup>38</sup> Vid. MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. IV, serie LXXI, 1994, p. 129.

<sup>39</sup> Vid. ATIENZA, M., «Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica», en Cambrón, A. (coord.), *Entre el nacer y el morir*, Granada, Comares, 1998, especialmente pp. 45 y ss.

añade, entre otras cosas, el respaldo que implica la coacción jurídica, en muchos casos imprescindible. Por ello, como ha señalado Gracia, «el bioderecho sin bioética es ciego, y la bioética sin el bioderecho resulta vacía. Sin la bioética, el bioderecho correrá siempre el riesgo de caer «bajo mínimos»<sup>40</sup>.

### III. 2. ¿Qué bioderecho?

A pesar de lo hasta ahora señalado, la cuestión relativa al título y a los criterios que confieren al derecho la capacidad de intervenir en las cuestiones bioéticas no es un tema pacífico<sup>41</sup>. También a nivel fáctico, se advierte una cierta reticencia en los juristas para adentrarse en problemas que, a primera vista, pueden parecer más propios de los científicos o de los filósofos morales. Otro posible obstáculo a salvar por el bioderecho es la «novedad» y especificidad que implican los conflictos bioéticos, el tipo de razonamiento que conllevan<sup>42</sup>, así como su ya mencionada interdisciplinariedad.

A todo ello se une un problema añadido: los grandes intereses que subyacen a algunas de las nuevas biotecnologías. No podemos dejar de hacer mención al opaco y lucrativo mercado que se ha originado alrededor de las expectativas generadas en este sector económico<sup>43</sup>. En ocasiones, es difícil que la sociedad llegue a conocer la vinculación existente entre famosos investigadores y empresas biotecnológi-

<sup>40</sup> GRACIA, D., *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989, p. 576.

<sup>41</sup> Por un lado, la lógica del imperativo tecnológico reduce, e incluso llega a eliminar, el papel del derecho en este ámbito, al considerar como un *deber* el llevar a cabo todo aquello que la ciencia y la técnica permiten realizar. Por otro lado, no faltan los que sostienen que el derecho no debe ocuparse materialmente de las concretas cuestiones bioéticas, al tratarse de conflictos de naturaleza esencialmente moral, por lo que su resolución debería enmarcarse en la esfera de la conciencia privada. Aquí la función del derecho sería, básicamente, la de garantizar, precisamente, el más amplio margen de autonomía para dicha conciencia individual, ampliando, al máximo, las posibilidades de elección del individuo. Asimismo, algunos destacan la incapacidad de la ética, tanto en su manifestación moral como jurídica, para controlar u orientar, *de facto*, la actividad científica y su aplicación. Con respecto al derecho se insiste en su inhabilitación práctica, en razón de su naturaleza reactiva (*Vid.* GARZÓN, E., «Que puede ofrecer la Ética a la Medicina?», *Isonomía*, num. 8, México, pp. 26-27; RAMÍREZ GARCÍA, H. S., «Desafíos prácticos de la libertad del científico en la sociedad postindustrial», en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., *Biología y posthumanismo*, *op. cit.*, pp. 315 y ss.). No obstante, conviene tener en cuenta que el objeto del razonamiento jurídico es siempre un operable. Por ello, no podemos olvidar que lo que comúnmente se denominan conflictos biojurídicos no son hechos que acontecen o acontecerán irremisiblemente, sino comportamientos humanos, susceptibles de realización efectiva y, en cuanto tales, objeto de conocimiento jurídico.

<sup>42</sup> ATIENZA, M., «Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica», *op. cit.*, pp. 45 y ss.; MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, *op. cit.*, pp. 124-158.

<sup>43</sup> Prueba de ello es, por ejemplo, la existencia de diversas revistas especializadas en negocios e inversiones en el ámbito de las biotecnologías. *Vid.*, entre otras, *The Journal of Biolaw & Business*, ([www.biolawbusiness.com](http://www.biolawbusiness.com)), cuyo primer número es del año 1997.

cas, cuyas promesas pueden atraer inversiones públicas y privadas multimillonarias. En este sentido, cabe mencionar, por ejemplo, que Robert Lanza, conocido por sus experimentos de transferencia nuclear en mamíferos y primates, es director de una conocida Revista científica, el *New England Journal of Medicine*, director médico de una empresa que cotiza en bolsa, la *Advanced Cell Technology*, y actualmente también es asesor del Instituto Valenciano de Infertilidad. Es significativo saber que el día en que la empresa que dirige, *Advanced Cell Technology*, anunció en la revista *Nature* que había clonado embriones humanos subieron, no sólo las acciones de esa empresa, sino también las de otras biotecnológicas, como *Stem Cells* o *Geron*<sup>44</sup>. Y ello, a pesar de que, posteriormente, se comprobó que era falso que hubieran conseguido una clonación humana, ya que se trataba, tan sólo, de una mera transferencia nuclear. También cabe mencionar el escandaloso fraude del grupo liderado por el investigador coreano Woo Suk Hwang<sup>45</sup>, el cual había recibido millonarias subvenciones. En otro contexto, es importante aludir al problema del comercio de embriones y óvulos (teniendo en cuenta que su obtención puede generar graves daños para la salud de las mujeres), a la relevancia económica de la información genética (especialmente en el ámbito de los seguros privados)<sup>46</sup>,

<sup>44</sup> Éstos, entre otros aspectos, han contribuido a mermar la autonomía de los investigadores especializados, alterando su *status* tradicional: éstos aparecen ahora como empleados al servicio de intereses financieros que aportan los recursos para sus investigaciones. Se habla, por ello, de la proletarianización de la investigación científica, con la consiguiente pérdida de libertad en la misma (*vid.* SÁBATO, J.; MACKENZIE, M., *La producción de tecnología. Autónoma o transnacional*, México, Nueva Imagen, 1982, p. 140).

<sup>45</sup> Un equipo de investigadores de la Universidad Nacional de Seúl, liderado por Woo Suk Hwang, publicó, el 12 de marzo de 2004, en la prestigiosa revista *Science*, la obtención de una línea de células troncales embrionarias, procedentes de un embrión humano clonado (Woo SUK HWANG y otros, «Evidence of a Pluripotent Human Embryonic Stem Cell Line Derived from a Cloned Blastocyst», *Science*, vol. 303, 12 March 2004, pp. 1669-1674). Posteriormente, se supo, no sólo que se había pagado a colaboradoras para obtener óvulos (lo que es contrario a las normas éticas), sino que se habían falsificado los resultados publicados en *Science*. Sung II Roh, un coautor del reportaje de *Science*, admitió que la mayoría de las células madre mencionadas en el artículo de mayo habían sido falsificadas. *Vid.* «Ethics and fraud», editorial de *Nature*, vol. 439, 12 January 2006, pp. 117-118; VARA, A., «Ciencia y mercado. Balance del caso Hwang», *Revista Química Viva*, núm. 3, año 5, diciembre 2006, pp. 15-32.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, hace ya más de una década se celebró en París una reunión de Compañías Aseguradoras punteras de Europa, con el objetivo de coordinar sus esfuerzos y presionar en los distintos países para conseguir que no se restringiera el acceso a los datos genéticos de sus futuros clientes, dado el enorme potencial económico que implica. Esta política tuvo sus frutos, en primer lugar, en Gran Bretaña. En este país se han autorizado a las Compañías de Seguros a requerir una serie de pruebas genéticas a sus posibles clientes. Esta cuestión no es algo baladí, ya que puede tener consecuencias especialmente graves en países que carecen de una adecuada cobertura pública de sanidad (*Vid.* APARISI, A., *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, *op. cit.*)

a los beneficios generados por las patentes sobre procedimientos y líneas celulares ya existentes<sup>47</sup>, etc.

La ya mencionada reticencia de los juristas a introducirse en estos ámbitos, unida a las presiones del mercado e, incluso, a los intereses políticos en juego, puede crear una estructura abonada para que el bioderecho deje paso libre a la bioeconomía o a la biopolítica<sup>48</sup>. En este sentido, Peces Barba ha señalado que «la escasa juridificación de esta materia, no es sólo debida a las dudas del legislador, sino también a las presiones de quienes quieren mantener una hegemonía que podría contribuir a reforzar la ideológica, la económica o la política»<sup>49</sup>. Ciertamente, no se puede negar la existencia de conexiones entre el bioderecho, la biopolítica y la bioeconomía; pero tampoco debemos ignorar el peligro que conlleva la confusión entre estas instancias. El bioderecho queda, de hecho, reducido a una bioeconomía cuando es la ley del máximo beneficio la que, en definitiva, impone los parámetros de actuación en el ámbito biomédico. Asimismo, el bioderecho deja paso a la biopolítica cuando su función se limita a la mera formalización legal de decisiones de interés partidista o electoralista, en muchos casos ya tomadas con anterioridad<sup>50</sup>.

Por otro lado, cabe referirse al riesgo que, para los derechos individuales, podría implicar la alianza entre bioeconomía y biopolítica, abriendo la puerta a la circulación, sin trabas, de cualesquiera demandas solventes. En esta línea, Habermas recuerda que estamos ante investigaciones que se financian «desde hace ya mucho en el mercado de capitales. Debido a que la investigación biogenética se ha aliado con los intereses de los inversores y las demandas de éxito de los gobiernos nacionales, el desarrollo biotécnico despliega una dinámica que amenaza con hacer desaparecer de la esfera pública los procesos detallados de clarificación normativa»<sup>51</sup>. Por ello, plantea el dilema ético y político, de comportarnos «*autónomamente*, de acuerdo con consideraciones normativas, que inciden en una democrática conformación de voluntad, o *arbitrariamente*, de acuerdo con preferencias

---

<sup>47</sup> Vid. TALAVERA, P., «Células madre embrionarias: enigma terapéutico, dilema ético y negocio de alta rentabilidad», en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E., *Biotecnología y posthumanismo*, op. cit., pp. 218 y 238.

<sup>48</sup> Vid. PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, TORINO, G. GIAPPICHELLI, 2002, p. 64.

<sup>49</sup> PECES-BARBA, G., «La libertad del hombre y el genoma», AA. VV.; *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, tomo I, Madrid, Fundación BBV, 1994, p. 219. Asimismo, «La libertad del hombre y el genoma» en *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993.

<sup>50</sup> Para PALAZZANI, el bioderecho se reduce a una cristalización normativa de la voluntad política, reduciendo, de hecho, el bioderecho a biopolítica (PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, op. cit., p. 64).

<sup>51</sup> HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, op. cit., p. 31.

subjetivas, que encuentran satisfacción en el mercado»<sup>52</sup>. También para Ollero, «el empuje de la bioindustria parece invitar a un resig-nado adiós a la bioética para ceder el paso a la biopolítica... la brega biopolítica no se limitará a lograr el visto bueno para las investigacio-nes más inmediatas. Los niveles de inversión (económica) planteados exigen un grado de seguridad que obliga a despejar al máximo el ámbito del juego jurídico. Hay que ganar terreno en el ámbito de lo irreversible. Habrá que lograr legalizar incluso aquello que a corto plazo no es previsible que interese llevar a la práctica, pero podría en su momento convertirse en vía a explorar»<sup>53</sup>.

Para evitar tales riesgos, el bioderecho debería salvar algunos princi-pios, de carácter estructural –aunque no del todo inútiles–, que permiti-eran percibir cuando abandonamos la lógica del derecho, de la digni-dad, de la igualdad, de la no instrumentalización<sup>54</sup>, del respeto, de la reciprocidad..., para adentrarnos en la lógica de la violencia, del domi-nio, de la propiedad de unos seres humanos sobre otros, de la búsqueda de resultados y beneficios a costa, incluso, de la dignidad del otro. Cier-tamente, nunca podremos elaborar una especie de «Código biojurídi-co», ya que tales principios no pueden ser conocidos con independencia de su realización, exigiendo, por otro lado, ser permanentemente corre-gidos por la dimensión histórico-dinámica de la realidad social<sup>55</sup>. No obstante, ello no impide defender ciertos presupuestos a los que el bio-derecho no debería renunciar: fundamentalmente, el respeto a la digni-dad y al carácter relacional del ser humano. Ello implicaría, en primer lugar, partir del reconocimiento de la cualidad de sujetos<sup>56</sup> a los indivi-

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 24. Para este autor, «El argumento de la «rotura de diques» no suena tan alarmista si se piensa en el uso retrospectivo que los *lobbies* de la técnica genética hacen de precedentes no reflexionados y prácticas convertidas imperceptiblemente en costumbre (más o menos como hoy el diagnóstico prenatal) para dejar de lado los reparos morales con un encogimiento de hombros y un «demasiado tarde». El uso metodológicamente correcto del argumento muestra que hacemos bien en controlar el enjuiciamiento normativo de la evolución actual planteándonos las cuestiones con las que el posible desarrollo biogenético podrá enfrentarse un día...» (*Ibid.*, p. 47).

<sup>53</sup> OLLERO, A., «De la bioética a la biopolítica», en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 65, 68-69; OLLERO, A., «El estatuto jurídico del embrión humano», en BALLESTEROS, J.; Fernández, E., *Biotecnología y posthumanismo*, *op. cit.*, pp. 370-381.

<sup>54</sup> Con respecto a las técnicas de diagnóstico preimplantatorio, ha señalado HABERMAS, que «esta especie de controles de calidad deliberados pone en juego un nuevo aspecto del asunto: la *instrumentalización* de la vida humana engendrada con reservas por preferencias y orientaciones de valor de terceros. La decisión seleccionadora se orienta a una composición deseable del genoma. La decisión sobre la existencia o la no existencia se toma según el potencial *ser así*» (HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, *op. cit.*, p. 47).

<sup>55</sup> Vid. DE LUCAS, J., *Doxa*, núm. 1, p. 149.

<sup>56</sup> En esta línea, señala D'AGOSTINO que «es un hecho que en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser *cosificada*, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que *no admite equivalentes funcionales*» (D'AGOSTINO, F., «La dignidad humana, tema bioético», en GONZÁLEZ, A. M.; POSTIGO, E., y AULESTIARTE, S. (eds.), *Vivir y morir con dignidad*, Pamplona,

dos parte de una relación biomédica o biotécnica. Ciertamente, podría alegarse que también la bioética parte de esta premisa. No obstante, encontramos diferencias en tal denominador común. Como destaca D'Agostino, la bioética salva tal carácter relacional a través de las formas cálidas de la comprensión, del cuidado, de la acogida y la dedicación, de la entrega generosa al otro, hasta la forma más superior, la del amor. El bioderecho, sin embargo, aborda la relación intersubjetiva garantizando las formas frías del respeto mutuo, de la igualdad, la imparcialidad, la simetría<sup>57</sup> o la reciprocidad<sup>58</sup>.

Por otro lado, la misma defensa de la relación intersubjetiva remite a la garantía de que ésta sea tal. Por ello, no se consideraría como admisible, no sólo aquella relación abiertamente violenta o fraudulenta, sino también la paternalista, la contaminada y distorsionada por intereses económicos, la que altera o impide el futuro desarrollo de otras posibles relaciones, la que oculta interesadamente la realidad de las cosas, la que ofende o, aún peor, niega la identidad y la dignidad de los sujetos parte en la relación<sup>59</sup>.

#### IV. BIOJURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Junto al vocablo «bioderecho», no resulta infrecuente el empleo del término «biojurídica». El primero se halla, por razones obvias,

---

Eunsa, 2002, pp. 27, 23). Mientras que el mundo material, y el resto de los seres vivos, son dominables por el hombre, el ser humano es, y debe continuar siendo, enteramente dueño de sí. Respetar la dignidad implicaría, de este modo, reconocer la riqueza que conlleva el ser un individuo humano, con independencia de sus características genéticas, de los deseos o expectativas ajenas, individuales o sociales. En este sentido, recurriendo a la analogía del ser humano con una obra de arte, D'AGOSTINO afirma que lo que se valora de ésta no es que sea un «producto en serie», predeterminado de acuerdo a parámetros predeterminados, sino la imprevisibilidad e irrepetibilidad de la misma, su peculiaridad concreta. Por ello, la defensa de una obra de arte no se dirige a la belleza en sí, sino a una concreta escultura o pintura que consideramos como «únicos». De igual manera, en el caso de un ser humano, lo valioso no es la idea que tengamos de él antes de su llegada a la existencia, sino su misma vida concreta. Como ocurre con la obra de arte, forma parte del valor de la naturaleza humana la imprevisibilidad y la irrepetibilidad. Tales caracteres son los que constituyen a la persona como la «obra de arte» más excelsa y no como un «producto predecible en serie» (vid. D'AGOSTINO, F., «La bioética, la biotecnología y el problema de la identidad de la persona», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 151).

<sup>57</sup> Con respecto a la exigencia de *simetría*, y aplicado al diagnóstico preimplantatorio, HABERMAS sostiene que cuando «uno toma por otro una decisión irreversible que afecta profundamente la disposición orgánica de éste, se restringe la simetría de la responsabilidad existente entre personas libres e iguales» (HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, op. cit., p. 26).

<sup>58</sup> Vid. D'AGOSTINO, F., «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 70.

más cercano a la expresión anglosajona *biolaw*<sup>60</sup> o *bioethics law*<sup>61</sup>. El segundo procede de la doctrina italiana, y se encuentra ampliamente difundido en ese país<sup>62</sup>. En España, se suelen utilizar, indistintamente, ambos vocablos e, incluso, las expresiones «biogislación»<sup>63</sup> o

<sup>60</sup> Vid., entre otros, POLAND, S. C., «Bioethics, biolaw, and western legal heritage», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, jun. 2005, 15 (2), pp. 211-218; CASINI, M., «Documentation and biolaw: achievements and perspectives», *Ann Ist Super Sanita*, 2004, 40 (3), pp. 349-351; SIMPSON, E., «Harms to dignity, bioethics and the scope of biolaw», *Journal Palliat Care*, 2004, autum, 20 (3), pp. 185-192; RENDTORFF, J. D., «Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability. Towards a foundation of bioethics and biolaw», *Medical Health Care Philosophy*, 2002, 5 (3), pp. 235-244; RENDTORFF, J. D.; «The Second International Conference about Bioethics and Biolaw: European principles in bioethics and biolaw», *Medical Health Care Philosophy*, 1998, 1 (3), pp. 271-274, etc.

<sup>61</sup> CLAUDOT, F.; ALLA, F.; COUDANE, H., «Biobanks: changes arising from the new bioethics law», *Rev Epidemiol Sante Publique*, 2006, Dec, 54 (6), pp. 551-554. En ocasiones se emplea, directamente, el término *law*: AA. VV., *Law and Bioethics*, New York, Paulist Press, 1982; DWORKIN, R. B., *Limits: the Role of Law in Bioethical Decision Making*, Bloomington, Indiana University Press, 1996; MENIKOFF, J., *Law and Bioethics. An Introduction*, Georgetown (Washington D.C), Georgetown University Press, 2001; SADE, R. M., «Introduction. Defining the beginning and the end of human life: implications for ethics, policy, and law», *Journal Law of Medical Ethics*, 2006, spring, 34 (1), pp. 6-7; DUNCAN, N. D., BARNETT, A.; TROTMAN, H.; RAMPHAL, P.; WEST, W.; BADAL, G.; CHRISTIE, C. D., «Conjoined twins: bioethics, medicine and the law», *West Indian Medical Journal*, 2006, Mar, 55 (2), pp. 123-124; MCPHEE, J.; STEWARD, C., «Recent developments in the law», *Journal of Bioethics Inq.*, 2005, 2 (3), pp. 122-129; GAWANDE, A., «When law and ethics collide. Why physicians participate in executions», *New England Journal of Medicine*, 2006, Mar, 23, 354 (12), pp. 1221-1229, etc.

<sup>62</sup> Entre los responsables del acuñamiento, y difusión del término en Italia, cabría mencionar, sin ánimo de exhaustividad, a Francesco D'AGOSTINO («Dalla Bioetica alla Biogiuridica», en Romano, C., GRASSANI, G (eds.), *Bioética*, Turín, UTET, 1995, pp. 199-204; «Bioética e diritto», *Medicina e morale*, 4, 1993, pp. 675-690; «Ética y derecho en bioética», en *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit.; «Formazione bioetica e diritto positivo», en Sgreccia, E., Di PIETRO, M. L. (eds.), *Bioetica e formazione*, op. cit.; «La bioetica come problema giuridico», en *Bioética (nella prospettiva della filosofia del diritto)*, op. cit.); LUIGI LOMBARDI VALLAURI («L'embrione humano tra bioetica e biogiuridica. Principi generali», en CATTORINI, P., *Scienza ed etica nella centralità dell'uomo*, Milán, Instituto Scientifico H. San Raffaele, 1990, pp. 225-238); LAURA PALAZZANI (*Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1996; *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, G. Giappichelli, 2002), GIUSEPPE DELLA TORRE (*Inmigrazione e salute. Questione di biogiuridica*, Roma, Studium, 1990), PAOLO IAGULLI («Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto humano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche», Torino, G. Giappichelli, 2001), FRANCESCO VIOLA (*De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea* (trad. y estudio preliminar de V. Bellver), Granada, Comares, 1998. Este autor emplea, preferentemente el término bioderecho frente al de biojurídica. No obstante, define el primero como «la rama del Derecho que se refiere directamente a los problemas de la Bioética... Para que el bioderecho sea significativo no puede entenderse como una legislación especial, que derogue principios jurídicos generales, sino como un conjunto de principios ético-jurídicos vinculados al sentido general de la juridicidad (p. 48). Como se comprobará más adelante, esta definición se ajusta a la noción de biojurídica que aquí se propone.

<sup>63</sup> Vid. PALACIOS, M., *Biogislación española y Consejo de Europa. Analogías*, Gijón, Stella, 1989.

«biojurisprudencia»<sup>64</sup>. A primera vista, este hecho podría resultar irrelevante. No obstante, parece posible advertir una mayor preferencia por el término «bioderecho» o «biolegislación» en aquellos autores que provienen de ramas específicas de la ciencia jurídica (derecho penal, administrativo, civil, constitucional, mercantil...), mientras que la expresión «biojurídica» suele tener más raigambre en trabajos pertenecientes al ámbito de la filosofía del derecho.

Además, y atendiendo al contenido de las aportaciones de los diversos autores, podría afirmarse que la biojurídica y el bioderecho remitirían a niveles de conocimiento distintos<sup>65</sup>. En general, el bioderecho abordaría el estudio de las realidades o «fenómenos bioéticos» —es decir, de los diversos conflictos que surgen en el ámbito de las relaciones humanas, como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la salud—, *desde la perspectiva de la ciencia jurídica*. Lo fundamental, por ello, es que se trata de aproximaciones *desde* el derecho positivo. Por ello, estaríamos ante una parte de la ciencia jurídica de la que, en realidad, siempre se han ocupado los juristas (recordemos que la Constitución reconoce, en su artículo 43.1, el derecho a la protección de la salud, desarrollado, entre otras leyes, en la Ley de Sanidad<sup>66</sup>). La novedad actual radicaría en el hecho de que, en las últimas décadas, la normativa legal referente a estas materias ha sufrido un notable desarrollo. Ello podría llevar a justificar la existencia de esta nueva disciplina, también denominada biolegislación.

Por su parte, la biojurídica abordaría, asimismo, cuestiones bioéticas, pero adoptando una perspectiva distinta, la aportada por la filosofía jurídica. De este modo, la función de la biojurídica será, precisamente, la de justificar aquellos principios, no morales, sino propiamente jurídicos, en los que se apoyaría el bioderecho o la biolegislación. Así lo entiende, por ejemplo, Palazzani, cuando afirma que: «Los términos “biojurídica” y “bioderecho” (distintos en la lengua italiana, pero indistintos en otras lenguas) remiten a disciplinas académicas».

<sup>64</sup> MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», *op. cit.*, p. 132.

<sup>65</sup> En sentido diferente, OLLERO identifica ambos vocablos. Entiende el bioderecho como «una nueva rama jurídica caracterizada por su atención al respeto y protección de la vida humana, desde la concepción a su final. Se la ha calificado en ocasiones, impropriamente como «Biojurídica». La bioética es una rama de la ética, entendido este término como sustantivo y no como adjetivo; si llamamos «Derecho» al estudio de la regulación jurídica de diversos aspectos de la vida en sociedad, parece lógico acudir a tal sustantivo y no a un adjetivo para identificar a la naciente disciplina» (OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 19). No obstante, si trasladamos esta reflexión a otros ámbitos, parece que el tema se clarifica: así, por ejemplo, nos podemos referir al derecho civil —donde el término «derecho» se emplea como sustantivo—, para remitir a una concreta rama del derecho; asimismo, podemos emplear la expresión filosofía jurídica —en la que, por el contrario, el vocablo «jurídica» se utiliza como adjetivo—, para designar la reflexión totalizadora y crítica sobre el fenómeno jurídico (*vid.* ATIENZA, M., «Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho», *Doxa*, 1, 1984, p. 32).

<sup>66</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

micas encuadradas, respectivamente, en el ámbito de la filosofía del derecho y del derecho privado»<sup>67</sup>. También, en la doctrina italiana, Iagulli afirma que «la biojurídica remite a la reflexión teórica sobre el tema bioético, desde una perspectiva no ética, sino estrictamente jurídica, mientras que la «biolegislación» es el resultado de la actividad del legislador llamado a traducir en normas legales los principios elaborados en sede biojurídica»<sup>68</sup>.

Partiendo de esta distinción, podría afirmarse que, en realidad, lo que en este caso se presenta a los filósofos del derecho es un ámbito de trabajo que siempre nos ha pertenecido, pero que, en la práctica, todavía se encuentra sin roturar: elaborar una biojurídica, ni moral, ni política, sino estrictamente jurídica<sup>69</sup>. Es evidente que los avances biotecnológicos de las últimas décadas han suscitado complejas controversias. Sin embargo, considero que, desde la perspectiva de la biojurídica, todas ellas serían reconducibles, en definitiva, a cuestiones de las que, tradicionalmente, se ha ocupado la filosofía jurídica<sup>70</sup>. La necesidad de la filosofía del derecho en sede biojurídica es destacada por Iagulli en los siguientes términos: «la perspectiva biojurídica... presupone una precisa especulación filosófico-jurídica: sólo sobre el fundamento de una adecuada definición del derecho, competencia de la filosofía del derecho, la biojurídica parece capaz... de expresar una teórica convincente acerca de temas bioéticamente relevantes»<sup>71</sup>.

Adoptando como punto de partida el relativo acuerdo existente en torno al contenido básico de la filosofía del derecho<sup>72</sup> —salvando, por

<sup>67</sup> PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, op. cit., p. 54. La traducción es propia.

<sup>68</sup> IAGULLI, P., «*Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*», op. cit., p. 108, cita a pie de página núm. 173. La traducción es propia. En España, MARCOS DEL CANO afirma que la biojurídica es «el saber que se ocupa de analizar la incidencia de los fenómenos bioéticos en la ciencia del Derecho (de ahí que dentro de esa Biojurídica nos encontremos con los problemas más acuciantes de la ciencia jurídica, como las relaciones entre Derecho y Moral, la axiología jurídica, la búsqueda del fin y las funciones del Derecho, las lagunas del Derecho, la interpretación jurídica, la función creadora de los jueces, etc.); como consecuencia de ello, incluiría el estudio sobre la legislación en la materia (biolegislación) y la jurisprudencia (biojurisprudencia), y sobre todo, la búsqueda del paradigma del derecho capaz de normar estas situaciones de modo acorde con las exigencias de dichos fenómenos» (MARCOS DEL CANO, A. M., «La biojurídica en España», op. cit., p. 132). La cursiva es nuestra.

<sup>69</sup> Vid. D'AGOSTINO, *Elementos para una filosofía de la familia*, Madrid, Rialp, 1991.

<sup>70</sup> Vid. PALAZZANI, L., *Il cocetto di persona tra bioetica e diritto*, op. cit., p. 14.

<sup>71</sup> IAGULLI, P., «*Diritti riproduttivi e riproduzione artificiale. Verso un nuovo diritto umano? Profili ricostruttivi e valutazioni biogiuridiche*», op. cit., p. 113.

<sup>72</sup> Vid. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1976, pp. 245 y ss. Para este autor, se trataría de la ontología jurídica, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica. Por su parte, PÉREZ LUÑO, destaca, como aspectos fundamentales, el ser, el deber ser y el conocer de la realidad jurídica (PÉREZ LUÑO, A. E., *Doxa*, núm. 1, p. 199). También BOBBIO señaló que la filosofía del derecho que él cultivó se podría dividir en tres partes: a) teoría del derecho; b) teoría de la justicia; c) teoría de la ciencia jurídica (BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*,

supuesto, la diversidad de concepciones y metodologías existentes—, parece que la biojurídica podría abordar, entre otras, las siguientes cuestiones:

a) El problema conceptual. En general, aquí se incluiría la reflexión acerca del contenido de la biojurídica, de sus diferencias y relaciones con la bioética o el bioderecho<sup>73</sup>. Tal reflexión debe superar los límites que impone el análisis estrictamente normativo, incluyendo, asimismo, la cuestión referente a la relación y articulación de la biojurídica con otros saberes, especialmente con las ciencias biomédicas.

b) La dimensión axiológica. En esta parte se abordarían los problemas relativos al fundamento y legitimidad del bioderecho para intervenir en los concretos problemas bioéticos. También podría incluirse aquí el estudio de las diversas concepciones que subyacen al bioderecho o biolegislación. Como ha señalado Elías Díaz, «No hay normas neutras desde el punto de vista de los valores: todo sistema de legalidad es expresión de un determinado sistema de legitimidad, de una determinada concepción del mundo, de una determinada idea de la misma condición humana»<sup>74</sup>. La función del filósofo del derecho se concretaría, de este modo, en el enjuiciamiento crítico de la adecuación del bioderecho al principio de la dignidad humana, esclareciendo los derechos humanos en juego. Desde esta perspectiva, la biojurídica debe fomentar «la búsqueda de una legislación en bioética universalmente justificable, que promueva una justa coexistencia social»<sup>75</sup>. En este sentido, Palazzani<sup>76</sup> define al biojurista como a aquel que, dirigiendo su mirada más allá de la validez y de la efectividad, se pregunta si el derecho vigente en estas materias es justo. Se interroga así por el «por qué» del derecho, de su justificación y su fundamento<sup>77</sup>. La

---

Madrid, Debate, 1990, p. 97). *Vid.*, asimismo, LAPORTA, F.; HIERRO, L.; ZAPATERO, V., «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, pp. 93 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, tomo IV, Madrid, pp. 591 y ss.; DELGADO PINTO, J., «Los problemas de la Filosofía del derecho en la actualidad», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, pp. 25 y ss.; FARIÑAS DULCE, M. J., «Filosofía del Derecho versus teoría del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 207 y ss.; etc.

<sup>73</sup> *Vid.* SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Bioética y Derecho», en Tomás Garrido, G. (coord.), *Manual de Bioética*, Barcelona, 2001, pp. 62 y ss.

<sup>74</sup> DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 252.

<sup>75</sup> PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, *op. cit.*, p. 98; D'AGOSTINO, F., «Bioética e diritto», *Medicina e morale*, *op. cit.*, pp. 676-677.

<sup>76</sup> *Vid.* PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, *op. cit.*, pp. 82 y ss.

<sup>77</sup> Es evidente que, en esta sede, el problema fundamental que se plantea es el de la capacidad de la razón humana para establecer criterios desde los que justificar, o criticar, el bioderecho. Considero que esta dificultad no debe llevar a renunciar a la labor de buscar bases para esta tarea constructiva. En efecto, frente a la perspectiva de la mera irracionalidad o el puro decisionismo, debe abrirse paso, en este ámbito, la

biojurídica también debería justificar aquellos principios en los que podría asentarse el bioderecho futuro. En definitiva, como se puede advertir, ésta sería la dimensión más práctica, y específica, de esta disciplina, centrada, básicamente, en la justificación de la promoción, o prohibición, de determinados contenidos normativos, partiendo del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos en juego.

c) También incumbe a la biojurídica abordar la cuestión relativa a la intersección entre el bioderecho y la realidad social. Ciertamente, entre el sistema legal y el resto de factores que integran la realidad social, existen relaciones de interdependencia e interacción, que determinan, no sólo que las leyes surjan a raíz de necesidades y problemas sociales concretos, sino que, asimismo, actúen, e incluso modifiquen substantivamente, el tejido social. De ahí la necesidad de efectuar una indagación de la realidad legal, contrastada con la estructura social, cultural y política, de la que el propio bioderecho forma parte. En esta sección se incluirían, por ello, no sólo la temática de las relaciones entre cambio social y cambio jurídico, sino también la influencia del bioderecho en la transformación de la sociedad<sup>78</sup> y la reflexión sobre las funciones sociales del mismo.

Para afrontar las mencionadas cuestiones, la biojurídica se situaría, por un lado, fuera del punto de vista interno característico de la ciencia del derecho, partiendo, al mismo tiempo, del conocimiento sectorial propio de las ciencias jurídicas<sup>79</sup>. Además, el filósofo del derecho que aborde tales retos deberá poseer un importante bagaje de conocimientos de tipo científico-técnico. Considerándolos como un punto de partida auxiliar, no deberá detenerse en los meros datos empíricos, ni extrapolar los métodos y categorías científico-técnicas a su propio ámbito. En este punto, lo que directamente le compete es reflexionar, desde una perspectiva iusfilosófica, sobre los mismos conocimientos proporcionados por las ciencias experimentales. El objeto de su deliberación, por ello, no son simples fenómenos físicos, sino conductas, acciones y decisiones humanas.

---

posibilidad de argumentar desde razones que permitan proponer como «más preferible» una dirección biolegal que otra. En este sentido, debe admitirse que la razón tiene «algún lugar» en la reflexión sobre la justicia. O, como ha señalado E. FERNÁNDEZ, «La filosofía del Derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica» (FERNÁNDEZ, E., «Filosofía del Derecho. Teoría de la justicia y racionalidad práctica», en *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, p. 37).

<sup>78</sup> Podría aplicarse aquí el esquema de WROBLEWSKI, al sistematizar las diferentes formas en las que puede manifestarse el problema de las relaciones entre Derecho y cambio social: el análisis del impacto del cambio social en el derecho, la influencia del cambio legal en el cambio social y la existencia de cambios sociales sin cambios legales o a la inversa (WROBLEWSKI, J., «Change of Law and Social change», *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1983, núm. 2).

<sup>79</sup> Vid., en relación a la elaboración de una teoría del derecho, DE LUCAS, J., «Prólogo», en DE LUCAS, J., (edit.), *Lecciones de Introducción al Derecho*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, p. 12.

## V. CONCLUSIÓN

En definitiva, la biojurídica llevaría a cabo una reflexión global y crítica sobre el bioderecho. En consecuencia, lo que se espera de esta disciplina no es una mera descripción fáctica de *cómo* es la legislación vigente en estas cuestiones. Dicha labor sería, en rigor, más propia del bioderecho o la biolegislación (e incluso, de la biojurisprudencia). A la biojurídica le corresponde –al igual que la filosofía del derecho–, reflexionar sobre las normas vigentes, a la luz del principio de la dignidad humana y de los derechos humanos. Es este sentido, podríamos destacar otro reto de la biojurídica: incluir los derechos bioéticos en el contexto de los derechos humanos, garantizando al ser humano las condiciones para ejercer plenamente su identidad relacional y la propia humanidad<sup>80</sup>. Este último aspecto es central, ya que, como destaca Habermas, en la actualidad se ha hecho especialmente nítido lo aberrante del conflicto (moderno) entre el cosmopolitismo del hombre y las lealtades del ciudadano, que no pueden ser universalistas mientras las relaciones internacionales estén sometidas a la eticidad concreta de los más fuertes<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Vid. PALAZZANI, L., *Introduzione alla biogiuridica*, op. cit., pp. 94 y ss. Como destaca D'AGOSTINO, para ello es imprescindible tener presentes los datos aportados por la antropología filosófica. Esta disciplina permite conocer los caracteres existenciales del ser humano, las «estructuras constitutivas de lo *humanum*» (D'AGOSTINO, F., *Elementos para una filosofía de la familia*, op. cit., p. 84) e indagar en qué medida una eventual regulación jurídica contribuye a su edificación o destrucción (BALLESTEROS, J.; *Sobre el sentido del Derecho*, op. cit., p. 132).

<sup>81</sup> HABERMAS, J., *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, trad. J. L. Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu, 1973, p. 109; BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, Tecnos, 2002, p. 145.

# Moralismo legal y bioética. El caso de la clonación humana\*

Por MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS  
Universidad Carlos III de Madrid

To be, or not to be: that is the question

(William Shakespeare, Hamlet, III, 1)

## RESUMEN

*Este trabajo señala que alguno de los argumentos presentados a favor de la criminalización de la clonación humana con fines reproductivos son característicos del moralismo legal que representó Patrick Devlin cuando se oponía a la despenalización de la homosexualidad y la prostitución.*

Palabras clave: *Clonación, Imposición de la Moralidad.*

## ABSTRACT

*This paper points out that some arguments supporting the criminalization of reproductive human cloning are characteristic of legal moralism represented by Patrick Devlin when he refused decriminalize homosexuality and prostitution.*

Key words: *Cloning, Enforcement of Morals.*

---

\* Quisiera agradecer a Joaquín Rodríguez-Toubes y Jorge Málem Seña los comentarios que han hecho al texto y que me han permitido depurar ciertos argumentos.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.-2. ¿QUÉ ES CLONAR?.-3. RAZONES CONTRA LA CLONACIÓN.-4. EL MORALISMO LEGAL EN EL CASO DE LA CLONACIÓN.-5. CONCLUSIÓN.-6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que Ian Wilmut y sus colaboradores en el Instituto Roslin de Edimburgo publicasen el año 1997, en el número 385 de la revista *Nature*, su trabajo «Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells» con los resultados de sus investigaciones de clonación de células de oveja, que dieron lugar al nacimiento de *Dolly*, hasta que en 2004 un grupo de investigadores surcoreanos, encabezados por Woo Suk Hwang, anunciase en la revista *Science* que acababa de concluir con éxito la clonación de embriones humanos, lo cual suponía un gran avance hacia la clonación con fines terapéuticos (aunque posteriormente se descubrió que dichos resultados eran falsos), la pregunta ontológica de Hamlet que encabeza este trabajo ha adquirido una nueva dimensión y han ido apareciendo voces a favor y en contra de este tipo de investigaciones por las implicaciones éticas, filosóficas, religiosas, políticas, jurídicas, e incluso económicas que tiene para los seres humanos.

Esas voces a favor y en contra de la clonación de células humanas muestran que la posibilidad de comenzar a andar ese camino, ya sea con finalidad terapéutica o con finalidad reproductiva, de nuevo plantea el viejo dilema entre *avance de la ciencia y estabilidad de la sociedad* ya que, por un lado, va a permitir aumentar el conocimiento que actualmente tenemos sobre el funcionamiento del cuerpo humano y con ello mejorar los medicamentos y tratamientos terapéuticos que se disponen para tratar ciertas enfermedades, pero, por otro lado, aterra la posibilidad de acceder a dicho conocimiento y de ponerlo en práctica por las consecuencias que pueda tener. Este dilema ha determinado que nuestra conciencia y nuestros valores se hayan puesto en tela de juicio, llegándonos a cuestionar la moralidad social; igualmente ha causado que volvamos a preguntarnos qué es lo que nos singulariza y dignifica como seres humanos, al plantearse la posibilidad de que en un futuro no muy lejano esos descubrimientos pudieran provocar el nacimiento de un nuevo modelo de sociedad en el que las personas sean juzgadas por sus genes y no por sus actos; a continuación nos hemos planteado la pregunta de si realmente existe un conocimiento que deba estar prohibido al ser humano o, cuanto menos, fuertemente controlado jurídica y/o éticamente para evitar cierto tipo de experimentación; y, por último, ha hecho que nos preguntemos si las personas clonadas *nacerán* adultas, si serán seres individualizados o si tendrán alma.

Es preciso reconocer que desde un principio las voces en contra de la clonación de células humanas, ya sea con fines reproductivos o con fines terapéuticos, han tenido una mayor repercusión pues, ya adopten la forma de *clonoficciones* o de *clonorrazones*, han logrado que este tipo de investigación esté prohibido o sometido a fuertes controles jurídicos tanto a escala nacional, como regional y universal.

A diferencia de lo que ocurriera en 1957 con el informe emitido en el Reino Unido por el *Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, conocido como *Informe Wolfenden*, que solicitaba la despenalización de la homosexualidad y la prostitución porque no bastaban las intuiciones morales para criminalizar dichos comportamientos, en 2002 el informe emitido en los Estados Unidos por el *President's Council on Bioethics* (PCB), conocido como *Informe Kass*, solicitaba la penalización y el control de la investigación destinada a la clonación de células humanas basando una parte de su argumentación en el sentimiento moral de la comunidad<sup>1</sup>.

Mi argumento en este trabajo es que, de alguna forma, las prohibiciones y los controles que se han establecido en la investigación destinada a la clonación de células humanas, ya sea con fines terapéuticos o con fines reproductivos, no sólo tratan de proteger a las personas o a los *nasciturus* de determinadas lesiones reales o potenciales, lo cual podría justificarse tanto desde una óptica utilitarista como deontológica, sino que también tratan de preservar un modelo de sociedad que se identifica con unas determinadas ideas morales acerca de qué es la procreación humana, cómo deben ser el cuidado de los niños y las relaciones familiares.

Creo conveniente empezar este trabajo dedicando el primero de los epígrafes a explicar brevemente qué es clonar para, a continuación, exponer las principales razones contra la clonación que puedan enmarcarse en el moralismo legal, y terminaré esbozando una respuesta a las mismas.

## 2. ¿QUÉ ES CLONAR?

El término clonar hace referencia a la creación de copias genéticamente exactas de moléculas, células, plantas, animales o seres humanos. Así, se produce una clonación cuando, de forma natural o artificial, se obtiene una réplica genética de una célula o de un organismo. No me voy a detener en los casos de clonación natural ya que cuando el proceso por

---

<sup>1</sup> Las personas que formaban el PCB eran Leon Kass (Presidente), Elizabeth Blackburn, Stephen Carter, Rebecca Dresser, Daniel Foster, Francis Fukuyama, Michael Gazzaniga, Robert George, Mary Ann Glendon, Alfonso Gómez-Lobo, William Hurlbut, Charles Krauthammer, William May, Paul McHugh, Gilbert Meilaender, Janet Rowley, Michael Sandel, James Wilson.

el que se obtiene esa copia genéticamente exacta es natural, esto es, se produce sin que intervenga el ingenio humano, como ocurre en el caso del nacimiento de gemelos univitelinos, no se plantean dilemas morales o problemas jurídicos que hayan de resolverse. El desamparo en el que en ciertas ocasiones nos encontramos ante las fuerzas de la naturaleza, la ausencia muchas veces de previsibilidad de dichos acontecimientos, la ausencia absoluta de responsabilidad por los resultados acaecidos, hace que preguntarnos por la justicia o injusticia de dichos acontecimientos carezca de sentido. En cambio, cuando el proceso de obtención del clon se produce artificialmente y de manera intencionada por el ser humano, entonces los dilemas y los problemas aparecen, y las preguntas acerca de la justicia o injusticia cobran todo su sentido. ¿Está justificada la producción de alimentos transgénicos?; ¿es admisible éticamente la clonación de animales?; ¿qué tipo de control jurídico debe establecerse para evitar los daños a terceras personas que la clonación humana pueda producir?

En el caso de la clonación artificial, hasta la fecha se han ideado diversos procedimientos para llevarla a cabo, entre los que destaca la transferencia nuclear de células somáticas (*somatic cell nuclear transfer* o SCNT). Básicamente, la clonación de células humanas mediante la transferencia nuclear se desarrolla siguiendo los siguientes pasos. El primer paso es obtener un óvulo; a continuación se retira el núcleo de ADN del óvulo y se inserta el núcleo de ADN de una célula embrionaria o adulta de la misma persona o de otra persona. Con estos pasos obtenemos un óvulo enucleizado que es inmediatamente reconstruido insertándole una nueva carga de ADN. Una vez que está reconstruido, se activa con estímulos químicos o eléctricos con el fin de que comience la división celular<sup>2</sup>. Si dicha división exclusivamente se desarrolla hasta el día catorce (fase de blastocito) y se extraen las células troncales desarrolladas, estaremos ante un caso de clonación de células humanas con finalidad terapéutica. En ese caso, las células troncales se utilizarán por su totipotencialidad para ser un remedio eficaz contra enfermedades o para regenerar tejidos u órganos vitales, etc. Si, por el contrario, dicha división se desarrolla más allá del día catorce y el óvulo se transfiere al útero de una mujer, que ha sido adecuadamente preparada para recibirlo, una vez completado el proceso de gestación dará lugar al nacimiento de un bebé clonado que es virtualmente idéntico genéticamente (excepto por el ADN mitocondrial) a la persona que haya donado el núcleo celular embrionario o adulto. En este caso, el bebé clonado tendrá al igual que la mayoría de los seres humanos cuarenta y seis

---

<sup>2</sup> Según explican los genetistas y los biólogos, una primera razón por la que un óvulo que no está fertilizado comienza a actuar como un embrión produciéndose una regresión biológica, se debe a que el óvulo, que antes de ser enucleizado tenía un único conjunto de cromosomas, al ser reconstruido tiene dos conjuntos de cromosomas, lo mismo que cualquier embrión ordinario. La segunda razón es que hace regresar al óvulo reconstruido a la etapa totipotente, lo cual significa que una vez comenzada la división celular, las células pueden desarrollar cualquier tipo de órgano o tejido.

cromosomas (veintidós pares de dos cromosomas más dos cromosomas X si es una mujer o un cromosoma X y un cromosoma Y si es un hombre), pero se diferenciará del resto de humanos porque los cuarenta y seis cromosomas no provienen de dos personas sino sólo de una<sup>3</sup>.

### 3. RAZONES CONTRA LA CLONACIÓN

En el debate en torno a los avances científicos, en el que la clonación tiene actualmente un puesto principal, se han enfrentado la postura de aquellas personas que piensan que hay algunas cosas que no sólo no deberíamos hacer sino que ni siquiera deberíamos saber cómo hacerlas y la postura de aquellas personas que piensan que no puede congelarse el desarrollo de la ciencia y la tecnología pues se privaría a la sociedad de bienes desconocidos pero imaginables (Garzón Valdés, 1999, 44, 59). Dan Brock señala que entre los bienes imaginables que podría reportar la clonación estarían el de aliviar la infertilidad de algunas personas, evitar la transmisión de enfermedades hereditarias graves, obtener órganos y tejidos necesarios para trasplante que fueran genéticamente compatibles, aliviar el sufrimiento por la pérdida de una persona que tuviera un significado especial, duplicar individuos de cualidades ejemplares, aumentar el conocimiento científico sobre el ser humano. Por otra parte, entre los daños imaginados estarían violar el derecho a la identidad única, acabar con la ignorancia sobre el futuro, causar daños psicológicos al clon o gemelo posterior, involucrarse en una actividad con riesgos inaceptables para el clon, reducir el valor de los individuos y disminuir el respeto por la vida humana, perseguir fines meramente comerciales o intrínsecamente inmorales (1997, 4-20)<sup>4</sup>.

En dicho enfrentamiento se han aportado argumentos que pueden agruparse en *clonoficciones* y en *clonorrazones* (Garrido, 1998, 13-20). Los primeros argumentos, las clonoficciones, se posicionan a favor o en contra de la clonación de seres humanos imaginando las posibles consecuencias positivas y/o negativas que el desarrollo de este tipo de clonación podría tener. Así, la clonación de seres humanos o la existencia de dobles se convierten para bien o para mal en el argumento de descripciones de sociedades o de situaciones sociales en las que se ha alcanzado tal nivel de conocimiento que es posible realizar la clonación reproductiva de seres humanos. Por su parte, las clonorrazones presentan argumentos formales basados en una serie de axiomas acerca de la naturaleza humana, del ser humano y de la sociedad, y sobre ellos se construye la postura a favor o en

---

<sup>3</sup> Las personas con síndrome de Down tienen una alteración cromosómica que hace que tengan un cromosoma más.

<sup>4</sup> Véase De Melo-Martin, 2002.

contra de la clonación reproductiva. Aunque pueda parecer lo contrario, ambos tipos de argumentos son necesarios e interesantes y, como señala Manuel Garrido, «la exploración imaginativa puede ser no menos útil que el análisis racional» (1998, 19), principalmente porque en ella se representa un mundo en marcha, tan complejo como el real y dotado de una vida verosímil, lo cual permite explicar los argumentos teóricos mediante la demostración (cfr. Ramiro Avilés, 2002, 61-65). En este sentido, como afirman Martha Nussbaum y Cass Sunstein, debemos sentir «la necesidad de ficción y fantasía, de trazarnos algunos futuros alternativos con la flexibilidad y precisión de la imaginación» (2000, 25). En este trabajo sólo haré referencia a las clonorrazones pues de algunas clonoficciones ya me he ocupado en otro lugar (Ramiro Avilés, 2007, 107-144).

Posiblemente el *Informe Kass* sea uno de los documentos que más haya influido a la hora de aportar razones contra la clonación de células humanas y de establecer límites y controles en las investigaciones de clonación de células humanas con fines terapéuticos así como para que se prohíba todo tipo de investigación que tuviera como objetivo la clonación de células humanas con fines reproductivos. Esas razones ya se adelantaban en trabajos previos de Leon Kass.

En su opinión, son cuatro las razones principales en contra de la clonación humana reproductiva, que justifican su prohibición tan pronto como sea posible. La primera objeción es que la clonación reproductiva supone desarrollar una experimentación que no es ética debido a los posibles y altamente probables daños en forma de deformidades que se pueden causar al *nasciturus*; a lo que añade que esta objeción ni tan siquiera puede combatirse presumiendo el consentimiento futuro del niño clonado a ser un clon (1999-2000, 44). La segunda objeción es que dicho tipo de clonación supone una amenaza para la identidad y la individualidad de los seres humanos ya que la persona clonada compartirá genotipo y apariencia externa con otro ser humano. Esto, en su opinión, será algo negativo pues, aunque reconoce que el ambiente (*nurture*) y sus circunstancias serán diferentes e influirán porque el genotipo no equivale al destino, el clon «no será una sorpresa para el mundo: las personas probablemente van a comparar sus actuaciones durante su vida con las de su *alter ego*» (1999-2000, 44). La tercera objeción se debe a que convierte el acto de procreación en un acto de manufactura, completándose de esa forma un proceso que empezó con la fertilización *in vitro* y los test genéticos de los embriones. En su opinión, «en la clonación reproductiva, y en las formas más avanzadas de manufactura hacia las que nos dirige, damos vida a un ser humano no por lo que *somos* sino por lo que *queremos y diseñamos*» (1999-2000, 45). La clonación permitirá a los reprogenetistas y a los padres seleccionar todo el mapa genético de una persona lo cual, aun no afectando al resultado porque el niño seguirá siendo reconocible como un ser humano, hará que «estemos dando un gran paso hacia convertir al ser humano simplemente en otra de las cosas fabricadas por el ser humano» (1999-2000, 45). De esta forma Leon Kass está diciendo que en la reproducción lo natural es lo bueno porque está más allá de los límites de nues-

tro control y está restando todo valor al proceso artificial, intencionado, de reproducción, independientemente de lo bueno que sea el producto obtenido (1999-2000, 46). La cuarta y última objeción viene causada porque la clonación reproductiva supone, según Kass, un comportamiento despótico hacia los niños y una perversión de las responsabilidades de la paternidad. En su opinión, la clonación reproductiva transforma radicalmente el proceso de procreación y el significado de tener hijos porque «cuando una pareja normalmente elige procrear, los progenitores están diciendo «sí» al surgimiento de nueva vida en toda su carácter novedoso, están diciendo «sí» no sólo a tener un niño sino también a tener cualquier niño» (1999-2000, 46). La clonación reproductiva supondría tratar a los niños como si fuese posesiones, objetos, y les restaría libertad ya que se supone que el niño clonado está determinado y debe vivir una vida que no es la suya. Los padres tratarían de «vivir vicariamente a través de sus hijos» (1999-2000, 46). La transformación determina que «mientras la mayoría de los padres normalmente tienen *esperanzas*, los padres de clones tendrán *expectativas*» porque han anulado por completo la naturaleza abierta y abierta al futuro de la relación entre padres e hijos (1999-2000, 46). Esas expectativas nacen del hecho de que «al niño se le ha dado un genotipo que ya ha vivido» (1999-2000, 46).

Leon Kass señala que por ello la mayoría de las personas repelen todos los aspectos de la clonación humana y afirma que, al igual que ocurre con otros horrores, como pueden ser el incesto, la bestialidad o el canibalismo, la repugnancia extendida contra la clonación es «la portadora emocional de una sabiduría profunda, probablemente más allá del poder que tiene la razón para articularla. Nos repele la posibilidad de clonar seres humanos no por la extrañeza o novedad de la tarea sino porque intuimos y sentimos, inmediatamente y sin argumento, la violación de cosas a las que con justicia tenemos mucha estima» (1999-2000, 43). Leon Kass destaca que entre esas cosas estarían un determinado modelo de familia, ya que la clonación confundiría el linaje, las relaciones sociales y deliberadamente privará al niño clonado de una identidad social normal. «Él o ella tiene (como mucho) un solo “progenitor”: la normalmente triste situación del “niño con un único progenitor” deliberadamente se planea» (1999-2000, 45). Este tipo de conocimiento ético es lo que Leon Kass denomina *sabiduría de la repugnancia* (1998, 3-59).

El *Informe Kass*, por su parte, empieza proponiendo una terminología propia, ya que no habla de una clonación con fines terapéuticos y una clonación con fines reproductivos sino de una *clonación para producir niños* y una *clonación para investigación biomédica*. El cambio de la terminología trataría de precisar mejor las finalidades de cada tipo de investigación con células humanas (2002, 43). La razón de este cambio se debe, en primer lugar, a que toda clonación es, al menos desde un punto de vista descriptivo, reproductiva, y, en segundo lugar, a que la clonación no es en sí misma un acto terapéutico, ya que en el momento actual los beneficiarios sólo son hipotéticos (2002, 44). En mi opinión,

esta terminología es interesada, ya que, al menos en el caso de la clonación con fines reproductivos, se sustituye *reproducción* por *producción* lo cual denota un proceso de fabricación artificial de productos. Esto se reconoce expresamente en el informe, ya que se afirma que usando los términos «creación» (*making*) y «manufactura» (*manufacture*) se quiere sugerir que los niños se convertirán en productos y al igual que éstos serán creados según un patrón o diseño genético preseleccionado, y, por lo tanto, de alguna forma «hecho a la medida» por sus productores o progenitores (2002, 104).

Una vez hecha esta diferenciación, el *Informe Kass* analiza por separado la ética de la clonación para producir niños (con fines reproductivos) y la ética de la clonación para investigación biomédica (con fines terapéuticos), llegando al final del informe a desarrollar dos de las siete posibles propuestas normativas. En estas dos propuestas se puede encontrar un denominador común, pues en ambas se prohíbe la clonación para producir niños mientras que la clonación para investigación biomédica es sometida o a una moratoria o a controles que regulen el uso de los embriones clonados (2002, 205-226). Mi trabajo se centra en las razones que aporta el *Informe Kass* para proscribir la clonación con fines reproductivos.

El capítulo dedicado a la clonación con fines reproductivos comienza con la mención a los dos informes previos que sobre este asunto emitieron la *National Bioethics Advisory Commission* (NBAC) en junio de 1997 y la *National Academy of Sciences* (NAS) en enero de 2002. La NBAC y la NAS señalaban que la clonación con fines reproductivos debía estar prohibida porque en el momento en que se emitían los informes, no era una técnica segura y era muy probable que se produjesen daños físicos en las personas que estuviesen involucradas, esto es, en la mujer gestante y en el *nasciturus*. Esta prohibición se basa, pues, en el principio utilitarista del daño a terceras personas y parece que estos informes dejaban abierta la puerta para que, una vez resueltos los problemas técnicos, la clonación reproductiva pudiese realizarse, puesto que ya no se producirían daños físicos en las personas involucradas. No obstante, el informe de la NAS invitaba a que se realizase, un amplio debate ético con el fin de preparar una repuesta para cuando llegase el día en que la clonación humana reproductiva pueda considerarse médicamente segura tanto para la madre como para el bebé (2002, 75). Pues bien, esta invitación a debatir es lo que anima al PCB.

¿Podría realizarse el primer intento de clonar a un ser humano sin violar las normas morales aceptadas que regulan la experimentación en seres humanos?; ¿qué daños podrían causarse en el bebé clonado como consecuencia de ser un clon?; ¿es significativo que el bebé clonado herede una identidad genética ya vivida por otro?; ¿es moralmente relevante que el bebé clonado tenga una identidad genética seleccionada de antemano?; ¿cómo afectará la clonación a las relaciones de familia?; ¿cómo influirá la clonación a las relaciones intergene-

racionales?; ¿qué significado tienen la procreación humana y el cuidado de los niños? (2002, 76). Éstas son algunas de las preguntas que van a tratar de contestarse en el *Informe Kass*, aunque el objetivo último del informe podría resumirse en la siguiente pregunta, ¿podría la clonación ser moralmente aceptable si se resolviesen todos los problemas de seguridad o siempre será inmoral porque supone afectar a cosas valiosas que la sociedad quiere mantener intactas, lejos de la erosión y la degradación? La respuesta a este interrogante, como veremos a continuación, es que la clonación con fines reproductivos siempre será inmoral, ya que, aunque se resuelvan los problemas de seguridad, afectará a la sociedad, entendida como un todo, pues disputará cuestiones éticas profundas como son la naturaleza de la procreación humana, el significado de tener hijos, la identidad humana y las relaciones de familia (2002, 77). Una parte de los argumentos serán, como también veremos más adelante, propios del *moralismo legal puro en sentido estricto*.

En el informe se afirma que ninguno de los objetivos (producir un niño emparentado biológicamente, evitar enfermedades genéticas, obtener tejidos y órganos para trasplante que no se rechacen, *replicar* a un ser querido, reproducir a individuos de gran genio, talento o belleza) ni de los argumentos (la bondad de la libertad humana, la bondad de la existencia, la bondad del bienestar) que se utilizan a favor de la clonación reproductiva persuade a los miembros del PCB (2002, 78-83). La razón principal del rechazo se debe a que, en su opinión, los defensores de la clonación con fines reproductivos tienen una «visión incompleta sobre la procreación humana y la familia, especialmente del lugar y bienestar de los hijos» porque tienden a ver la procreación como el libre ejercicio de un derecho por parte de los padres a tener un hijo o una hija que sea sano o «superior» (2002, 83). En opinión de los redactores del informe esta visión es incompleta, ya que en el ejercicio del derecho a la procreación no hay sólo un individuo sino también una tercera persona afectada (el bebé). Pues bien, teniendo en cuenta este factor, el derecho a la procreación no puede ser ejercido a expensas de los derechos de la tercera persona afectada (2002, 84).

En el informe se señala que en el caso de producirse la clonación con fines reproductivos, se realizaría una reproducción asexual y esta novedad determina que los detractores de la clonación sostengan que la clonación no es otra más de las tecnologías reproductivas, como podría ser la fecundación *in vitro* (FIV), sino que va mucho más allá, pues afecta a cuestiones fundamentales sobre el carácter de nuestra humanidad y el carácter de nuestra sociedad<sup>5</sup>. Según se dice en el *Informe Kass*, «la clonación para producir niños representa un reto

---

<sup>5</sup> En el informe se señala que la diferencia que existe entre la FIV y la clonación reproductiva (reproducción sexual vs. reproducción asexual) determina que los éxitos que se han tenido en la primera no sirvan como un precedente válido aplicable a la segunda, ni tampoco que dichos éxitos justifiquen éticamente los primeros experimentos de FIV.

para la naturaleza de la procreación humana y la cría de los niños» ya que éstos no son *engendrados* sino *hechos* (2002, 99). No puede, por lo tanto, alegarse el derecho a la reproducción, pues no es una técnica reproductiva más. Por otro lado, se sostiene que el derecho a decidir si se engendra o no un niño no incluye el derecho a tener un niño por cualesquiera medios, ya que hay «circunstancias en las que la libertad reproductiva tiene que limitarse para proteger el bien del niño» (2002, 84) y una de ellas es... ¡la prohibición del incesto! (posteriormente veremos que el abuso de este tipo de ejemplos es una de las cosas que H. L. A. Hart criticó a Patrick Devlin).

Aunque el informe se propone saber si la clonación reproductiva es moralmente aceptable independientemente de si puede realizarse sin ocasionar daños tanto a la madre como al bebé, señala que los posibles daños que pueden causarse también son un motivo que debe tenerse en cuenta para prohibirla. En este sentido, afirma de forma general que ni tan siquiera la bondad de la propia existencia o del bienestar del recién nacido, es decir, el hecho de que se produzca el nacimiento de una nueva persona y que dicho nacimiento se haga libre de enfermedades genéticas, sería una razón suficiente que justificaría que pueda ponerse en riesgo la salud física o psíquica de las personas implicadas o, y más adelante ahondaremos en esto, determinados bienes sociales (2002, 84-85). Además añade que nunca se sabrán todos los posibles daños que consciente o inadvertidamente pueden ocasionarse con este tipo de experimentación (2002, 85), esto es, aunque el bebé clonado nazca sano, es posible que haya consecuencias no previstas y que se introduzcan nuevos daños (¿la clonación afectará al sistema inmunitario? ¿aumentarán los casos de incesto?). Este desconocimiento se debe a que «los sistemas de gran complejidad no responden bien ante intervenciones humanas directas, y difícilmente alguien puede pensar en un sistema más complejo –tanto natural como social– que el que rodea a la reproducción humana y al genoma humano» (2002, 114). Este factor hace que en el informe se apele a la aplicación del *principio de precaución* que implica que dada la incertidumbre que existe entorno a las posibles consecuencias que puede ocasionar una alteración en el proceso de procreación humana como la que supone la clonación de un bebé, debemos ser prudentes y no deberíamos admitir que una persona ejecute una acción tan arriesgada (2002, 114)<sup>6</sup>.

Por otro lado, la posibilidad de que se produzcan daños en terceras personas determina que este tipo de experimentación atente contra la ética de la experimentación humana (2002, 87). En todos los textos legales y en todos los códigos éticos que se han ido aprobando desde 1947, tanto a escala universal como local, que regulan la experimentación en seres humanos se manifiesta la preocupación de que los seres humanos no sean tratados como cobayas en la investigación

---

<sup>6</sup> Es interesante enfrentar el principio de precaución de Hans Jonas a la sociedad del riesgo de Ulrich Beck y observar las distintas consecuencias de uno y otro para el desarrollo de la ciencia.

científica (2002, 88). En el *Informe Kass* se afirma que si se aplicasen dichos textos y códigos al caso de la clonación reproductiva, se descubriría no sólo que se producen violaciones de normas o principios específicos sino que se «ofende al espíritu de estos códigos y lo que tratan de defender» (2002, 88). En concreto, se señala que la clonación reproductiva plantea tres tipos de problemas que afectan a la ética de la investigación en seres humanos: el primer tipo es el antedicho de la seguridad de las personas involucradas en la experimentación; el segundo, la obtención del consentimiento de dichas personas; y el tercer tipo de problemas deriva de la explotación de la mujer que se produce en este tipo de experimentación y de la distribución de los riesgos que implica la clonación reproductiva (2002, 89).

Por lo que se refiere a los problemas de seguridad, el *Informe Kass* parte de un dato que es incuestionable en la actualidad: «la clonación para producir niños no es ahora segura» (2002, 89). Es indudable que todavía no poseemos ni el conocimiento científico ni el conocimiento tecnológico suficientes como para que puedan clonarse células humanas con fines reproductivos, y también es indudable que los riesgos tanto para el bebé clonado cuanto para la mujer gestante no sólo son posibles sino que también tienen un alto grado de probabilidad y son muy graves. De ahí que la actual prohibición de la clonación de células humanas con fines reproductivos esté plenamente justificada tanto para proteger a futuras terceras personas afectadas (principio del daño) como para proteger a la madre gestante (paternalismo jurídico). Una vez establecido este primer punto, los redactores del *Informe Kass* dan un segundo paso pues, con el fin de justificar la prohibición no sólo temporal (hasta que se resuelvan los problemas de seguridad) sino permanente de este tipo de experimentación, señalan que los problemas de seguridad no son puramente temporales sino que quizá sean permanentes (aunque no aportan ninguna prueba empírica) y también afirman que aunque no fueran permanentes sino temporales siempre habría dificultades éticas (2002, 91). La conclusión a la que llegan en esta parte es que «dados los peligros que se suponen y los relativamente limitados bienes que pueden obtenerse de la clonación para producir niños, conducir experimentos con el esfuerzo de hacer la clonación para producir niños más segura sería en sí misma una inaceptable violación de las normas de la ética de la investigación. *No parece que haya una forma ética para descubrir si la clonación para producir niños puede ser segura, ahora o en el futuro*» (2002, 94).

En cuanto a los problemas de consentimiento, el *Informe Kass* señala que dados los posibles, probables y graves riesgos a los que se expone al *nasciturus*, muy diferentes a los que está expuesto en la reproducción, es imposible obtener un consentimiento válido no sólo por cuestiones físicas sino también éticas: «Dados los riesgos y el hecho de que no puede obtenerse el consentimiento, la elección éticamente correcta puede ser evitar el experimento» (2002, 95). Por otro lado, la gravedad de los posibles y probables daños también hace que

sea impensable que una persona competente pueda aceptarlos, de ahí que ni tan siquiera la mujer gestante pueda consentir su participación. Se trataría, como ya he señalado, de un caso de paternalismo jurídico justificado ya que se actuaría sobre una persona que podría ser considerada como incompetente básica por ausencia de razón, pues se aprecia una ausencia de juicio a la hora de formar un criterio respecto de la actividad en la que está involucrada (Ramiro Avilés, 2006a, 243).

Por último, el informe también señala la explotación de la mujer y la justa distribución de los riesgos como un tipo de problema que afecta a la ética de la investigación en seres humanos cuando se trata de la clonación con una finalidad reproductiva. Dicha explotación se centra en que el desarrollo de la experimentación para hacer más segura este tipo de clonación requerirá un gran número de óvulos, que sólo se podrán obtener si un grupo más o menos numeroso de mujeres se someten a un tratamiento hormonal que induzca la superovulación. En cuanto a la distribución inequitativa de los riesgos, ésta se producirá porque normalmente serán las mujeres más pobres las que se sometan a dichos tratamientos con el fin de obtener los incentivos financieros que se ofrezcan (2002, 95-96).

A continuación, el *Informe Kass* advierte que a muchas personas les repugna la posibilidad de clonar células humanas con fines reproductivos y se oponen a ella principalmente no por motivos de seguridad sino por el significado intrínseco y las consecuencias sociales que pueda tener. Entramos de esta forma en la razones moralistas contra la clonación. Se opondrían, por lo tanto, al uso de una tecnología de clonación tan perfeccionada que no produjese daños ni al bebé ni a la mujer gestante, y también rechazarían el tipo de sociedad que permitiese la producción de un bebé clonado (2002, 96). Esto determina que en el informe se defiende que la aceptabilidad ética de la investigación científica no puede depender solamente de un cálculo utilitarista de daños y beneficios (2002, 97)<sup>7</sup>. Debemos, según se señala en el informe, ampliar nuestro análisis ético de la investigación científica porque la clonación con fines reproductivos no es sólo un experimento biológico, un experimento en procreación humana, un experimento que afecta a la identidad humana o a la vida social y familiar, sino que principalmente es un experimento social que afecta a toda la sociedad *qua* sociedad (2002, 97-98). En este sentido, se afirma que aunque la clonación para producir niños sea segura y pocas personas hagan uso de ella, no debe olvidarse la gravedad de los daños morales que sufrirá la sociedad que haya admitido su realización (2002, 107).

Así, en el informe se señala que «los riesgos y los costes de la clonación para producir niños no pueden limitarse a los participantes directos. El resto de la sociedad puede también estar en riesgo. El impacto de la clonación humana en la sociedad en general puede que

---

<sup>7</sup> Se critica además que se maneje un concepto de daño limitado que sólo tenga en cuenta los daños corporales y la violación del principio de autonomía (2002, 97).

sea el menos valorado, pero está entre los más importantes, de los factores a considerar al contemplar la moralidad de esta actividad» (2002, 112). La sociedad *qua* sociedad se verá afectada por la clonación de células humanas con finalidad reproductiva aunque pueda realizarse sin ningún tipo de daño para las personas involucradas. Esto supone, como veremos a continuación, que el *Informe Kass* mantiene una postura no ya paternalista al pretender evitar un daño a las personas sino marcadamente moralista, ya que justifica la prohibición de un determinado comportamiento no porque perjudique a los demás sino porque en opinión de los demás, hacerlo sería lo más correcto (Mill, 1994, 65). Esta idea se ratifica en el informe cuando se dice: «Una sociedad que permite prácticas inhumanas –especialmente cuando les han dado una oportunidad para que traten de prevenirlas– corre el riesgo de convertirse en cómplice de estas prácticas (lo mismo puede decirse de una sociedad que permita que unos pocos de sus miembros practiquen el incesto o la poligamia)» (2002, 112).

#### 4. EL MORALISMO LEGAL EN EL CASO DE LA CLONACIÓN

A través del *Informe Kass* puede observarse que una parte de las razones que se utilizan contra la clonación de células humanas con fines reproductivos encajan perfectamente en el ámbito del moralismo legal, ya que pretenden que el sistema jurídico prohíba este tipo de investigación no sólo porque suponga un daño a terceras personas sino principalmente porque es un comportamiento inherentemente inmoral y supone una afectación a la sociedad. En este mismo sentido se ha pronunciado Matti Häyry cuando señala que hay argumentos en contra de la clonación humana que no se basan en los daños que se pueden hacer a las personas que nazcan fruto de un proceso de clonación sino que se basan en que es una práctica que puede ofender los sentimientos y la sensibilidad de las personas provocando en ellas intolerancia, indignación y disgusto (2003, 56-58).

Si bien es cierto, como señala Dan Brock, que dichas reacciones no deben despreciarse por completo porque pueden señalarnos importantes consideraciones que de otro modo podrían pasar inadvertidas y serían difíciles de expresar, también lo es que las políticas públicas y las regulaciones jurídicas no pueden basarse exclusivamente en las reacciones emocionales sino principalmente en el principio del daño (1997, 3-4)<sup>8</sup>. El hecho de que una acción sea mayoritariamente consi-

---

<sup>8</sup> Joel Feinberg interpreta el principio milliano del daño y sostiene que existen dos sentidos de daño, un sentido no-normativo (*harm as a setback to interest*) que no justifica la intervención del Estado, pues sólo produce un contratiempo en los intereses de una persona, y un sentido normativo (*harm as a wrong*) que sí la justifica, pues se produce una violación de los derechos de otra persona (FEINBERG, 1987, 33-64, 105-125). En el tema que nos ocupa Joel Feinberg ha señalado que la clonación con

derada como inmoral podría ser una buena razón para criminalizarlas pero nunca será una razón suficiente (Ramiro Avilés, 2006b, 37).

Joel Feinberg señala que el moralismo legal no es una corriente unívoca de pensamiento sino que pueden distinguirse hasta cuatro tipos dependiendo de si es puro/impuro o estricto/amplio (1990, 3-10)<sup>9</sup>. En mi opinión, el moralismo presente en el *Informe Kass* es «puro en sentido estricto», ya que legitima que el Derecho prevenga y/o castigue la clonación con fines reproductivos, pues se considera inherentemente inmoral, aunque pueda realizarse sin daño u ofensa, y justifica dicha postura señalando que el mal que se quiere prevenir y/o castigar es un mal en sí mismo. No obstante, con independencia del tipo de moralismo legal ante el que nos encontremos, en todos ellos se defiende una postura ética no-cognoscitivista como el emotivismo ya que implícitamente se está afirmando que será el *hombre del autobús de Clapham*, quien con su recto entender y sentimiento establecerá qué es lo moral y lo inmoral en una sociedad (George, 1995, 55). El *hombre del autobús de Clapham* es la persona razonable, de la cual «no se espera que razone [sino que] su juicio puede ser en gran parte una cuestión de sentimiento» (Devlin, 1965, 15). Podría decirse, por lo tanto, que en el *Informe Kass* se defiende que los sentimientos de indignación, disgusto o repugnancia constituirían la base de los juicios morales que hace la sociedad. De ese modo, como señala Antonio Pérez Luño, «en los juicios de valor la respuesta (por parte de quien escucha) y el estímulo (por parte de quien habla) se traducen en una determinada manifestación de emociones. Así, la afirmación por parte de un sujeto de que algo es “bueno” traduce la aprobación de quien la formula (emoción estimativa), así como el deseo de que los demás compartan esa estimación (...) la ideología de la justicia es, por ello, una actitud biológico-emocional con la que se defienden ciega e implacablemente ciertos intereses» (2003, 135).

A pesar del no-cognoscitivismo, no estamos ante una postura escéptica porque no se sugiere que no haya verdades morales sino que simplemente se niega que las verdades morales básicas sean accesibles a la razón humana pero se admite que los seres humanos sean capaces de descubrirlas por otras vías (George, 1995, 59). Pues bien, Hart ya advirtió contra esta forma de entender la naturaleza y el origen de los juicios morales: «El rasgo más notable de la disertación de Sir Patrick Devlin es su opinión sobre la naturaleza de la moralidad (...) no funda su repudio del punto de vista liberal en estas concepciones religiosas o racionalistas. Ciertamente gran parte de lo que escribe representa una impugnación de la idea de que el raciocinio o la

---

finalidad reproductiva produciría un daño normativo, ya que privaría al niño de un futuro abierto (1980).

<sup>9</sup> Con toda probabilidad, una de las tesis moralistas más famosas y extendidas en el ámbito de la Filosofía del Derecho es la que, a raíz de la publicación del Informe Wolfenden, sostuvo Patrick Devlin y fue contestada por H. L. A. Hart.

reflexión tienen mucho que ver con la moralidad» (1980b, 159). Como recalca Feinberg, refiriéndose al moralismo legal de Devlin, «tácitamente defiende una epistemología moral que basa nuestro conocimiento de la verdadera moralidad en los sentimientos espontáneos de todas las personas razonables». Esto determina que «los sentimientos no hacen verdaderos a los principios; más bien los sentimientos son un criterio fiable de la veracidad de los principios» (1990, 141-142).

Por otro lado, si nos atenemos a los sentimientos de rechazo que pueda tener el *hombre del autobús de Clapham*, que es al tipo de sujeto al que apela el *Informe Kass*, debe reconocerse que estamos ante una postura moral relativista, pues no defiende la imposición de una moral verdadera, sino la imposición de una moralidad social como instrumento de autoprotección (George, 1995, 53-54). Como señala Jorge Málem refiriéndose a Devlin, el relativismo aparece porque «la moral no es una cuestión que se relaciona con la razón, sino con la sensibilidad. Para averiguar las creencias morales de una sociedad hay que conocer cuáles son las creencias morales del hombre razonable» (1996, 39). En esta misma idea concurre Hart, pero desde una óptica diferente, pues asocia la tesis de la desintegración social con una concepción relativista de la moralidad y señala que «según ésta, la moralidad puede variar de una sociedad a otra, y para merecer la imposición mediante el Derecho penal, la moralidad no necesita tener un contenido racional o un contenido específico. Lo que importa no es la calidad de la moralidad sino su poder de cohesión» (2003, 248). Resumiendo, desde un punto de vista descriptivo, Devlin no es escéptico porque no propone que no haya verdades morales; es relativista porque admite que aquello que es moral varía de sociedad en sociedad (en una sociedad la poligamia es legal y en otra puede ser ilegal) y mantiene un limitado no-cognoscitivismo moral porque la determinación de la maldad o bondad se hace por el sentimiento y no atendiendo a la razón<sup>10</sup>.

El moralismo legal que está presente en el *Informe Kass* busca la permanencia de la sociedad en el tiempo protegiendo una determinada moralidad social que se identifica con la procreación sexual y con una determinada forma de criar a los niños (2002, 101-103). La sociedad se identifica, de este modo, con unas ideas morales que tienen la forma de una *tela de una sola pieza*, lo cual es altamente cuestionable, ya que ni todas las normas morales tienen la misma trascendencia para la sociedad, ni la moral social es única (Hart, 2006, 45). La moral social no sería una tela de una sola pieza sino más bien un *patchwork* (Ramiro Avilés, 2006b, 66).

La repulsa de todos aquellos actos de procreación humana que reflejen papeles sexuales o modelos de paternidad o maternidad no convencionales al desafiar a la «naturaleza» y a la tradición pone de manifiesto un acentuado conservadurismo moral en el *Informe Kass*, lo cual supone que la sociedad trata de «aislarse de la experimentación

---

<sup>10</sup> Joaquín Rodríguez-Toubes y Jorge Málem coincidieron al señalar las dificultades que planteaba esta parte del trabajo y la necesidad de aclararlas.

vital y a esterilizar una parte importante de su capacidad de desarrollo» (Tribe, 2000, 220). Como señala James Childress, «el informe no desarrolla adecuadamente las dimensiones morales a la hora de formular una política pública en una sociedad liberal, plural, que se caracteriza por la presunción a favor de la libertad reproductiva y científica y por una variedad de bienes y concepciones de florecimiento humano» (2003, 17).

La pretensión de los moralistas es, además, que esta moralidad social se convierta en el criterio de corrección moral y que se excluya cualquier juicio axiológico posterior. Dicha pretensión es inaceptable y H. L. A. Hart, cuando critica el moralismo de Devlin, exige que los puntos de vista morales de carácter material sean sometidos a un escrutinio racional para evitar que se incluya cualquier tipo de contenido y para evitar la afectación ilegítima por parte del Estado en los derechos de las personas (*vid.* Ramos Pascua, 1988, 454-455; Laporta, 1993, 50; Pérez Triviño, 1995, 487-488; Málem, 1996, 49). De ahí que si el argumento «la acción *x* es inmoral y su comisión debe ser un delito» quiere tener alguna plausibilidad, tiene que determinarse haciendo referencia a un principio moral crítico u objetivamente correcto (cfr. Feinberg, 1990, 141)<sup>11</sup>. La moralidad del grupo dominante no puede implicar, pues, la corrección moral y no puede ser un criterio suficiente para determinar el contenido de las leyes. No es posible considerar a la moralidad social como el modelo de conducta al que hay que someter la conducta propia y la de los demás, pues no podemos imponer acuerdos, instituciones o exigencias sobre la base de unos principios que razonablemente pueden rechazarse (Nagel, 1994, 65). Como señala Richard Dawkins, «el hecho de que yo deteste algo no es en sí mismo suficiente justificación para detener a otros que quieren disfrutar de ello» (2000, 67).

---

<sup>11</sup> Este principio moral crítico que se pretende que objetivamente válido es la dignidad humana. En el Informe Kass se hace mención a la dignidad que posee toda persona y se asocia a un tipo de reproducción ya que se dice que un niño engendrado «viene al mundo tal y como sus padres lo hicieron, y es, por lo tanto, su igual en dignidad y humanidad» (2002, 100). Se sostiene de esa forma, según lo interpreto, que un niño clonado no tendrá igual dignidad que el resto de las personas, ya que se considera que es una cosa que ha sido hecha. De igual forma, se señala que un niño clonado tampoco tendrá una identidad individual, ya que ésta principalmente se forma gracias a la identidad genética novedosa e irrepetible que se produce en un proceso sexual de reproducción. Es, como se dice, nuestro emblema de independencia e individualidad. «Los niños clonados pueden experimentar preocupaciones sobre su identidad distintiva no sólo porque serán esencialmente idénticos genéticamente a otro ser humano, sino también porque pueden ser similares en apariencia a versiones más jóvenes de la persona que es su «padre» o «madre»» (2002, 102). No obstante, la apelación a la dignidad en el informe es muy débil, ya que en ningún momento se define qué se entiende por dignidad humana (cfr. Childress, 2003, 16). En el mismo sentido se han pronunciado Romeo Casabona (1997) y Matti Häyry (2004) cuando señalan que en este debate la apelación a la dignidad humana suele ser frecuente pero que no se profundiza suficientemente.

En el *Informe Kass* también se produce un cierto abuso de los ejemplos, algo que H. L. A. Hart criticaba a Patrick Devlin, pues no ilustran si no que distorsionan la argumentación al tratar de confundir, principalmente a aquellas personas que «desearían alinearse con Mill y protestar contra el uso del Derecho penal para castigar comportamientos simplemente porque ofenden a la moralidad positiva [pero que] podrían vacilar o rechazar que se desechen las normas concretas del Derecho penal que estos autores mencionan como ejemplos» (2006, 52)<sup>12</sup>. En este sentido, no puede señalarse que si se admite la clonación con fines reproductivos una de las consecuencias directas será el aumento de los casos de incesto, la creación de un ejército de Hitlers o el dimorfismo social. No son situaciones comparables ni situaciones a las que inevitablemente se va a llegar por una *pendiente resbaladiza*. Además, las actividades que pueden tener ese efecto desastroso en la sociedad no son sólo aquellas que violan la moralidad mayoritariamente compartida sino que pueden tener los mismos efectos actividades que no suponen tal violación, como puede ser que la mitad de la población sea célibe (cfr. Ten, 1972, p. 323). Por otro lado, el abuso de estos ejemplos conduce al campo de las clonoficciones.

Este tipo de prohibiciones unas veces basadas en una moralidad social que pretende ser correcta y otras en conjeturas sacadas de determinadas clonoficciones, no se enfrentan a la demostración fáctica de todos los daños que causaría la clonación y a quién se los causaría (Dawkins, 2000, 71). El miedo que puede sentirse ante los resultados de este tipo de investigación se basa «en creencias erróneas acerca del resultado del proceso, una vez completado. En contra de lo que comúnmente se cree, el método no creará copias de seres humanos existentes [sino que] produce un individuo completamente nuevo» (Häyry, 2003, 449). Los recelos irracionales ante los resultados deberían desaparecer si se recordase el miedo que despertó en 1967 el primer trasplante de corazón (Louis Washkansky) o el nacimiento en 1978 del primer ser humano (Louise J. Brown) cuya fecundación se realizó *in vitro*. Todos esos miedos y recelos han dejado de tener sentido y casi nadie cuestiona moralmente estos procedimientos<sup>13</sup>. Como

---

<sup>12</sup> Joel Feinberg señala que una de las características propias del moralista legal, en especial de aquel que es puro en sentido estricto, es el uso imaginativo que hace de los ejemplos; aunque reconoce que algunos casos, como el que propone Irving Kristol en el artículo «Pornography, obscenity and the case for censorship», publicado en *The New York Times Magazine* el día 28 de marzo de 1971, pueden poner en serios aprietos a los defensores del principio del daño que no defiendan la plausibilidad del paternalismo jurídico (cfr. 1990, pp. 126-133).

<sup>13</sup> En los documentos «Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione» (1987) de la Congregación para la Doctrina de la Fe y Reflexiones sobre la clonación (1997) de la Pontificia Academia Pro Vita, disponibles en [www.vatican.va](http://www.vatican.va), se condena la fecundación *in vitro*. En concreto, en el segundo de los documentos puede leerse: «En contra de la clonación humana se pueden aducir, además, todas las razones morales que han llevado a la condena de la fecundación *in vitro* en cuanto tal o al rechazo radical de la fecundación *in vitro* destinada sólo a la experimentación.»

afirma Javier Blázquez-Ruiz, «el mismo viento que [los] trajo y condujo, como si de un vendaval se tratase, se las volvió a llevar cuando la intensa tormenta de prejuicios ideológicos, opiniones y admoniciones hasta cierto punto apocalípticas, amainó finalmente. Algunas de estas objeciones provenían quizá de la ignorancia, sólo imputable al desconocimiento. Otras habían sido generadas probablemente por ideologías de carácter inmovilista y en cierto modo ancladas en ese atávico túnel del tiempo precientífico» (1999, 75). En este sentido, la *carga de la prueba* de los daños debe estar en el lado de aquellas personas que quieren imponer la prohibición y deben probar fehacientemente que existe un daño de carácter normativo en terceras personas que justifica la interferencia del Estado en el comportamiento de las personas y la proscripción de cualquier actividad que esté vinculada a este tipo de investigación. Como señala Richard Epstein, «el primer paso en este viaje es que los individuos tienen generalmente derecho a hacer lo que quieran. Cuando alguien (el actor) se beneficia, la presunción de la libre acción sólo puede ser invalidada demostrando unas consecuencias negativas para otros individuos» (2000, 250). Sin esa prueba, la prohibición principalmente se alimentaría de un sentimiento de repugnancia hacia la clonación reproductiva, mostrándose de esa forma toda una serie de prejuicios y creencias irracionales.

Si dejamos a un lado los argumentos moralistas, el resto de argumentos en contra de la clonación pueden servirnos para señalar que la investigación en este campo debe gobernarse pero no debe pararse ya que existen razones para la regulación pero no para la prohibición (Sunstein, 2000, 203; Baylis & Robert, 2004, 13-18; Epstein, 2000, 257). Así, deben establecerse mecanismos de control adecuados, formalizados a través de normas jurídicas, que permitan ese tipo de investigación y que, a su vez, prevengan los daños en terceras personas y eviten abusos (cfr. Epstein, 2000, 250-252). De esta manera no estamos ni prohibiendo tajantemente ni permitiendo *a priori* cualquier tipo de investigación y no estaremos negando, ridiculizando o desechando el miedo que puedan tener las personas ante este tipo de investigación (Warnock, 2004, 99). No obstante, la respuesta normativa dependerá de *cómo* va a hacerse la clonación de células humanas (cfr. Tribe, 2000, 211). Esta necesidad de control se debe a que al estar adentrándonos en *terra incognita* todavía no disponemos del suficiente conocimiento para desarrollar la farmacogenética o para clonar a seres humanos sin riesgo (Silver, 1998, 146; Richter, 2003, 48; Carmen, 1997, 751). La libertad de investigación puede limitarse y debe ponderarse con otros principios, derechos y valores (*vid.* Atienza, 1999, 73 y 80-89; Málem Seña, 1999, 198-199). Juan Rodríguez-Drincourt señala al respecto que «el problema de la experimentación biomédica y la tecnología genética es además de una cuestión antropológica, sociológica y ética una cuestión en la que están implicados no sólo principios y derechos sino también algunos de los valores superiores del ordenamiento constitucional» (2002, 33). Se requiere,

como bien señala Juan Rodríguez-Drincourt, «una normativa muy específica de organización y procedimiento que posibilite resultados conforme a los derechos fundamentales» (2002, 141).

En todo caso, la admisibilidad o inadmisibilidad ética será un criterio que forzosamente deberá ser histórico, esto es, modificable atendiendo principalmente al estado de desarrollo de la ciencia y a su repercusión en los principios de la bioética. El carácter histórico del criterio de admisibilidad o inadmisibilidad supone reconocer que no es posible construir un criterio a favor o en contra de la clonación que sea universal e inmutable (*vid.* Häyry, 2003b, 458). El carácter histórico permitiría establecer que ningún tipo de conocimiento esté prohibido definitivamente. El control jurídico no debe suponer que mediante cláusulas de intangibilidad se excluya definitivamente de la investigación un campo del conocimiento (*vid.* Baylis & Robert, 2004, 14). No hay cosas que no se puedan hacer, sino que hay cosas que no se pueden hacer en un momento determinado por razones éticas y técnicas<sup>14</sup>. La unión de ambas razones es imprescindible en un campo como éste ya que, por ejemplo, la afectación a la dignidad humana o a la integridad física de las personas dependerá en buena medida del desarrollo técnico. El actual conocimiento que se tiene acerca del funcionamiento y de las reacciones que pueden producirse en el feto y en la madre desaconsejan permitir la clonación reproductiva pero esta

---

<sup>14</sup> En ese sentido es muy ilustrativo el informe número 82 del CCNE, que puede consultarse en [www.ccne-ethique.fr](http://www.ccne-ethique.fr). El CCNE diferencia en su informe dos tipos de problemas, los problemas técnicos y los problemas éticos que se plantean en un trasplante de cara, y destaca en diferentes partes del informe los puntos de conexión. El CCNE, a pesar de desaconsejar la realización de la intervención quirúrgica porque el nivel técnico actual no garantiza unos resultados muy satisfactorios (12), reconoce que la cirugía debe parte de su reciente desarrollo al hecho de que un cirujano se haya encontrado en una situación particular en que una hazaña quirúrgica completamente nueva era necesaria (14). En este sentido, el CCNE concluye que este tipo de operaciones de trasplante de tejidos compuestos en la cara (injerto parcial o total de un rostro) no deben practicarse en tanto en cuanto no se realicen investigaciones más completas sobre el procedimiento y en tanto en cuanto no se disponga de elementos que permitan apreciar de manera precisa los riesgos que acompañan este tipo de injertos y validar los resultados (19). Así, por ejemplo, señala que hasta la fecha, no ha sido practicado ningún trasplante de este tipo (4) porque el estado actual de la técnica quirúrgica no lo hace posible (12). Su realización conllevaría que la persona se sometiese de por vida –afectando de ese modo a su calidad de vida– a un tratamiento inmunosupresor eficaz (3) lo cual va a plantear una serie de problemas colaterales. El riesgo de rechazo tampoco es despreciable, ya que se estima en el 10% el primer año y entre el 30% y el 50% en el período de los 5 a los 10 años (4). Si este rechazo se produjese, el paciente se encontraría en una situación muy complicada, irreversible, ya que para hacer el trasplante se han tenido que retirar todos los injertos parciales anteriores (16). Esos problemas técnicos enlazan directamente con los problemas éticos, ya que supondría afectar al principio de no maleficencia (16), aumentando los riesgos y los perjuicios de una manera desproporcionada (13), hasta el punto de pasar de una situación de discapacidad a un estado de enfermedad (15) e incluso de riesgo vital (19). Pues bien, al tiempo que escribo este artículo ya se han superado esos problemas técnicos, y por consiguiente también los éticos, y se ha realizado en Francia y Reino Unido el primer trasplante de este tipo (*El País*, 1 de diciembre de 2005, 28, «Un equipo médico francés practica el primer trasplante parcial de cara»; *El País*, 17 de diciembre de 2005, 34, «Reino Unido autoriza el primer trasplante completo de cara»).

prohibición sólo debe ser efectiva «hasta que los temas éticos y de seguridad sean resueltos» (Cibelli *et alii*, 2001, 50). Como señala Ronald Dworkin, podría pensarse en la posibilidad de prohibir totalmente las pruebas genéticas, «al menos hasta que la investigación haya avanzado mucho» (2003, 493-494). El posible y altamente probable en términos estadísticos grave daño que puede causarse a terceras personas debería ser la principal razón para justificar que la clonación reproductiva esté prohibida en la actualidad. La prudencia, pues, aconseja no hacer, al menos hasta que sepamos más (Dawkins, 2000, 66). Esto es suficiente para justificar una prohibición para clonar seres humanos en estos momentos, dejando abierta la puerta para el futuro mediante una moratoria que permita reexaminar las cuestiones éticas, legales y sociales (Carmen, 1997, 753).

Por otro lado, creo que, en general, la respuesta normativa que se pretende imponer y la que debería imponerse en gran medida depende de la relación que se mantiene con la ciencia y sus aplicaciones, la cual ha dado lugar al nacimiento de un tipo de sociedad que Ulrich Beck denomina *sociedad del riesgo*. Este tipo de sociedad no se basa en una *cientificación simple* sino en una *cientificación reflexiva* (2006, 264) ya que los peligros generados externamente han dado paso a unos riesgos que tienen tanto su origen como su solución en la ciencia (2006, 259). La *cientificación simple* se funda, según Beck, en la ingenuidad de creer que la actividad científica puede limitarse a los objetos científicos sin afectar a la sociedad, la moral o la política (2006, 271). La *cientificación reflexiva* provoca, por su lado, que aumenten tanto los riesgos científicamente coproducidos y codefinibles como las desconfianzas ante los riesgos que se han de neutralizar entre sí (2006, 276). Como señala Ulrich Beck, «la ciencia cuando pasa a la práctica se ve confrontada a su propio pasado objetivado y al presente: consigo misma, como producto y productora de la realidad y de los problemas que se ha encargado de analizar y dominar. De ahí que ya no resulta sólo ser fuente de solución de problemas sino que también a su vez es *fuerza que origina problemas*» (2006, 260). Así, el propio desarrollo de la ciencia y de la tecnología parece que de alguna manera haya contribuido a aumentar los riesgos, produciéndose una estrategia de proyección de la fuente de los errores, los problemas y los fallos hacia la propia ciencia (2006, 266). En este sentido, según Beck, los efectos secundarios imprevistos, en el contexto de la investigación, han perdido su latencia y a su vez su legitimación y se han convertido en claras relaciones causales que se diferencian de otras sólo por su contenido político implícito (2006, 285).

La *cientificación reflexiva* paradójicamente ha abonado el terreno para que «ideologías y prejuicios, revestidos ahora de forma científica, consiguen defenderse de la crítica científica» (2006, 281). De ese modo, existe en nuestra sociedad una tendencia extendida a sospechar de lo que no se ha dicho, a temer las consecuencias secundarias y a suponer lo peor (2006, 282), y dicha tendencia puede dar lugar al nacimiento de la *sociedad tabú* (2006, 286). Esta disposición hace que

sobre el mundo moderno se cierna «la amenaza de perder sus fundamentos y de caer en una época de irracionalismo» (2006, 282).

La *sociedad del riesgo* no debería perder el espíritu de la Ilustración que centraba sus esfuerzos en la razón humana. De ahí que «lo que fue hecho por los hombres puede ser cambiado por ellos» (2006, 263). En este sentido, Beck afirma que «la discusión pública de los riesgos de la modernización es el camino para la reconversión de los errores en oportunidades de expansión bajo las circunstancias de la científicación reflexiva» (2006, 268). De no hacerse así, los posibles riesgos y consecuencias secundarios que muchas veces son entendidos como incalculables e imprevisibles se convertirán en condicionamientos que van a delimitar la propia investigación (2006, 286, 289)<sup>15</sup>.

Ulrich Beck defiende por tal motivo que la investigación científica asuma «su propio carácter institucional, científico-teórico y moral, la indagación de las implicaciones políticas que comporta» (2006, 287). Así, lo esencial para que las ciencias contribuyan al autocontrol y paralización de los riesgos prácticos es qué clase de ciencia se fomenta, esto es, «la cuestión central no es qué se investiga sino cómo» (2006, 294). Una de las claves de esta nueva forma de hacer ciencia será evitar tanto la infalibilidad cuanto la irreversibilidad y, en su lugar, «descubrir y elaborar aquellas variables del desarrollo científico-técnico que permita corregir errores» (2006, 296).

Este esquema, en mi opinión, bien podría ser aplicado directamente a las investigaciones genéticas porque pueden ser y de hecho son un proceso de aprendizaje en el que sus decisiones son revisables y permanece abierta la posibilidad de la rectificación cuando se conocen los efectos secundarios (2006, 298). No obstante, esto no significa que las consecuencias haya que conocerlas *después* de la práctica científica sino, como advierte Beck, *en ella* señalándose aquello que se considera digno de valor, la manera en que se plantean las cuestiones, la manera en que se decide la validez de las suposiciones (2006, 300). Eso permitiría, concluye Beck, «dotar de frenos y manillar de dirección al desarrollo científico-técnico que va a la deriva y genera fuerzas explosivas» (2006, 300).

## 5. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas he pretendido mostrar que una parte de los argumentos que se utilizan contra la clonación de células humanas con fines

---

<sup>15</sup> Romeo Casabona es un ejemplo de esta postura cuando señala que las técnicas «están lejos de poder ser controladas y de prevenir efectos secundarios no previstos, cuyas manifestaciones podrían no ser detectables in vitro ni durante el curso del embarazo, sino después del nacimiento o en la edad adulta del individuo clónico» (1997, 28).

reproductivos se basa en un sentimiento moral que no puede aceptarse como criterio de corrección. Es cierto que permanecen otras objeciones que justifican la actual prohibición pero también lo es que en el futuro, una vez que la clonación humana reproductiva pueda realizarse sin riesgos para las personas involucradas, deberán desaparecer (Epstein, 2000, 253).

Las personas procreadas a través de la clonación, cuando pueda ser realizada con seguridad, serán tan libres y autónomas como las personas procreadas a través de métodos más tradicionales; serán tan valiosas y dignas como cualquier otra persona (Häyry, 2003b, 455). Nuestra energía ética debería dirigirse hacia la tarea de asegurar que el proceso de clonación será moralmente aceptable (Baylis & Scott, 2004, 4). Debemos evitar que el debate sobre una tecnología que representa un reto fundamental para nuestra comprensión de nuestra identidad caiga en manos de aquellos que quieren adormecernos (Baylis, 2002, 322). Existe una legítima preocupación moral sobre el uso y los efectos de la clonación humana que subraya la necesidad de un debate público serio sobre los argumentos a favor y en contra. Este redireccionamiento de la energía no supone, por lo tanto, que la sociedad deba ser neutral moralmente con la clonación una vez que ésta pueda realizarse sin riesgos. La sociedad podrá seguir manteniendo que ciertos comportamientos relacionados con la clonación son inmorales pero mientras no suponga una afectación normativa a terceras personas no podrá usar ni el Derecho penal ni ninguna otra rama jurídica para prohibirla, dificultarla o imposibilitarla. Los pretendidos daños personales y sociales son meramente especulativos y, por lo tanto, insuficientes para justificar en este momento una prohibición legal completa (Brock, 1997, 20).

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M. (1999): «Juridificar la bioética», *Bioética y Derecho*, comp. R. Vázquez, México, FCE, pp. 64-91.
- BAYLIS, F.; ROBERT, J. S. (2004): «The Inevitability of Genetic Enhancement Technologies», *Bioethics*, 18:1, pp. 1-26.
- BECK, U. (2006): *La sociedad del riesgo*, trad. J. Navarro, D. Jiménez y M.<sup>a</sup> R. Borrás, Barcelona, Paidós.
- BLÁZQUEZ-RUIZ, J. (1999): *Derechos humanos y Proyecto Genoma Humano*, Granada, Comares.
- BROCK, D. (1997): «An Assessment of the Ethical Issues Pro and Con», *Cloning Human Beings*, Report and Recommendations of the National Advisory Commission, Appendice C, pp. E1-E24.
- CARMEN, I. H. (1997): «Should Human Cloning Be Criminalized?», *Journal of Law and Politics*, 13, pp. 745-758.
- CHILDRESS, J. (2003): «Human Cloning and Human Dignity. The Report of the President's Council on Bioethics», *Hasting Center Report*, may-june, pp. 15-18.

- CIBELLI, J. B. *et alii* (2001): «The First Human Cloned Embryo», *Scientific American*, 24 de noviembre, pp. 44-51.
- DAWKINS, R. (2000): «¿Qué es lo que está mal en la clonación?», *Clones y clones*, eds. M. C. Nussbaum y C. R. Sunstein, trad. M. Córdor, Madrid, Cátedra, pp. 61-72.
- DE MELO-MARTÍN, I. (2002): «On cloning human beings», *Bioethics*, 16:3, pp. 246-265.
- DEVLIN, P. (1965): *The Enforcement of Morals*, Oxford UP.
- DWORKIN, R. (2003): «Jugar a ser dioses: genes, clones y suerte», *Virtud soberana*, trad. M. J. Bertomeu, Barcelona, Paidós, pp. 471-496.
- EPSTEIN, R. (2000): «Un apremio a la cautela: la clonación de seres humanos», *Clones y clones*, eds. M. C. Nussbaum y C. R. Sunstein, trad. M. Córdor, Madrid, Cátedra, pp. 247-262.
- FEINBERG, J. (1980): «The Child's Right to an Open Future», *Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power*, eds. W. Aiken and H. La Follete, Rowman and Littlefield, Totowa, pp. 124-153.
- (1987): *The Moral Limits of the Criminal Law*. vol. 1: *Harm to Others*, New York, Oxford UP.
- (1990): *The Moral Limits of the Criminal Law*. vol. 4: *Harmless Wrongdoing*, New York, Oxford UP.
- GARRIDO, M. (2000): «La hora de la clonación», *Clones y clones*, eds. M. C. Nussbaum y C. R. Sunstein, trad. M. Córdor, Madrid, Cátedra, pp. 11-20.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1999): «¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?», *Bioética y Derecho*, comp. R. Vázquez, México, FCE, pp. 42-63.
- GEORGE, R. P. (1995): *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford UP.
- HART, H. L. A. (1980b): «Inmoralidad y Alta Traición», trad. J. Sainz, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 159-168.
- (2003): «Social Solidarity and the Enforcement of Morals», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford UP, pp. 248-262.
- (2006): *Derecho, Libertad, Moralidad*, trad. M. A. Ramiro, Madrid, Dykinson.
- HÄYRY, M. (2003a): «Deeply Felt Disgust. A Devlinian Objection to Cloning Humans», *Ethical Issues in the New Genetics*, ed. B. Almond and M. Parker, Ashgate, Aldershot, pp. 55-67.
- (2003b): «Philosophical Arguments For and Against Human Reproductive Cloning», *Bioethics*, 17, 5-6, pp. 447-459.
- (2004): «Another Look at Dignity», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 13, pp. 7-14.
- Informe *Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione*, 22 de febrero de 1987, Congregación de la Doctrina de la Fe.
- Informe *L'allograftation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffe totale ou partielle d'un visage)*, n.º 82, 6 de febrero de 2004, Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé.
- Informe *Reflexiones sobre la clonación*, 25 de junio de 1997, Pontificia Academia Pro Vita.
- KASS, L (1998): «The Wisdom of Repugnance», L. R. Kass and J. Q. Wilson, *The Ethics of Human Cloning*, Washington DC, The AEI Press.
- (1999-2000): «Why we should ban the cloning of human beings», *Texas Review of Law and Politics*, 4, pp. 41-49.
- LAPORTA, F. (1993): *Entre el Derecho y la Moral*, México, Fontamara.

- MÁLEM SEÑA, J. (1999): «Privacidad y mapa genético», *Bioética y Derecho*, comp. R. Vázquez, México, FCE, pp. 176-200.
- MÁLEM, J. (1996): *Estudios de Ética Jurídica*, México, Fontamara.
- MILL, J. S. (1994): *Sobre la Libertad*, trad. P. de Azcárate, Madrid, Alianza.
- NAGEL, T. (1994): «Moral Conflict and Political Legitimacy», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, pp. 60-76.
- National Academy of Science (2002): *Scientific and Medical Aspects of Human Reproductive Cloning*, Washington DC.
- National Advisory Commission (1997): *Cloning Human Beings*, Maryland, Rockville.
- NUSSBAUM, M. C.; SUNSTEIN, C. R. (2000): «Introducción», *Clones y clones*, eds. M. C. Nussbaum y C. R. Sunstein, trad. M. Cándor, Madrid, Cátedra, pp. 21-25.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2003): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 8.ª ed., Tecnos.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (1995): «Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Doxa*, 17-18, pp. 469-490.
- President's Council on Bioethics (2002): *Human Cloning and Human Dignity. An Ethical Inquiry*, Washington DC.
- RAMIRO AVILÉS, M. A. (2002): *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Madrid, Marcial Pons.
- (2006a): «A vueltas con el paternalismo», *Derechos y Libertades*, 15, pp. 211-256.
- (2006b): «A vueltas con el moralismo», H. L. A. Hart, *Derecho, Libertad y Moralidad*, trad. M. A. Ramiro, Madrid, Dykinson, pp. 9-88.
- (2007): «Clonación y derechos humanos», *Bioética y Religión*, ed. J. J. Tamayo, Madrid, Dykinson, pp. 107-144.
- RAMOS PASCUA, J. A. (1988): «Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H. L. A. Hart», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, pp. 447-467.
- RICHTER, D. (2003): «The Fear of Playing God», *Ethical Issues in the New Genetics*, eds. B. Almond and M. Parker, Ashgate, Aldershot, pp. 47-53.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT, J. (2002): *Genoma humano y Constitución*, Madrid, Cívitas.
- ROMEO CASABONA, C. M. (1997): «¿Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 6, pp. 21-39.
- SILVER, L. M. (1998): *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, trad. J. J. García, Madrid, Taurus.
- SUNSTEIN, C. R. (2000): «La Constitución y el clon», *Clones y clones*, eds. M. C. Nussbaum y C. R. Sunstein, trad. M. Cándor, Madrid, Cátedra, pp. 199-209.
- TEN, C. L. (1972): «Enforcing a Shared Morality», *Ethics*, 82:4, pp. 321-329.
- TRIBE, L. (2000): «En torno a no prohibir la clonación por las razones equivocadas», *Clones y clones*, eds. M. C. Nussbaum y C. R. Sunstein, trad. M. Cándor, Madrid, Cátedra, pp. 211-221.
- WARNOCK, M. (2004): *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?*, trad. J. L. López, Barcelona, Gedisa.

**Tercera sesión plenaria**

**SOBERANÍA, UNIÓN EUROPEA Y CIUDADANÍA**



# Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea\*

Por JUAN CARLOS BAYÓN MOHINO\*  
Universidad Autónoma de Madrid

«À l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de *peuple*, et s'appellent en particulier *citoyens*, comme participant à l'autorité souveraine, et *sujets* comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre».

(J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, liv. I, chap. VI)

## RESUMEN

*En la filosofía política actual se sostiene a menudo que la soberanía está en crisis y que aún habría que avanzar más en el camino hacia su disolución, alentando nuevas formas –«post-soberanas»– de articulación del espacio político que ocuparan el lugar de los estados soberanos clásicos. Esas nuevas estructuras políticas compuestas o «multinivel», en las que se asentaría una ciudadanía plural o múltiple, nos obligan a revisar nuestra forma de entender la democracia. En este trabajo, centrando la atención en el caso de la Unión Europea, se intenta analizar en primer lugar cómo se estructura esa clase de sistema político multinivel examinando el modo en que se relacionan el derecho comunitario y el de los estados miembros. Y a continuación, aun sosteniendo que el déficit democrático es inherente a ese tipo de estructura, se llama también la atención sobre los problemas para la demo-*

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ2005-0885/JURI «Derechos, justicia y globalización» de la dirección General de Investigación.

*cracia que traerían consigo tanto el avance hacia un superestado federal como el retroceso hacia una estructura puramente intergubernamental.*

**Palabras clave:** *Ciudadanía democrática, soberanía, Unión Europea, comunidades políticas compuestas, pluralismo jurídico, déficit democrático.*

### ABSTRACT

*Current political philosophy often takes for granted the crisis of sovereignty and even holds that we should go further towards its entire vanishing, bringing about new –«post-sovereign»– forms of arranging the political domain that would replace the classical sovereign states. These new kind of «multilevel» or compound polities, in which a multiple citizenship would take place, would compel us to revise our understanding of democracy. In this paper, focusing on the European Union, it is first analysed how this kind of multilevel political system is worked out, paying attention to the relationship between community law and the law of member states. And next, even holding that democratic deficit is inherently linked to such a structure, it is also reminded that both going forward into a federal superstate and going back to a merely intergovernmental structure would likely carry about dire problems for democracy.*

**Key words:** *Democratic citizenship, sovereignty, European Union, compound polities, legal pluralism, democratic deficit.*

En la filosofía jurídico-política contemporánea se habla de «ciudadanía» en varios sentidos diferentes<sup>1</sup>, pero el que aquí me interesa es el que tiene que ver con la idea de pertenencia a una comunidad política que se autogobierna, es decir, de formar parte de un cuerpo político cuyos miembros tienen derecho a participar como iguales, directamente o a través de representantes, en la toma de las decisiones públicas, de manera que no resulten ser meros *súbditos* en tanto que sometidos a las mismas, sino *ciudadanos* en tanto que copartícipes en pie de igualdad en los procesos conducentes a su adopción. Históricamente ese derecho de autogobierno no se ha ejercido sino en comuni-

---

<sup>1</sup> Tal vez en demasiados. De hecho, como ya advertían hace algo más de una década Kymlicka y Norman, «el alcance de una “teoría de la ciudadanía” es potencialmente ilimitado» (KYMICKA y NORMAN, 1995: 284), dado que es difícil concebir un solo problema filosófico-político que no admita ser presentado como algún aspecto de las relaciones entre los ciudadanos o entre estos y aquellos a quienes no se reconoce –o no se reconoce «plenamente»– como tales. De ahí que la tendencia de una parte significativa de la filosofía política actual a discutir problemas dispares bajo ese rótulo común entrañe el riesgo de «producir un concepto de ciudadanía que empieza a significar muy poco por la facilidad con la que puede querer decir demasiado» (BOSNIAK, 2000: 487), de dar lugar «a una trivialización de la palabra “ciudadanía”» con la consecuencia de «ver progresivamente devaluado su significado por inflación de su uso» (DÍEZ-PICAZO, 2002: 64). Para inventariar los significados de la noción de ciudadanía y precisar su alcance, *vid.* PÉREZ LUÑO, 2002.

dades políticas delimitadas, esto es, en el marco de algún *demos* de extensión no universal. Naturalmente ello plantea algunas cuestiones sumamente delicadas y profusamente discutidas por la filosofía política, como la de si hay o no algún principio que haga normativamente preferibles algunas delimitaciones posibles del *demos* frente a otras, o qué clase de vínculo debería cohesionar a los miembros de una comunidad diferenciada para que la vida política pueda desenvolverse entre ellos alcanzando un nivel adecuado de estabilidad y calidad democrática. Pero dejando ahora todo eso al margen, lo que me interesa destacar es que la idea de ciudadanía como pertenencia a una comunidad política que se autogobierna parece tener una vinculación inmediata con la noción de *soberanía*: porque si la comunidad política resultase estar sujeta a un poder normativo verdaderamente externo a ella<sup>2</sup>, sus miembros ya no podrían considerarse generadores –ni siquiera indirectos– de todas las normas de las que son destinatarios. Y ello parece sugerir que el *locus* de la ciudadanía democrática habría de ser una comunidad política soberana. O dicho más abiertamente, que habría de ser ese modo contingente de articulación del espacio político que se corresponde con la forma del Estado moderno o, como hoy suele decirse, el «Estado westfaliano»: una unidad territorialmente delimitada que posee autoridad normativa última dentro de sus confines.

Sin embargo, la puesta en tela de juicio de esa suposición es un punto de partida bastante habitual en la filosofía política reciente, en la que ya casi son lugares comunes las ideas de la crisis o disolución de la soberanía estatal, la aparición de formas «postnacionales» o «postsobranas» de articulación del espacio político y la necesidad consiguiente de recomponer la noción de ciudadanía democrática «más allá del Estado-nación»<sup>3</sup>, lo que suele traducirse no sólo en la insistencia en desvincular nacionalidad y ciudadanía (algo que, a decir verdad, se entiende de maneras muy diversas, algunas de las cuales pueden perfectamente llevarse a cabo sin trascender el marco de los Estados soberanos<sup>4</sup>, sino sobre todo en la idea de una ciudadanía plural o múltiple, como forma de pertenencia simultá-

---

<sup>2</sup> Digo *verdaderamente externo* porque, en el sentido que aquí es relevante, no sería tal si su autoridad derivara de una delegación de la propia comunidad, la validez de sus normas en el ámbito de ésta estuviese condicionada en consecuencia al respeto de los términos de dicha delegación y, además, fuesen órganos de la comunidad misma los que determinaran autoritativamente cuándo queda cumplida esa condición y cuándo no.

<sup>3</sup> *Vid.*, sólo a título de muestra, HELD, 1991 y 1995; POGGE, 1992; MACCOR-MICK, 1993 y 1999; LINKLATER, 1996; CURTIN, 1997; COHEN, 1999; CAPORASO, 2000: 15-8; BELLAMY, 2003.

<sup>4</sup> Me refiero a la posibilidad de que un Estado soberano reconozca derechos de participación política, en mayor o menor medida, a no nacionales con residencia estable en su territorio; o a que defina los requisitos para la adquisición de la nacionalidad de manera que dependan más de la voluntad de los individuos (dando mayor relevancia al criterio del *ius domicilii* frente a los más tradicionales del *ius sanguinis* y el *ius soli*) y menos por tanto de una concepción de los vínculos que hacen posible la cohesión de la comunidad en términos de homogeneidad etnocultural (esto es, de la idea

nea a los diferentes niveles superpuestos de las estructuras políticas compuestas, «post-soberanas», que habrían de ocupar el lugar de los Estados westfalianos clásicos. En particular, tanto el análisis conceptual como la discusión normativa acerca del proceso de integración europea (que constituyen el centro de interés de este trabajo) se están desarrollando en gran parte en esos términos, ya sea dando por sentado –en el plano conceptual– que la estructura jurídico-política compleja que forman la Unión Europea y los Estados miembros sería hoy por hoy el ejemplo más acabado de aquel tipo de entidad postsoberana<sup>5</sup>, ya sosteniendo además –en el plano normativo– que eso es exactamente lo que debería seguir siendo<sup>6</sup>, sin transitar de ningún modo hacia un Estado federal europeo ni retroceder a la condición de mera estructura intergubernamental, lo que supondría en uno y otro caso la recaída –simplemente a distintas escalas– en la configuración del espacio político bajo el molde de la soberanía westfaliana o clásica.

Neil MacCormick ha escrito, creo que con toda razón, que el proceso de integración europea representa un desafío tanto para nuestras teorías del derecho como para nuestras teorías de la democracia<sup>7</sup>. Lo que quizá no resulte tan visible es que determinar con exactitud qué clase de desafío representa para nuestras teorías de la democracia depende justamente de cuáles sean los términos en que reconstruyamos desde el punto de vista conceptual la relación entre los ordenamientos de los Estados miembros y el derecho comunitario, esto es –y por decirlo en los términos de MacCormick–, de la clase de respuesta que hayamos dado al desafío que la integración europea representa para nuestras teorías del derecho. El modo preciso en que deba entenderse la idea de una ciudadanía fragmentada o múltiple y el sentido en que ello hubiera de obligarnos a recomponer nuestra forma de entender la democracia (para concebir una clase de proceso democrático que no se desenvuelva ya en un *demos*, sino en una estructura más compleja integrada por una pluralidad de *demoi*) está condicionado, como es evidente, por la forma en que analicemos la idea misma de un sistema político compuesto o de múltiples niveles en el que supuestamente ninguno de ellos fuese en sentido estricto soberano (o lo que es lo mismo, por la forma en que se analice la relación entre los sistemas

---

de «nación» como supuesta entidad prepolítica). Sobre todo ello resulta sumamente instructivo ALÁEZ CORRAL, 2006.

<sup>5</sup> Puesto que se entiende que a resultados de la integración los Estados miembros ya no son entidades políticas soberanas, sin que ello implique de ningún modo que haya pasado a serlo en su lugar la estructura jurídico-política que la integración ha creado. Particularmente representativo de este punto de vista resulta MACCORMICK, 1993: 16.

<sup>6</sup> Entre los muchos –incluido el propio MacCormick– que con distintas variantes sostienen esta tesis, destaca sin duda la posición de Joseph Weiler: cfr. sobre todo WEILER, 1998, 1999 y 2001.

<sup>7</sup> MACCORMICK, 1999: 135.

normativos generados en cada uno de los niveles de esa clase de estructura). Conviene, por tanto, ordenar ese recorrido paso a paso.

## I. ESTRUCTURAS POLÍTICAS COMPUESTAS Y SOBERANÍA

### 1. ¿Más allá de los Estados soberanos?

Quienes sugieren la idea de un orden mundial «postwestfaliano», o que reconfigurara el espacio político en términos distintos del sistema de Estados soberanos, proponen en su lugar la imbricación o superposición de una multiplicidad de unidades políticas de diferente amplitud –de ámbito local, regional, nacional, continental o hasta mundial– articuladas de tal modo que ninguna de ellas ocupase una posición frente a las demás que permitiera calificarla como «soberana» (o entre las cuales, como también suele decirse, la soberanía estuviese «dispersa»)<sup>8</sup>. Cada persona sería entonces simultáneamente miembro de una serie de comunidades políticas superpuestas y participaría en el autogobierno colectivo de cada una de ellas, desplegando así una identidad múltiple –o, si se quiere, una serie de identidades concéntricas– que le permitiría sentirse a la vez parte de todas esas comunidades sin tener que concebir la pertenencia a alguna de ellas como predominante (y menos aún como exclusiva)<sup>9</sup>.

Como una estructura compuesta de esa clase implica que sobre un territorio dado ejercerían simultáneamente su autoridad unidades políticas de distintos niveles, la articulación coherente del conjunto depende de la definición de una esfera competencial determinada para cada nivel. Pero la pregunta, en ese caso, es *quién* –en una estructura compuesta en la que «ninguna unidad política es soberana»– decide el reparto de esferas competenciales y *quién*, una vez establecido, tiene autoridad para resolver los inevitables conflictos de competencias. Suele responderse que la distribución competencial habría de venir guiada por la idea de subsidiariedad<sup>10</sup>: cada decisión debería tomarse en el ámbito más pequeño que abarcara a todos los afectados; y, por lo tanto, sólo habría de trasladarse a un nivel superior cuando la toma de decisiones en paralelo por las distintas unidades políticas alineadas en

---

<sup>8</sup> Cfr., p. ej., POGGE, 1992: 58, SANDEL, 1996: 345, LINKLATER, 1996: 95, JÁUREGUI, 2002: 132.

<sup>9</sup> Siendo además presumible que el sentimiento de pertenencia de una persona a cada una de esas unidades políticas tuviese una base de distinta naturaleza en los diferentes niveles (*vid.* CHOUDHRY, 2001). No obstante, sobre las dificultades para precisar la naturaleza de una base apropiada de identificación con la comunidad en unidades políticas supranacionales, *vid.* también KYMLICKA, 1995: 187-192.

<sup>10</sup> *Vid.* POGGE, 1992: 63-69; JÁUREGUI, 2002: 147. Sobre la idea de subsidiariedad, su fundamentación y su alcance real resulta especialmente clarificador BARBER, 2005.

el nivel inferior generase problemas de acción colectiva (externalidades, falta de provisión de bienes públicos, fenómenos de «*race to the bottom*» o competencia a la baja perjudicial a la larga para todos, etc.), lo que no es sino otra manera de decir que la toma de la decisión en cada una de las unidades del nivel inferior no abarcaba realmente a todos los afectados<sup>11</sup>. Lo que ocurre es que ni el principio de subsidiariedad ni ningún otro criterio material de distribución de competencias es inmune a la aparición de desacuerdos en cuanto a su aplicación<sup>12</sup>. Y por cierto, cualquiera que sea el atractivo que nos parezca que puede tener desde el punto de vista normativo, también puede haber desacuerdos acerca de si, para empezar, habría de ser el principio de subsidiariedad o algún otro el que guiara la distribución de competencias. Por consiguiente, las preguntas de quién y cómo ha decidido el reparto de esferas competenciales y quién resuelve los conflictos de competencias en una estructura política compuesta en la que ninguna unidad es soberana siguen en pie.

En un orden westfaliano también hay, por cierto, estructuras políticas compuestas. Pero se sustentan en las formas clásicas de la federación<sup>13</sup> y la confederación, estando claro en ambos casos dónde reside la soberanía<sup>14</sup>. En un orden confederal los Estados mantienen su soberanía, delegando competencias en las instituciones confederales que se han constituido mediante un pacto entre todos ellos: pero precisamente porque siguen siendo soberanos la delegación es revocable; y para cada Estado la validez de las normas que puedan emanar de las instituciones confederales está condicionada a la apreciación, desde *su* punto de vista, de que no se han traspasado los términos de la dele-

---

<sup>11</sup> La idea de que el principio de subsidiariedad exige que la decisión se tome en el nivel superior cuando de ser tomada en las unidades del nivel inferior se produciría un problema de acción colectiva (que me parece que concreta considerablemente el alcance de un principio que no en vano ha llegado a calificarse de «deliciosamente vago»: cfr. WEILER, 1999: 318) procede de KUMM, 2005a: 33.

<sup>12</sup> Sobre las dificultades inherentes a la aplicación judicial del principio de subsidiariedad en el ámbito específico de la Unión Europea, hasta el punto de poner seriamente en duda que pueda servir como instrumento para resolver los problemas de legitimidad inherentes a la delimitación competencial entre la Unión y los Estados miembros, *vid.* ESTELLA, 2002 y DAVIES, 2006.

<sup>13</sup> Entendiendo por «federación» un *Estado* federal (por tanto, un clásico Estado westfaliano, si bien con una específica estructura interna). La precisión no es ociosa, puesto que hay quien entiende que el Estado federal sería justamente una perversión —«soberanista» o «estatalizadora»— de los ideales del federalismo, que requerirían más bien —y ésa sería la genuina «federación»— una estructura política compuesta en la que ninguna de las unidades componentes fuese soberana (*vid.*, p. ej., NICOLAIDIS, 2001: 440-442; ELAZAR, 2001: 33-35; o NICOLAIDIS, 2003: 6).

<sup>14</sup> En el sentido de autoridad *normativa* última (o, si se quiere, «competencia sobre las competencias»). Este sentido de «soberanía», que es aquí el relevante, debe distinguirse con claridad del poder material o autonomía *de facto* (de la que la autoridad normativa última puede disponer en mayor o menor medida); y de la soberanía como un agregado de competencias «esenciales» o fundamentales, que pueden ser no obstante objeto de delegación (precisamente a través del ejercicio de la «competencia sobre las competencias»).

gación<sup>15</sup>. En suma, desde la perspectiva de cada Estado confederado el sujeto colectivo al que se imputa la soberanía es su propio *demos*. En un Estado federal, en cambio, el poder constituyente se ejerce en nombre del *demos* de la federación, al que se identifica por tanto como sujeto de la soberanía<sup>16</sup>. Eso implica el reconocimiento de la constitución federal como norma cuya validez no deriva de normas de las unidades federadas, ni está sujeta por consiguiente a revocación unilateral desde cada una de ellas. Al contrario, es la constitución federal la que distribuye las competencias entre la federación y las unidades federadas y son órganos federales los que resuelven los conflictos de competencias. En suma, tanto en una confederación como en un Estado federal, por más que se trate de estructuras políticas compuestas, está claro quién tiene la «competencia sobre las competencias», a quién se reconoce la última palabra para decidir quién decide sobre cada cuestión<sup>17</sup>.

Sin embargo, tanto quienes desde un punto de vista normativo abogan genéricamente por la constitución de estructuras políticas «post-soberanas» —o en las que la soberanía esté «dispersa», «dividida», «puesta en común» o se ejerza «cooperativamente»<sup>18</sup>—, como, específicamente, quienes consideran que la estructura jurídico-política compleja que forman la Unión Europea y los Estados miembros es ya una entidad de esa clase<sup>19</sup>, suelen replicar que la insistencia en que alguien ha de tener con carácter final la «competencia sobre las competencias» y la obsesión por encontrar dónde reside la soberanía —o por encajar a toda costa la realidad jurídico-política *sui generis* que sería la Unión Europea en conceptos como los de confederación y federa-

<sup>15</sup> Ése era precisamente —como recuerda Díez-PICAZO, 2002: 115-121— el sentido de las doctrinas de la *interposition* y la *nullification*, mantenidas por quienes, hasta la guerra civil, sostenían la naturaleza confederal de los Estados Unidos.

<sup>16</sup> Que el poder constituyente se ejerza en nombre del *demos* de la federación no presupone en absoluto que en sentido sociológico todos sus miembros se reconozcan de hecho como miembros de una sola comunidad con esos precisos confines. En sentido jurídico el acto constituyente no *presupone* el *demos*, sino que, justamente, lo *constituye*. Cuestión distinta es que la legitimación de la que goce la federación —y por tanto su estabilidad— dependa de que preexistiera o sepa generar entre los integrantes del *demos* federal ese reconocimiento recíproco como miembros de una misma comunidad.

<sup>17</sup> Y por eso, precisamente, la transformación de una confederación en un Estado federal entraña un cambio en la regla de reconocimiento del sistema, puesto que supone la identificación como autoridad última de una distinta de la que se venía reconociendo como tal.

<sup>18</sup> Sobre el uso de todas esas expresiones y los problemas que encierran, *vid.* WALKER, 2003, 14-15.

<sup>19</sup> Como es de sobra sabido, la Unión Europea es una estructura híbrida que engloba tres «pilares», dos de los cuales consisten en realidad en mecanismos de cooperación presididos por el principio de intergubernamentalidad. Aunque para simplificar la exposición aluda en ocasiones genéricamente a la Unión Europea y su derecho, debe entenderse en lo que sigue que me refiero específicamente al derecho comunitario propiamente dicho (esto es, el del «primer pilar»).

ción— no serían sino la expresión de un prejuicio estatalista, la manifestación, precisamente, de la incapacidad de pensar en formas de articulación del poder político si no es en el lenguaje y a través de las categorías que son propios de los tradicionales Estados soberanos<sup>20</sup>. Frente a esos prejuicios —se dice—, la realidad misma del proceso de integración europea probaría ya de qué modo puede estar constituido y cómo puede operar un orden «policéntrico»<sup>21</sup>, un verdadero caso de «pluralismo» en el que sistemas jurídicos diferentes se coordinarían sin que haya entre ellos una relación de supraordenación o jerarquía<sup>22</sup>. No obstante, para determinar hasta qué punto es convincente un planteamiento como éste hay que examinar con algún detenimiento cómo se articula la relación entre los ordenamientos de los Estados miembros y el derecho comunitario.

## 2. *El problema de la autoridad última y el equívoco del pluralismo*

Pero la dificultad, como es bien sabido, reside en que esa relación se percibe de dos maneras no equivalentes según cuál sea la perspectiva desde la que se contemple. Si se adopta la que fue desarrollando desde la década de los sesenta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>23</sup> (TJCE), el derecho comunitario constituiría un ordenamiento jurídico *autónomo* resultante de «una limitación definitiva de su soberanía» en ámbitos específicos por parte de los Estados, de manera que ahora el derecho comunitario originario, a pesar de haber sido adoptado bajo la forma de tratados internacionales, podría ser considerado la «carta constitucional de una comunidad de Derecho», esto es, la constitución en sentido material de un ordenamiento específico que gozaría de *primacía* incondicional sobre el derecho de los Estados miembros, incluidas sus constituciones<sup>24</sup>. Y aunque, por supuesto, en línea de principio sería sólo el derecho comunitario *válido* (i. e., el producido dentro del «ámbito restringido» en el que los

<sup>20</sup> Joseph Weiler, muy gráficamente, ha llegado a decir que el intento de comprender lo que representa la Unión Europea a través del aparato conceptual propio de un mundo de Estados soberanos es como pretender «describir naranjas con un vocabulario botánico desarrollado para manzanas»: cfr. WEILER, 1999: 268.

<sup>21</sup> WEILER, HALTERN y MAYER, 1995: 16; WEILER, 1996: 519; MACCORMICK, 1999: 105; WIND, 2003: 126-127.

<sup>22</sup> MACCORMICK, 1993: 8; MACCORMICK, 1999: 102-105; LA TORRE, 1999: 193; WALKER, 2002; BESSON, 2004: 268 y 271; BARBER, 2006.

<sup>23</sup> Cfr. las Sentencias *Van Gend & Loos*, de 5 de febrero de 1963 (asunto 26/62); *Flaminio Costa v. ENEL*, de 15 de julio de 1964 (6/64); *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 (11/70); *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (106/77); y *Partido ecologista «Los Verdes» v. Parlamento Europeo*, de 23 de abril de 1986 (294/83).

<sup>24</sup> De manera que, como se afirma en *Internationale Handelsgesellschaft*, «la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado».

Estados habrían limitado su soberanía<sup>25</sup>) el que gozaría de primacía sobre el derecho de los Estados, la determinación de su validez correspondería en exclusiva al propio TJCE<sup>26</sup>, de manera que sería un órgano comunitario el que contaría con la última palabra a la hora de determinar si una norma comunitaria se ha producido o no *ultra vires*; o lo que es lo mismo, a la hora de determinar en definitiva cuál es la extensión precisa del ámbito en el que habría que considerar que los Estados miembros han limitado su soberanía a favor del ordenamiento comunitario<sup>27</sup>.

Aunque el TJCE afirmó en su día<sup>28</sup> que el Tratado CEE (hoy TCE) supuso «la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos», no sería sensato concebir la Unión Europea –ni entender que el propio TJCE la concibe– como una entidad política «soberana» en un sentido clásico, esto es, como una entidad política que pretende autoridad *exclusiva* sobre un determinado territorio. Obviamente no es así. Pero, de todas formas, asumir el punto de vista del TJCE acerca del carácter autónomo del ordenamiento comunitario y su primacía incondicional sobre los derechos de los Estados sí implica de hecho sostener una pretensión de *autoridad última* del derecho comunitario, si bien circunscrita no sólo a un ámbito territorial determinado, sino además a una esfera *funcional* también delimitada<sup>29</sup>.

Lo que ocurre es que no puede decirse que desde la perspectiva de los Estados se haya aceptado sin más esa pretensión de autoridad última del derecho comunitario que es consustancial a la afirmación de su carácter «autónomo». Por el contrario, desde el punto de vista de cada Estado *y en la medida en que siga reconociendo como fuente suprema su propia constitución*, la autoridad que se reconozca al derecho comunitario no puede concebirse como «última», sino como derivada de la de la constitución<sup>30</sup>, es decir, como el resultado de una delega-

<sup>25</sup> En expresión de *Van Gend & Loos*.

<sup>26</sup> Sentencia *Foto-Frost*, de 22 de octubre de 1987 (asunto 314/85).

<sup>27</sup> Y dado que, si bien el derecho comunitario se rige por el principio de atribución de competencias (art. 5 TCE), el TJCE ha ido desarrollando una importante doctrina de «poderes implícitos» que lo matiza considerablemente, no debe causar sorpresa que en razón de todo ello se haya podido llegar a decir desde esta perspectiva –con exageración, pero no sin un grano de verdad– que «sencillamente no hay núcleo de soberanía que los Estados miembros puedan invocar, como tal, frente a la Comunidad» (LENAERTS, 1990: 220).

<sup>28</sup> En *Van Gend & Loos*.

<sup>29</sup> Sobre la idea de una comunidad política *funcional*, que en un ámbito territorial determinado pretende autoridad última pero sólo sobre cierta esfera material y que concreta esa pretensión de autoridad última en la autoatribución de la última palabra en cuanto a la interpretación de cuáles son los confines de dicha esfera material, *vid.* WALKER, 2002: 345-346; y WALKER, 2003: 22-24.

<sup>30</sup> Podría sostenerse que hay dos vías por las cuales, partiendo del reconocimiento como fuente suprema de la constitución nacional, se llegaría sin embargo a fundamentar la primacía incondicional del derecho comunitario. La primera sería que la propia constitución contuviese una cláusula que estableciera esa primacía (como ocurre en los Países Bajos no ya respecto del derecho comunitario, sino respecto del

ción, estando en tal caso sujeta su validez desde *su* punto de vista al respeto de los términos de la misma. Cuáles sean esos términos depende de cómo estén formuladas las disposiciones específicas que autorizan en cada constitución la transferencia del ejercicio de competencias a favor de la Unión –las llamadas «cláusulas de apertura» o «de integración»– y de cuáles sean en suma los límites procedimentales y materiales –establecidos en esas mismas cláusulas, en otras disposiciones constitucionales o, en su caso, reconocidos como límites implícitos a la reforma constitucional– de cuyo respeto dependa el que pueda considerarse constitucionalmente admisible la transferencia. En todo caso, si hay un conjunto de transferencias de competencia que un Estado no podría realizar válidamente con arreglo a su propia constitución, entender que sí puede a pesar de ello transferir válida e irrevocablemente la competencia para determinar el alcance de las competencias que haya transferido sería como entender que puede transferir válidamente el poder de autorizar lo que desde *su* punto de vista podrían ser violaciones de su constitución<sup>31</sup>. De ahí que entre los Estados miembros diste de ser aceptada sin reservas la primacía del derecho comunitario sobre las constituciones nacionales y que, entre aquellos que cuentan con jurisdicción constitucional, no deje de

---

derecho internacional en general: *vid.* de Witte, 2003). Pero en ese supuesto no se produciría la «limitación definitiva de la soberanía» (en ámbitos específicos) a la que se refiere el TJCE a menos que esa cláusula fuese irreformable (y, por cierto, no lo es en la constitución holandesa): y si no lo es, no se podría decir que se han transferido competencias sin posibilidad de recobrarlas por un acto posterior unilateral (como sería el caso de una reforma constitucional que modificara o eliminara aquella cláusula), lo que mostraría, en suma, que la primacía del derecho comunitario basada en una constitución nacional no tendría en realidad, ni siquiera en ese caso, el mismo alcance que le atribuye el TJCE basándola en el «carácter autónomo» del ordenamiento comunitario.

La segunda vía pasaría por entender que lo que hace que la transferencia de competencias operada en virtud de la celebración de un tratado entrañe una autolimitación irrevocable de la soberanía es la regla de derecho internacional según la cual las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de un tratado (y más específicamente: de un tratado del que, según el derecho internacional, no quepa la retirada unilateral) vinculan a las partes sin que sean oponibles normas de sus derechos internos. Pero se trata en realidad de una argumentación circular, puesto que para fundamentar la limitación de los poderes internos por normas internacionales se basa en la adopción de un punto de vista que presupone la primacía del derecho internacional (que, como tal, no tiene por qué ser aceptada en el plano interno: una cosa es que dictando una norma interna que se oponga a lo establecido en un tratado el Estado incurra en responsabilidad en el plano internacional; y otra que, desde el punto de vista de su regla de reconocimiento, la validez de la norma en el plano interno esté supeditada a la inexistencia de esa contradicción). No parece reparar en esa circularidad WEILER, 1996: 532.

<sup>31</sup> Es cierto que los Estados miembros han ratificado un tratado que atribuye al TJCE la competencia para pronunciarse sobre la validez de las normas y actos comunitarios (art. 234 TCE), esto es, para determinar si las demás instituciones comunitarias han actuado *ultra vires*; pero el problema (como señala KUMM, 2005b: 264) es que el mismo TJCE puede también actuar *ultra vires* (considerando válidas normas que, desde el punto de vista de un Estado, exceden del ámbito de competencias transferidas).

reivindicarse en ocasiones la competencia para someter a control de constitucionalidad actos internos de aplicación del derecho comunitario (por más que se decida al mismo tiempo no ejercerla «en tanto en cuanto» el derecho comunitario satisfaga en términos generales ciertos parámetros, como, señaladamente, un nivel de respeto a los derechos fundamentales análogo al que demanda la correspondiente constitución nacional<sup>32</sup>).

Pero esta duplicidad de puntos de vista no implica —como a veces se pretende— que uno de los dos sea erróneo<sup>33</sup>. Después de Hart, es ya un lugar común en la teoría del derecho que la individualización de un ordenamiento (su conceptualización como «autónomo») y la identificación de su constitución en sentido material, de su «fuente suprema», son relativas a una *práctica de reconocimiento*. Eso quiere decir que aunque es un hecho que los tratados se han celebrado y ratificado de acuerdo con las constituciones de cada Estado, es posible considerarlos «una fuente autónoma»<sup>34</sup> en la medida en que se reconozcan *directamente* como fuente suprema (esto es, en la medida en que su validez y la de las normas que deriven de ellos no se haga depender de su conformidad con las constituciones de los Estados miembros). Y por cierto también es posible, desde el punto de vista de quienes reconozcan como fuente suprema la constitución de un Estado, entender

---

<sup>32</sup> La literatura que da cuenta de las resistencias de los Estados a aceptar la primacía del derecho comunitario sobre las constituciones nacionales y que les ha llevado a oponer «contralímites» de diversa naturaleza a dicha primacía incondicionada es extensísima: para una panorámica general, pueden verse SLAUGHTER, STONE SWEET y WEILER (eds.) 1997 y GROPPi, 2006. Una cuestión en la que aquí no es posible entrar, pero que al menos vale la pena mencionar, es la de hasta qué punto tienen un fundamento consistente y son algo más que una pura solución pragmática las posiciones de aquellos tribunales constitucionales que al tiempo que afirman su competencia para controlar la constitucionalidad de los actos internos de aplicación del derecho comunitario renuncian a ejercerla mientras la Comunidad asegure una protección de los derechos equivalente «en general» a la que ofrezca la propia constitución: expresan dudas al respecto RUBIO LLORENTE [1996] 1997: XXIII-XXIV y ELEFTHERIADIS, 1998: 262.

<sup>33</sup> Lo único que aquí cabría calificar como «erróneo» —y por desgracia no es infrecuente en las discusiones acerca de la relación entre derecho comunitario y derecho interno— es asumir planteamientos que *oscilen* inconscientemente entre uno y otro punto de vista. Creo que es lo que sucede en ROBLES MORCHÓN, 2007, que afirma por un lado el carácter autónomo del ordenamiento comunitario («que tiene en sí mismo el fundamento *jurídico* de su validez»: p. 85) y por otro que los Estados miembros «no renuncian a su soberanía, ni siquiera a determinadas competencias, sino únicamente al ejercicio de las mismas» (p. 82); que la primacía del derecho comunitario «afecta al derecho nacional en todos sus escalones jerárquicos» y por lo tanto «se impone también sobre las constituciones de los Estados miembros» (p. 123) y, al mismo tiempo, que «desde el punto de vista del ordenamiento jurídico estatal [...] no es admisible bajo ningún concepto la infracción de la constitución por medio de una norma comunitaria», dado que «los Estados miembros son los “dueños” de los Tratados y [...] éstos son producto de su “voluntad”, por lo que no pueden contradecir su soberanía» (p. 124).

<sup>34</sup> En *Costa e Internationale Handelsgesellschaft* se repite textualmente que el derecho creado a partir de los tratados ha «surgido de una fuente autónoma».

que los tratados –y, a partir de ellos, el derecho comunitario derivado– sólo son válidos si son conformes a la correspondiente constitución (y que, por tanto, no cabe considerarlos como «la constitución en sentido material de un ordenamiento autónomo»). Esas dos series de afirmaciones, en suma, simplemente presuponen la aceptación de reglas de reconocimiento diferentes<sup>35</sup>.

Ahora bien, que en el entramado jurídico-político que forman la Unión Europea y los Estados miembros convivan órganos aplicadores del derecho que aceptan reglas de reconocimiento no coincidentes no implica que *desde el punto de vista interno* que adopta cada uno de ellos el derecho comunitario y el derecho nacional no se relacionen en términos de supraordenación, ni que nadie cuente con autoridad última para decidir acerca de esa relación; al contrario, cada uno de los actores enfrentados afirma la suya propia y mantiene una posición bien definida respecto a qué norma se habría de aplicar de darse un conflicto entre derecho comunitario y constitución. Por tanto, cuando se dice que la integración europea habría generado un sistema «pluralista» o «postsobrano» en el que «nadie tiene la última palabra»<sup>36</sup> se afirma algo que sólo puede entenderse como la constatación, *desde el punto de vista externo*, de que conviven, de modo más o menos estable, pretensiones de autoridad última enfrentadas<sup>37</sup>: una situación, por cierto, que se ha dado históricamente en otros contextos –como algunos procesos de formación y trabajosa consolidación de Estados federales a partir de vínculos confederales previos<sup>38</sup>– que nadie ha

---

<sup>35</sup> Como ocurría en el caso al que se refería Hart de las colonias cuya constitución había sido establecida por una ley del parlamento de Westminster, donde, tras la proclamación unilateral de la independencia, las autoridades de la ex colonia reconocían aquella constitución como fuente suprema de un nuevo ordenamiento diferenciado sin referencia alguna al modo en que se hubieran ejercido o pudieran ejercerse en el futuro los poderes legislativos del parlamento británico; mientras que, desde el punto de vista de éste, seguía siendo una norma cuya validez derivaba de aquellos poderes y seguía condicionada al modo en que se ejercieran en lo sucesivo: *vid.* HART [1961], 1963: 149-151.

<sup>36</sup> *Vid. supra*, nota 22.

<sup>37</sup> Lo señala certeramente KRISCH, 2005: 323. Menos clara me parece en cambio la posición de Miguel Poiares Maduro cuando tras haber afirmado –a mi juicio, con razón– que «la cuestión de quién decide tiene respuestas distintas en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el europeo» y que lo que encontramos son por tanto «soberanías en competencia», añade –siguiendo, como muchos en este punto, la senda de MACCORMICK, 1993– que cuando la cuestión «se contempla desde una perspectiva externa a los ordenamientos jurídicos nacionales y comunitario» ello «requiere una concepción del derecho que no dependa de una estructura jerárquica y una concepción de la soberanía como única e indivisible» (cfr. MADURO, 2003b: 521; y 2003a: 95). Pero competir por la soberanía no es lo mismo que compartirla. Así que para dar cuenta –«desde una perspectiva externa»– de una situación en la que ninguna pretensión de autoridad última prevalece incontestada no es preciso ningún nuevo concepto de «soberanía plural y dividida»: creo que basta, precisamente, con constatar la existencia de «soberanías en competencia».

<sup>38</sup> *Vid.*, p. ej., en relación con el caso de los Estados Unidos, GOLDSWORTHY, 2003.

concebido, que yo sepa, como supuestos de «pluralismo jurídico», «soberanía compartida» o «disolución de la soberanía».

Lo singular del caso europeo es que, aun manteniéndose esas pretensiones enfrentadas de autoridad última, desde ambos lados se ha intentado hacerlas convivir mediante el ejercicio de la autocontención y la búsqueda de formas de ajuste que pretenden –y salvo en ocasiones excepcionales consiguen– evitar el choque frontal entre el derecho comunitario y los derechos internos<sup>39</sup>. De esa forma, lo que en el clásico análisis hartiano sería una situación patológica «que lleva en sí la amenaza de disolución del sistema»<sup>40</sup>, ha conseguido, por el contrario, asentarse como un *modus vivendi* relativamente estable. Y ello ha llevado a decir que al hacerse persistente –fisiológica, ya más que patológica– esa situación de competencia irresuelta entre pretensiones de autoridad última, en la estructura jurídico-política compleja que forman la Unión Europea y los Estados miembros la cuestión de

---

<sup>39</sup> Entre esas formas de ajuste se pueden mencionar, p. ej., el desarrollo por parte del TJCE de su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales a raíz de que el Tribunal Constitucional alemán advirtiera que, en ausencia de un catálogo de derechos en el ordenamiento comunitario, podría someter a control de constitucionalidad actos internos de aplicación del derecho comunitario para asegurar el respeto de los derechos que su propia constitución garantiza; también la posición subsiguiente del Tribunal Constitucional alemán afirmando que no ejercería esa competencia –que no obstante seguía reivindicando– mientras se asegurase en el plano comunitario un nivel de protección de los derechos equiparable al que alcanzaban en el plano interno; la afirmación en el propio TUE (art. 6) de que la Unión respetará los derechos fundamentales «tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» y «la identidad nacional de sus Estados miembros»; la reforma por parte de un Estado de su constitución para acomodarla a lo que pueda haber resultado de alguna decisión del TJCE incompatible con ella y salvar así el conflicto producido; o, en general, la búsqueda por parte del TJCE de interpretaciones *pro constitutione* de los Tratados y por parte de los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros de interpretaciones *pro communitate* de sus constituciones.

Una cuestión interesante, que aquí sólo cabe mencionar, es la de cuáles son los *incentivos* que impulsan a cada una de las partes a buscar esas formas de ajuste. La respuesta parece sencilla en cuanto se refiere a las instituciones comunitarias, puesto que en último término la eficacia de sus normas depende enteramente de la acción de los órganos jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros (sobre las motivaciones del TJCE, un análisis suficientemente refinado es el de GARRETT, KELEMEN y SCHULZ, 1998). Desde el punto de vista de los Estados miembros, los incentivos son seguramente más complejos: por un lado, no comprometer los beneficios globales que consideran que obtienen de la integración con el planteamiento abierto, sostenido y recurrente del conflicto; pero también la ventaja estratégica que representa para el poder ejecutivo de los Estados poder atribuir al acatamiento de la disciplina comunitaria la ejecución de decisiones que en realidad respaldan pero hubiese sido costoso o imposible adoptar a través del proceso político interno (sobre la peculiar posición estratégica que resulta de la relación entre esos dos tipos de incentivos resulta particularmente esclarecedor PUTNAM, 1988). En cuanto al análisis de las motivaciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para procurar el ajuste entre las pretensiones de autoridad última en conflicto, la obra de referencia es ALTER, 2001.

<sup>40</sup> HART [1961], 1963: 152.

«quién decide quién decide» queda en realidad abierta<sup>41</sup>, de manera que *de facto* no habría en ella más última palabra que la que se vaya articulando como producto de «una conversación de muchos actores en una comunidad interpretativa»<sup>42</sup>, la que, en un ejercicio de moderación mutua, resulte del «diálogo» entre las instituciones comunitarias y las de los Estados (y especialmente entre sus tribunales)<sup>43</sup>. Si ello es así, falta por ver qué juicio merece un entramado institucional semejante desde el punto de vista de la legitimidad democrática.

## II. DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA

Como ha señalado repetidamente Joseph Weiler, el verdadero núcleo del tantas veces analizado y discutido déficit democrático de las instituciones europeas se encuentra en la dificultad de legitimar la pretensión de primacía incondicional del derecho comunitario<sup>44</sup>. Su «constitución en sentido material» no es el producto de un proceso constituyente democrático a través del cual haya afirmado su condición de soberano un *demos* europeo, sino un conjunto de tratados fruto de negociaciones diplomáticas y aprobados y sólo modificables por unanimidad entre los Estados. Y no establece un diseño institucional y unos procedimientos de creación de normas equiparables, en lo que a exigencias democráticas se refiere, a los existentes en los Estados miembros<sup>45</sup> (cuyos parlamentos, sin embargo, ven restringidas sus

---

<sup>41</sup> *Vid.* RICHMOND, 1997: 417-419; y MACCORMICK, 1999: 75 y 119-120 (donde se afirma que los conflictos últimos sólo podrán tener entonces una solución «política», pero no jurídica).

<sup>42</sup> WEILER, 1999: 322.

<sup>43</sup> MENÉNDEZ, 2000: 15; MADURO, 2003b: 522-523; BESSON, 2004: 278; KUMM, 2005a: 48.

<sup>44</sup> *Cfr.* WEILER, HALTERN y MAYER, 1995: 10; WEILER, 1995: 220; WEILER, 1996: 518 y 524-525; WEILER, 1998: 58-59; WEILER, 1999: 298; WEILER, 2001: 56-57. En el mismo sentido, HABERMAS, 1995: 303.

<sup>45</sup> Aunque sobre esto hay un acuerdo bastante generalizado, no faltan algunas voces que sostienen que ese juicio desfavorable para las instituciones europeas derivaría, en primer lugar, de su comparación no con la realidad de los sistemas políticos nacionales, sino con un modelo idealizado que tampoco éstos satisfarían (*cfr.* MORAVCSIK, 2002: 605, 621; MÉNY, 2002: 8-9; MORAVCSIK, 2004: 337, 347); y, en segundo lugar, de no percibir que las instituciones europeas, que no son un Estado y a las que por consiguiente sería inadecuado aplicar estándares de evaluación apropiados para éstos, desarrollarían esencialmente un tipo de funciones que también habría buenas razones para sustraer a la política mayoritaria dentro del ámbito estatal, donde de hecho sería usual ponerlas en manos de agencias reguladoras a las que compete fundamentalmente corregir fallos de mercado y cuya legitimidad se asentaría en la producción de resultados eficientes (*cfr.* MAJONE, 1998; MAJONE, 20005: 23-41; MORAVCSIK, 2002: 606; MORAVCSIK, 2004: 356, 362). Para la crítica de esta clase de planteamientos, subrayando lo poco ajustada a la realidad que resulta la pretensión de que las instituciones europeas se ocupen en la actualidad sólo de esa clase de cuestiones, el muy distinto grado de control al que en cualquier caso están sujetas ese tipo de

competencias por la normativa comunitaria). Así que si su constitución en sentido material no puede exhibir las mismas credenciales democráticas que las constituciones de los Estados ni por su origen ni por su contenido<sup>46</sup>, no es fácil precisar qué clase de legitimidad cabría invocar para fundamentar aquella pretensión de primacía sobre el derecho de los Estados. Y lo que está claro es que no podría ser la legitimidad indirecta o derivativa que provendría del hecho de que son los propios Estados los que han transferido el ejercicio de competencias a favor de las instituciones comunitarias en virtud de procedimientos internos de carácter democrático, puesto que ello, como se ha visto, no permitiría *desde el punto de vista de los Estados* fundamentar la primacía del derecho comunitario con el alcance incondicional que reclama el TJCE<sup>47</sup>.

Weiler ha caracterizado las instituciones europeas como un híbrido con una estructura política esencialmente confederal, pero cuyos órganos centrales aspiran a ejercer una disciplina federal sobre los Estados miembros<sup>48</sup>. Así que tal vez la única forma de legitimar una preten-

---

agencias por parte de órganos genuinamente democráticos en el ámbito nacional y en el europeo y, en definitiva, la imposibilidad misma de deslindar con nitidez cuestiones de eficiencia –que justificarían una decisión puramente tecnocrática– y cuestiones de redistribución –que no habría razón para sustraer al proceso democrático–, *vid.* FØLLESDAL, 2006: 459-460; y BELLAMY, 2006: 736-742.

<sup>46</sup> *Vid.* MENÉNDEZ, 2003: 25; y 2005: 87 y 117.

<sup>47</sup> Por eso, no resolvería el problema exigir que la transferencia se llevase a cabo en virtud de procedimientos internos de carácter (supuestamente) *más* democrático que los hoy establecidos para tal fin, como exigentes mayorías reforzadas o *referenda*: porque mientras la legitimidad de las instituciones europeas siguiera siendo *derivativa* de la de los Estados, la dificultad de fundamentar la pretensión de primacía incondicional del derecho comunitario seguiría a pesar de todo planteada exactamente en los mismos términos. En suma, el problema de fondo –como apunta ESTÉVEZ ARAÚJO, 1998: 14; y 2006: 53– es que las cláusulas de integración de las constituciones nacionales, cualquiera que sea la calidad democrática del procedimiento que establezcan para que se lleve a cabo la transferencia de competencias, «no proporcionan legitimidad democrática al proceso constituyente europeo» por la sencilla razón de que no es posible transferir el poder constituyente.

Tampoco creo que resolviera el problema adoptar la propuesta de Weiler de instaurar un Consejo Constitucional de la Comunidad (presidido por el Presidente del TJCE e integrado por magistrados de los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados) llamado a resolver conflictos de competencias –i. e., colisiones entre sus pretensiones de autoridad– entre la Comunidad y los Estados (cfr. WEILER, HALTERN y MAYER, 1995: 38; WEILER, 1996: 532; o WEILER, 1999: 322-323 y 353-354). Porque ese Consejo seguiría siendo en cualquier caso –y a pesar de su composición– un *órgano comunitario*, que tendría por tanto la última palabra *desde el punto de vista del ordenamiento comunitario*; y por tanto su creación no cambiaría el hecho de que continuarían existiendo dos pretensiones de autoridad última en competencia (*vid.* en este sentido MADURO, 2003b: 533).

<sup>48</sup> Para la caracterización de la Unión en esos términos, *vid.* WEILER, 2001: 55-56 y 58 (donde se afirma que esa combinación de una estructura institucional confederal con una estructura jurídica federal constituiría la «vía específica» –*Sonderweg*– definitoria de la identidad peculiar del proceso de construcción europea); y WEILER, 2005: 176 y 188 (donde sostiene que «en lo que se refiere a la relación entre el derecho europeo y el de los Estados miembros [...] la Unión se ha hecho ya indistinguible

sión semejante –en contra, por cierto, de lo que sostiene el propio Weiler– podría consistir precisamente en la conversión de la Unión en un auténtico Estado federal. Eso, en el fondo, es tanto como decir que el déficit democrático resulta *inherente* al tipo de estructura jurídico-política que es hoy la Unión Europea y que, aunque en cierta medida pueda ser paliado, no puede ser plenamente superado mientras no se convierta en una entidad política de otra clase. En efecto, como se ha dicho muchas veces, el *telos* de la integración no consiste en fundir los *demos* de cada uno de los Estados en un único *demos* en cuyo nombre pudiese afirmar su soberanía un Estado europeo<sup>49</sup>. Pero lo que ocurre es que es precisamente esa fusión en un único *demos* lo que parece que haría falta para superar de verdad las dos dimensiones del déficit democrático. En primer lugar, la idea de un genuino *proceso constituyente* que confiriese a la «constitución material» de la Unión una dignidad democrática superior a la de las constituciones nacionales –sin la que, a su vez, no parece sencillo fundamentar su pretensión de primacía– implicaría justamente dar expresión a la voluntad de la mayoría de un *demos* europeo, no al acuerdo unánime (alcanzado a través de la negociación) de un conjunto de *demos* cada uno de los cuales formaría su decisión con sujeción a sus propios procedimientos (esto es, en el ejercicio de lo que en cada caso serían sus poderes constituidos)<sup>50</sup>, y eso es algo que subvertiría la consideración por parte de cada Estado de su propio *demos* como sujeto colectivo de la soberanía. Y en segundo lugar, el establecimiento de un procedimiento legislativo europeo genuinamente democrático requeriría superar cualquier rastro o traza propios de una lógica supranacional (como por supuesto la exigencia de unanimidad, pero, incluso cuando ésta no se requiere, también la exigencia de «dobles mayorías», la existencia de mecanis-

---

de un Estado federal», si bien ello tendría lugar en un marco institucional que no es el mismo un Estado, sino que sigue siendo una Unión de Estados).

<sup>49</sup> Desde la redacción originaria del Tratado de Roma se afirma en el Preámbulo del hoy denominado Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que lo que se persigue es «sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre *los pueblos europeos*», lo que por supuesto es bien distinto de fundirlos –*e pluribus unum*– en un pueblo europeo.

<sup>50</sup> Para poder hablar de un genuino proceso constituyente no es necesario pensar en un procedimiento la totalidad de cuyos pasos hayan de ser *irregulares* desde el punto de vista del orden constituido que se trata de reemplazar. Algunas de las propuestas más detalladas acerca de cómo podría desarrollarse un proceso constituyente europeo de carácter democrático (como las de POGGE, 1997, o SCHMITTER, 2000: 118-125) sí optan por diseñar procedimientos ideales al margen de lo que hoy disponen los ordenamientos nacionales y comunitario. Pero también habría ejercicio de poder constituyente si poderes constituidos redactaran una constitución que contuviese *reglas acerca de su propia ratificación* distintas de las que hasta el momento se acepta que serían determinantes de su validez (i. e., distintas del procedimiento de reforma que contuviese la constitución previamente existente) y, una vez producida la ratificación según las reglas por ella misma establecidas, se aceptara como fuente suprema con independencia de que ello contraviniera los procedimientos de reforma anteriormente imperantes.

mos de codecisión en los que el órgano representativo juega un papel subordinado frente a órganos de composición intergubernamental, etc.), algo que sólo parece posible cuando lo que el procedimiento se proponga articular sea *directamente* la voluntad mayoritaria del conjunto de los ciudadanos europeos. En definitiva, parece que la superación real del déficit democrático sólo sería posible si lo que hoy es una organización supranacional se transformara, mediante un proceso constituyente democrático, en un Estado federal europeo que afirmase su soberanía en nombre de un *demos* europeo<sup>51</sup>.

Pero tal vez esa tesis resulte apresurada. En realidad, aún podría ser puesta en tela de juicio de dos maneras: o bien tratando de encontrar virtudes específicas en el actual diseño institucional europeo que nos llevaran a relativizar el problema que representa la justificación de la primacía de las normas comunitarias; o bien, aun si se admite que el *locus* de un proceso democrático no afectado por déficit endémicos habría de ser un Estado soberano, preguntando por qué tendría que ser ese Estado uno de ámbito europeo y no cada uno de los Estados nacionales existentes (lo que supondría abogar por una suerte de «vuelta atrás» en el proceso de integración, si es que tal cosa resultara materialmente factible, volviendo a la cooperación entre Estados en términos de derecho internacional clásico). Lo primero nos conduce a preguntarnos por la posibilidad de justificar el *statu quo*. Lo segundo, a plantearnos a qué escala debería construirse una comunidad política soberana en la que se desarrollara la democracia. Y la consideración de ambas cuestiones, a comparar los problemas con los que podríamos tropezar por cada uno de los caminos posibles desde el punto de vista de los ideales democráticos.

## 1. La justificación del *statu quo*

Weiler ha sostenido que lo que legitimaría la primacía del derecho comunitario (la admisión, como él mismo dice, de una suerte de «discipli-

---

<sup>51</sup> El alegato más conocido a favor de la conversión de las instituciones comunitarias en un Estado federal europeo como única vía para la superación real del déficit democrático es el de MANCINI [1997], 2000 (respondido de inmediato por WEILER, 1998); y en el mismo sentido que Mancini se ha pronunciado SIEBERSON, 2004: especialmente 263-264. Aun en términos no tan concluyentes, Eriksen y Fossum han sostenido que la Unión debería evolucionar «en la dirección de una entidad de tipo estatal» (ERIKSEN y FOSSUM, 2004: 455). Menos clara me parece la posición de Habermas, quien, aun abogando por una auténtica constitución para Europa (*vid.* HABERMAS, 1995), propone una «federación de estados-nación [...] que asumiría al menos algunas de las cualidades de un estado» (HABERMAS, 2001: 15). En cambio creo que Weiler, un adversario acérrimo de la transformación del *statu quo*, sitúa con toda claridad los términos de la cuestión cuando afirma que «es muy dudoso» que quepa adoptar una constitución por un poder constituyente europeo y al mismo tiempo no convertir Europa «en un estado federal en todo menos en el nombre» (WEILER, 2003: 7, donde añade que si una «constitución» europea trae su origen de «cualquier cosa que no sea un poder constituyente europeo, será un tratado disfrazado de constitución»).

na federal» dentro de una entidad política compuesta que sin embargo no es –ni en su opinión tendría que llegar a ser– un Estado federal) sería la aceptación por parte de los Estados de un «principio de tolerancia constitucional»<sup>52</sup>. Ese principio se apartaría en un punto decisivo de nuestras concepciones comunes acerca de la democracia. «mayoría» y «minoría» son magnitudes que sólo cobran sentido en relación a un *demos* previamente definido –del modo que sea– y damos por sentada la legitimidad de la pretensión de autoridad de la mayoría sobre la minoría *dentro* de una comunidad política, no *a través* o *por encima* de los límites que separan comunidades políticas independientes. Y esa intuición básica era la que estaba detrás de la idea de que esa especie de «disciplina federal» que sería el principio de primacía del derecho comunitario sólo podría justificarse dentro de *una* comunidad política, esto es, si se aceptara, como ocurre precisamente en un Estado federal, que la autoridad última reside en un *demos* inclusivo o de nivel superior del que se es parte (i. e., en un *demos* federal europeo).

Pero precisamente el principio de tolerancia constitucional implicaría la disposición a quedar vinculados en ciertas esferas por normas que no reflejarían la voluntad de *nuestra* comunidad política, de un *demos* del que formemos parte, sino que serían la expresión agregada de las voluntades de *otras* comunidades políticas que se mantienen diferentes, de otros *demoi*, lo que, según Weiler, sería una notable muestra de tolerancia cívica y de respeto a la identidad de esas comunidades (a las que no se trataría de «asimilar» fundiéndose con ellas en un *demos* único). Si además la expresión agregada de esas voluntades se va definiendo a través de un diálogo en el que nadie tiene *de facto* la última palabra, la tolerancia constitucional se sustanciaría en la disposición a anteponer al punto de vista propio no tanto el de alguna autoridad europea última, sino más bien el que entre todos se iría articulando en común. Y de todo ello se seguiría que en el proceso de integración europea se habría forjado un peculiar diseño institucional particularmente virtuoso: no algo necesitado de correcciones esenciales, sino más bien un hallazgo feliz digno de ser mantenido como está<sup>53</sup>. Porque la «tolerancia constitucional» de cada Estado (y también de las instituciones comunitarias –y en particular del TJCE– hacia los Estados) actuaría en realidad como un mecanismo de «frenos y contrapesos» que introduciría correcciones positivas tanto en los procesos democráticos de los Estados (p. ej., obligándoles a tomar en cuenta intereses de individuos que no forman parte de su *demos* pero que se ven afectados por sus decisiones<sup>54</sup>) como en la toma de deci-

<sup>52</sup> Cfr. WEILER, 1998: 60-62; WEILER, 2000: 217-218; WEILER, 2001: 68-70; WEILER, 2005: 188-189. *Vid.* también NICOLAIDIS 2001: 467-468.

<sup>53</sup> Resultan sumamente expresivos, en este sentido, títulos como los de WEILER, 2003 («In Defence of the Status Quo: Europe's *Sonderweg*») o MADURO, 2003a («Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets?»).

<sup>54</sup> Cfr. JOERGES, 1996: 117, MADURO, 2003b: 523.

siones comunitarias (limitando el riesgo de una concentración excesiva de poder, en detrimento de procesos políticos de mayor calidad democrática internos a cada Estado), todo lo cual, en suma, obligaría a los distintos actores implicados, al no contar ninguno *de facto* con la última palabra, a anticipar las posibles reacciones de los demás y a justificar en consecuencia las decisiones propias en términos que puedan resultar aceptables para los otros<sup>55</sup>.

No obstante, hay en mi opinión varios puntos discutibles en una argumentación semejante. Para empezar, no está en absoluto claro por qué el respeto hacia otras comunidades políticas y sus identidades habría de justificar precisamente la adopción de una disposición a quedar vinculado por «el agregado de sus voluntades»: de hecho, es de suponer que los pueblos de la Unión consideran respetables las identidades de otras comunidades políticas que no forman parte de la misma, sin que ello conduzca –ni se suponga que debe conducir– a la adopción de una disposición semejante en relación con ellas. Tampoco está claro por qué no habría de ser una solución preferible la atribución de autoridad última a un *demos* europeo, o por qué se asume, si es que ésta es la razón, que ello llevaría a la «asimilación» o anulación de las identidades –por cierto, ya plurales y fragmentadas– de las actuales comunidades políticas nacionales, que en realidad un diseño federal adecuado podría respetar sustancialmente (salvo, claro está, en cuanto a su carácter soberano). Y la noción misma de un «diálogo en el que nadie tiene la última palabra» supone sin duda una idealización extrema de una realidad en la que es muy discutible que todas las voces tengan el mismo peso (en la que es más que dudoso, por ejemplo, que las reacciones –reales o esperables– de *todos* los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados condicionen *en la misma medida* el contenido de las decisiones del TJCE, lo que es tanto como decir que, aunque nadie tenga la última palabra, en el diálogo hay verosímilmente interlocutores privilegiados<sup>56</sup>).

Pero, sobre todo, un diseño institucional que no arbitra una solución jurídica –sino sólo «política»– para los conflictos últimos<sup>57</sup> deja librada la resolución de éstos a las asimetrías de poder y a la diferente capacidad de negociación de las partes<sup>58</sup>; y sin una autoridad última –esto es, cuando la solución emerge de una interacción informal o no regulada entre diversos actores– no está claro a quién se debería imputar en realidad la responsabilidad de la decisión<sup>59</sup>. La cuestión de fondo es que el intento de articular valores comunes o de alcanzar un

<sup>55</sup> Vid. MADURO, 2003a: 98-99; MADURO, 2003b: 522-523; BELLAMY, 2003: 184 y 187-189.

<sup>56</sup> Lo reconoce MADURO, 2003b: 527.

<sup>57</sup> Como dice MacCormick que sucede en el caso europeo: *vid.* MACCORMICK, 1999: 75 y 119-120.

<sup>58</sup> *Vid.*, en este sentido, KRISCH, 2005: 332-333.

<sup>59</sup> Lo admite, a pesar de su defensa del principio de tolerancia constitucional, la propia Nicolaidis (cfr. NICOLAIDIS, 2001: 448).

consenso no puede eliminar por completo la posibilidad de que persistan desacuerdos. Y lo decisivo desde el punto de vista democrático es precisamente quién y cómo zanja esos desacuerdos. En suma, si participación en pie de igualdad y responsabilidad o rendición de cuentas son ingredientes básicos de la democracia, desde el punto de vista de los valores democráticos el *statu quo* de la integración europea parece difícil de justificar.

## 2. Democracia y Estado soberano: ¿a qué escala?

Para concluir, quisiera aludir a una última cuestión que aquí sólo es posible abordar de manera muy sumaria. Si se acepta que la democracia requiere un *demos* soberano, aún habría que justificar a qué escala debería definirse la comunidad política soberana en la que se desarrolle la democracia y, en concreto, si debería o no tratarse de un Estado de ámbito europeo. Me parece que la respuesta a esta pregunta debería tomar en cuenta al menos tres tipos de consideraciones.

En primer lugar, a veces se argumenta a favor de un ámbito para la democracia más amplio que el que representarían los actuales Estados miembros de la Unión alegando que una comunidad política debería delimitarse, precisamente por exigencias del propio ideal democrático, de manera que quedaran incluidos en su *demos* todos los que resulten afectados por sus decisiones<sup>60</sup>. Y como es indiscutible que muchas decisiones de los actuales Estados afectan a los intereses de personas no comprendidas en sus respectivos *demos*, de ello se seguiría que, así como hay un déficit democrático en la integración europea, también lo habría –pero por esta otra razón– en la falta de integración. Sin embargo, el principio de la «inclusión de todos los afectados» no proporciona una respuesta satisfactoria al problema de la delimitación del *demos*<sup>61</sup>. Dejando a un lado que el criterio de la inclusión de los afectados –y su corolario: la ausencia de derecho a ser incluido de los no afectados– haría que los límites del *demos* hubieran de ser distintos para cada decisión<sup>62</sup>, la circunstancia misma de «resultar afectado por la decisión» depende por supuesto de qué decisión se tome (lo que nos envuelve en el círculo vicioso de tener que esperar a que la decisión se haya tomado para determinar quiénes deberían tomarla<sup>63</sup>). Si para

---

<sup>60</sup> *Vid.*, por ejemplo, MENÉNDEZ, 2000: 9-10 y 13-14. El criterio puede matizarse –como hace de hecho el propio Menéndez– diciendo que han de quedar incluidos los que resulten afectados de manera *relevante* o significativa: pero, dejando a un lado la dificultad –no menor– de aclarar qué habría que entender por tal, esta cuestión puede quedar ahora al margen.

<sup>61</sup> Como creo que se mostraba ya en WHELAN, 1983: 16-19, en una línea que ha desarrollado y completado recientemente GOODIN, 2007.

<sup>62</sup> Lo que requeriría la constitución de un número inmanejable de unidades políticas diferentes: cfr. TULLOCK, 1969: 25-26; WHELAN, 1983: 19; BARBER, 2005: 317.

<sup>63</sup> WHELAN, 1983: 19.

escapar al problema nos preguntamos quiénes podrían resultar afectados por las distintas opciones entre las que se haya de decidir en cada caso (incluida la de mantener el *statu quo*), entonces los posibles afectados dependen de cómo se haya decidido fijar la agenda política: y si, aplicando también aquí el criterio, en la toma de la decisión acerca de la agenda deben participar –o estar representados– todos los posibles afectados (por cualquiera de las opciones posibles de todas las agendas posibles), entonces el principio se desborda por completo y lo que reclama es un *demos* que incluya a todos los individuos, un *demos* universal<sup>64</sup>. Lo que esto implica es que *cualquier demos* (no universal) resultará inevitablemente infraincluyente en relación con el criterio de los afectados por sus decisiones. Y, por tanto, que para justificar una u otra delimitación del *demos* habrá que atender en primer lugar al distinto grado en que lo sería cada una, sin poder dar por sentado que una comunidad política más pequeña tiene que resultar necesariamente más infraincluyente que una mayor<sup>65</sup>.

En segundo lugar, el argumento más trillado en contra de un Estado de escala europea es el que alega que no existe un «pueblo europeo», que no hay entre los europeos una identidad común ni vínculos lo bastante sólidos como para sustentar una comunidad política única suficientemente cohesionada, en la que sus miembros estén dispuestos a aceptar el gobierno de la mayoría y a soportar sacrificios redistributivos<sup>66</sup>. Frente a ello se ha repetido –con una insistencia que hace ya innecesarias las referencias– que las «identidades colectivas» no son en modo alguno fijas e inmutables; que la herramienta más poderosa para la construcción de una identidad colectiva es precisamente la práctica de la ciudadanía dentro de una misma comunidad política; que históricamente ha sido con frecuencia ésta la que precedió a aquélla y no al revés; y que la democracia se puede sostener sin lealtades «primordiales», culturales o étnicas, que lo único que requiere es la lealtad común a un orden constitucional, un compromiso puramente cívico o político que no tiene por qué estar enraizado en la homogeneidad etnocultural<sup>67</sup>. Todo ello, creo, en buena medida es cierto. Pero

<sup>64</sup> GOODIN, 2007: 52-55.

<sup>65</sup> Porque precisamente por ser más pequeña tal vez tenga una capacidad menor de afectación de intereses más allá de sus confines (en el doble sentido de afectar *menos* y de afectar *a menos*). Si es demasiado pequeña, por otra parte, corre el riesgo de la ineficiencia: de no tener la capacidad de adoptar decisiones en las que sus ciudadanos pueden estar interesados y por lo tanto de satisfacer sus preferencias: cfr. DAHL, 1994. Esas dos consideraciones de signo contrario deben por tanto figurar entre las sopesadas a la hora de determinar la escala idónea de la comunidad política.

<sup>66</sup> *Vid.*, como exponentes paradigmáticos de este enfoque, GRIMM, 1995; y MILLER, 1998.

<sup>67</sup> Es cierto, como se ha señalado con frecuencia, que el mero compromiso abstracto con los valores democráticos –lo que se ha dado en llamar un «patriotismo constitucional *tenue*»– ni justifica la delimitación de ninguna comunidad particular ni, probablemente, constituye un vínculo lo bastante sólido para cohesionarla. Pero sí, alternativamente, se piensa en el compromiso con los valores democráticos tal y como

si bien mostraría que no tiene por qué haber obstáculos insalvables para la construcción de un Estado europeo, tampoco proporciona por sí solo razones para trascender los Estados nacionales existentes. En todo caso, desde el punto de vista democrático una comunidad lingüística y culturalmente fragmentada, en la que no exista realmente una esfera de debate público común ni partidos políticos que cubran todo su ámbito espacial, puede ser terreno abonado para que los intereses de mayorías dispersas, que encuentran en esas circunstancias importantes costes de información y transacción que les dificultan hacerse visibles, resulten postergados ante los de minorías dotadas de los recursos e instrumentos necesarios para organizarse por encima de esa segmentación lingüístico-cultural. La calidad de la representación en un hipotético Estado europeo podría ser más baja que en los Estados nacionales existentes.

Por último, en tercer lugar, no construir un Estado europeo implica que una parte considerable de lo que dicho Estado decidiría como cuestiones *internas* a través de su proceso democrático –de mejor o peor calidad– tendría que ser decidido por los Estados nacionales existentes como cuestiones *internacionales*, un ámbito (aunque desde el proceso político interno sí pueda controlarse y exigirse responsabilidad por lo que hagan los representantes del Estado en el ámbito exterior) en el que no rigen las reglas de la democracia, sino el principio básico de la unanimidad, que entraña un distanciamiento radical del ideal de igualdad política que anima el principio democrático.

En suma, desde el punto de vista de los ideales democráticos decidir a qué escala debería construirse un Estado soberano implica sopesar –con una buena cantidad de información empírica– los costes de distinto signo que para la propia democracia suponga cada una de las opciones posibles. Ahora bien, si ello es así, puede abrirse paso una conclusión tal vez inesperada. Aunque en mi opinión es cierto que el déficit democrático resulta *inherente* al tipo de estructura jurídico-política que es hoy la Unión Europea, cualquiera de las alternativas al *statu quo* de la integración –un Estado federal europeo o una vuelta a la cooperación entre Estados en términos de derecho internacional clásico– puede adolecer también de otras formas distintas de déficit democrático. Pensar cómo debería desenvolverse la democracia en Europa pasaría entonces no por construir versiones idealizadas de alguna de las opciones disponibles, sino, mucho más modestamente, por comparar la importancia relativa de cada una de esas formas de

---

son entendidos y practicados en la tradición de una cultura política determinada –un «patriotismo constitucional *denso*»–, entonces es posible, en primer lugar, que se reduzca la distancia con quienes insisten en un cierto grado de homogeneidad cultural como vínculo que cohesiona la comunidad; y, en segundo lugar, que esa forma «densa» de patriotismo constitucional acabe en buena medida convalidando la delimitación entre comunidades políticas ya existente. Sobre todo ello, *vid.* en especial KUMM, 2005a: 12-16; y KOSTAKOPOULOU, 2006.

déficit (lo que es tanto como decir: por comparar sus respectivos defectos). Un modo de operar, por cierto, que seguramente es el único adecuado en lo tocante a cualquier cuestión de diseño institucional.

## II. REFERENCIAS

- ALÁEZ CORRAL, B. (2006): *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, 322 pp.
- ALTER, K. (2001): *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 258 pp.
- BARBER, N. (2005): «The Limited Modesty of Subsidiarity», *European Law Journal*, 11, 2005, pp. 308-325.
- (2006): «Legal Pluralism and the European Union», *European Law Journal*, 12, 2006, pp. 306-329.
- BELLAMY, R. (2003): «Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Three Models of the State, Democracy and Rights within the EU», en WALKER (ed.) 2003, pp. 145-165.
- (2006): «Still in Deficit: Rights, Regulation, and Democracy in the EU», *European Law Journal*, 12, 2006, pp. 725-742.
- BESSON, S. (2004): «From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?», *European Law Journal*, 10, 2004, pp. 257-281.
- BOSNIAK, L. (2000): «Citizenship Denationalized», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 7, 200, pp. 447-509.
- CAPORASO, J. (2000): «Changes in the Westphalian Order: Territory, Public Authority, and Sovereignty», *International Studies Review*, 2, 2000, pp. 1-28.
- CHOUHRY, S. (2001): «Citizenship and Federations: Some Preliminary Reflections», en NICOLAIDIS y HOWSE (eds.) 2001, pp. 377-402.
- COHEN, J. (1999): «Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos», *International Sociology*, 14, 1999, pp. 245-268.
- CURTIN, D. (1997): *Postnational Democracy: The European Union in Search of a Political Philosophy*, Den Haag, Kluwer Law International, 1997, 62 pp.
- DAHL, R. A. (1994): «A Democratic Dilemma: System Effectiveness versus Citizen Participation», *Political Science Quarterly*, 109, 1994, pp. 23-34.
- DAVIES, G. (2006): «Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time», *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 63-84.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2002): *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, 217 pp.
- ERIKSEN, E. O., y J. E. FOSSUM (2004): «Europe in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed», *International Political Science Review*, 25, 2004, pp. 435-459.
- ELAZAR, D. J. (2001): «The United States and the European Union: Models for their Epochs», en NICOLAIDIS y HOWSE (eds.) 2001, pp. 31-53.
- ELEFThERiADIS, P. (1998): «Begging the Constitutional Question», *Journal of Common Market Studies*, 36, 1998, pp. 255-272.

- ESTELLA, A. (2002): *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, Oxford University Press 2002, 210 pp.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, J. A. (1998): «Disolución de la soberanía y fragmentación de la ciudadanía en el proceso de integración europea», *Revista Internacional de Filosofía Política*, 11, 1998, pp. 5-18.
- (2006): «Crisis de la soberanía estatal y constitución multinivel», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40, 2006, pp. 43-57.
- FØLLESDAL, A. (2006): «Survey Article: The Legitimacy Deficits of the European Union», *Journal of Political Philosophy*, 14, 2006, pp. 441-68.
- GARRETT, G., R. D. KELEMEN y H. SCHULZ (1998): «The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union», *International Organization*, 52, 1998, pp. 149-176.
- GOLDSWORTHY, J. (2003): «The Debate About Sovereignty in the United States: A Historical and Comparative Perspective», en WALKER, ed. (2003), pp. 423-446.
- GOODIN, R. E. (2007): «Enfranchising All Affected Interests, and Its Alternatives», *Philosophy & Public Affairs*, 35, 2007, pp. 40-68.
- GRIMM, D. (1995): «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, 1, 1995, pp. 282-302.
- GROPPI, T. (2006): «La primauté del derecho europeo sobre el derecho constitucional: un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 5, 2006, pp. 245-278.
- HABERMAS, J. (1995): «Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"», *European Law Journal*, 1, 1995, pp. 303-307.
- (2001): «Why Europe Needs a Constitution», *New Left Review*, 11, 2001, pp. 5-26.
- HART, H. L. A. ([1961] 1963): *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, 332 pp. [Orig.: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961].
- HELD, D. (1991): «Democracy, the Nation State and the Global System», en D. Held, *Political Theory Today*, Cambridge, Polity Press, 1991, pp. 197-235.
- (1995): *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995, 336 pp.
- JÁUREGUI, G. (2002): «Del estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 2002, pp. 127-150.
- JOERGES, Ch. (1996): «Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration», *European Law Journal*, 2, 1996, pp. 105-135.
- KOSTAKOPOULOU, D. (2006): «Thick, Thin and Thinner Patriotisms: Is This All There Is?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 2006, pp. 73-106.
- KRISCH, N. (2005): «Europe's Constitutional Monstrosity», *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, 2005, pp. 321-334.
- KUMM, M. (2005a): «To Be a European Citizen: Constitutional Patriotism and the Treaty Establishing a Constitution for Europe», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 2005, pp. 9-62.
- (2005b): «The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty», *European Law Journal*, 11, 2005, pp. 262-307.
- KYMLICKA, W. (1995): *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 280 pp.

- KYMLICKA, W., y W. NORMAN (1995): «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory», en R. Beiner (ed.), *Theorizing Citizenship*, Albany, SUNY Press, 1995, pp. 283-322.
- LENAERTS, K. (1990): «Constitutionalism and the Many Faces of Federalism», *American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, pp. 205-263.
- LINKLATER, A. (1996): «Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian State», *European Journal of International Relations*, 2, 1996, pp. 77-103.
- MACCORMICK, N. (1993): «Beyond the Sovereign State», *Modern Law Review*, 56, 1993, pp. 1-18.
- (1999): *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 210 pp.
- MADURO, M. P. (2003a): «Europe and the Constitution: What if This Is as Good as It Gets?», en WEILER y WIND (eds.) 2003, pp. 74-102.
- (2003b): «Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action», en WALKER (ed.) 2003, pp. 501-537.
- MAJONE, G. (1998): «Europe's "Democratic Deficit": The Question of Standards», *European Law Journal*, 4, 1998, pp. 3-28.
- (2005): *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 241 pp.
- MANCINI, F. ([1997] 2000): «Europe: The Case for Statehood», *European Law Journal*, 4, 1997, pp. 29-42 [ahora en F. Mancini, *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 51-66, por donde se cita].
- MENÉNDEZ, A. J. (2000): «Another View of the Democratic Deficit *ovvero* No Taxation without Representation», *Jean Monnet Working Paper 7/00 (Symposium: What Kind of Constitution for What Kind of Polity?: Responses to Joschka Fischer)*, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0501.html>>.
- (2003): «Three Conceptions of the European Constitution», *ARENA Working Papers* 12/03, <[http://www.arena.uio.no/publications/wp03\\_12.pdf](http://www.arena.uio.no/publications/wp03_12.pdf)>.
- (2005): «Ni Constitución ni Tratado sino todo lo contrario: Un análisis del proyecto de Tratado Constitucional desde la perspectiva de la democracia deliberativa», en C. Closa Montero y N. Fernández Sola (eds.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 85-117.
- MÉNY, Y. (2002): «*De la démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges*», *Journal of Common Market Studies*, 41, 2002, pp. 1-13.
- MILLER, D. (1998): «The Left, the Nation-State, and European Citizenship», *Dissent*, summer 1998, pp. 47-51.
- MORAVCSIK, A. (2002): «In Defence of the "Democratic Deficit": Reassessing Legitimacy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, 40, 2002, pp. 603-624.
- (2004): «Is There a "Democratic Deficit" in World Politics? A Framework for Analysis», *Government and Opposition*, 39, 2004, pp. 336-363.
- NICOLAIDIS, K. (2001): «The Federal Vision Beyond the Federal State», en NICOLAIDIS y HOWSE (eds.) 2001, pp. 439-481.
- (2003): «The New Constitution as European Democracy?», *The Federal Trust Constitutional On-line Paper* 38/03, <[http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/38\\_03.pdf](http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/38_03.pdf)>.

- NICOLAIDIS, K., y R. HOWSE, eds. (2001): *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, 537 pp.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2002): «Ciudadanía y definiciones», *Doxa*, 25, 2002, pp. 177-211.
- POGGE, Th. (1992): «Cosmopolitanism and Sovereignty», *Ethics*, 103, 1992, pp. 48-75.
- (1997): «Creating Supra-National Institutions Democratically: Reflections on the European Union's "Democratic Deficit"», *Journal of Political Philosophy*, 5, 1997, pp. 163-182.
- PUTNAM, R. D. (1988): «Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games», *International Organization*, 42, 1988, pp. 427-460.
- RICHMOND, C. (1997): «Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law», *Law and Philosophy*, 16, 1997, 377-420.
- ROBLES MORCHÓN, G. (2007): *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del derecho*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, 250 pp.
- RUBIO LORENTE, F. ([1996] 1997): «El Constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 1996, pp. 9-33; ahora en F. Rubio Llorente y M. Daranas Peláez, eds. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, pp. XI-XXVII, por donde se cita.
- SANDEL, M. J. (1996): *Democracy's Discontent. America in Search of a Political Philosophy*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1996, 417 pp.
- SCHMITTER, Ph. (2000): *How to Democratize the European Union... And Why Bother?*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2000, 150 pp.
- SIEBERSON, S. (2004): «The Proposed European Union Constitution-Will It Eliminate the EU's Democratic Deficit?», *Columbia Journal of European Law*, 10, 2004, pp. 173-264.
- SLAUGHTER, A.-M.; A. STONE SWEET, y J. H. H., WEILER, eds. (1997): *The European Courts and National Courts-Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1997, 400 pp.
- LA TORRE, M. (1999): «Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law», *Ratio Juris*, 12, 1999, pp. 182-195.
- TULLOCK, G. (1969): «Federalism: Problems of Scale», *Public Choice*, 6, 1969, pp. 19-29.
- WALKER, N. (2002): «The Idea of Constitutional Pluralism», *Modern Law Review*, 65, 2002, pp. 317-359.
- (2003): «Late Sovereignty in the European Union», en WALKER, ed. (2003), pp. 3-32.
- WALKER, N., ed. (2003): *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 556 pp.
- WEILER, J. H. H. (1995): «Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision», *European Law Journal*, 3, 1995, pp. 219-258.
- (1996): «European Neo-Constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order», *Political Studies*, 44, 1996, pp. 517-533.
- (1998): «Europe: The Case Against the Case for Statehood», *European Law Journal*, 4, 1998, pp. 43-62.

- WEILER, J. H. H. (1999): *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 364 pp.
- (2000): «Why Should Europe be a Democracy: The Corruption of Political Culture and the Principle of Constitutional Tolerance», en F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law. The Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 213-218.
- (2001): «Federalism without Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*», en NICOLAIDIS y HOWSE (eds.) 2001, pp. 54-70.
- (2003): «In Defence of the Status Quo: Europe's *Sonderweg*», en WEILER y WIND (eds.) 2003, pp. 7-23.
- (2005): «On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography», *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005, pp. 173-190.
- WEILER, J. H. H.; U. HALTERN, y F. MAYER (1995): «European Democracy and Its Critique», en J. Hayward (ed.), *The Crisis of Representation in Europe*, London, Frank Cass, 1995, pp. 4-39.
- WEILER, J. H. H., y M. WIND, eds. (2003): *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 244 pp.
- WHELAN, F. G. (1983): «Prologue: Democratic Theory and the Boundary Problem», en PENNOCK, J. R. Pennock y J. W. Chapman (eds.), *Liberal Democracy: Nomos XXV*, New York, New York University Press, 1983, pp. 13-47.
- WIND, M. (2003): «The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-medieval Europe?», en WEILER y WIND (eds.) 2003, pp. 103-131.
- WITTE DE, B. (2003): «Do Not Mention the Word: Sovereignty in Two Europhile Countries: Belgium and the Netherlands», en WALKER (ed.) 2003, pp. 351-366.



# Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea

Por AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ<sup>1</sup>  
Universidad de León

«Estas etapas intermedias entre el nacimiento y la existencia autónoma y normal [de un sistema jurídico], por un lado, y entre ésta y la muerte, por otro, dislocan nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos. Ellas son dignas de estudio, porque, desconcertantes como son, ponen de relieve la plena complejidad de lo que damos por admitido cuando, en el caso normal, hacemos la afirmación confiada y verdadera de que en un determinado país existe un sistema jurídico».

H. L. A. Hart, *El Concepto del Derecho*, pp. 139-40

## RESUMEN

*En este artículo se describen y critican las tres principales teorías que tratan de resolver los conflictos constitucionales europeos: la teoría de la primacía del derecho comunitario, la teoría de la primacía del derecho constitucional nacional y la teoría del pluralismo constitucional. Si bien todas ellas iluminan aspectos del problema, todas ellas son incapaces de reconciliar la reconstrucción de la evolución constitucional de la Unión Europea*

---

<sup>1</sup> Investigador del proyecto RECON, Universitetet i Oslo. El presente trabajo se ha realizado gracias a la financiación del Sexto Programa Marco de la Unión Europea al proyecto RECON; en concreto, en el marco de su Grupo de Trabajo II, sobre la europeización de las constituciones nacionales de los Estados Miembros.

*con la fundamentación de su legitimidad democrática. En la segunda sección se exponen los principales elementos de una teoría constitucional del derecho comunitario europeo alternativa, la teoría de la síntesis constitucional. Tal teoría afirma la primacía del derecho comunitario europeo sobre el derecho constitucional nacional, pero ofrece un fundamento original de la misma (las constituciones de los Estados Miembros en tanto que conjunto común de normas constitucionales) al tiempo que afirma que la supremacía del derecho comunitario implica la primacía las normas constitucionales comunes sobre las normas constitucionales nacionales «idiosincráticas», sustentadas en argumentos no «europeizables».*

*Palabras clave: Derecho constitucional, Conflictos normativos, Cláusulas Constitucionales de Integración Supranacional, Validez, Legitimidad Democrática.*

### ABSTRACT

*The first part of this article contains a description and a critique of the three leading theories on European constitutional conflicts: the theory of the primacy of Community law, the theory of the primacy of national constitutional law, and the theory of constitutional pluralism. It is argued that all of them cast light on some aspects of the problem; however, the three of them are found to be incapable of offering a convincing account of the evolution of Union law which accounts simultaneously for its democratic legitimacy. The second part of the article is devoted to the description of an alternative theory, the theory of constitutional synthesis. It claims that Community law should prevail over conflict national constitutional provisions, but it claims that the foundation of such primacy is to be found on the collective of national constitutional norms which contain a mandate of supranational integration; this entails that the primacy of Community law basically entails the primacy of the constitutional law common to the Member States of the Union over «idiosyncratic» national constitutional provisions, which cannot be ground on «Europeanisable» arguments, but are sustained by thick ethical claims.*

*Key words: Constitutional Law, Conflicts of Laws, European clauses in national constitutions, Validity, Democratic Legitimacy.*

**SUMARIO:** 0. INTRODUCCIÓN: LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y LA RELEVANCIA DE LAS TEORÍAS QUE RESUELVEN LOS MISMOS.-1. LAS TRES PRINCIPALES TESIS SOBRE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS. 1. *La teoría de la primacía nacional:* A) *Definición;* B) *Las dos principales variantes de la tesis de la supremacía nacional;* C) *Mecanismos de garantía de la primacía constitucional: el control de constitucionalidad y el derecho de secesión;* D) *Análisis crítico;* 2. *La teoría de la primacía comunitaria:* A) *Definición;* B) *Evolución de la teoría de la primacía comunitaria;* C) *Garantías:*

*la cuestión prejudicial como mecanismo de control de la constitucionalidad europea del derecho nacional; D) Análisis crítico. 3. La teoría del pluralismo constitucional: A) Definición; B) Mecanismos de garantía; C) Análisis crítico.—II. LA TEORÍA DE LA SÍNTESIS CONSTITUCIONAL. 1. Definición; 2. Mecanismos de garantía; 3. Evaluación crítica.*

## 0. INTRODUCCIÓN: LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y LA RELEVANCIA DE LAS TEORÍAS QUE RESUELVEN LOS MISMOS

Este artículo tiene por objeto esbozar el marco teórico de resolución de los conflictos constitucionales europeos, es decir, de las colisiones entre una norma de derecho comunitario europeo y una norma constitucional nacional. La regla de resolución de tales conflictos dista de ser obvia.

La causa inmediata de tal estado de cosas es la inexistencia de disposiciones específicas sobre el particular, tanto en las constituciones nacionales de los Estados Miembros como en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Si bien suele argumentarse que las constituciones nacionales son la norma suprema del ordenamiento jurídico de cada Estado Miembro, ninguna de ellas contiene un enunciado normativo que afirme de forma conclusiva la primacía de las normas constitucionales nacionales sobre las normas comunitarias; antes al contrario, en una mayoría de las leyes fundamentales nacionales se pueden encontrar normas que permiten (y como se defenderá, exigen) la apertura del ordenamiento nacional a la integración supranacional, lo que proyecta una larga sombra de duda sobre la primacía de las normas constitucionales nacionales<sup>2</sup>. Al mismo tiempo, hasta el menos aplicado de los estudiantes de derecho comunitario sabe que uno de los principios estructurales básicos del derecho de la Unión Europea es el de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional de cada Estado Miembro, que implica una norma residual de conflicto que afirma la prevalencia de toda norma comunitaria sobre toda cualquier norma nacional (en el caso de que la colisión no pueda resolverse aplicando el principio de división de competencias entre la Unión y sus Estados Miembros). Sin embargo, tal regla no se deriva

---

<sup>2</sup> Al menos una de ellas —la holandesa— prescribe lo contrario, *cfr.* artículo 94, *ex* artículo 65 de la Constitución de los Países Bajos. Sobre la relación entre ese artículo y la integración europea, véase VAN. PANHUY, Jonkheer HF, «The Netherlands Constitution and International law», 47 (1953) *American Journal of International Law*, pp. 537-558.

de un enunciado normativo explícito contenido en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, ni siquiera de una norma de derecho derivado comunitario, sino de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En consecuencia, no existen reglas de conflicto explícitas ni en el ordenamiento comunitario ni en los ordenamientos nacionales, sino tan sólo normas que se sustentan en una interpretación sistemática del derecho vigente; en tales circunstancias, el contenido de la regla de conflicto parece depender de la perspectiva (nacional o supranacional) desde la que se aborde el problema.

La causa mediata de la dificultad que entraña la resolución de los conflictos constitucionales europeos es el peculiar modo en que las Comunidades Europeas se constituyeron en 1951, y de la no menos original evolución que han experimentado desde entonces. Si formalmente los seis Estados Miembros fundadores ratificaron tres tratados internacionales y crearon una organización internacional clásica, más de cincuenta años después el debate se centra en la medida en la que la Unión Europea sea comparable desde una perspectiva constitucional con los estados nacionales<sup>3</sup>. Jueces, funcionarios y ciudadanos interpretan y aplican las normas comunitarias *como si* fueran un sistema jurídico de hechura constitucional; así, los principios básicos del derecho comunitario se emplean como *canon de constitucionalidad* sobre la base de que los tribunales europeos determinan la validez no sólo de reglamentos y directivas comunitarias, sino de las leyes y reglamentos nacionales; al tiempo que reglamentos y directivas comunitarias se aplican e interpretan *como si* fueran normas de rango legal. La Unión se caracteriza pues por la tensión entre forma y fondo, que explica la ambigüedad del derecho constitucional sobre el que se asienta y da cuenta del carácter incompleto de su estructura institucional. De ahí que diste de ser obvio quién sea competente para determinar en última instancia qué regla de conflicto se derive de una interpretación sistemática del derecho aplicable en el territorio de la Unión Europea (es decir, qué regla sea la correcta desde la perspectiva conjunta del derecho comunitario y del derecho nacional).

Más de un lector escéptico quizá esté pensando que la definición del objeto de este artículo da fe de su carácter excesivamente teórico, y por ende, inútil. Hay dos buenas razones para ello. La primera, que los conflictos entre normas comunitarias y nacionales suelen ser de carácter infraconstitucional, en tanto que la norma nacional afectada suele tener rango legal o reglamentario. Al contrario de lo que sucede con los conflictos constitucionales europeos, las colisiones infraconstitucionales se resuelven de forma rutinaria y pacífica asignando primacía al derecho comunitario. Si esto es así, los problemas concretos que se derivan de la coexistencia del ordenamiento comunitario y los

---

<sup>3</sup> Desde la perspectiva de la teoría política, véase FERRY, Jean MARC, *La Question de l'État européen*, Paris, Gallimard, 2000.

ordenamientos nacionales no son en la inmensa mayoría de los casos cualitativamente distintos de los característicos de la interpretación y aplicación de cualesquiera normas contradictorias. La segunda razón es que no sólo son muy pocos los casos en los que se ha planteado en la práctica un conflicto constitucional europeo, sino que los conflictos han sido resueltos de forma satisfactoria pese a la carencia de una teoría de los conflictos constitucionales europeos. Bien el poder constituyente nacional ha reformado la ley fundamental nacional con el objeto de eliminar la contradicción (haciendo prevalecer *de facto* al derecho comunitario)<sup>4</sup>; bien el tribunal que afirmó la existencia de un conflicto (o su superior en la jerarquía judicial) ha modificado su jurisprudencia de modo que el conflicto ha quedado atenuado o resuelto<sup>5</sup>; o bien se han reformado los Tratados con el objeto de modular la norma comunitaria que entraba en conflicto con la norma constitucional nacional (haciendo prevalecer, al menos temporalmente, la norma constitucional nacional)<sup>6</sup>. Todo ello es suficiente para concluir que la clave de la resolución de los conflictos constitucionales europeos sea política, por lo que quizá sea innecesario contar con una teoría jurídico-constitucional sobre los mismos.

Pese a que estas críticas sean aparentemente razonables, las mismas no prestan atención a otras tres poderosas razones que inclinan la balanza argumentativa en sentido contrario.

---

<sup>4</sup> El caso más reciente es la reforma de la constitución polaca tras la sentencia del Tribunal constitucional en la que se afirmaba la existencia de una contradicción entre la constitución polaca y la orden de arresto europea. Véase sentencia de 27 de abril de 2005 (P 1/05). La traducción al inglés está disponible en [http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries\\_assets/documents/P\\_1\\_05\\_full\\_GB.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf). El Tribunal polaco declaró inconstitucional el artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal polaca que trasponía la Decisión Marco. El nuevo artículo 55.2 elimina (parcialmente) la contradicción. Entre las reformas constitucionales anteriores, cabe destacar que la ratificación del Tratado de Maastricht dio lugar a un buen número de ellas; en Alemania, Francia y España las reformas trajeron causa directa en sentencias o dictámenes de sus respectivos Tribunales constitucionales.

<sup>5</sup> En realidad, toda la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales sobre las relaciones entre los dos ordenamientos es un buen ejemplo, en la medida en la que han ido restringiendo el ámbito de la primacía nacional para hacerlo compatible con la fenomenología del derecho comunitario. En el caso del Tribunal de Justicia, véase el fallo en los asuntos acumulados *Keck* y *Mithouard*, C-267/91 y C-268/91 [1993] ECR I-6097. Vid. Miguel POIARES MADURO, *We the Court*, Oxford, Hart Publishers, 1998 y Norbert REICH, «Europe's Economic Constitution», 19 (1999) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 337-344.

<sup>6</sup> Protocolo 7 al Tratado de Maastricht, que trae causa de las dudas planteadas tras la sentencia en el asunto C-157/90, *Grogan*, [1992] ECR I-3525: El protocolo 7 anexo al Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea contiene disposiciones similares aplicables a Malta; pero véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-112/00 *Schmidberger*, [2003] ECR I-5659 par. 98.

En primer lugar, la teoría de los conflictos constitucionales europeos es una pieza clave de la teoría del derecho constitucional europeo, y en tal medida, su elucidación es necesaria no sólo a los efectos de resolver los conflictos constitucionales europeos, sino un buen número de cuestiones fundamentales en lo atinente a la relación entre derecho constitucional comunitario y derecho constitucional nacional. Así, la teoría que apliquemos a la resolución de los conflictos constitucionales europeos es pieza clave y determinante a la hora de resolver cuestiones tales como la competencia para controlar la constitucionalidad de las leyes nacionales de conformidad con el parámetro de constitucionalidad europeo (cuestión objeto de discusión en el famoso asunto *Simmenthal*)<sup>7</sup>, o las consecuencias que se derivan del principio de *res judicata* si las decisiones judiciales nacionales firmes infringen el derecho comunitario (objeto de discusión en el asunto *Köbler*)<sup>8</sup>. Distintas teorías de los conflictos constitucionales europeos conducen, o deben conducir si son aplicadas de manera consistente, a distintas soluciones a estos problemas. De igual forma, la teoría de los conflictos constitucionales europeos es determinante de la relación en que se encuentran las normas comunitarias «generales» (esencialmente aquellas incluidas en el llamado «primer pilar» cuyo marco normativo es el Tratado de la Comunidad Europea) y las normas comunitarias del segundo y tercer pilares (relativas a la política de seguridad y defensa, y a la cooperación judicial y policial en materia penal). Así, la teoría del derecho constitucional europeo que subyace a cada teoría de los conflictos constitucionales europeos implica distintas respuestas a cuestiones como la definición del ámbito de irretroactividad de las normas penales (cuestión central en el asunto *Pupino*)<sup>9</sup>, la competencia de la Unión para imponer sanciones penales (central en el asunto *Comisión c. Consejo*)<sup>10</sup> o los criterios de resolución del conflicto entre derechos fundamentales individuales y el bien colectivo seguridad nacional (objeto de debate en el asunto *Segi* y en un número considerable de asuntos sucesivos)<sup>11</sup>. Por tanto, no es exagerado afirmar

<sup>7</sup> Asunto 106/77, *Simmenthal II* [1978] ECR 629.

<sup>8</sup> Asunto C-224/01, *Köbler* [2003] ECR I-10239.

<sup>9</sup> Asunto C-105/03, *Pupino* [2005] ECR I-5285. Vid. Catherine M. APPS en 12 (2006) *Columbia Journal of European Law*, pp. 625-37; Un análisis de conjunto de los problemas del tercer pilar en Steve PEERS, «Salvation outside the church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments», 44 (2007) *Common Market Law Review*, pp. 883-929. Sobre el segundo pilar, véase Maria-Gisella GARBAGNATI KETVEL, «The Jurisdiction of the European Court of Justice in respect of the common foreign and security policy», 55 (2006) *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 77-119.

<sup>10</sup> Asunto C-176/03, *Comisión c. Consejo* [2005] ECR I-7879; son interesantes los comentarios del Abogado General Léger ante el Senado francés, disponibles en [http://www.senat.fr/europe/r22022006\\_1.html](http://www.senat.fr/europe/r22022006_1.html).

<sup>11</sup> Vid. sentencias del Tribunal de Primera Instancia (Asunto T-338/02), de 7 de junio de 2004, *Rec II-1647* y del Tribunal de Justicia (C-355/04 P), de 22 de febrero de 2007, pendiente de publicación. También las sentencias en los asuntos *Ocalan*,

que la teoría de las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento constitucional nacional constituye una pieza clave del derecho constitucional europeo, cuya relevancia excede la inmediata de resolver los conflictos constitucionales<sup>12</sup>.

En segundo lugar, la defensa de una u otra teoría de los conflictos constitucionales europeos implica distintos conceptos de la identidad de la comunidad política nacional y supranacional<sup>13</sup>. Si afirmamos que el derecho comunitario prima incluso sobre las normas constitucionales nacionales, necesariamente estaremos caracterizando a la Unión Europea como una comunidad política en un sentido no muy distinto al que empleamos cuando definimos de tal modo a los estados nacionales (o para ser quizá más preciso, una federación como puedan ser Canadá, o tal vez Suiza), y consecuentemente, le habremos de aplicar los estándares de legitimidad democrática de los que nos valemos al enjuiciar a los citados Estados. Si, por el contrario, negamos la primacía del derecho comunitario, estaremos rechazando que la Unión Europea pueda ser equiparada con los Estados nacionales o las federaciones propiamente dichas (y consecuentemente, estaremos sosteniendo que el estándar de legitimidad aplicable ha de ser distinto, *menos exigente* si se quiere que el característicamente aplicado a los estados). Lo que indudablemente tiene consecuencias inmediatas (aunque no siempre visibles) sobre las condiciones de legitimidad de cualquier ejercicio de reforma de los Tratados básicos de las Comunidades Europeas, como (quizás) demuestre en buena medida el fracaso del proceso constituyente iniciado con la Declaración de Laeken<sup>14</sup>. Es por ello que la teoría jurídico-constitucional de los conflictos constitucionales europeos es parte esencial de toda teoría política de la Unión Europea, y por tanto, sus consecuencias van mucho más allá de la resolución de conflictos concretos.

En tercer lugar, la ausencia de un marco teóricamente elaborado aumenta la posibilidad de que se planteen «falsos» conflictos constitucionales. O dicho de otro modo, que se «traduzcan» a la forma del

---

(T-229/02, de 15 de febrero de 2005, y C-229/05 P, de 18 de enero de 2007); *Sison I* (T-110/03, T-150/03 y T-405/03, de 26 de abril de 2005 y C-266/05 P, de 1 de febrero de 2007); *Ahmed Ali Yusuf*, (T-306/01, de 21 de septiembre de 2005), *Yassin Abdullah Kadi* (T-315/01, de 21 de septiembre de 2005); *Ayadi* (T-253/02, de 12 de julio de 2006); *Faraj Hassan* (T-49/04, de 12 de julio de 2006); *Sison II* (T-47/03, de 11 de julio de 2007); *Al Aqsa* (T-327/03, de 11 de julio de 2007).

<sup>12</sup> *Vid.*, por ejemplo, LENAERTS, Koen, y CORTHAUT, Tim, «Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law», 31 (2006) *European Law Review*, pp. 287-315.

<sup>13</sup> Cuestión que ya apuntara Andrew Axline, «Legal Integration through Judicial Fiat», 7 (1969) *Journal of Common Market Studies*, pp. 217-42. Véase ahora ODDVAR ERIKSEN, Erik, y FOSSUM, John Erik, «Europe in search of legitimacy: strategies of legitimation», 25 (2004) *International Political Science Review*, pp. 435-59.

<sup>14</sup> Al tiempo que abre plantea una buena serie de cuestiones acerca de las consecuencias constitucionales de la eventual ratificación del Tratado Simplificado que podría consensuar eventualmente el Consejo Europeo de octubre de 2007.

conflicto constitucional europeo disputas sustantivas acerca de cuál haya de ser el contenido del derecho, desde la limitación del poder estatal de regulación de la actividad económica a la definición de la institución de matrimonio de conformidad con una determinada creencia religiosa<sup>15</sup>. Esta tendencia es intrínseca a todas las comunidades políticas en las que existen varios niveles de gobierno; pero allí donde las relaciones entre los ordenamientos son más confusas, los defensores de posiciones minoritarias tendrán especial incentivo para probar suerte «traduciendo» sus reivindicaciones en conflictos constitucionales, y consecuentemente, aumentaran la presión sobre el derecho supranacional o federal como medio de integración social. Por otra parte, la ampliación a doce nuevos Estados Miembros aumenta estadísticamente las posibilidades de que se plantean conflictos constitucionales europeos, al tiempo que multiplica las posibles consecuencias de tales conflictos. Y ello en tanto que la carencia de una teoría mínimamente satisfactoria hace prácticamente inevitable que las soluciones que se den a los conflictos sean contradictorias. Tanto la tendencia a la «constitucionalización» de los conflictos como la multiplicación de los mismos necesariamente socavan la seguridad jurídica y amenazan la idea misma de igualdad ante la ley; además, tales fenómenos amenazan la capacidad de integración social de un ordenamiento jurídico caracterizado por el carácter incompleto de su estructura institucional, en la medida en la que no existen ni instituciones ni procedimientos específicos que puedan «reintegrar» el sistema una vez que se asienten las soluciones contradictorias.

El artículo se estructura en dos secciones. En la primera sección se describen y critican las tres principales teorías defendidas por las diversas concepciones de los conflictos constitucionales europeos: la teoría de la primacía del derecho comunitario, la teoría de la primacía del derecho constitucional nacional, y la teoría del pluralismo. En la segunda sección se exponen los principales elementos de una teoría constitucional del derecho comunitario europeo alternativa, la aquí denominada teoría de la síntesis constitucional. Tal teoría afirma la primacía del derecho comunitario europeo sobre el derecho constitucional nacional, pero ofrece un fundamento original de la misma (al anclarla en las propias constituciones de los Estados Miembros) al tiempo que especifica de forma también original las consecuencias que de ella se derivan. En concreto, se afirma que la supremacía del derecho comunitario no implica la primacía del derecho supranacio-

---

<sup>15</sup> No es mi propósito discutir aquí cuáles sean las soluciones sustantivamente correctas. Sea como fuere, el riesgo al que me refiero aquí no radica en que se defienda una u otra cosa, sino que se «fuerce» un conflicto constitucional europeo para defender una postura debilitada o minoritaria. La actitud del gobierno británico en relación con el derecho de huelga o del derecho polaco en lo relativo a los derechos civiles y políticos de las personas con una identidad u orientación sexual definida como «amoral» según una cierta concepción de la moral católica son ejemplos de ello.

nal sobre el derecho nacional, sino la prevalencia de las normas constitucionales comunes sobre las normas constitucionales nacionales «idiosincráticas», sustentadas en argumentos no «europeizables».

## I. LAS TRES PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES EUROPEOS

### 1. La teoría de la primacía nacional

#### A) DEFINICIÓN

La primera de las grandes teorías de los conflictos constitucionales europeos afirma que la regla de conflicto prescribe la primacía de las normas constitucionales nacionales. Tal tesis implica en la abrumadora mayoría de los casos la afirmación previa de que la regla de conflicto es parte del ordenamiento constitucional nacional, no del ordenamiento comunitario<sup>16</sup>.

La teoría de la primacía nacional puede descomponerse en cinco tesis: 1) la tesis de los dos ordenamientos, es decir, una clara y neta distinción entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento comunitario; 2) la tesis de la prioridad jurídico-formal del ordenamiento comunitario; 3) la tesis de la prioridad histórica del ordenamiento comunitario; 4) la tesis de la prioridad normativa del ordenamiento comunitario; y 5) la tesis de la prioridad institucional del derecho comunitario. Estas cinco tesis se consideran a continuación con mayor detalle.

1) La primacía del derecho constitucional nacional presupone la afirmación de la *plena autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y de cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales*. La igualdad formal de todos los ordenamientos se sustenta en la premisa de que la validez de las normas que forman parte de cada uno de ellos se asienta en una norma del propio sistema<sup>17</sup>: así, la validez de las normas nacionales deriva de una regla constitucional nacional, mientras que la validez de las normas comunitarias se fundamenta en una regla de derecho constitucional comunitario<sup>18</sup>. Ello implica que en el

<sup>16</sup> Por razones de espacio, me limito a apuntar que si bien existe una estrecha relación entre ambas, un análisis completo nos llevaría a introducir algunas matizaciones.

<sup>17</sup> En términos comparados, la tesis afirma que la relación entre el derecho comunitario y el derecho constitucional nacional no es cualitativamente distinta a la que existe entre los distintos ordenamientos de derecho internacional público y el derecho constitucional nacional. En este sentido, no habría una diferencia radical en las relaciones entre los Tratados Fundacionales de las Comunidades y el Tratado por el que se establece la Unión Postal Universal, por poner un ejemplo.

<sup>18</sup> Esa igualdad formal explica en buena medida, como veremos al considerar la tesis de la primacía europea, la proclividad del Tribunal de Justicia a emplear un len-

territorio de cada Estado Miembro serán aplicables simultáneamente dos ordenamientos plenamente autónomos: el comunitario y el nacional (de ahí que denomine a esta primera tesis de los *dos* ordenamientos).

2) La tesis de la prioridad jurídico-formal del derecho constitucional nacional afirma que el derecho constitucional nacional ha de primar sobre el derecho comunitario dado una buena parte de las normas «materialmente» constitucionales del derecho comunitario presuponen la previa existencia de las normas constitucionales nacionales. No sólo la definición de todas y cada una de las instituciones comunitarias asume conceptos y procedimientos definidos exclusivamente por el derecho constitucional nacional (por ejemplo, los miembros del Consejo Europeo o del Consejo de Ministros son aquéllos que cada derecho constitucional nacional designa, respectivamente, como jefes de estado o presidentes de gobierno, o como miembros del gobierno)<sup>19</sup>, sino que las normas sustantivas del derecho constitucional comunitario se refieren constantemente al derecho nacional (es el caso de la definición de ciudadano comunitario<sup>20</sup> o del contenido sustantivo del principio general de protección de los derechos fundamentales)<sup>21</sup>.

3) La tesis de la prioridad histórica del derecho nacional afirma que el derecho constitucional nacional ha de primar sobre el derecho comunitario en la medida en la que este último es el fruto de la voluntad concordante de los seis Estados Miembros fundadores (y de los estados que desde entonces se han ido incorporado a la Unión) expresada de conformidad con las exigencias de cada una de las normas constitucionales nacionales. Es bien sabido que el ordenamiento jurídico europeo resulta de la ratificación de tres tratados internacionales por los seis estados fundadores de las Comunidades Europeas. Tal ratificación fue válida en la medida en la que autorizada por las constituciones de cada uno de los seis Estados Miembros. Cada una de las leyes fundamentales nacionales determinó el procedimiento concreto que había de seguirse (es decir, cómo había de formarse la voluntad general de cada Estado Miembro) y los parámetros sustantivos que habían de emplearse para determinar la validez del acto de ratificación. Ello se confirma al leer no sólo las constituciones nacionales de los Estados Miembros, sino los tres tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, que exigen que la ratificación se produzca de

---

guaje que puedo conducir a concluir erróneamente que sostiene la tesis de los dos ordenamientos.

<sup>19</sup> Cfr. por ejemplo el artículo 4, apartado segundo del Tratado de la Unión Europea: «El Consejo Europeo estará compuesto por los *Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros*, así como por el Presidente de la Comisión. Éstos estarán asistidos por los *Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros* y por un miembro de la Comisión» (la cursiva es mía).

<sup>20</sup> Cfr. artículo 17.1 del Tratado de la Comunidad Europea.

<sup>21</sup> Cfr. asunto 11/70, *Internationale* [1970] ECR 1125, par. 4.

conformidad con las «respectivas normas constitucionales». Ello confirma la plena autonomía de cada uno de los Estados Miembros a la hora de escoger el procedimiento de ratificación, y consiguientemente, la conclusión de que la validez de toda norma de derecho comunitario deriva de la constitución nacional, y sólo de la constitución nacional. Consecuentemente, el derecho comunitario es la progenie de las constituciones nacionales, y en concreto, un orden jurídico creado en la plantilla del derecho internacional; de su génesis no se deriva rasgo «constitucional» alguno<sup>22</sup>. La prioridad histórica implica que la reconstrucción de la cadena de validez de cualquier norma comunitaria se retrotrae a las normas constitucionales nacionales en aplicación de las cuales se aprobaron las correspondientes leyes nacionales mediante las que se ratificaban los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (y en el caso de los países que se adhirieron con posterioridad, los correspondientes Tratados de Adhesión)<sup>23</sup>.

4) La tesis de la prioridad normativa del derecho nacional afirma que el derecho constitucional nacional ha de prevalecer sobre el derecho comunitario dado que su legitimidad democrática es más intensa que la del derecho comunitario. El derecho constitucional nacional está respaldado por la más alta de las legitimidades democráticas, bien sea a resultas del procedimiento de elaboración de la ley fundamental (al haberse seguido un procedimiento en el que se verifica la existencia de una voluntad general constante a favor de las normas constitucionales *según el modelo de poder constituyente democrático*), bien sea como consecuencia de la adhesión de los ciudadanos a las normas constitucionales nacionales, con independencia de cómo hayan sido aprobadas, puesta a prueba en situaciones de crisis política y social, en las que se manifiesta una robusta voluntad general a favor de las normas constitucionales (lo que podríamos denominar como la *constitucionalización progresiva de una carta otorgada*)<sup>24</sup>. Al tiempo que parece plausible atribuir una legitimidad democrática reforzada a las normas constitucionales nacionales de todos los Estados Miembros,

---

<sup>22</sup> Dereck WYATT, «New Legal Order or Old?», 7 (1982) *European Law Review*, pp. 147-66; Theodor SCHILLING, «The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations», 37 (1996) *Harvard International Law Journal*, pp. 389-410.

<sup>23</sup> Si bien podría discutirse si la mejor reconstrucción posible del derecho comunitario no aconsejaría «romper» la cadena de validez en el momento inmediatamente anterior a la ratificación de los Tratados constitutivos. Ello guarda una cierta relación con la vieja disputa rossiana en torno a la posibilidad de reforma de la constitución de conformidad con las disposiciones de la propia constitución. Vid. José María SAUCA, «La reforma de la Reforma de la constitución. El puzzle constitucional de Alf Ross», en Francisco LAPORTA (ed), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

<sup>24</sup> Sobre el ejercicio no convencional del poder constituyente, la obra de referencia sigue siendo Ackerman, Bruce, *We the People*, Cambridge: Massachussets, 1991 (vol. 1); 1997 (vol. 2). El segundo «modelo» de legitimidad democrática reforzada da cuenta de la legitimidad democrática de la Ley Fundamental Alemana de 1949.

no es obvio que una legitimidad democrática de semejante intensidad de las normas comunitarias pueda justificarse. Y ello dado que no es posible identificar momento alguno en el que los sujetos al derecho comunitario hayan ejercido de forma colectiva su poder constituyente; y es dudoso que en situaciones de crisis, la voluntad colectiva general se incline del lado europeo, por lo que no es evidente que el derecho constitucional comunitario haya adquirido con el tiempo una legitimidad democrática reforzada.

5) La tesis de la prioridad institucional del derecho constitucional nacional se deriva del desequilibrio institucional entre la Unión Europea y sus Estados Miembros. Como ya se indicó, la validez de las normas de derecho comunitario y de cada ordenamiento nacional es autónoma. Pero esa autonomía formal implica subordinación sustancial toda vez que buena parte de los órganos que desempeñan funciones constitucionales básicas en la Unión Europea son órganos constituidos por el derecho de cada uno de los Estados Miembros a los que se asignan *funciones* comunitarias; órganos cuya identidad nacional resultará en la abrumadora mayoría de los casos en su aceptación de la teoría de la primacía nacional en situaciones de conflicto<sup>25</sup>. Así, la aplicación efectiva del derecho comunitario depende en último extremo de instituciones nacionales que asumen funciones europeas sin perder su identidad nacional. Piénsese que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta un número muy reducido de sentencias que vinculen directamente a los particulares; en la mayor parte de los casos, se limita a determinar la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias o de los Estados Miembros en tanto que tales, o resuelve cuestiones prejudiciales, en relación con las que las sentencias vinculantes quedan en manos de los órganos judiciales nacionales. De forma semejante, los poderes ejecutivos de la Comisión Europea directamente obligatorias sobre los particulares son notablemente reducidos; en la abrumadora mayoría de los supuestos,

---

<sup>25</sup> No sólo es el caso que esas tareas europeas las asumen *porque así lo establece el el derecho constitucional nacional*, sino que su definición como tales órganos judiciales o ejecutivos sigue derivándose de las normas constitucionales nacionales, al tiempo que los recursos materiales de que disponen, así como la remuneración de los titulares de tales cargos públicos, sigue siendo esencial, sino exclusivamente, nacional. Con el paso del tiempo los titulares de algunos cargos nacionales pueden *européizar* sus identidades, e incluso *internalizar su identidad europea* (sobre los procesos de socialización europea, véase SHORE, Chris, *Building Europe: The Cultural Politics of European Integration*, Londres: Routledge, 2000; más recientemente, «Government without statehood. Anthropological perspectives on governance and sovereignty in the European Union», 12 (2006) *European Law Journal*, pp. 709-24). Pero tal proceso de europeización es probable tan sólo en aquellos casos en los que las *funciones europeas* se convierten en las funciones exclusivas o principales de tales órganos (sobre la europeización de los miembros del COREPER (Comité de Representantes Permanentes de los Estados Miembros, que desempeña tareas decisivas en el proceso legislativo, véase BEYERS, Jan, «Multiple Embeddedness and Socialization in Europe: The Case of Council Officials», 59 (2005) *International Organization*, pp. 899-936).

son las administraciones nacionales las que toman las decisiones reguladas por el derecho comunitario que vinculan directamente a los ciudadanos (o para ser más preciso, generalmente a las empresas). En tales circunstancias, la tesis de los dos ordenamientos supone asumir la igualdad formal de derecho comunitario y derecho nacional, pero el desequilibrio institucional implica que los efectos jurídicos que surten las normas comunitarias dependen en la práctica de que una institución nacional establezca de forma vinculante tal efecto jurídico, por lo que el carácter institucionalmente completo de los Estados Miembros implica la primacía sustantiva del derecho constitucional nacional.

## B) LAS DOS PRINCIPALES VARIANTES DE LA TEORÍA DE LA SUPREMACÍA NACIONAL

La formulación de la regla de la primacía del derecho constitucional nacional ha variado sensiblemente con el tiempo. La concepción original afirmaba la primacía sustantiva y absoluta del derecho constitucional nacional; hoy es posible distinguir una segunda concepción, que se limita a afirmar la primacía estructural y limitada del derecho constitucional nacional. Como veremos a continuación, la nueva variante implica una revisión implícita no sólo de la tesis de los dos ordenamientos, sino de los méritos sustantivos de las cuatro razones por las que se acuerda primacía al derecho constitucional nacional.

La primera variante de la primacía constitucional nacional afirma la prioridad sustantiva y absoluta del derecho constitucional nacional sobre el derecho comunitario, y por tanto, la sujeción de la validez de todas las normas de derecho comunitario a su conformidad con el parámetro de constitucionalidad nacional en su conjunto. Partiendo de la plena autonomía de ambos ordenamientos, esta primera variante se limita a considerar el valor jurídico que haya de asignarse a las normas comunitarias en el ordenamiento nacional. Desde esta perspectiva, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas merecen la misma caracterización que cualquier otro tratado internacional, lo que suele traducirse en la asignación a los mismos del rango propio de las leyes ordinarias en el sistema de fuentes nacional. La principal peculiaridad de los Tratados deriva de la previsión expresa de un proceso normativo mediante el que se desarrollan y complementan las disposiciones contenidas en los mismos con normas de derecho derivado (esencialmente los reglamentos comunitarios)<sup>26</sup>. A tales normas se les asigna rango reglamentario, correspondiente a la caracterización de la principal (¿única?) institución plenamente comunitaria (la Alta Autoridad en el caso de la Comunidad Europea del Carbón y el

---

<sup>26</sup> En la medida en la que la otra gran fuente del derecho derivado comunitario, la directiva, sólo se convierte en norma jurídica una vez traspuesta mediante una ley nacional. La teoría del efecto directo de las directivas es absolutamente extraña a la primera variante de la teoría de la primacía nacional.

Acero, la Comisión en caso de la Comunidad Económica Europea y el Euroatom) como una administración supranacional especializada, y por tanto competente para proponer la aprobación de *normas reglamentarias* que desarrollen los objetivos descritos en los Tratados<sup>27</sup>. El carácter internacional de esta administración explica que el proceso de decisión tenga un carácter mixto, al combinar elementos propios del proceso reglamentario nacional y de la negociación diplomática de tratados internacionales<sup>28</sup>.

A resultas de esta doble caracterización, la primera variante de la teoría de la primacía nacional descarta la posibilidad de que se produzca un conflicto de rango constitucional entre el derecho comunitario y el derecho nacional. No sólo los reglamentos comunitarios carecen de fuerza activa y pasiva frente a las leyes ordinarias nacionales (si bien puede interpretarse que las leyes nacionales mediante las que se ratifican los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas derogan implícitamente toda ley nacional anterior que contravenga lo dispuesto en los Tratados o en los reglamentos mediante los que se desarrollan los mismos) sino que se deniega a todas las normas comunitarias, incluidas las normas contenidas en los Tratados, fuerza pasiva frente a las leyes nacionales aprobadas con posterioridad a su entrada en vigor.

Esta primera variante de la supremacía nacional es la típicamente articulada por la dogmática constitucional de los Estados Miembros fundadores de las Comunidades Europeas en los años cincuenta y sesenta, y tiene su reflejo positivo en las primeras grandes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Italiano (*Costa*)<sup>29</sup> y Alemán

---

<sup>27</sup> Este modelo se vería complementado por razones puramente funcionales con la llamada «comitología» y (en cierta medida) con la creación de agencias independientes, algunas de las cuales cuentan con poderes normativos efectivos. El número de normas necesario para ejecutar algunas políticas comunitarias (y muy señaladamente, la Política Agrícola Común) desbordada la capacidad de toma de decisiones de un Consejo de Ministros compuesto efectivamente por los respectivos ministros nacionales. Véase Vos, Ellen, «EU comités: the evolution of unforeseen institutional actors in European Product Regulation», en JOERGES, Christian, and Vos, Ellen (eds.), *EU Committees*, Oxford: Hart University Press, 1999, pp. 19-47, especialmente página 19. Sobre las agencias, véase CHITI, Edoardo, «Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies», 10 (2004) *European Law Journal*, pp. 402-38. Sobre el sistema de fuentes del derecho comunitario, véase LOSADA, Fernando, y MENÉNDEZ, Agustín José, «Toma de Decisiones en la Unión Europea; El derecho y la política de la formación del derecho europeo», en prensa.

<sup>28</sup> En concreto, a la Comisión se le asigna un monopolio de iniciativa (éste sería el elemento «reglamentario» del proceso), mientras que la aprobación efectiva de las normas estaría subordinada al consentimiento unánime de los representantes de los Estados Miembros (como es típico en las negociaciones diplomáticas).

<sup>29</sup> Sentencia 14/64, *Costa* del Tribunal Constitucional Italiano, texto electrónico disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivitacorte/pronunceemassime/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1> (página visitada el 1 de febrero de 2007).

(la *cebada alemana* y en buena medida *Solange I*)<sup>30</sup> sobre las relaciones entre los dos ordenamientos. Recientemente ha sido reprimada en dos sentencias del Tribunal Constitucional Polaco<sup>31</sup>.

Una segunda variante de la teoría de la primacía nacional afirma la primacía estructural y limitada del derecho constitucional nacional. De conformidad con esta segunda concepción, la primacía constitucional nacional se circunscribe a los principios que configuran la identidad constitucional de cada Estado Miembro, al tiempo que el objeto del control de constitucionalidad pasa a ser un conjunto de normas comunitarias que sistemáticamente entran en conflicto con el derecho constitucional nacional.

La fundamentación jurídica de este cambio se encuentra en la reconsideración de los mandatos constitucionales en juego. Mientras la primera variante asume que las relaciones entre derecho constitucional nacional y derecho comunitario han de articularse de modo y manera que se asegure la primacía de la constitución, inseparable de la idea misma de constitución democrática, la adopción de la segunda implica aceptar la necesidad de ponderar la primacía de la constitución con el mandato constitucional de integración en el ordenamiento constitucional supranacional, positivizado en las cláusulas constitucionales europeas o proto-europeas, sobre la base de las cuales se procedió a la ratificación de los Tratados básicos de la Unión<sup>32</sup>. Es decir,

<sup>30</sup> Asunto Cebada [1967] C.M.L.R. 302 y *Solange I* [1974] 2 C.M.L.R. 540. Véanse igualmente las conclusiones del Abogado General Lagrange en el Asunto 6/64, *Costa* [1964] ECR 585; véanse también las opiniones del gobierno holandés en el asunto 26/62 *Van Gend en Loos* [1962] ECR 1 y del gobierno italiano en *Costa*, al cuál acabo de referirme.

<sup>31</sup> Véase la sentencia citada en nota 4, relativa a la euro-orden, y la sentencia de 11 de mayo de 2005 (K-18/04), sobre la ley nacional de ratificación del Tratado de Adhesión, un resumen de la cual está disponible en la página web del propio Tribunal; véase [http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K\\_18\\_04\\_GB.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf). Sobre la primera sentencia, véase LAZOWSKI, Adam, 1 (2005) *European Constitutional Law Review*, pp. 569-81; KOWALIK-BAŃCZYK, Krystyna, «Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law», 6 (2005) *German Law Journal*, pp. 1355-66; LECZYKIEWIC, Dorota, 43 (2006) *Common Market Law Review*, pp. 1181-91. Sobre la segunda sentencia, véase LAZOWSKI, Adam, 3 (2007) *European Constitutional Law Review*, pp. 148-62. Un análisis de la jurisprudencia polaca en el contexto de las decisiones de otros tribunales europeos en Zdeněk Kühn, «Constitutional Monologues, Constitutional Dialogues or Constitutional Cacophony? European Arrest Warrant Saga in Germany, Poland and the Czech Republic», ponencia presentada en el workshop «Integration or Absorption? Legal discourses in the enlarged Union?», Hannover, 28 al 30 de septiembre de 2006 y KOMÁREK, Jan, «European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In search of the limits of «contrapunctual principles», 44 (2007) *Common Market Law Review*, pp. 9-40.

<sup>32</sup> Sobre las cláusulas europeas, véanse CLAES, Monica, «Constitutionalising Europe at its source», 24 (2005) *Yearbook of European Law*, pp. 81-125; GRABENWARTER, Christopher, «National Constitutional Law Relating to the European Union», in Armin Von Bogdandy and Jürgen Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishers, 2006, pp. 95-144; sobre las cláusulas de las constituciones de los nuevos Estados Miembros, ALBI, Anneli, *Europe Articles in the*

la segunda variante asume que es la propia constitución nacional la que requiere la transferencia de la titularidad o el ejercicio de competencias y poderes soberanos a la Unión Europea, y por tanto, reconoce el carácter constitucional del proyecto de integración supranacional. Si ello es así, el conflicto normativo no puede resolverse en el marco del sistema de fuentes, sino mediante la identificación del núcleo duro de cada una de las constituciones nacionales, o dicho de otro modo, de la *identidad constitucional* de cada Estado Miembro<sup>33</sup>. El mandato constitucional de integración excluye una primacía absoluta y sustantiva de la constitución nacional, dado que tal primacía haría imposible la propia integración. Tal mandato exige redefinir en perspectiva europea la propia primacía constitucional, y limitarla a los elementos esenciales de la propia constitución nacional, entre los que se encuentran los procedimientos normativos de reforma constitucional, los principios constitucionales que subyacen al catálogo constitucional de derechos fundamentales, y las normas que articulan la división competencial entre la Unión Europea y los Estados Miembros. Al tiempo que se hace necesaria la transformación del control de constitucionalidad de las normas comunitarias, que deja de ser individual y absoluto (es decir, todas y cada una de las normas comunitarias deben ajustarse individualizadamente a todos y cada uno de los principios que conforman el canon de constitucionalidad nacional) y pasa a ser relativo y sistémico (es decir, se enjuicia el ajuste «sistémico» de conjuntos de normas comunitarias a los principios esenciales del ordenamiento constitucional). Ello se traduce en que ese control se reserva a los supuestos en los que el conflicto se haga endémico, o se estime que es indicativo de una involución de las garantías constitucionales ofrecidas por el ordenamiento jurídico comunitario<sup>34</sup>. Por lo tanto, el objeto de la garantía dejan de ser los derechos subjetivos o facultades concretos que se derivan del derecho constitucional nacional, y pasa a ser la *identidad* misma de la constitución nacional.

Esta segunda versión de la doctrina de la primacía nacional es la predominante en la jurisprudencia constitucional alemana (claramente

---

Constitutions of Central and Eastern European Countries», 42 (2005) *Common Market Law Review*, pp. 399-423.

<sup>33</sup> Cfr. *Solange II* [1987] 3 *CMLR*. 225, par. 32.

<sup>34</sup> Cfr. *Solange II*, par. 48; *Bananas*, 2 BvL 1/97, versión electrónica disponible en [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607\\_2bv1000197en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bv1000197en.html), par. 38; véase también Decisión -505 del Consejo Constitucional francés, disponible en castellano en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004505/esp.htm>, especialmente parágrafos 14 a 22, en los que se afirma la constitucionalidad (francesa) de ratificar el Tratado Constitucional si se mantiene una cierta interpretación de las normas iusfundamentales contenidas en el citado Tratado, como se afirma en *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, número 18, disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc18/jurisp505.htm>; y la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español, publicado en el *BOE* de 4 de enero de 2005, pp. 5-21, FJ 4.

desde *Solange II*)<sup>35</sup>, italiana (desde la sentencia *Granital*)<sup>36</sup>, y española (*Declaración 1/2004*)<sup>37</sup>.

### C) MECANISMOS DE GARANTÍA DE LA PRIMACÍA NACIONAL

Los mecanismos de garantía de la primacía nacional son esencialmente dos: 1) el control de constitucionalidad de las normas comunitarias, generalmente en manos de los tribunales constitucionales nacionales, que revoca la presunción de validez de concretas normas comunitarias o de los criterios sistemáticos de aplicación de las mismas, y 2) el poder de secesión de cada Estado Miembro de la Unión Europea, generalmente en manos de los parlamentos nacionales, salvaguarda última de los principios constitucionales nacionales ante la posible evolución contraria a los mismos del ordenamiento comunitario en su conjunto.

En primer lugar, la primacía nacional implica que el Tribunal constitucional nacional (o el Tribunal Supremo o equivalente en aquellas jurisdicciones en las que a éste compete el control de la constitucionalidad de las leyes) de declarar la inconstitucionalidad de la norma o normas comunitarias que entre o entren en conflicto con la norma constitucional nacional. El contenido preciso de tal garantía depende de la versión concreta de la regla de primacía nacional que se defiende, sobre lo que vuelvo *infra*.

En segundo lugar, la primacía nacional implica la afirmación del poder último de los órganos directamente representativos de los ciudadanos, sea el Parlamento o el Parlamento en conjunción con el jefe de gobierno o Estado directamente elegido por los ciudadanos. Algunos tribunales constitucionales (señaladamente el alemán en *Brunner*, el español en el Dictamen 1/2004, y el polaco en su sentencia sobre la euro-orden)<sup>38</sup> han afirmado expresamente que la facultad de decidir la secesión de la Unión Europea constituye la garantía última de la constitución nacional.

### D) ANÁLISIS CRÍTICO

Hay tres razones que justifican la plausibilidad *prima facie* de la teoría de la primacía nacional, y que dan cuenta de su continuada

<sup>35</sup> Véanse las sentencias citadas en la nota 32.

<sup>36</sup> Sentencia 170/84, disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/it/attivita-corte/pronunceemassime/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>.

<sup>37</sup> Además de la Declaración 1/2004, véase la Declaración 1/1991, de 1 de julio de 1992, disponible en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=DECLARACION-1991-0001](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=DECLARACION-1991-0001).

<sup>38</sup> En el caso alemán, *Brunner* [1994] 1 C.M.L.R. 57, par. 55; en el caso español, Declaración 1/2004, *op. cit.* 34; en el caso polaco, sentencia sobre la ley de ratificación del Tratado de Adhesión, *op. cit.* 31, FJ 13.

popularidad entre una buena parte de la dogmática constitucional y entre los tribunales constitucionales nacionales de los Estados Miembros. Tales razones no son otras que las que sustentan la plausibilidad de las tesis de la prioridad histórica y normativa del derecho constitucional nacional.

En primer lugar, la prioridad histórica del derecho constitucional es convincente a primera vista dada la inexistencia de un acto claro de ruptura constitucional. Como ya se indicó, las Comunidades Europeas fueron creadas mediante tratados internacionales, ratificados por leyes nacionales que desarrollaban las previsiones constitucionales nacionales relativas a la cesión del ejercicio de competencias a organizaciones internacionales y de conformidad con el procedimiento legislativo previsto por la ley fundamental en tales supuestos. Ello marca una diferencia entre la Constitución de la Unión Europea y la de otras comunidades políticas complejas «post-nacionales», como Canadá o los Estados Unidos de América<sup>39</sup>. A ello se añade que ningún acto colectivo de los Estados Miembros de la Unión posterior a la creación de las Comunidades es susceptible de ser interpretado como un acto de ruptura constitucional<sup>40</sup>. En tales circunstancias, parece sensato reconstruir la validez de cualquier norma comunitaria concreta mediante una cadena que necesariamente llega a la disposición constitucional en aplicación de la cual se ratificaron los tratados fundacionales de las Comunidades (o el tratado de adhesión, en el caso de los Estados Miembros que se adhirieron con posterioridad).

---

<sup>39</sup> Como es bien sabido, el texto de la Constitución de 1787 establecía un procedimiento de ratificación distinto al de reforma que prescribían los artículos de Confederación de 1781; ello implicaba una clara ruptura de la cadena de validez, que se «justificaba» normativamente al definir el procedimiento de ratificación constitucional de modo equivalente al procedimiento de reforma de las constituciones de los Estados federados. Véase Ackerman, *op. cit.*, 24, y REED AMAR, Akhil, *America's Constitution: A Biography*, New York: Random House, 2005. En el caso canadiense, la aprobación simultánea en 1982 del Canada Act por el parlamento británico y del Constitution Act (que incluye la Carta de Derechos Fundamentales de Canadá; véase [http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex\\_e.html](http://laws.justice.gc.ca/en/const/annex_e.html)) por el parlamento canadiense implica el reconocimiento formal por metrópoli y dominio de la ruptura en la cadena de validez del derecho canadiense. Véase especialmente artículo 2 del Canada Act: Sobre los aspectos más teóricos de la repatriación, véanse KNOPFF, Rainer, «Legal Theory and the "Patriation" Debate», 7 (1981) *Queen's Law Journal*, pp. 41-65 (sobre la coherencia de los argumentos a favor y en contra de la repatriación); HERMAN, Lawrence L., «International Aspects of Patriation», 31 (1982) *University of New Brunswick Law Journal*, 69-86 Sobre la repatriación y la reforma constitucional en Canadá, véase HURLEY, James Ross, *Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects*, Ottawa: Canadian Government Publishing, 1996.

<sup>40</sup> Ni siquiera la eventual ratificación del proyecto de Tratado Constitucional hubiera requerido modificar tal conclusión, dado que no sólo se mantenía el requisito de ratificación por todos y cada uno de los Estados Miembros como condición previa a su entrada en vigor, sino que la disciplina y modalidades del proceso de ratificación seguían quedando determinados de forma exclusiva y plenamente autónoma por las leyes fundamentales nacionales. Cfr. MENÉNDEZ, Agustín José, «Between Laeken and the deep blue sea», 10 (2005) *European Public Law*, pp. 105-144.

En segundo lugar, la prioridad normativa del derecho constitucional nacional se fundamenta en su superior legitimidad democrática cuando se compara con el derecho constitucional comunitario. Y ello en tanto que los ciudadanos europeos se reconocen en mayor medida y con mayor intensidad como autores de las normas constitucionales nacionales que de los Tratados básicos de las Comunidades Europeas, bien sea porque hayan participado en el proceso de deliberación y toma de decisiones acerca de la ley fundamental nacional durante un proceso constituyente o reconstituyente; o bien porque consideren que la habrían apoyado si hubieran tenido la oportunidad de hacerlo (aunque no lo hayan hecho porque bien la constitución no sea resultado de un proceso constituyente suficiente plenamente democrático, como es el caso alemán, o porque la ley fundamental nacional es lo suficientemente antigua como para que la mayoría de los ciudadanos no hubieran adquirido derechos políticos o siquiera nacidos cuando se concluyó el proceso constituyente nacional, como puede ser el caso sueco). Por contra, es problemático afirmar que los Tratados de las Comunidades Europeas reflejan la voluntad general de los ciudadanos europeos, en la medida en la que es implausible afirmar que sean el resultado de un proceso constituyente, o que su legitimidad democrática haya sido puesta a prueba en situaciones de crisis, en las que los ciudadanos hayan afirmado su apoyo a las normas constitucionales europeas.

Las tres citadas razones contribuyen a la popularidad de la teoría de la primacía nacional. Sin embargo, es obvio que la plausibilidad *prima facie* no es equivalente a la corrección *tutto sommato* de una tesis. En concreto, la teoría de la primacía nacional presenta tres serias deficiencias que conducen necesariamente a concluir su insuficiencia manifiesta como teoría de los conflictos constitucionales europeos: 1) la incapacidad de dar cuenta de la práctica del derecho, y en concreto, de la primacía que se asigna en la misma a las normas comunitarias; incapacidad que deriva de 2) la implausibilidad de la tesis de los dos ordenamientos y de 3) las contradicciones que se derivan de la afirmación simultánea de la prioridad lógica y normativa del derecho constitucional nacional, en la medida en la que la coherencia nacional bajo la primacía del derecho constitucional nacional implica la afirmación del pluralismo jurídico a escala europea, que necesariamente conduce a vaciar de contenido las garantías iusfundamentales que se dice exigen afirmar la primacía constitucional nacional.

El primer grave defecto de la teoría de la primacía nacional es su incapacidad de dar cuenta de la fenomenología del derecho comunitario. En concreto, la aplicación práctica del derecho en la totalidad de los Estados Miembros no puede explicarse valiéndose de la teoría de la primacía nacional. Hay al menos tres grupos de prácticas que contradicen abiertamente la teoría de la primacía nacional: a) el reconocimiento del efecto directo de las normas comunitarias, en la medida en la que presupone la primacía de la norma comunitaria que afirma el

efecto directo de las restantes normas comunitarias, y por tanto, limita la primacía nacional en un modo inaceptable para cualquier variante de la teoría de la primacía nacional; b) los múltiples supuestos en los que normas comunitarias priman sobre normas constitucionales nacionales que constituyen parte integrante del «núcleo duro» del ordenamiento constitucional, c) la redefinición de la identidad constitucional del Estado, y en concreto, el anclaje de la validez de las normas nacionales a parámetros de constitucionalidad definidos supranacionalmente.

a) La doctrina comunitaria del efecto directo consiste en la afirmación de que una vez que las normas comunitarias son aprobadas y entran en vigor siguiendo el procedimiento legislativo establecido en el derecho comunitario, los derechos y obligaciones que de ellas se derivan quedan determinados por una regla comunitaria. Es importante observar que esta regla es aceptada pacíficamente en la práctica constitucional europea, pese a que la meta-regla de efecto directo prima incondicionalmente sobre el conjunto de las normas nacionales, incluidas las normas constitucionales nacionales. A diferencia de la consistencia de la doctrina del efecto directo en derecho internacional, los efectos jurídicos de la afirmación del efecto directo de una norma comunitaria no se circunscriben al ordenamiento comunitario, sino que se extienden a todos y cada uno de los ordenamientos nacionales<sup>41</sup>. Dicho de otro modo, la meta-regla comunitaria que fija los términos y condiciones del efecto directo de las normas comunitarias no es una mera norma interna del derecho comunitario, sino una regla europea que surte efectos en el interior de todos y cada uno de los ordenamientos nacionales, lo que contradice abiertamente la tesis de los dos ordenamientos.

b) A ello se añade que existe un buen número de supuestos en los que se acepta la primacía de las normas comunitarias sobre normas constitucionales nacionales que forman parte del núcleo duro del derecho constitucional nacional, y que por tanto, definen la identidad constitucional del Estado, en contra de lo que afirma incluso la versión más «ligera» de la primacía nacional. Así, la norma comunitaria que otorga a los jueces ordinarios la facultad de controlar la constitucionalidad europea de las normas nacionales, y eventualmente, el poder de dejar sin aplicación aquéllas que no superen tal control es radicalmente contraria a la asignación en régimen de monopolio de tal facultad a un órgano específico, generalmente a un tribunal constitucional. Sin embargo, la sentencia *Simmmenthal*<sup>42</sup> y su generalizada aceptación implican que jueces, funcionarios y ciudadanos han aceptado que la primacía del derecho comunitario exige dejar sin efecto

---

<sup>41</sup> Vid. BRUNO DE WITTE, «Retour à “Costa” - La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», in (1984) *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 425-454.

<sup>42</sup> Vid. nota 7.

una norma constitucional nacional (aquella en la que se fundamenta el monopolio del control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional nacional) de la que difícilmente puede negarse que forma parte del «núcleo duro» de la Constitución, en la medida en la que afecta decisivamente a la identidad constitucional del Estado<sup>43</sup>. De forma más concreta, en los casos relativos a las *ayudas griegas*<sup>44</sup> y a la *cláusula constitucional luxemburguesa*<sup>45</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ofrecido una interpretación del derecho comunitario que no dejaba lugar a dudas sobre la necesidad de dejar sin aplicar normas constitucionales nacionales; en ambos supuestos, la historia social y política deja pocas dudas acerca de la importancia y relevancia constitucional de las normas nacionales que ceden ante las comunitarias<sup>46</sup>.

c) Por último, la teoría de la primacía nacional tiene graves dificultades para dar cuenta de la profunda transformación de la identidad constitucional de los Estados Miembros, que implica una redefinición supranacional de los principios constitucionales básicos del orden constitucional. No sólo algunos Estados se han identificado constitucionalmente como Estados Miembros de la Unión Europea (mediante cláusulas constitucionales europeas explícitas incluidas ahora varias leyes fundamentales nacionales, como es el caso alemán, francés o portugués), sino que el derecho comunitario contiene ya criterios sustantivos a los que condiciona la *adquisición* de la condición de Estado Miembro, y la *vigencia de tal condición* de los que ya son Estados Miembros. Así, la adhesión de un nuevo Estado se sujeta a la observancia de los principios constitucionales comunitarios, ex artículo 49 y 7 TUE, lo que implica que una vez que un Estado se convierte en miembro de la Unión (y deja de ser un Estado soberano en derecho internacional para convertirse en Estado Miembro de la Unión), su

---

<sup>43</sup> Sobre los cambios en la titularidad del control de constitucionalidad de las leyes, véase FERRERES COMELLA, Víctor, «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», 65 (2003) *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 73-122.

<sup>44</sup> Asunto C-183/91 [1993] ECR 3131; se deja sin aplicación el artículo 78.2 de la Constitución griega, que establece el principio de no retroactividad de los impuestos.

<sup>45</sup> Asunto C-473/93 [1996] ECR I-3207; se deja sin aplicación el artículo 11 de la Constitución luxemburguesa, relativo al acceso a la función pública. La ley luxemburguesa reservaba el acceso a la función pública en los sectores de la investigación, enseñanza, sanidad, transporte, correos y telecomunicaciones, y distribución de agua, gas y electricidad a quienes fueran ciudadanos luxemburgueses, supuestamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48(4), que permite excepciones en la función pública al principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

<sup>46</sup> Como es bien sabido, el Tribunal no es competente para determinar la validez de normas nacionales en el marco de una cuestión prejudicial, pero no es infrecuente que su fallo deje un nulo margen de discrecionalidad a los tribunales nacionales, lo que fue el caso en ambos supuestos.

identidad constitucional depende de la satisfacción de las condiciones sustantivas fijadas por el derecho comunitario<sup>47</sup>.

Estas tres deficiencias reafirman la convicción de que la redefinición de la primacía nacional como primacía estructural y limitada es un intento (fallido) de recuperar la relevancia práctica de la teoría de la primacía nacional. Tal recaracterización de la primacía nacional no trae causa de cambios sustantivos en los textos constitucionales nacionales (posteriores, no anteriores, a la formulación de la primacía estructural y limitada)<sup>48</sup>, sino de la reinterpretación de las leyes fundamentales nacionales a la luz de la consolidación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y los tribunales infraconstitucionales nacionales, que asignan primacía a las normas comunitarias sobre las normas constitucionales nacionales. Y sin embargo, ni siquiera esta versión mejorada y reducida de la primacía nacional es capaz de ofrecer un marco teórico capaz de explicar la fenomenología del derecho comunitario, y por ende, de ofrecer soluciones solventes a los conflictos constitucionales europeos.

La incapacidad de dar cuenta de la fenomenología del derecho comunitario guarda una estrecha relación con la defensa de la tesis de los dos ordenamientos. Tanto la tesis del efecto directo como la apertura supranacional del canon de constitucionalidad nacional contradi-

---

<sup>47</sup> Algo a lo que también apunta el citado artículo de RUBIO LLORENTE, «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», 16/48 (1996) *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 9-33, p. 19.

<sup>48</sup> Podría pensarse que una parte de esos cambios se explica por los cambios en el tenor literal de las normas constitucionales nacionales. Al fin y al cabo, pese a que la ratificación de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas dio lugar a debates parlamentarios y judiciales que son testimonio de la importancia constitucional que se reconocía a la decisión, hasta fechas recientes eran pocas las constituciones que contaban con cláusulas específicas relativas a la integración europea que enunciaran o de las que pudieran derivarse reglas de conflicto concretas. Una vez que aumentan estas cláusulas en los años noventa, podríamos pensar que su tenor literal induce cambios en la definición de la regla de conflicto que los tribunales asumen al aplicar el derecho. Sin embargo, la cronología de buena parte de los cambios en la definición de la regla de conflicto nacional no justifica tal conclusión, en la medida en la que se producen en *ausencia* de reforma constitucional o *preceden* la misma. Los cambios se deben pues a alteraciones en la interpretación autorizada institucionalmente de la *regla de conflicto que se deriva de la lectura sistemática del texto constitucional*. La cronología de los cambios en la línea jurisprudencial reduce la plausibilidad de caracterizar tales sentencias como reflejo de los cambios en los contenidos de las leyes fundamentales nacionales; el cambio jurisprudencial, la sentencia *Solange II* del Tribunal Constitucional alemán, el fallo *Granital* de la Corte constitucional italiana o el dictamen sobre la constitucionalidad del Tratado Constitucional del guardián español de la constitucionalidad (por referirme sólo a algunos casos que nos son más familiares) no pueden sino caracterizarse como independientes o a lo sumo precursores de la reforma constitucional, en tanto que son anteriores a la reforma constitucional (*Solange II* se dicta en 1987, y la cláusula europea sólo se inserta en la ley fundamental alemana en 1992) o se han decidido en ausencia de la misma. Consecuentemente, no es aventurado afirmar mediante tales cambios los tribunales constitucionales han reconciliado la *práctica de la primacía comunitaria* con la *teoría de la primacía constitucional nacional*.

cen la distinción clara y nítida entre el ordenamiento comunitario y los veintisiete ordenamientos nacionales. La dificultad de cuadrar el círculo jurídico, y hacer compatible una concepción limitada y estructural de la primacía nacional con la tesis de los dos ordenamientos ha tenido reflejo en la jurisprudencia constitucional nacional. Sin embargo, los tribunales no han ido más allá de suavizar los contornos de la tesis de los dos ordenamientos, sin abandonarla, pese a que algunas de las intuiciones de los Tribunales alemán, italiano y español<sup>49</sup> probablemente exigirían su abandono si fueran llevadas a su conclusión lógica.

Finalmente, la solvencia de la teoría de la primacía nacional está puesta en entredicho por la tensión que subyace a la fundamentación de la teoría de la primacía nacional en la prioridad normativa del derecho constitucional nacional, en la medida en la que la primacía nacional, especialmente si se define en términos absolutos y sustantivos, pero también si se defiende en tanto que limitada y estructural, no conduce a reforzar, sino a debilitar, la vigencia de los propios principios constitucionales en nombre de los cuales se dice sustentar la primacía nacional. Y ello dado que: (a) se limita el cumplimiento del mandato constitucional de integración supranacional, considerada como necesaria e imprescindible para la plena realización de los principios constitucionales; (b) la afirmación de la primacía limitada y estructural del derecho constitucional nacional implica limitar drásticamente la efectividad de los mecanismos de garantía de la primacía nacional.

a) La teoría de la primacía nacional asegura la reducción de todas las normas aplicables en el interior de cada Estado a un sistema único de normas. Sin embargo, la «unidad nacional» no aumenta sino, antes al contrario, reduce las probabilidades, de la integración del sistema jurídico comunitario en su conjunto. Como tuvimos ocasión de indicar, la toma de conciencia de la necesidad de ponderar la primacía de la constitución con el mandato de integración supranacional ha conducido a reformular la teoría de la primacía nacional. Pero ni siquiera en su versión estructural y limitada está en condiciones de asegurar que la «unidad nacional» no tenga como contrapartida el pluralismo europeo. No sólo es obvio que la eventual fragmentación del derecho comunitario sólo tiene como límite lógico el número de Estados Miembros, sino que en ausencia de una estructura institucional europea completa, se pone en peligro la capacidad del ordenamiento comunitario de desempeñar un papel adecuado en la integración de la sociedad europea. Cuestiones sobre las que volveremos, en la medida en la

---

<sup>49</sup> Así, *Solange II*, *op. cit.* 33, FJ 31; *Granital*, *op. cit.* 36; *Declaración 1/2004 del TC español*, *op. cit.* 34, FJ 4; Véase también *Crotty v. An Taoiseach* [1987] IEHC 1 (de 12 de febrero de 1987), en la que se interpreta la cláusula de apertura de la constitución irlandesa como «permiso para unirse a una Comunidad dinámica» —«a licence to join a living dynamic Community».

que constituyen una parte esencial del argumento de la teoría de la primacía comunitaria (como veremos *infra*)<sup>50</sup>.

b) Además, una vez que la primacía constitucional se define de forma limitada mediante referencia al «núcleo duro» de la constitución, los dos mecanismos de garantía de la primacía nacional pierden una buena parte de su efectividad.

aa) La reconceptualización de la primacía nacional como estructural y limitada implica que el Tribunal Constitucional deja de controlar la constitucionalidad de normas comunitarias concretas, y auto-limita su condición a custodia de la identidad constitucional nacional, *en beneficio*, por así decirlo, *de constitución*, y no *de derechos fundamentales concretos*, pese a que los tribunales se justifiquen, esencialmente, mediante referencia al catálogo nacional de derechos fundamentales. Además, la nueva identificación de sus funciones implica en realidad una transformación de su identidad, en la medida en la que cada tribunal constitucional nacional, al tiempo que guarda la identidad constitucional nacional, está contribuyendo a definir el canon de constitucionalidad europeo desde la perspectiva de cada ordenamiento constitucional nacional, y al hacerlo, actuando tanto como tribunal constitucional nacional como europeo. Esa transformación, a mi juicio legítima (como defiendo en la segunda parte de este artículo), deviene problemática cuando no se asume de forma expresa y explícita por los tribunales, y por ello conduce a una incorrecta división de trabajo entre los tribunales europeos y nacionales que puede poner en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva (en la medida en la que puedan surgir lagunas en la protección de los derechos individuales, y en la medida en la que se prolonguen innecesariamente los procesos, socavando la efectividad del derecho).

bb) Aún más dudosa es la garantía prestada por el derecho de secesión que se dice los Estados Miembros están facultados para ejercer sin sujeción alguna al derecho comunitario. Aunque pueda parecer una aseveración muy plausible a primera vista, no deja de ser notablemente paradójica, tanto en términos jurídico-formales como sustantivos. En términos jurídico-formales, la facultad de secesionarse, y los

---

<sup>50</sup> La teoría de la primacía nacional, sin embargo, es compatible con la afirmación de que en términos políticos, sociales y económicos el derecho comunitario europeo es diferente al derecho internacional público, y que, por tanto, el pluralismo europeo no es equivalente al pluralismo de concepciones acerca de qué sea el derecho internacional público. Sin embargo, la teoría de la primacía nacional no puede justificar esa diferencia en términos jurídicos, sino que tendrá que apelar a factores extra-jurídicos; por ejemplo la firme y constante voluntad política de los Estados Miembros de consolidar lazos económicos y sociales entre ellos, que explica la constante sumisión voluntaria a las decisiones adoptadas a través de las instituciones comunes (por lo demás, esencialmente intergubernamentales; Ése es el argumento central de la teoría constitucional de la Unión Europea de WEILER, Joseph, «Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg», en HOWSE, Robert, and NICOLAIDIS, Kalypso, *The Federal Vision*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 54-71).

términos en los que la misma habría de ejercerse, no se rigen por normas constitucionales nacionales, sino por normas externas al derecho constitucional nacional<sup>51</sup>. Ello implica que si bien el derecho de secesión es una garantía de la primacía de la constitución nacional, sólo puede hacerse efectivo de conformidad con las normas internacionales o comunitarias que gobiernan la misma (en caso contrario, la secesión será inválida). Si esto es así, el derecho de secesión *no siempre* será una garantía de la primacía constitucional nacional (por ejemplo, si un partido racista consiguiera hacerse con una amplia mayoría política en un Estado Miembro, y pretendiera abandonar la Unión Europea, es dudoso que su pretensión fuera considerada legítima desde la perspectiva internacional o europea; en cuyo caso, el derecho a la secesión no sería garantía de la primacía constitucional nacional). A ello se añade que, en términos sustantivos, el grado de integración social y económica en la Unión Europea es tal que toda secesión afectaría a los derechos de todos los ciudadanos de la Unión, de modo más o menos intenso<sup>52</sup>. La secesión es por ello improbable, al menos si se mantiene la configuración socio-económica actual. Además, la posibilidad real de realizar los valores constitucionales nacionales después de la secesión no dependería exclusivamente de las decisiones adoptadas por las instituciones constitucionales en el marco constitucional nacional, sino de las decisiones de las restantes instituciones europeas.

## 2. La teoría de la primacía comunitaria

### A) DEFINICIÓN

La segunda de las grandes teorías de los conflictos constitucionales europeos es la teoría de la primacía comunitaria, que defiende la primacía de las normas supranacionales. La primacía comunitaria

---

<sup>51</sup> Puede discutirse si tales normas lo son de derecho internacional público o ya han sido positivizadas en el derecho comunitario. Así, KUMM, Mattias, «To be a European citizen? The Absence of Constitutional Patriotism and the Constitutional Treaty», 11 (2005) *Columbia Journal of European Law*, pp. 481-522, pp. 489 ss. Un estudio de la mecánica previsible de secesión, con un estudio comparado (esencialmente mediante referencia a Estados Unidos y Canadá) en FRIEL, Raymond J., «Secession from the European Union: Checking Out of the Proverbial «Cockroach Motel», 27 (2004) *Fordham International Law Journal*, pp. 590-641. El juicio que se emita dependerá de cómo valoremos tanto el hecho de que los Tratados fundacionales (con la excepción del extinto Tratado CECA) tengan una vigencia ilimitada en el tiempo como la existencia de procedimientos específicos de resolución de conflictos en la propia estructura institucional comunitaria. Sobre la relevancia del carácter indefinido de la Comunidad, véase KELSEN, Hans, «Withdrawal from the United Nations», 1 (1948) *Journal of Politics*, pp. 29-43.

<sup>52</sup> Sobre el particular, véase BRUNKHORST, Hauke, «A polity without a state? European constitutionalism between evolution and revolution», en ODDVAR ERIKSEN, Erik, FOSSUM, John Erik, y MENÉNDEZ, Agustín José, *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004, pp. 88-105.

implica en la abrumadora mayoría de los casos la afirmación previa de que la regla de conflicto es una regla que pertenece al ordenamiento constitucional comunitario<sup>53</sup>.

La teoría de la primacía comunitaria implica 1) la tesis de la progresiva integración en el ordenamiento supranacional europeo de los ordenamientos constitucionales nacionales; 2) la primacía lógica del derecho comunitario y 3) primacía normativa del derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha desempeñado un papel central en la forja de la teoría de la primacía comunitaria. No sólo el fallo en el asunto *Costa* es unánimemente considerado como el «leading case» en la materia, sino que sus sucesivas sentencias han sido probablemente los principales factores que han contribuido a precisar el contenido concreto de la misma. A tal respecto, es conveniente recordar que los fallos *Costa*, *Internationale* y *Simmenthal II*, a los que ya me he referido, han sido confirmados ulteriormente en diversas sentencias entre las que quizá son especialmente relevantes las dictadas en los asuntos *Factortame*<sup>54</sup>, y *Köbler*<sup>55</sup>, en la medida en la que obligan a los jueces nacionales a seguir procedimientos y tomar decisiones que aseguren la efectividad del derecho comunitario, incluso si el derecho nacional no los apodera para tomar tales decisiones y seguir tales procedimientos (*Factortame*); y se limitan los efectos del principio de *res judicata* (central en el diseño de la estructura institucional de todos los Estados Miembros) con el objeto de asegurar el pleno resarcimiento de los daños derivados de una infracción manifiesta del derecho comunitario (*Köbler*). Además, el Tribunal ha confirmado en los últimos años, la primacía de los instrumentos jurídicos del tercer pilar sobre las normas nacionales (a raíz del fallo en *Pupino*, ya citado).

1) La tesis de la progresiva integración de los ordenamientos constitucionales nacionales afirma que la Constitución de la Unión Europea es un acto de creación de un ordenamiento jurídico supranacional, compuesto sustantivamente por los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas y por las normas derivadas que se aprueben de conformidad con el procedimiento normativo previsto en los citados Tratados; y suplementado por el derecho constitucional común a los Estados Miembros. La creación del ordenamiento supranacional no implica de forma inmediata la sustitución de los ordenamientos constitucionales nacionales, o su completa subordinación al derecho supranacional, sino tan solo que el derecho comunitario fije los princi-

---

<sup>53</sup> Al igual que fuera el caso al exponer la teoría de la primacía nacional, me limito a apuntar que si bien existe una estrecha relación entre ambas, un análisis completo nos llevaría a introducir algunas matizaciones; análisis que he de obviar por razones de espacio.

<sup>54</sup> Asunto C-213/89 [1991] Rec I-2433, sobre la concesión de medidas cautelares pese a que existe una regla de *common law* que las excluye.

<sup>55</sup> *Köbler*, *op. cit.* 8, en el que se defiende una interpretación «autónoma» del principio de *res judicata*.

pios estructurales (efecto directo y primacía) en el marco de los cuales es posible el lento y progresivo proceso de integración normativa. De este modo, la tesis de la progresiva integración niega la plena autonomía de los ordenamientos nacional y comunitario, y afirma su paulatina reconstitución en un único ordenamiento, contexto en el que deja de tener sentido hablar de primacía a los solos efectos del derecho comunitario o del derecho constitucional nacional. Como indicó el Abogado General Lagrange en el famoso y determinante caso Costa:

«[E]l verdadero problema es la coexistencia de dos normas jurídicas (que asumamos por el momento) son incompatibles y pese a ello simultáneamente aplicables en un mismo ordenamiento, una derivada del Tratado o de las instituciones de la Comunidad, la otra una norma jurídica nacional; ¿cuál de ellas ha de prevalecer una vez resuelto el conflicto? Ése es el verdadero problema.»

El tenor literal de algunas de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podría llevarnos a pensar que su defensa de la primacía comunitaria no se sustenta en la tesis de la progresiva integración de los ordenamientos nacionales en el ordenamiento supranacional, sino que por el contrario los magistrados europeos serían defensores de la tesis de los dos ordenamientos. Sin embargo, esa conclusión es precipitada. Si en algunas ocasiones (especialmente, en los primeros años de su actividad) el Tribunal parece defender la plena autonomía de los dos ordenamientos, esa falsa impresión se debe al énfasis que el Tribunal pone en refutar la caracterización del derecho comunitario como un ordenamiento derivado de derecho internacional público, o como mero conjunto de normas reglamentarias autorizadas por la ley nacional de ratificación. Para negar tales premisas, el Tribunal recurre a afirmar la condición *sui generis* del ordenamiento comunitario en términos que pueden conducir a confusión. Pero es importante observar que simultáneamente el Tribunal sentó las bases de la caracterización del derecho comunitario como ordenamiento supranacional en el que se integran los ordenamientos constitucionales nacionales desde sus primeros fallos. La fórmula del Abogado General Lagrange en Costa es no sólo la más temprana, sino quizá la que mejor sintetiza el pensamiento del Tribunal al respecto:

«Pero (y se trata de una mera constatación) el Tratado por el que se establece la Comunidad Económica Europea, así como los otros dos Tratados Europeos, constituyen un ordenamiento jurídico autónomo, separado del propio de cada Estado Miembro, pero al que reemplazan parcialmente de conformidad con las normas fijadas en el propio Tratado, y que implican la transferencia de poderes a las instituciones de las Comunidades Europeas.»

2) La prioridad jurídico-formal del derecho comunitario se sustenta en la interpretación sistemática del artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea y de los artículos 7 y 49 del Tratado de la Unión

Europea. En el citado artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea se dice que:

Los Estados Miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados Miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

De esta norma se deriva una obligación de «lealtad constitucional» por parte de los Estados Miembros hacia la Unión Europea, que se concreta mediante referencia a los principios constitucionales básicos del derecho comunitario que «condicionan» la adquisición y mantenimiento de la condición de Estado Miembro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 7 del Tratado de la Unión Europea. De ello se deriva la primacía lógica de los principios constitucionales básicos del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional, en la medida que su cumplimiento viene exigido por el ordenamiento federal (ex artículo 10 del Tratado de la Comunidad Europea) y su incumplimiento puede dar lugar a la pérdida de la condición e identidad de Estado Miembro (ex artículos 49 y 7 del Tratado de la Unión Europea).

3) La tesis de la primacía normativa del derecho comunitario se sustenta en la relación necesaria que existe entre la idea misma de integración social mediante normas jurídicas y la primacía del derecho comunitario. Dicho de otro modo, si y sólo si la teoría de la primacía comunitaria rige las relaciones entre derecho comunitario y derecho constitucional nacional el derecho comunitario podrá contribuir a la integración de la sociedad europea mediante normas jurídicas comunes. A su vez, la efectividad del derecho comunitario depende de la recíproca aceptación de la primacía comunitaria por parte de todos los Estados Miembros, por lo que cualquier excepción a la primacía comunitaria podría desencadenar un proceso de desintegración jurídica, y consecuentemente, social. La tesis de la primacía normativa del derecho comunitario tiene su formulación jurídica más precisa en la llamada doctrina del *effet utile*. Su denominación parece poner en entredicho el carácter normativo del argumento<sup>56</sup>. Sin embargo, es

---

<sup>56</sup> Como es bien sabido, la doctrina del *effet utile* es ampliamente utilizada por el Tribunal de Justicia, hasta el punto de que algunos autores lo caracterizan como un «mantra institucional» cuya función no es otra que «asegurar la replicación del estilo de argumentación del Tribunal en el ámbito nacional»; véase Ross, Malcolm, «Effectiveness in the EU legal order», 31 (2006) *European Law Review*, pp. 476-98. En términos sustantivos, la doctrina hace acto de presencia en la argumentación en prácticamente en casi todas las sentencias del Tribunal que han contribuido a perfilar el derecho constitucional de la Unión Europea. En este sentido, LENAERTS, Koen, y GUTMAN, Kathleen, describen al principio como un «overarching principle that pervades every instance of the Court's law-making», en «Federal Common Law in the

preciso observar que el Tribunal no defiende la primacía del derecho comunitario ni *sociológicamente* (basándose en la observación empírica de que una mayoría suficiente de jueces, funcionarios y ciudadanos interpretan las normas jurídicas que les son aplicables asumiendo la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional) ni en base a un *cálculo de intereses* (afirmando que la primacía del derecho comunitario meramente aumente el bienestar social de los europeos). Antes al contrario, el Tribunal presta atención a efectos que son relevantes desde una perspectiva normativa. En particular, la eficacia del derecho comunitario es condición imprescindible para asegurar que la integración social en la Unión Europea queda garantizada por *normas jurídicas comunes*, y por tanto, que se hace efectivo el principio de igualdad. El argumento puede ser reconstruido de la forma siguiente. Primero, cualquier excepción a la primacía comunitaria, por aislada que sea, sentaría un precedente sobre el cual se podría justificar la *posibilidad estructural* de limitar la eficacia del derecho comunitario para asegurar la primacía de disposiciones concretas de la constitución nacional. Segundo, dado que es posible reformular cualquier conflicto entre el derecho comunitario y el derecho nacional en términos de un conflicto entre la norma comunitaria y el principio o principios constitucionales que subyacen a la concreta norma nacional en conflicto, la limitación de la primacía comunitaria incentivaría a la reformulación de todos los conflictos entre normas comunitarias y normas nacionales como conflictos constitucionales. Tercero, la falta de efectividad del derecho comunitario dejaría entonces de ser puntual y concreta para pasar a ser generalizada. Llegados al punto cuarto, es importante observar que la incompleta institucionalización de la Unión Europea, a la cual ya hemos hecho referencia al describir la tesis de la prioridad institucional del derecho constitucional nacional, implica que la eficacia del derecho comunitario depende de forma prácticamente exclusiva de la recíproca aceptación de la primacía de las mismas por parte de los órganos e instituciones nacionales. Pero una reciprocidad tal, que no se apoya en instituciones dotadas de medios concretos con los que reforzar la tendencia a cumplir con las normas jurídicas, es intrínsecamente frágil. Una vez que las normas alcanzan un cierto grado de ineffectividad, la reciprocidad pierde toda fuerza motivacional y normativa<sup>57</sup>. Sexto, la conjunción de la reformulación de los conflictos en términos constitucionales y la debilidad motivacional de la reciprocidad dado el carácter incompleto de la estructura institucional de la Comunidad Europea implican que cualquier excep-

---

European Union: A Comparative Perspective», 54 (2006) *American Journal of Comparative Law*, pp. 1-121.

<sup>57</sup> Sobre los peculiares perfiles de la relación entre derecho y moralidad en la coordinación de acciones, véase HONORÉ, Tony, «The Dependence of Morality on Law». 13 (1992) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 1-17; «The Necessary Connection Between Law and Morality», 22 (2002) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 489-95.

ción a la primacía comunitaria inicia un proceso que puede acabar socavando las bases sociales y económicas de la *integración*. En cuyo caso nos enfrentaríamos a un proceso de *desintegración jurídica, social y económica*, derivado de la inefectividad del derecho comunitario como medio de integración social. Séptimo, si la desintegración se produce, se arruinarán no sólo los objetivos inmediatos del proceso de integración, sino también los objetivos mediatos e incluso los lejanos, tales como la preservación de la paz y la creación de las condiciones de disfrute pleno de los derechos civiles, políticos y sociales de los europeos, devolviéndonos al estado de conflicto caótico de normas nacionales cuyo ámbito de afectados excede en todos los casos el de aquellos con derecho a participar en los procesos nacionales de deliberación y toma de decisiones sobre normas jurídicas. La desintegración europea acabaría con el bosquejo de comunidad política europea, basada en la *igualdad* ante un derecho común producido mediante instituciones comunes, que a su vez viene exigido por el colectivo de cláusulas constitucionales que establecen un mandato y una facultad de integración (como tuvimos ocasión de considerar al analizar la variante estructural y limitada de la primacía comunitaria, y sobre lo que vuelvo *infra*).

## B) EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA PRIMACÍA COMUNITARIA

Como acaba de apuntarse, el principal valedor de la teoría de la primacía comunitaria es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En la nutrida línea jurisprudencial abierta con la sentencia en el asunto *Costa*, los magistrados de Luxemburgo han transformado considerablemente los contornos de la tesis de primacía. Si bien es perfectamente plausible reconstruir la jurisprudencia como la progresiva expansión del ámbito de aplicación de la teoría de la primacía comunitaria, en la medida en la que el Tribunal fundamentó cada una de sus decisiones en una tesis general y abstracta de primacía del derecho comunitario que fue aplicando a un círculo de supuestos cada vez más amplio, es quizás necesario recordar que hasta el fallo en el asunto *Simmenthal II*, no era imposible reconciliar la teoría de la primacía nacional con el fallo de la sentencia *Costa*<sup>58</sup>, circunscribiendo este último a la prevalencia del derecho comunitario (esencialmente, de las disposiciones de los Tratados) sobre las normas nacionales *infraconstitucionales*<sup>59</sup>. Sin embargo, esa variante de la teoría de la primacía comunitaria perdió toda plausibilidad una vez que el Tribunal reconoció implícitamente en *Internazionale*<sup>60</sup>, y expresamente en *Simmen-*

<sup>58</sup> Asunto 6/64, *Costa* [1964] ECR 585.

<sup>59</sup> De hecho, es significativo que en sus conclusiones, el Abogado General Lagrange caracteriza a los Tratados fundacionales como ley marco, y al derecho comunitario derivado como conjunto de reglamentos que desarrollan la citada ley.

<sup>60</sup> Asunto 11/70, *Internationale*, [1970] ECR 1125, §3.

*thal II*<sup>61</sup>, que «[c]ualquier tribunal nacional debe, en aquellos asuntos que caigan bajo su jurisdicción, aplicar el derecho comunitario en su conjunto y amparar los derechos que confiere a las personas físicas, por lo que debe consecuentemente dejar sin aplicación cualquier norma jurídica perteneciente al ordenamiento nacional que entre en conflicto con el derecho comunitario, sea anterior o posterior a la misma».

#### C) GARANTÍAS: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EUROPEA DEL DERECHO NACIONAL

Pese a que el Tribunal de Justicia no es formalmente ni un tribunal de casación ante el que los particulares puedan presentar recurso por violación de las normas de derecho comunitario; ni un tribunal constitucional que decida de forma vinculante acerca de la inconstitucionalidad de leyes nacionales, el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales han desarrollado un mecanismo alternativo de control de constitucionalidad europeo de las leyes, esencialmente a través del cauce de la cuestión prejudicial. Por una parte, el Tribunal de Justicia, aun formalmente limitándose a la interpretación del derecho comunitario, ha procedido recientemente a dictar fallos de los que se deriva concluyentemente la constitucionalidad o inconstitucionalidad europea de las leyes nacionales mediante referencia a las libertades económicas y/o al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Por otra parte, al interpretar de forma amplísima la competencia de los tribunales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales, ha conducido a la generalización de las mismas, y a que, especialmente ante las jurisdiccionales nacionales más activas, tal cauce adquiera rasgos no muy distintos al recurso de amparo. Al reconocer a los tribunales nacionales competencias en el control de constitucionalidad europea de las leyes nacionales, el Tribunal ha fomentado la identidad europea de los jueces ordinarios, y de este modo, ha reforzado las garantías de la teoría de la primacía europea<sup>62</sup>.

#### D) ANÁLISIS CRÍTICO

Los tres puntos fuertes de la teoría de la primacía comunitaria son  
1) su capacidad de dar cuenta de aquellos aspectos de la práctica jurí-

<sup>61</sup> Referencia en nota 7.

<sup>62</sup> Cfr. entre otros, STEIN, Eric, «Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution», 75 (1981) *American Journal of International Law*, pp. 1-27; MANCINI, Giuseppe Federico «The Making of a Constitution for Europe», 26 (1989) *Common Market Law Review*, pp. 595-614; Joseph H. H. Weiler, «The Transformation of Europe» 100 (1991) *Yale Law Journal*, pp. 2403-2483; STONE SWEET, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2004; Díez-Picazo, Luis María, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

dica europea que implican la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional; 2) la reconstrucción de las relaciones entre las normas comunitarias y nacionales prescindiendo de la tesis de los dos ordenamientos, que se ve contradicha en la práctica jurídica europea; 3) la sensibilidad hacia las consecuencias normativas de la fragmentación del poder público en un sistema de estados nacionales.

1) La teoría de la primacía del derecho comunitario ofrece un marco teórico capaz de dar cuenta de la práctica jurídica europea en mayor medida que la teoría de la primacía nacional. Y ello en la medida en la que es perfectamente compatible con elementos claves en la concepción del derecho comunitario, como es la doctrina del efecto directo (que, como ya tuvimos ocasión de comentar, no sólo contradice la teoría de los dos ordenamientos, sino que implica afirmar que es una norma supranacional aplicable en todos los ordenamientos nacionales la que determina los efectos jurídicos de las normas comunitarias). Y dado que ofrece una explicación teórica de por qué jueces, funcionarios y ciudadanos asignan prevalencia a las normas comunitarias incluso sobre normas constitucionales nacionales que forman parte del núcleo duro de la Constitución.

2) Además, la superación de la tesis de los dos ordenamientos con la tesis de la progresiva integración en un ordenamiento supranacional hace innecesaria una buena parte de las construcciones teóricas a las que tienen que acudir los defensores de la teoría de la primacía nacional con el objeto de hacerla compatible con el hecho de que las normas comunitarias y las normas nacionales tengan un ámbito de aplicación concurrente, y que su aplicación efectiva esté confiada a los mismos órganos e instituciones. Jueces, funcionarios y ciudadanos no consideran el derecho comunitario como un ordenamiento especializado y externo que se inserta en el ordenamiento nacional, al modo como lo hace la *lex mercatoria* o la normativa FIFA, sino como una parte integrante de un ordenamiento federal o quasi-federal. Es curioso observar en tal sentido que el carácter incompleto de la estructura institucional de la Unión Europea, que la teoría de la primacía nacional consideraba como sustento de sus tesis, puede ser reinterpretada por los defensores de la teoría de la primacía comunitaria como prueba del carácter erróneo de la tesis de los dos ordenamientos. Si la Unión Europea y su ordenamiento jurídico son eficaces pese al carácter incompleto de su estructura institucional es porque en realidad el nivel comunitario es tan solo el nivel superior de la compleja estructura de gobierno que es la Unión Europea *en su conjunto*.

3) Finalmente, la teoría de la primacía comunitaria es sensible a los problemas democráticos derivados del ámbito (inadecuado) de los procesos democráticos nacionales: la teoría de la primacía del derecho comunitario refleja los argumentos normativos que dan cuenta de la existencia de cláusulas constitucionales de apertura en las constituciones europeas de post-guerra, y que permiten la transferencia de poderes soberanos a organizaciones supranacionales. Esas cláusulas son

reflejo de la convicción de que la realización del principio democrático, objetivo al que aspiran las constituciones de todos los Estados Miembros, no sólo no puede lograrse plenamente en un solo país, sino que la fragmentación del poder público en Estados nacionales pone en peligro las condiciones sociales y económicas en las que se asientan las democracias nacionales. Ello, como veremos *in extenso* en la sección tercera, es el resultado inmediato de las graves deficiencias en el ámbito de las democracias nacionales. Mientras que muchas decisiones nacionales tienen efectos considerables más allá de las fronteras nacionales, simplemente no existían (antes de la creación de las Comunidades Europeas) ni procesos de toma de decisiones ni instituciones que pudieran asegurar que todos los afectados por tales decisiones podían participar en el proceso de deliberación y toma de decisiones acerca de las mismas. Dicho de forma breve, la teoría de la primacía comunitaria es una respuesta a las deficiencias democráticas de la estructura institucional estatal desde la perspectiva del ámbito de la democracia.

Pese a ello, existen dos razones de peso que me llevan a desechar la teoría de la primacía comunitaria. La primera es la incapacidad de dar cuenta de la importancia jurídica, política y simbólica de las reglas constitucionales nacionales en la compleja constitución de la Unión Europea. La segunda, la incapacidad de ofrecer una explicación normativamente satisfactoria de la afirmación de la teoría de la primacía comunitaria, entendida como primacía de un ordenamiento de nuevo cuño sobre los ordenamientos constitucionales nacionales.

1) La caracterización de las relaciones entre derecho constitucional comunitario y derecho constitucional nacional en términos meramente jerárquicos no permite dar cuenta de las relaciones de influencia mutua entre ambos ordenamientos, y muy especialmente, del papel central de las reglas constitucionales nacionales en la configuración del derecho constitucional comunitario. En concreto, la teoría de la primacía comunitaria no tiene recursos teóricos con los que rebatir la tesis de la prioridad jurídico-formal del derecho constitucional nacional, y por tanto, es incapaz de dar cuenta de las reglas de asignación de competencias legales y de definición de los procesos de toma de decisiones comunitarias que dependen de las normas constitucionales nacionales<sup>63</sup>. A ello se añade la incapacidad de reconciliar la primacía comunitaria con el papel central de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros en la definición sustantiva del derecho constitucional comunitario. Así, el principio general de protección de los derechos fundamentales es uno de los pilares del ordenamiento constitucional comunitario y como tal define la identidad constitucional de los Estados en tanto que Estados Miembros (lo que ponía en

---

<sup>63</sup> MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 117.

entredicho, como vimos, la plausibilidad de la teoría de la primacía nacional). Sin embargo, la primacía de tal principio en tanto que derecho constitucional comunitario viene acompañado de la definición de su contenido sustantivo mediante referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, lo que implica que piezas clave del derecho constitucional europeo se definen mediante referencia a los derechos constitucionales nacionales; pero si esto es así, no es lógicamente posible que su validez derive del derecho constitucional europeo<sup>64</sup>.

2) A ello hemos de añadir que la teoría de la primacía comunitaria carece de una explicación satisfactoria acerca de su propio fundamento normativo. En términos históricos, afirmar la primacía del derecho comunitario implica defender que en un determinado momento temporal se produce una reconfiguración constitucional de los Estados Miembros, a consecuencia de la cual la primacía de la Constitución nacional es sustituida por la primacía del derecho constitucional comunitario. Para que tal reconfiguración sea constitucionalmente correcta, debe ser posible justificarla normativamente. Pero como se indicó ya reiteradamente, la creación de la Unión Europea y de su sistema jurídico no es el resultado ni de una revolución que socavara los cimientos del poder público en Europa, ni de un acto o momento constituyente en el que los ciudadanos decidieran darse una ley fundamental europea, de la que pueda derivarse la primacía del derecho comunitario. En tales circunstancias, es pertinente preguntarse cuál puede ser el fundamento normativo de la primacía de las normas comunitarias. La explicación causal que suele ofrecerse implica que habrían sido los jueces, o los jueces en cooperación con los ejecutivos nacionales, quienes habrían alterado la identidad constitucional tanto de la Unión Europea como de sus Estados Miembros. El Tribunal de Justicia en *Van Gend en Loos*, *Costa*, *Internationale* y *Dassonville*, y los tribunales nacionales al aceptar esa línea jurisprudencial, se habrían arrogado el poder constituyente, aunque por un período relativamente breve<sup>65</sup>. Pero si esas decisiones no pueden fundamentarse en decisiones portadoras de legitimidad democrática, ¿podemos calificar tales sentencias de modo distinto a un golpe de estado judicial, a un *coup* que altera las reglas secundarias del ordenamiento comunitario y las integra en los ordenamientos nacionales?<sup>66</sup> En ausencia de un proceso que cuente con la legitimidad democrática característica y propia de un proceso constituyente, la teoría de la primacía europea implica un

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 116

<sup>65</sup> Véase Alter, Karen, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, y la bibliografía citada en la nota 62.

<sup>66</sup> La doctrina no solía referirse al problema en estos términos, pero el reciente artículo de STONE SWEET, Alec, quizá contribuya a la popularización del concepto; véase «The Juridical Coup d'État and the problem of authority», 8 (2007) *German Law Journal*, pp. 915-27.

cambio de identidad constitucional de la Unión Europea y de los Estados Miembros que contradice los principios constitucionales básicos tanto de los Estados como de la Unión Europea (al presuponer el divorcio entre validez y legitimidad democrática). Eso hace que la teoría de la primacía comunitaria sea implausible en la medida en la que presupone un criterio de validez inaceptable tanto por el derecho constitucional nacional como por el derecho constitucional comunitario.

### 3. Pluralismo constitucional

#### A) DEFINICIÓN

La teoría *del pluralismo constitucional* afirma que la regla de conflicto varía en función del punto de vista desde el que analicemos la cuestión: el nacional, el europeo, o bien uno externo a ambos<sup>67</sup>. Qué regla de conflicto sea aplicable, y consecuentemente, qué norma haya de primar es algo relativo precisamente al punto de vista que se adopte. Desde la perspectiva interna al derecho comunitario europeo (y al derecho constitucional holandés, dicho sea *en passant*)<sup>68</sup> la primacía ha de corresponder al derecho comunitario. Desde la perspectiva interna al derecho constitucional alemán, italiano, danés, español o polaco, y prácticamente la totalidad de los ordenamientos nacionales, la primacía corresponderá a la norma constitucional nacional. Consecuentemente, la tesis pluralista afirma que existen veintiocho reglas de conflicto diferentes, que pueden conducir a veintiocho respuestas jurídicas distintas.

La teoría del pluralismo constitucional tiene dos componentes principales: 1) la tesis de los dos ordenamientos; 2) la tesis del particularismo de la asignación de primacía, que depende de la tesis sociológica de la pluralidad de reglas de conflicto. A la luz de la enumeración de sus componentes, se puede intuir que la tesis del pluralismo tenga sus principales defensores entre los teóricos del derecho y los politólogos y juristas que analizan el derecho interdisciplinariamente, y más concretamente, en su contexto politológico (y no entre tribunales y juristas de derecho público, como es el caso de las otras teorías de los conflictos constitucionales europeos)<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Sólo en este último caso seremos conscientes del pluralismo jurídico que caracteriza al derecho europeo. Aunque quizá también lo fuéramos si adoptamos un punto de vista interno *crítico* a uno de los dos ordenamientos.

<sup>68</sup> *Vid.* referencias en nota 2.

<sup>69</sup> MacCormick, Neil, *Beyond the Sovereign State*, 56 (1993) *Modern Law Review*, pp. 1-18, especialmente pp. 8-9: «The Hartian counter to this is to point out that it holds good, if at all, only from one point of view. From an international law point, the laws of the UK, or the USA, of the Federal Republic of Germany, may be viewed as deriving authority from international law; but this is unlikely to be accepted from the point of view of the national legal systems, and it is indeed not impossible that from that point of view, norms of international law are deemed as binding as law

1) De forma semejante a la teoría de la primacía nacional, la teoría del pluralismo constitucional europeo afirma la plena autonomía del ordenamiento comunitario y de cada uno de los ordenamientos constitucionales nacionales. A diferencia de esta última, sin embargo, la teoría del pluralismo constitucional europeo niega las cuatro tesis basándose en las cuales se defiende la primacía del derecho constitucional nacional, y muy particularmente, la teoría de la primacía institucional del derecho constitucional nacional.

2) El elemento identificador de la teoría de la primacía constitucional europea es la tesis sociológica de la pluralidad de reglas de conflicto. Tal tesis deriva de la caracterización *plural* de la validez en un ordenamiento jurídico, que tiene su origen en el pensamiento filosófico y jurídico de H. L. A. Hart, y muy especialmente, de su definición de la *regla de reconocimiento*<sup>70</sup>. Como es bien sabido, un elemento central en la teoría del derecho hartiano es la distinción entre normas primarias y normas secundarias; entre estas últimas, Hart afirma que la *regla de reconocimiento*<sup>71</sup> reconduce a sistema las normas jurídicas de un ordenamiento. Tal regla, a diferencia de la norma fundante básica kelseniana, no es puramente hipotética, sino una norma jurídica que es parte integrante del ordenamiento positivo. Su naturaleza, con todo, no es exclusivamente jurídico-formal. Lo es desde la perspectiva de los jueces, funcionarios y ciudadanos que adoptan una *perspectiva interna al ordenamiento jurídico*<sup>72</sup>. Pero al mismo tiempo es un *hecho*<sup>73</sup>, en la medida en la que la regla de reconocimiento es aquella que aquellos llamados a aplicar el derecho de forma efectiva, y a movilizar sanciones en casos de incumplimiento (i.e. los jueces) *aceptan* como tal. Es precisamente este componente «sociológico» de la regla de reconocimiento sienta el que convierte la teoría del derecho hartiana en una teoría del pluralismo jurídico. El carácter parcialmente fáctico de la regla de reco-

---

only so far as constitutionally authorised internally». See also Democracy, Subsidiarity and Citizenship in the «European Commonwealth», 11 (1997) *Law and Philosophy*, pp. 331-56, at p. 342. Es importante dejar constancia de que en *Questioning Sovereignty*, (Mac Cormick, *op. cit.* 63), el filósofo escocés limita su «pluralismo» (ahora redefinido como pluralismo moderado bajo la primacía del derecho internacional público) Véase también DOWRICK, F. E., «A Model of the European Communities Legal System», 3 (1983) *Oxford Yearbook of European Law*, pp. 169-237, especialmente pp. 230-1; WALKER, Neil, «The Idea of political pluralism», 65 (2002) *Modern Law Review*, pp. 317-359; POIARES MADURO, Miguel, «Contrapunctual Law» en WALKER, Neil, *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishers, 2003, 501-37, especialmente pp. 524-5; BESSON, Samantha, «From European Integration to European Integrity: Should European Law Speak with Just One Voice?», 10 (2004) *European Law Journal*, p. 257-81

<sup>70</sup> Deuda explícitamente reconocida por «Beyond the Sovereign State», *op. cit.* 69.

<sup>71</sup> HART, Herbert H.L.A., *El Concepto de Derecho*, México, Editora Nacional, 1980, p. 117.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 144.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp.137-8.

nocimiento posibilita una pluralidad de interpretaciones válidas del derecho en función de la regla de reconocimiento a la que se adhiera la práctica de cada operador del derecho<sup>74</sup>. El pluralismo implícito en la teoría haitiana se hace explícito al analizar las «situaciones patológicas», es decir, aquéllas en las que las reglas primarias reconocidas como válidas por jueces y funcionarios no son obedecidas de forma general por los ciudadanos. Tales son los supuestos de revolución, ocupación enemiga o quiebra del orden jurídico, en los que es posible que co-existan, al menos durante un cierto período de tiempo, dos o más reglas de reconocimiento<sup>75</sup>. No parece excesivamente aventurado añadir que el proceso de integración europea hubiera sido probablemente considerados como un supuesto patológico (cuando menos en un sentido descriptivo, sino evaluativo) por el propio Hart.

#### B) MECANISMOS DE GARANTÍA DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EUROPEO

En tanto que tesis sociológica, la tesis del pluralismo constitucional europeo afirma y contribuye a especificar los límites del derecho como medio de integración social. Pero en tanto que teoría jurídica (y sus defensores son bien juristas bien teóricos del derecho, bien políticos que asumen el punto de vista interno del derecho) tiene que ocuparse de responder a la cuestión de cómo es posible la integración social mediante el derecho si no es posible reducir el derecho aplicable a un único sistema, y por tanto puede darse el caso de que a un mismo supuesto concreto sean aplicables normas contradictorias, siendo ambas simultáneamente válidas. Las respuestas que se dan son principalmente dos: 1) la coherencia como criterio para juzgar la corrección de las decisiones jurídicas, con independencia de cuál sea la perspectiva que se adopte, o lo que es lo mismo, desde el interior de qué ordenamiento se adopten; 2) los meta-medios de integración jurídica, y en concreto, el arbitraje.

La coherencia ha sido defendida como un medio de integración jurídica en un contexto de pluralismo constitucional. Los defensores del pluralismo parecen asumir que dado el carácter esencialmente formal de la coherencia como ideal regulador de la argumentación jurídica, la apelación a la misma ha de surtir idénticos efectos sea cuál sea el *punto de vista* desde el que se pretenda resolver el conflicto. Al mismo tiempo, la coherencia implica no sólo la reducción

---

<sup>74</sup> Pese a ello, HART insiste en la necesidad de reducir las normas a sistema; lo que implica necesariamente que la teoría hartiana asume una serie de condiciones sociales en las que es posible mantener la unidad jurídica pese al carácter estructural del pluralismo jurídico, condiciones que esencialmente remiten a la existencia de un código cultural compartido entre los jueces.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 151.

a sistema de las normas jurídicas aplicables, sino la toma en consideración de todos los elementos normativos relevantes, por lo que la misma evitaría que el pluralismo jurídico condujera al autismo jurídico, a no tomar en consideración las decisiones adoptadas sobre aspectos relevantes de la cuestión *desde el punto de vista interno al «otro» sistema*, sin que ello exigiría aceptar como ideal regulador la existencia de una única solución correcta (y por tanto, de un único ordenamiento jurídico y un único punto de vista interno). Quizá la teoría más explícita al respecto es la «teoría del derecho contrapuntual»<sup>76</sup>, de conformidad con la cual no sólo la totalidad de los operadores del derecho europeos han de asumir el objetivo de reducir a sistema todo el derecho aplicable en el ámbito territorial de la Comunidad, sino que han de aceptar dos principios estructurales de interpretación y aplicación del derecho en el territorio europeo: 1) la universalidad de las decisiones<sup>77</sup>; y 2) la «conciencia» institucional, o lo que es lo mismo, la disposición a sopesar las consecuencias que se derivan tanto en el ordenamiento comunitario como en el nacional de adoptar una decisión concreta («each legal order and its respective institutions must be fully aware of the institutional choices involved in any request for action in a pluralist legal community»)<sup>78</sup>. La «conciencia» institucional reduciría exponencialmente el número de conflictos efectivos, de sentencias contradictorias acerca de la solución normativa en casos concretos.

El arbitraje es defendido como un meta-medio de integración jurídica en un contexto de pluralismo constitucional<sup>79</sup>. La jurisdicción voluntaria, en cierto modo a medio camino entre el derecho y la mediación social como medio de integración, podría ofrecer soluciones viables y evitar no sólo la existencia de soluciones contradictorias en casos concretos, sino también que se desencadene una dinámica desintegradora, cuyas consecuencias fueron consideradas al estudiar el fundamento de la teoría de la primacía comunitaria.

### C) ANÁLISIS CRÍTICO

En primer lugar, es difícil de negar que *de hecho* hay una pluralidad de concepciones acerca de cómo haya de reconstruirse el ordenamiento jurídico europeo. A la vista de la jurisprudencia analizada en los dos apartados anteriores, parece obvio que el derecho vigente en

---

<sup>76</sup> Maduro, *op. cit.* 69.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 530

<sup>78</sup> *Ibidem.*

<sup>79</sup> Schmid, Cristoph, «From Pont d'Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law» 18 (1998) *Yearbook of European Law*, pp. 415-476 and «The neglected conciliation approach to the "final arbiter" conflict», 36 (1999) *Common Market Law Review*, pp. 509-14.

Europa se reconstruye de forma distinta desde Luxemburgo a cómo se hace desde Karlsruhe, Madrid o Roma. La tesis pluralista no solo es plausible, sino muy convincente *en tanto que descriptiva de la realidad sociológica* del derecho europeo en el momento presente, que trae causa del carácter institucionalmente incompleto de la Unión Europea, una de cuyas manifestaciones es precisamente la ausencia de una norma que resuelva los conflictos constitucionales europeos de forma unívoca, y asigne la última palabra jurídica sobre los mismos a una única institución.

En segundo lugar, la tesis pluralista contribuye a matizar el papel que corresponde al derecho en el proceso de integración social; a diferencia de lo que suele asumirse por los juristas, el derecho no es el único medio de integración social, por lo que la satisfactoria resolución de conflictos y la coordinación de conductas no exige necesariamente que el derecho sea eficaz siempre y en todo caso. Además, la «fábrica» de la integración social no se ve dañada necesariamente si los conflictos y la descoordinación se mantienen *dentro de ciertos límites*. O dicho de otro modo, el proceso de integración social es viable incluso en situaciones de conflicto acerca del contenido del derecho válido. A juicio de los pluralistas, la Unión Europea está muy lejos de haber alcanzado una situación en la que los niveles de conflicto y de desajuste sean excesivos y puedan conducir a una quiebra del ordenamiento social y jurídico.

Sin embargo, el *pluralismo* es estructuralmente problemático una vez que asumimos la *perspectiva* interna a cualquiera de los dos ordenamientos; el reconocimiento de que *ambas perspectivas* pueden ser correctas *al mismo tiempo* presupone evidentemente la adopción de una *perspectiva externa* a ambos ordenamientos. Al fin y al cabo, si la cuestión es de gran relevancia y calado es porque las opiniones en conflicto no reconocen que la contraparte puede tener razón (y difícilmente pueden hacerlo, dado que cualquier enunciado normativo requiere que quien lo formula lo acompañe de una pretensión de validez del mismo). El pluralismo es, pues, una teoría *prominentemente sociológica*, no una teoría normativa, y consecuentemente, no una teoría *jurídica*. La crítica se puede articular en tres rubros: el pluralismo 1) no da cuenta de la integración de los ordenamientos nacionales en el comunitario; 2) contribuye en escasa medida a guiar la argumentación jurídica y práctica en general sobre los conflictos constitucionales europeos; 3) no presta suficiente atención a sus propios límites en tanto que teoría jurídica.

La tesis pluralista tiene que explicar porque las reglas de conflicto nacionales y europea se solapan excepción hecha de las situaciones en las que entra en conflicto una norma constitucional nacional; como hemos observado, la teoría de la primacía comunitaria asume que la creciente homogeneidad práctica de ambas reglas de conflicto deriva de la primacía de la regla de conflicto europea, a la que se ajustan las reglas nacionales de conflicto de

forma paulatina; pero tanto la teoría de la primacía nacional como la tesis pluralista no pueden valerse de esta hipótesis, y tienen que dar cuenta del proceso de convergencia en ausencia de una regla de conflicto última y suprema. Dicho de otro modo, si en un conflicto en el que está en juego una norma constitucional nacional la pluralidad de reglas de conflicto es normal, ¿por qué no lo es en las restantes situaciones de conflicto, es decir, en lo que concierne a los conflictos infraconstitucionales? ¿Qué conduce a que tanto la regla de conflicto nacional como la europea afirmen resultados prácticos idénticos en ausencia de la disciplina homogeneizadora del sistema europeo?<sup>80</sup>

Como era el caso con la teoría de la primacía constitucional nacional, la tesis *pluralista* tiene que justificar la tesis de los dos ordenamientos. Como ya quedó indicado, jueces, funcionarios y ciudadanos aceptan sistemáticamente la validez de normas que la contradicen abiertamente o el control descentralizado de la constitucionalidad europea, como predice necesariamente la teoría pluralista.

La teoría pluralista contribuye poco o nada a la teoría de las relaciones entre los dos ordenamientos si el objetivo de la misma es la construcción de un marco que sirva de guía al razonamiento jurídico sobre la cuestión. Y ello en tanto que la cadena de argumentación jurídica se quiebra una vez que asumimos que un mismo supuesto puede estar gobernado por normas *contradictorias* entre sí. Dicho de otro modo, la afirmación de una pluralidad de posibles reglas de conflicto dependiendo de la perspectiva que se adopte es sencillamente una conclusión imposible desde una *perspectiva interna* a la argumentación jurídica<sup>81</sup>. Si afirmamos la existencia de dos soluciones contradictorias y simultáneamente válidas, estamos presuponiendo no sólo que hay dos ordenamientos jurídicos, sino que los jueces pueden asumir que a una misma situación de hecho le sean aplicables dos normas contradictorias, dependiendo del ordenamiento jurídico desde el que se resuelva la cuestión. Pero la argumentación jurídica no puede sino pretender reducir a sistema la totalidad de las normas que sean aplicables a un mismo territorio y en un mismo momento temporal. Esa pretensión no es resultado del nacionalismo o estatismo metodológico, sino de la propia gramática, si se me permite la expresión, de la argumentación jurídica. En tanto que argumentación normativa, la argumentación jurídica no

<sup>80</sup> Los defensores de la primacía comunitaria podrían argüir que una vez que esclarezcamos los factores que explican esa convergencia, y las razones por las que está justificada normativamente, tendríamos que concluir que esos factores y esas razones hacen posible y justifican la adopción de una regla de conflicto única también en las situaciones de conflicto constitucional límite, lo que constituiría una razón adicional para la crítica a la tesis pluralista.

<sup>81</sup> No se quiere decir con ello que esa afirmación sea absurda o irrelevante; es, por decirlo brevemente, esencialmente correcta desde la perspectiva de la sociología del derecho europeo. Pero de ella no se deriva ningún argumento jurídico válido.

puede concluir que dos normas pueden ser simultáneamente válidas si sus contenidos normativos se contradicen. Si así lo hiciera, no podría desempeñar eficazmente sus funciones sociales, ni mantener la pretensión de corrección que distingue a todo ordenamiento jurídico<sup>82</sup>.

Una condición esencial para que el derecho pueda desempeñar sus tareas como medio de integración social es que las normas jurídicas determinen de forma no contradictoria lo que hemos de hacer, nos está prohibido o permitido<sup>83</sup>. Si concluimos que de conformidad con el derecho vigente, una acción está permitida y prohibida al mismo tiempo, el derecho no resolverá, sino que agravará, nuestros problemas cognitivos; al tiempo que desincentivará su propio cumplimiento, al generar incertidumbre acerca de la conducta previsible de los demás sujetos al derecho; no sólo nos sentiremos tentados a «elegir» cumplir con la interpretación en conflicto más ajustada a nuestros propios intereses, sino que tendremos dudas más que legítimas acerca del curso de acción que seguirán los demás. En tal caso, es dudoso que tenga sentido cumplir con lo mandado por el derecho, dado que el derecho muy probablemente no será un medio eficaz de integración social, al demostrarse incapaz de lograr sus objetivos sociales (muy especialmente en lo relativo a la coordinación de acciones). En suma, si no es posible reducir a sistema el derecho en su conjunto, si no es posible interpretar de forma coherente los contenidos normativos que se consideran vigentes en un sistema, si las contradicciones no son meros fenómenos marginales, sino que son frecuentes, o afectan a normas centrales del sistema, la capacidad integradora del derecho se verá seriamente mermada, cuando no arruinada.

Además, en la medida en la que aceptemos que la integración social depende en último extremo «de la aceptabilidad de pretensiones de validez»<sup>84</sup>, y consecuentemente, de que los sujetos al derecho puedan reconciliar su autonomía personal con el cumplimiento de lo establecido por las normas jurídicas, tendremos que concluir que las normas jurídicas han de ser reducidas a sistema. Por la sencilla razón

---

<sup>82</sup> ALEXY, Robert, «The Special Case Thesis», 12 (1999) *Ratio Juris*, pp. 374-84.

<sup>83</sup> Con ello no se quiere negar que no existan casos difíciles, en los que pueden existir dudas más que legítimas acerca de cómo hemos de reconstruir o interpretar el derecho, que en algunos supuestos las normas jurídicas *a priori* aplicables no parezcan en modo alguno haber sido pensadas para supuestos de hecho como el que nos ocupan (las llamadas «lagunas del derecho») o incluso que las normas jurídicas entren en conflicto. Pero las penumbras jurídicas, a las que no es ajeno el lenguaje natural en el que formulamos las normas, no son un problema estructural en la medida en la que el derecho cuenta con mecanismos institucionalizados para arrojar luz sobre su propio significado.

<sup>84</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1999, p. 148; ALEXY, Robert, «Discourse Theory and Human Rights», 9 (1996) *Ratio Juris*, pp. 209-35 y BOROWSKI, Martin, «Discourse Theory in International Law: Human Rights through discourse», 44 *German Yearbook of International Law*, pp. 38-71.

de que es imposible reconciliar la autonomía personal con la prescripción simultánea de normas de acción contradictorias de manera sistemática, a menos que asumamos la irracionalidad de la obligación política también de manera sistemática<sup>85</sup>. Al mismo tiempo, el carácter normativo del derecho simplifica la tarea de reducir el ordenamiento jurídico a sistema, especialmente cuando ese carácter normativo se operacionaliza en un sistema jurídico constitucionalizado, en el que las normas constitucionales se convierten en parámetro de constitucionalidad de las restantes normas, y por tanto, irradian su fuerza normativa sobre el conjunto del mismo, lo que predetermina y simplifica la tarea de reducción a sistema<sup>86</sup>.

Que los juristas seamos conscientes de que el derecho no se cumplirá en todos y cada uno de los casos, o de que persistirán discrepancias acerca de la regla que haya de resolver un conflicto normativo, no justifica que prescindamos del concepto de validez jurídica como dependiente de la reducción a sistema de las normas jurídicas (algo a lo que conduce inexorablemente la tesis pluralista). En ese caso no sólo abriremos la puerta a las contradicciones lógicas y haremos difícil el conocimiento mismo del derecho, sino que estaremos contradiciendo un principio implícito en la forma del derecho, es decir, el principio de igualdad ante el derecho.

El derecho comunitario no perderá su efectividad social porque ocasionalmente se produzcan conflictos constitucionales europeos que bien no sean resueltos o lo sean mediante medios distintos al derecho. Pero si los conflictos socio-económicos en torno al contenido de determinadas normas comunitarias se traducen sistemáticamente al lenguaje de los derechos fundamentales, y se reformulan en términos de un conflicto entre derecho comunitario y derecho constitucional nacional, la posibilidad de que la capacidad de integración del derecho comunitario se quiebre aumentara exponencialmente, precisamente por las razones aducidas por los defensores de la primacía comunitaria (cfr. § 25). El pluralismo contribuye a nuestra comprensión del derecho en general y del derecho comunitario en particular al recordarnos los límites del medio en la integración social. Pero es pertinente que nos preguntemos si *convertir esos límites en parte central de la argumentación jurídica* no conduce inexorablemente a aumentar la proporción y tamaño de tales límites, y en concreto, a reducir la capacidad integradora del propio derecho.

---

<sup>85</sup> BESSON, *op. cit.* 69, p. 272.

<sup>86</sup> Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; véase también KUMM, Mattias, «Who is Afraid of the Total Constitution?», en MENÉNDEZ, Agustín José y ODDVAR ERIKSEN, Erik, *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006, pp. 113-38.

## II. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL ALTERNATIVA: LA TEORÍA DE LA SÍNTESIS CONSTITUCIONAL

### 1. Definición

La teoría de la síntesis constitucional afirma, de modo semejante a la teoría de la primacía comunitaria, que los conflictos constitucionales europeos deben ser resueltos aplicando una regla de conflicto comunitaria que asigne prioridad al derecho comunitario frente al derecho constitucional nacional. Ello presupone 1) la afirmación de la unidad estructural de todas las normas comunitarias y nacionales, y por tanto, el rechazo de la tesis de los dos ordenamientos característica de la teoría de la primacía nacional; pese a ello, la teoría de la síntesis constitucional comparte con esta última las dudas acerca de la asignación de prioridad normativa *tout court* al derecho constitucional comunitario en la medida en la que tal primacía sólo es justificable si 2) se eluciden las bases normativas del proceso de integración en sí mismo, y en concreto, el papel que desempeña el colectivo de cláusulas constitucionales de integración como *mandato de integración supranacional*, y se caracteriza 3) el derecho constitucional comunitario como derecho constitucional común a los Estados Miembros, parcialmente positivizado en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; y 4) se afirma el método crítico comparado como criterio para determinar cuál sea la norma común a las citadas tradiciones constitucionales comunes; los pasos 3) y 4) implican reformular los conflictos constitucionales europeos como conflictos horizontales en los que las normas constitucionales nacionales mutuamente incompatibles compiten por convertirse en *la* norma de derecho constitucional común. Afirmar la primacía del derecho comunitario es lo mismo que defender la primacía de las tradiciones constitucionales nacionales sustentadas en mejores razones «europeas», capaces de trascender los valores éticos del propio ordenamiento jurídico, frente a una o varias tradiciones constitucionales nacionales idiosincráticas. A ello se añade que 5) la teoría de la síntesis constitucional sostiene que una de las razones que justifican la premisa de que la estructura institucional de la Unión Europea es incompleta es precisamente la ausencia de una norma incontrovertida que asigne a una institución, y solo a una, el poder último de resolver los conflictos constitucionales europeos; de ello no se deriva, tal y como afirma la teoría del pluralismo, que la regla de conflicto aplicable depende de la perspectiva desde la que se contemple el conflicto, sino que la teoría de la síntesis constitucional es meramente una teoría incompleta, en la medida en la que sus necesarias implicaciones institucionales no han sido positivizadas. En tales circunstancias no puede ser sino una teoría estructural acerca del contenido sustantivo del derecho constitucional europeo.

La teoría de la síntesis constitucional afirma que la totalidad de las normas válidas del ordenamiento comunitario y de los ordenamientos nacionales han de ser reducidas a un único sistema. El fundamento de tal conclusión es similar al ya referido al describir la teoría de la primacía comunitaria.

La primacía comunitaria tiene dos fundamentos principales, estrechamente relacionados entre sí: 1) el mandato constitucional de integración supranacional contenido sea explícita, sea implícitamente en las leyes fundamentales de todos los Estados Miembros y 2) que la integración supranacional es una condición necesaria para la realización del principio democrático en las presentes condiciones sociales y económicas.

1) En primer lugar, la primacía comunitaria deriva del mandato constitucional de integración supranacional contenido de forma expresa o implícita en todas las leyes fundamentales nacionales. El punto de partida de este argumento son las innovadoras *cláusulas de apertura* de las constituciones nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea. Las leyes fundamentales de tres de los seis Estados fundadores de la Comunidad del Carbón y del Acero, y cinco de los seis de los Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea y del Euroatom contenían disposiciones radicalmente novedosas en el panorama constitucional comparado acerca de la relación entre el Estado y la comunidad internacional<sup>87</sup>. Una vez creada la estructura institucional europea, las cláusulas generales de integración han sido progresivamente sustituidas por cláusulas «europeas» específicas, las cuáles han sido también progresivamente adoptadas por los Estados

---

<sup>87</sup> Cfr. Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, artículo 11 de la Constitución Italiana de 1947 y artículo 24 de la Ley Fundamental Alemana de 1949; la Constitución Holandesa fue reformada en 1953, siendo las cláusulas relevantes los entonces artículos 67 y 63; la Constitución de Luxemburgo fue reformada en 1956, fecha en la que se insertó un nuevo artículo 49a que contenía una cláusula de integración. Podría objetarse que las citadas disposiciones contienen meras referencias genéricas a «instituciones supranacionales» y no, como es el caso de las cláusulas específicamente europeas, al proceso de integración derivado de los tres tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Sin embargo, lo decisivo no es la referencia nominal a las Comunidades Europeas, sino el modelo constitucional que subyace a estas cláusulas. Es obvio que en el caso francés, italiano y alemán, la alusión específica era simplemente imposible en la medida en la que las leyes fundamentales nacionales fueron escritas antes de que se crearan las Comunidades Europeas, y mucho antes de que existiera constancia de que el proyecto surgido de los Tratados de París y de Roma se convertiría en *el* proyecto de integración europea de entre los numerosos candidatos (sobre la proliferación de organizaciones supranacionales orientadas a la integración, cfr. HAAS, Ernst, «The United States of Europe», 48 (1948) *Political Science Quarterly*, pp. 528-550). Si, y solo si, las cláusulas de apertura eran suficientemente abstractas y generales podrían servir para ratificar todos los tratados que fuera menester, a la búsqueda de un marco institucional y sustantivo con capacidad de convertirse en *el* proyecto integrador de Europa. De hecho, la referencia a organizaciones «internacionales» o «de derecho internacional público» es testigo de la esperanza de que la integración pudiera articularse a través de las Naciones Unidas o una organización similar.

Miembros que han ido accediendo a la Unión Europea<sup>88</sup>. La novedad de estas cláusulas radica en que no se limitan a regular la posición del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno (esencialmente, del modo en que los tratados internacionales han de ser negociados, firmados y ratificados, y de la posición que ocupan los mismos en la jerarquía normativa nacional), tal y como hacen las típicas cláusulas internacionales que pueden encontrarse en todas las constituciones modernas. Antes al contrario, las cláusulas de apertura supranacional requieren la participación activa del Estado en instituciones internacionales *multilaterales*, algo que implica el *ejercicio colectivo* de los poderes públicos, y por tanto, la trascendencia del carácter *exclusivamente nacional* del poder político constituido y regulado por la propia ley fundamental. Constituyen pues la positivización de la obligación de establecer instituciones internacionales y producir normas comunes con el objetivo de resolver conflictos y coordinar acciones de modo que sea posible la satisfacción del interés común más allá de las fronteras nacionales. Estas cláusulas son el fruto tardío de las concepciones democráticas (y cosmopolitas) elaboradas en el período de entreguerras<sup>89</sup>, por lo que guardan una estrecha relación con el segundo fundamento de la primacía comunitaria de conformidad con la tesis de la síntesis constitucional: la realización del principio democrático.

2) En segundo lugar, la teoría de la síntesis constitucional defiende que la primacía comunitaria deriva de la necesidad de crear instituciones y procedimientos de toma de decisiones de ámbito supranacional para asegurar la realización del principio democrático en las condiciones sociales y económicas actuales. La primacía comunitaria es condición necesaria para trascender el paradigma de la *democracia en un solo país* a favor de la *democracia supranacional que haga posible la democracia nacional*. Los cambios sociales, económicos y tecnológicos que tuvieron lugar en los siglos XIX y XX aumentaron el grado de interdependencia en Europa. Paradójicamente, a medida que los europeos se vieron crecientemente afectados por las acciones y decisiones de los nacionales de otros Estados, y consecuentemente, a medida que aumentaba la dependencia de la efectividad del poder público de cada estado en la coordinación de su ejercicio con los demás estados, se reafirmó con mayor contundencia la pretensión de

---

<sup>88</sup> Véase bibliografía referida en nota 32.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit internationale public» 14 (1926) *Recueil des Cours*, pp. 227-331; STARKE, Joseph Gabriel, «Monism and Dualism in the Theory of International Law», 17 (1936) *British Yearbook of International Law*, pp. 66-81; MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, «Droit International et droit constitutionnel», 38 (1938) *Recueil des Cours*, pp. 311-463; CAMPAGNOLO, Umberto, *Nations et Droit*. Paris, ALCAN, Felix, 1938. Sobre la propuesta Briand de Unión Europea, véanse los documentos contenidos en MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, y SCALLE, Georges (eds.). *L'Union Européenne*, Paris, Librairie Delagrave, 1931.

auto-suficiencia (económica, social y también jurídica) de los Estados nacionales. A consecuencia de ello, los ciudadanos de cada Estado Miembro se vieron directamente afectados no sólo por las leyes nacionales, sino cada vez más por las leyes de los Estados vecinos. O dicho de otro modo, el sistema de Estados nacionales estaba caracterizado por un *déficit democrático* estructural al propio concepto de Estado absolutamente soberano. Un sistema europeo de Estados soberanos implicaba un agudo desajuste estructural entre aquellos con derecho a participar en el proceso de deliberación y toma de decisiones sobre las leyes, y aquellos cuya vida diaria se veía afectada directamente por las mismas. En muchos ámbitos de la regulación social y económica, la cacofonía de leyes nacionales ocultaba la impotencia de los Estados nacionales. Impotencia que quedó demostrada primero en lo relativo a la gestión macroeconómica, tras la crisis de 1929, y posteriormente en lo atinente a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No sólo las débiles democracias fueron presa de movimientos políticos autoritarios *nacionales*, sino que la agresividad de las pujantes dictaduras acabó sumergiendo a Europa en una guerra de consecuencias catastróficas<sup>90</sup>. De la experiencia histórica de la primera mitad del siglo xx en Europa, se deriva claramente que en ausencia de instituciones supranacionales en un contexto de intensa interdependencia, es imposible realizar los objetivos afirmados en las constituciones nacionales, y muy especialmente, el principio democrático. La democracia no es posible en un solo país, con independencia de lo avanzada o perfecta que sea su constitución; es necesaria una estructura institucional y un proceso de toma de decisiones supranacional que permita decidir democráticamente las cuestiones supranacionales. Una vez que existen intereses comunes, las instituciones comunes y los procesos comunes de adopción de normas son una obligación, no una posibilidad sobre la que los ciudadanos hayan de pronunciarse<sup>91</sup>. El cumplimiento de esta obligación es una condición necesaria, pero no suficiente, para la realización del principio democrático<sup>92</sup>. Su pleno cumplimiento depende de las características de la estructura institucional y el ordenamiento jurídico supranacional, cuestiones de las que me ocupo en los párrafos siguientes.

---

<sup>90</sup> Cfr. SPINELLI, Altiero, «The Growth of the European Movement since World War II», in Charles Grove Haines (ed.), *European Integration*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1957, pp. 37-63, p. 53.

<sup>91</sup> Cfr. KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 139-40: «El derecho público (...) es, por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en una relación de influencia mutua, necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una constitución (*constitutio*) para participar de aquello que es derecho».

<sup>92</sup> RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 115.

La teoría de la síntesis constitucional afirma que el componente principal («the deep constitution», en los términos del juez Lenaerts)<sup>93</sup> del derecho constitucional europeo es el derecho constitucional común de los Estados Miembros (en la jerga del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros). Además, que el fundamento de validez del derecho comunitario derive colectivamente de las constituciones nacionales implica que el derecho constitucional comunitario no ha de ser concebido como un derecho autónomo de nuevo cuño, sino como la síntesis de los derechos constitucionales nacionales.

La definición del derecho constitucional europeo como derecho constitucional común a los Estados Miembros es la condición necesaria para la simultánea satisfacción 1) del mandato de primacía de la constitución nacional en tanto que expresión última del principio democrático y 2) del mandato de integración. En ausencia de un proceso en el que los ciudadanos europeos ejerzan democráticamente sus facultades constituyentes, ambos mandatos han de ser reconciliados satisfactoriamente.

La primacía de la constitución nacional tiene su equivalente funcional en un contexto de integración supranacional en la exigencia de *identidad sustancial* de las normas constitucionales del ordenamiento supranacional y las normas constitucionales de cada uno de los ordenamientos nacionales, de lo que se deriva la definición del derecho constitucional europeo como derecho constitucional común a los Estados Miembros. Tal identidad es el fundamento explícito de la legitimidad democrática del derecho constitucional comunitario. El argumento se construye en tres pasos. En primer lugar, las normas constitucionales de cada uno de los Estados Miembros cuentan con una *legitimidad democrática reforzada*, bien sea por ser expresión de la voluntad constitucional nacional forjada a través de procesos constituyentes, o bien por haber adquirido el respaldo de la voluntad constitucional nacional con el paso del tiempo, habiendo sido la misma puesta a prueba en diversas situaciones de crisis de la comunidad política nacional. En segundo lugar, la identidad sustancial entre derecho constitucional comunitario y derecho constitucional común a los Estados Miembros implica que la validez de toda norma comunitaria dependerá de su compatibilidad e interpretación conforme con las normas constitucionales europeas (es decir, con el derecho constitucional común europeo). En tercer lugar, la conformidad de las normas comunitarias con el canon de constitucionalidad europeo implica que las normas constitucionales nacionales que componen tal canon de constitucionalidad irradian su legitimidad democrática a todas las normas comunitarias. Y ello en la medida en la que la validez de todas y cada una de las normas de derecho comunitario derivado dependerá

---

<sup>93</sup> LENAERTS, Koen, «Le droit compare dans le travail du juge communautaire», 37 (2001) *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, pp. 487-527, p. 492.

de que se ajusten a las normas constitucionales de derecho comunitario (es decir, a las normas comunes a las constituciones nacionales), lo que asegura que las normas de derecho comunitario derivado se beneficien de un módico de legitimidad democrática en la medida en la que se interpreten y apliquen de conformidad con los principios básicos del derecho constitucional comunitario; esos principios *irradiarán* en tal caso su legitimidad democrática a las normas de derecho comunitario en su conjunto. De este modo, la teoría de la síntesis constitucional identifica una alternativa en términos de legitimidad democrática al constitucionalismo democrático (sea mediante un proceso constituyente o mediante la evolución constitucional): la síntesis constitucional. En términos negativos, la teoría de la síntesis constitucional descarta la existencia de un fundamento de la legitimidad y validez del derecho comunitario externo a las constituciones nacionales. Por una parte, es inviable buscar el fundamento de la primacía comunitaria en un acto constituyente democrático, porque los ciudadanos europeos no han ejercido colectivamente su poder constituyente. Por otra parte, la asignación de un papel constituyente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal y como ha sido aplicada por los tribunales nacionales infraconstitucionales, es implausible por la total carencia de legitimidad democrática de tal opción.

Al mismo tiempo, el mandato de integración exige la definición de un canon de constitucionalidad europea único que haga posible la realización de los valores constitucionales nacionales en una escala supranacional. En términos negativos, la teoría de la síntesis constitucional implica descartar la consideración del derecho constitucional europeo como expresión del principio de respeto mutuo (de lo que Weiler ha denominado el principio de «tolerancia constitucional»)<sup>94</sup>, y por tanto, la definición concreta del derecho constitucional común como un derecho constitucional de mínimos. Tal caracterización frustraría los objetivos constitucionales que subyacen a las cláusulas nacionales de integración supranacional (la integración en un ordenamiento supranacional, y no el respeto mutuo, es la condición necesaria para la realización supranacional de los objetivos constitucionales nacionales)<sup>95</sup>, y es incapaz de dar cuenta de la fenomenología del derecho comunitario, de forma semejante a lo que es el caso con la teoría de la primacía nacional. En términos positivos, la teoría de la síntesis cons-

---

<sup>94</sup> WEILER, *op. cit.* 50.

<sup>95</sup> Ésta es la intuición clave que subyace a la disciplina contenida en la ley fundamental holandesa, al preverse un procedimiento específico de ratificación en los supuestos en los que se prevea que el desarrollo del ordenamiento internacional exigirá dejar sin aplicación algunas disposiciones de la propia constitución. O al procedimiento que tanto la Constitución luxemburguesa de 1956 como la francesa de 1958 contemplan para los supuestos en los que se estime que existe un conflicto entre el derecho comunitario y la ley nacional. De hecho, las sucesivas enmiendas de los Tratados han dado lugar a varias reformas de las constituciones nacionales *con el objetivo de hacerlas conformes* con el derecho comunitario.

titucional pone de relieve que la verdadera naturaleza de lo que formalmente es un conflicto «vertical» entre derecho constitucional comunitario y derechos constitucionales nacionales es la de un conflicto «horizontal» entre normas constitucionales nacionales mutuamente incompatibles entre sí, que entran en competición por definir *cuál sea el contenido concreto del derecho constitucional común europeo*. Tal conflicto ha de ser resuelto favoreciendo la norma constitucional cuya consistencia o coherencia con el ordenamiento comunitario en su conjunto sea superior. Ello requiere considerar los argumentos a favor y en contra de las distintas normas constitucionales nacionales, prefiriendo los argumentos de consistencia y coherencia con el ordenamiento supranacional a aquellas meramente nacionales. Ello implica que el conflicto habrá de ser resuelto mediante una comparación crítica de las normas nacionales concurrentes, en atención a los principios constitucionales comunitarios y los objetivos del proceso de integración comunitaria.

La conciliación de ambos mandatos resulta en un número reducido de conflictos constitucionales dada la afinidad estructural entre los ordenamientos de los Estados Miembros. En primer lugar, las Comunidades Europeas se definieron desde su fundación como una comunidad de la que sólo podrían ser miembros los Estados con un sistema político democrático, y en los que estuviera garantizada la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>96</sup>. Ello no implica mecánicamente el respeto efectivo de los derechos, pero sí reduce las diferencias estructurales entre las leyes fundamentales de los Estados Miembros. En segundo lugar, la Convención Europea de Derechos Humanos, y muy especialmente, las instituciones creadas para asegurar su efectividad, la (hoy extinta) Comisión y el Tribunal, han contribuido a la elaboración de un conjunto preciso y detallado de normas iusfundamentales comunes a todos los Estados Miembros; esa tarea ha sido liderada por algunos tribunales constitucionales nacionales, y ha sido complementada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en lo relativo a la ponderación de los derechos fundamentales de carácter patrimonial con los bienes colectivos fundamentales realizados mediante políticas regulatorias.

La tesis de la síntesis constitucional ha de especificar la relación en la que se encuentran el derecho constitucional común de la Unión Europea y los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, en la medida en la práctica habitual se considera a estos últimos como la «constitución» de la Unión Europea<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. MENÉNDEZ, Agustín José, «Human Rights: The European Charter of Fundamental Rights» en CARLSNAES, Walter; SJURSEN, Helene, y WHITE, Brian (eds.), *Contemporary European Foreign Policy*, London, Sage Publishers, 2004, pp. 239-51.

<sup>97</sup> Así, el Abogado General Lagrange afirmó que el Tratado CECA había de caracterizarse como «the Charter of the Community from the material point of view (...) even though concluded in the form of a Treaty» [Conclusiones en el asunto 8/55,

La identificación de los Tratados fundacionales con la constitución de la Unión Europea es la formulación errónea de una intuición correcta, a saber, que desde su constitución en 1951, el derecho comunitario forma un sistema jurídico constitucional en el que se integran los ordenamientos nacionales. Pese a ello, es erróneo identificar el derecho constitucional comunitario con los Tratados. Por una parte, los Tratados no enuncian todas las normas constitucionales comunitarias; no sólo no enuncian la mayoría cuantitativa de las mismas, sino que hasta fechas relativamente recientes, ni siquiera las más importantes sustantiva y axiológicamente. Así, 1) los principios estructurales que gobiernan las relaciones con los ordenamientos nacionales (las doctrinas del efecto directo y de la supremacía) no sólo no se recogían en la primera versión de los Tratados, sino que siguen sin recogerse en el texto de los mismos; 2) un principio sustantivo esencial, como al protección de los derechos fundamentales, sólo contó con un reflejo (si bien muy limitado) en el texto de los Tratados a partir del Acta Única, y con un enunciado expreso a partir del Tratado de Maastricht. Por otra parte, es obvio que los Tratados contienen una multitud de normas cuya caracterización como constitucionales es más que dudosa. El uso de la forma del tratado internacional hizo inevitable la acumulación en los Tratados fundacionales de normas de muy variado rango legal. Pese a ello, sería un error negar que los Tratados constituyen una parte importante de la constitución material de la Unión Europea. En concreto, la tesis de la síntesis constitucional considera que los Tratados son una elucidación parcial del derecho constitucional común de la Unión Europea especificado en el contexto concreto del proyecto de integración europea, en el que los estados se integran sin renunciar a su propia identidad constitucional y política. Las Comunidades

---

*Federation Charbonnière de Belgique v. High Authority*, (1954-56) ECR 292]. El Tribunal Constitucional alemán fue de una opinión semejante en 1967, al afirmar que las Comunidades Europeas tendrían una constitución propia contenida en los Tratados [Cf. 22 *BVerfGE* 293, p. 296. Cito de MANFRED ZULEEG, «The European Constitution under Constitutional Constraints: the German scenario», 22 (1997) *European Law Review*, pp. 19-29]. El Tribunal de Justicia defendió explícitamente la lectura de los Tratados en clave constitucional en 1986: «[T]he European Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter of the Treaty» (Cfr. Asunto 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» v European Parliament*, sentencia de 23 de abril de 1986, (1986) ECR 1357, par. 23). Los académicos han anticipado y se han hecho eco de esta caracterización (así, VAN GERVEN, Walter, «Toward a Coherent Constitutional Order within the European Union», in *Die Verfassung der Europäischen Union*, Bonn, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 1995, pp. 11-62, pp. 12 y 25ff.), con tal intensidad que WEILER, Joseph, afirmó ya hace años que «one of the great perceived truisms, or myths, of the European Union legal order is its alleged rupture with, or mutation from, public international law and its transformation into a *constitutional legal order*» (WEILER, Joseph, «The autonomy of the Community legal order», ahora recogido en WEILER, Joseph, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 295).

Europeas son un intento de trascender el sistema de Estados nacionales autistas en el ejercicio de sus poderes sin crear un Estado federal europeo, sino un nuevo orden constitucional europeo, cuyo contenido se *presumirá* derivado de las tradiciones constitucionales nacionales, si bien no se procederá a su codificación completa. Sólo los principios y reglas necesarios para la realización de los objetivos inmediatos de las Comunidades fueron *positivizados* en los Tratados fundacionales (o en las sucesivas rondas de reforma de los Tratados). La destilación de las tradiciones constitucionales comunes, y de sus implicaciones concretas, se dejó en manos de los tribunales encargados de asegurar el respeto del derecho comunitario y nacional.

Dado el carácter institucionalmente incompleto de la Unión Europea, y dado que el derecho constitucional europeo no asigna de forma conclusiva el poder de decisión último al Tribunal de Justicia (ni tampoco a los tribunales constitucionales nacionales), la teoría de la síntesis constitucional determina la estructura del razonamiento mediante el que han de resolverse los conflictos constitucionales europeos, pero no predetermina a quién haya de corresponder la autoridad última de resolver los conflictos constitucionales europeos.

Pero, a diferencia de la teoría de la primacía comunitaria *estándar*, la tesis de la síntesis constitucional se ocupa de esclarecer las razones y las implicaciones de esa primacía. En primer lugar, es conveniente observar que el conflicto entre una norma comunitaria de rango legal y una norma de rango constitucional nacional implica un conflicto entre la norma constitucional nacional y la norma o normas constitucional/es comunitaria/s sobre la que se fundamenta la norma comunitaria de rango legal. En segundo lugar, el derecho constitucional de la Unión Europea no es en modo alguno un conjunto de normas *autónomas e independientes* de las normas constitucionales nacionales. Antes al contrario, el componente sustantivo de mayor importancia normativa no es otro que *el derecho constitucional común de los Estados Miembros*. Siendo esto así, el conflicto entre una norma constitucional comunitaria y una norma constitucional nacional es un conflicto entre una norma constitucional nacional y el derecho constitucional común de los Estados Miembros, que vendrá definido bien por la norma contenida en una amplia mayoría de las constituciones nacionales, o bien por la norma contenida en algunas constituciones nacionales, pero que esté respaldada por argumentos convincentes en el contexto de la integración supranacional. En tercer lugar, la afirmación de una regla de primacía del derecho comunitario en tanto que primacía del derecho constitucional común no sólo ha de interpretarse como *permitida* por las cláusulas de apertura de las constituciones nacionales, sino *exigida* por las mismas.

Como he defendido en este artículo, la teoría de la síntesis constitucional identifica un equivalente normativo a la constitución de una comunidad política mediante el ejercicio del poder constituyente democrático. La definición del canon de constitucionalidad europeo

mediante referencia al derecho constitucional de los Estados que se integran supranacionalmente permite conciliar el mandato de primacía de la constitución y de creación de instituciones y procesos de toma de decisiones supranacionales. Al mismo tiempo, la teoría de la síntesis constitucional predice que la legitimidad democrática de la comunidad supranacional así creada tenderá a reducirse con el paso del tiempo, a menos que se produzca un ulterior ejercicio del poder constituyente democrático de los ciudadanos. Y ello porque la legitimidad democrática que proporciona la síntesis constitucional es, necesariamente, provisional, y su fuerza se debilita con el paso del tiempo, dado 1) el carácter no escrito, o cuando menos no explícito, del canon colectivo de constitucionalidad europea y 2) las diferencias estructurales y sustantivas del proceso de elucidación del derecho constitucional común.

1) La primera razón reside en la naturaleza no escrita (o cuando menos no explícita) de las tradiciones constitucionales comunes en cuanto canon colectivo de constitucionalidad, que aumenta la discrecionalidad de los operadores del derecho a la hora de tomar decisiones. El hecho de que el derecho constitucional común europeo sea una fuente alternativa de legitimidad democrática en ausencia de un proceso constituyente a escala europea implica necesariamente que el contenido preciso de tal derecho constitucional común no haya sido positivizado durante el proceso de constitución de las Comunidades Europeas. Ciertamente, las normas constitucionales de cada Estado Miembro son, con una sola excepción –en si misma discutible–<sup>98</sup> normas escritas (aunque en más de un supuesto será necesario reconstruir, a partir de la práctica constitucional, legislativa y jurisprudencial nacional las normas materialmente constitucionales de cada ordenamiento); y la idea misma de derecho constitucional común conduce a definir un método de conformidad con el cual han de seleccionarse las normas comunes de entre las normas nacionales en conflicto (§ 45). Ello no es óbice para que sea necesario determinar de forma precisa en cada caso concreto el contenido de las normas constitucionales comunes. Si se me permite emplear una metáfora, jueces, funcionarios y ciudadanos europeos tendrán a su disposición las piezas del puzzle constitucional europeo, así como las instrucciones del puzzle; pero aún les quedará por efectivamente resolver el puzzle.

2) A ello se añade que existen razones estructurales y sustantivas que aumentan la discrecionalidad de los operadores del derecho al elucidar el contenido del derecho constitucional común, tanto en términos estructurales como sustantivos.

---

<sup>98</sup> Sobre el particular, véase la sentencia *John MacDonald MacCormick vs. Lord Advocate*, 1953 S.C. 396 (Court of Session) y el argumento de MACCORMICK, Neil D., en «Does the United Kingdom have a Constitution? Reflections on MacCormick vs. Lord Advocate», *Northern Ireland Legal Quarterly* 29 (1978) pp. 1-20.

1. Por lo que se refiere a los primeros (los términos estructurales):

a) las posibles diferencias sustantivas entre las tradiciones constitucionales nacionales obligan al operador del derecho a determinar el contenido del derecho constitucional europeo recurriendo al método comparado crítico, favoreciendo la solución propuesta por algunas constituciones en detrimento de otras, o combinando las soluciones nacionales.

b) las normas constitucionales nacionales, aún si son semejantes o cuando menos equivalentes, habrán sido formuladas con el objetivo de servir de marco constitucional *nacional*; pero al aplicar el derecho comunitario, lo que se hace es determinar el contenido del derecho constitucional común en tanto que marco constitucional *del proceso de integración*, lo que hace inevitable la adaptación de las soluciones constitucionales nacionales.

2. Y en términos sustantivos:

a) el carácter *parcialmente no escrito* de las tradiciones constitucionales comunes, que deriva de la ausencia de un proceso constituyente a escala europea, obliga al operador del derecho a realizar toda interpretación constitucional sin poder referirse a los debates constituyentes, que en el ámbito constitucional nacional son un instrumento interpretativo clave;

b) la *debilidad* del proceso político europeo elimina un segundo referente esencial en el proceso de interpretación de las constituciones nacionales; tal debilidad se debe al diseño constitucional del proceso ordinario de toma de decisiones, que no sólo desincentiva la europeización de las esferas públicas nacionales, sino que fragmenta o elimina la publicidad de los debates legislativos.

Estas características estructurales y sustantivas del derecho constitucional común aumentan considerablemente el riesgo de que la interpretación de las tradiciones constitucionales comunes que hagan los legisladores, y muy especialmente, los jueces, erosione las capacidades legitimadoras de las tradiciones constitucionales comunes. Ello sucederá cuando la interpretación que se ofrezca de tales tradiciones constitucionales comunes sea *incompatible* con la lectura sistemática de las normas constitucionales nacionales<sup>99</sup>. Ciertamente, es habitual

---

<sup>99</sup> Así, por ejemplo, en el caso C-196/04, *Cadbury*. El grupo Schweppes impugnó la liquidación del impuesto de sociedades del fisco británico alegando que la inclusión de los beneficios de una de las filiales irlandesas era contraria a la libertad de establecimiento (pese a que la existencia misma de esas filiales tenía una motivación esencialmente fiscal). El Tribunal determinó en su fallo que tan sólo en el supuesto de que se tratara de «montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado» era imposible exigir el pago del impuesto de sociedades sobre los beneficios de las filiales controladas (§ 55). No habrá tal montaje si «la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas» (§ 65), tal y como atestigüen, «elementos objetivos y verificables por terceros» (§ 67), con independencia de que «existan motivos de índole fiscal» para constituir la filial (§ 63). Obsérvese el contraste con las conclusiones del Abogado General Léger, que concluía que «los

que la jurisprudencia constitucional nacional se haga, con el paso del tiempo, *auto-referencial*, en la medida en la que los jueces tengan tendencia a fundamentar sus decisiones actuales en sus decisiones pasadas. Pero aun en ese caso, la legitimidad de sus fallos sigue dependiendo de que puedan presentarse ante los ciudadanos como custodios de la voluntad del poder constituyente frente a los poderes constituidos del Estado<sup>100</sup>. Incluso una jurisprudencia formalmente auto-referencial tiene que acrecentar su legitimidad democrática mediante referencia el reconocimiento de la autoridad constitucional de los debates constituyentes y los debates de rango constitucional en los públicos institucionalizados (esencialmente, los parlamentos). Los tribunales europeos, y muy especialmente el Tribunal de Justicia, simplemente carecen de tales referentes, y por ello el riesgo es mayor de que sus decisiones *agoten* la legitimidad democrática de las tradiciones constitucionales comunes, simplemente porque *se equivoquen* al determinar que se derive de esas tradiciones constitucionales comunes. Una cadena de errores conducirá a una formulación de una norma constitucional europea *abiertamente contraria* a las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros (*vid.* las observaciones en la nota 100).

De por sí, el carácter implícito de las normas constitucionales implica que la legitimidad democrática derivada de las tradiciones constitucionales comunes disminuya con el paso del tiempo, *a medida que los principios generales sean sustituidos por normas constitucionales concretas*; y ello en tanto que la autoría de las mismas estará mediada por órganos judiciales que no actúan en tanto que representantes directos de los ciudadanos, sino a lo sumo en tanto que órganos elegidos por los representantes de los ciudadanos<sup>101</sup>. La luz que ema-

---

artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a una legislación fiscal nacional que prevé la inclusión en la base imponible de una sociedad matriz residente de los beneficios obtenidos por una SEC establecida en otro Estado Miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este Estado a un nivel impositivo muy inferior al vigente en el Estado de residencia de la sociedad matriz, si dicha legislación se aplica únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir la ley nacional. Tal legislación debe, pues, permitir al contribuyente quedar exento justificando que la filial controlada está realmente implantada en el Estado de establecimiento y que las transacciones que tuvieron por efecto una disminución de la carga impositiva de la sociedad matriz corresponden a prestaciones efectivamente realizadas en dicho Estado y que no carecían de interés económico con respecto a la actividad de la referida sociedad» (§ 151).

<sup>100</sup> Cfr. ACKERMAN, Bruce, «The Political Case for Constitutional Courts», en YACK, Bernard (ed.) *Liberalism without illusions. Essays on Liberal Theory and the Political vision of Judith N. Shklar*. Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 1996, pp.205-19; SANTIAGO NINO, Carlos, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», 14 (1993) *Cardozo Law Review* pp. 799-846; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principi e voti*, Torino: Einaudi, 2005.

<sup>101</sup> En tal sentido, conviene tener presente que el método de elección de los miembros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es un tanto peculiar cuando se compara con el de designación de los jueces de la mayor parte de los Tribunales Constitucionales nacionales. Aunque formalmente la designación corresponde al Consejo de Ministros de forma colegiada, en la práctica cada Estado Miembro desig-

nan las tradiciones constitucionales comunes necesariamente se apaga si y en la medida en la que el proceso de integración avanza. En tales circunstancias, la legitimidad democrática de la Unión Europea no puede reestablecerse mediante ampliaciones modestas de los poderes de los representantes directos de los ciudadanos, sino que exige el reapoderamiento constitucional de la Unión Europea por parte de los ciudadanos. Sin entrar a analizar en detalle las condiciones en las que es posible y democráticamente legítima la escritura de una constitución para la Unión Europea, es obvio que los juegos nominales y las operaciones cosméticas pueden agravar, y no resolver el problema<sup>102</sup>.

## 2. Mecanismos de garantía

Al igual que la teoría de la primacía europea, la aplicación efectiva de la tesis de la síntesis constitucional depende de la colaboración efectiva entre jueces comunitarios y jueces nacionales. La diferencia fundamental radica en que la teoría de la síntesis constitucional depende esencialmente de que los jueces nacionales, muy especialmente los tribunales constitucionales en los Estados en los que existen, participen de forma activa en el proceso de definición del derecho constitucional común europeo. Esto requiere que asuman su doble identidad, como guardianes de la constitución nacional, pero también de la constitución europea. En lugar de limitarse a controlar la constitucionalidad de las normas comunitarias de conformidad con el canon de constitucionalidad nacional, los jueces nacionales deberían proceder simultáneamente a definir el canon de constitucionalidad europeo a partir de la lectura *européizante* de su canon de constitucionalidad nacional, y viceversa, es decir, ofrecer una lectura *européizante* de su canon de constitucionalidad nacional<sup>103</sup>.

---

na a un juez, sin que existan filtros institucionales que garanticen la idoneidad de los designados. Aunque no parece haber sido la regla habitual en la historia del Tribunal (en la medida en la que la toma en cuenta de la reputación como criterio de selección parece haber favorecido la elección de candidatos de «reconocido prestigio»), la normativa actual hace posible la designación de jueces por razones y motivos puramente instrumentales, incluso de candidatos con un escaso conocimiento del derecho constitucional nacional o europeo. Pero más allá de eventualidades que aún no parecen haberse verificado, el sistema actual reduce el perfil público de los jueces, lo que debilita aún más los mecanismos a través de los cuales los magistrados podrían contextualizar sus decisiones.

<sup>102</sup> Sobre el poder constituyente democrático en la Unión Europea, véase FOSSUM, John Erik, y MENÉNDEZ, Agustín José, «The Constitution's Gift», 11 (2005) *European Law Journal*, pp. 380-410; y «Democratic Constitution-Making. Reflections on the European Experiment», 34 (2005) *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft*, pp. 249-62.

<sup>103</sup> Quizá el ejemplo más claro sea el fallo del Tribunal Constitucional Alemán sobre la ley alemana que organizaba las elecciones directas al Parlamento Europeo [1980] 1 *CMLR* 497.

Pero la teoría de la síntesis constitucional afirma que la legitimidad democrática que se deriva de la definición del derecho constitucional común mediante referencia a las tradiciones constitucionales comunes ofrece una legitimidad democrática *limitada* sustancialmente y en el tiempo. Por ello, la única garantía efectiva no es otra que el ejercicio del poder constituyente por parte de los ciudadanos, que permita la *repolitización* del derecho constitucional europeo, y sienta las bases de una interpretación constitucional anclada en los debates constituyentes y en los debates políticos «ordinarios» acerca del modo y manera de desarrollar el programa constitucional.

### 3. Comparación con las tres principales teorías de los conflictos constitucionales europeos

La teoría de la síntesis constitucional permite evitar los tres principales problemas que se plantean en las tres teorías de los conflictos constitucionales europeos descritas en la primera sección de este artículo:

Da cuenta de la validez y eficacia de las normas que de manera prácticamente unánime se consideran como válidas y eficaces, a diferencia de la teoría de la primacía nacional (que tiene serias dificultades para explicar el contenido sustantivo y los mecanismos de control de constitucionalidad europeos); todo ello sin necesidad de incurrir en la negación ni de la *unidad básica* del ordenamiento jurídico comunitario (como es el caso de la solución pluralista), ni de la posición central que corresponde a las normas constitucionales nacionales (como es el caso de la teoría de la primacía europea).

Explica la transformación del fundamento de validez del derecho aplicable en Europa sin contradecir los principios normativos que subyacen a las constituciones nacionales; y al hacerlo, da cuenta de la base de legitimidad democrática de la Unión Europea, y por tanto de la validez del derecho comunitario, sin necesidad de recurrir a la existencia de un momento constituyente explícito en la Unión.

Da cuenta del pluralismo sustantivo de la Unión Europea, desentrañando el contenido concreto de su pluralismo constitucional, sin por ello negar la unidad funcional del derecho comunitario. El derecho constitucional de la Unión Europea es el resultado de la síntesis de los ordenamientos constitucionales nacionales. Tiene un componente supranacional, pero cuya identidad refleja el contenido de las normas constitucionales nacionales; de esta manera, la *supremacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional*, especialmente en el ámbito constitucional, es *formalmente* la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, pero al mismo tiempo es *sustantivamente* la primacía de los ordenamientos constitucionales nacionales que pueden ofrecer razones «europeizables» para sus normas frente a aquellos que ofrecen soluciones «idiosincráticas», que no pueden exportarse al ámbito supranacional.

**Cuarta sesión plenaria**

**ARGUMENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN**



# Constitución y argumentación

Por MANUEL ATIENZA

Universidad de Alicante

## RESUMEN

*El paso del llamado modelo de Estado legislativo al de Estado constitucional de Derecho, entendido como culminación del sometimiento del poder al Derecho, volvió obsoleta la óptica del positivismo jurídico decimonónico a lo largo del siglo xx. Ni estatalismo ni legicentrismo ni formalismo interpretativo dan ya razón de la estructura jurídico-política de los Estados democráticos contemporáneos, presididos por Constituciones rígidas de carácter normativo con presencia positivizada de valores y principios materiales de justicia. En consecuencia, las distintas versiones del «neoconstitucionalismo», tanto el positivismo crítico de L. Ferrajoli como la superación en ciernes del parámetro positivista en R. Dworkin o R. Alexy, ensayan, en mayor o menor medida, una concepción del Derecho que acentúa la cuestión de la creciente tarea justificativa del ordenamiento jurídico, es decir, de la exigencia de argumentación jurídica, y, en especial, del papel preponderante que, dentro de ella, detenta la argumentación constitucional. Y ello, no sólo respecto a la actuación argumentativa del legislador, quien interpreta y desarrolla, que no aplica stricto sensu, el texto constitucional, sino sobre todo en atención a la perspectiva judicial, en la que, sin diferencia cualitativa aunque sí institucional, el juez constitucional y los tribunales ordinarios justifican los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución, a título de poder contramayoritario para la tutela de los derechos.*

**Palabras clave:** *Estado constitucional, positivismo jurídico, neoconstitucionalismo, interpretación, justificación del Derecho, argumentación constitucional, legislador, juez constitucional, juez ordinario.*

## ABSTRACT

*The step from the so-called legislative state to the constitutional state of law, understood as the culmination of the subjection of power to law, made the viewpoint of legal positivism obsolete throughout the XXth Century. Neither excessive state intervention, nor excessive legislation, nor interpretative formalism, account for the legal and political structure of contemporary democratic states. These are presided over by Constitutions of a normative nature made positive by the values and material principles of justice. Accordingly, the different versions of «neoconstitutionalism», both the critical positivism of L. Ferrajoli, and the embryonic surmounting of the positivist parameter by R. Dworkin or R. Alexy, test out a conception of the Law which emphasizes the question of the growing task of justifying the legal system i.e. the demands of legal reasoning and, especially, of the predominant place held within that by constitutional reasoning. This is so not only with respect to lines of argument used by the lawmaker, who interprets and develops the text of the constitution, rather than applying it *stricto sensu*, but also especially with respect to the judicial perspective. Here, without any qualitative difference, only institutional, the constitutional judge and common judges justify the processes of interpretation, application and development of the Constitution by way of counter-majority authority for the guardianship of rights.*

*Key words: Constitutional state, legal positivism, neoconstitutionalism, interpretation, law justification, constitutional argument, legislative, constitutional judge, common judge.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.-2. ARGUMENTACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO.-3. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN.-4. ARGUMENTACIÓN, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.-5. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la relación entre Constitución y argumentación requiere, en mi opinión, de dos pasos sucesivos. En primer lugar, hay que aclarar cuál es el papel de la argumentación en relación con el Derecho de los Estados constitucionales lo que lleva también, en último término, a plantearse el problema de cómo el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho y ha llevado, en cierto modo, a poner en un primer plano la dimensión argumentativa del Derecho: el Derecho como argumentación. Sólo a partir de ahí es posible, en segundo lugar, abordar el problema de qué cabe entender por «argumentación constitucional» y por «argumenta-

ción», sin más, cómo se diferencian entre sí las argumentaciones constitucionales que llevan a cabo los legisladores, los jueces constitucionales o los jueces ordinarios, qué esquemas de argumentos se utilizan, qué criterios de corrección deben manejarse, qué finalidades se persiguen, etc.

## 2. ARGUMENTACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO

«Estado constitucional», obviamente, quiere decir algo distinto a Estado en el que está vigente una Constitución. Como lo señala, por ejemplo, Bovero [2006, p. 16], «Constitución», en su sentido más amplio, hace referencia a la estructura de un organismo político, de un Estado: al diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad; así entendida (y así es como entiende el término, por ejemplo, Kelsen) cualquier Estado o unidad política tendría una Constitución. Pero en un sentido más estricto, tal y como la expresión suele usarse en la época contemporánea, una Constitución supone dos requisitos más: una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes. No es, sin embargo, todavía esto lo que, en tiempos recientes, suele denominarse como «Estado constitucional». El Estado liberal de Derecho es un Estado con una Constitución en el último sentido indicado, pero no sería un Estado constitucional porque la Constitución no tiene allí exactamente las mismas características (y, en consecuencia, no juega el mismo papel) que en los Estados occidentales en la última etapa de su desarrollo, esto es, fundamentalmente, a partir del final de la segunda guerra mundial. Desde esta última fecha habríamos asistido a un fenómeno de cambio progresivo de los sistemas jurídicos al que a veces se denomina «constitucionalización». Según Guastini [2003], un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los Estados constitucionales) se caracterizaría por una Constitución extremadamente «invasora», capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable <sup>1</sup>.

Pues bien, el creciente afianzamiento de este modelo de Estado y de Derecho ha llevado a que, en los últimos tiempos, se haya extendido, en la teoría del Derecho, el uso de la expresión «constitucionalismo» (o «neoconstitucionalismo», para marcar la diferencia con el constitucionalismo clásico: el anterior a esa fecha)<sup>2</sup>. Conviene tener

<sup>1</sup> Sobre el fenómeno de la «constitucionalización» véase también Mathieu y Verpeaux (ed. de) 1998.

<sup>2</sup> En lo que sigue usaré preferentemente los términos «constitucionalistas» y «constitucionalismo», aunque el lector podría sustituirlos, en cada caso, por los de «neoconstitucionalistas» y «neoconstitucionalismo».

en cuenta, sin embargo, que esa expresión es ambigua [*vid.* Prieto 2002, Carbonell 2003], porque a veces designa un modelo de organización jurídico-política (el fenómeno recién mencionado) y otras veces una forma determinada de interpretar ese fenómeno, esto es, una concepción del Derecho. Un autor (como el propio Guastini) puede ser perfectamente (agudamente) consciente del fenómeno de la constitucionalización del Derecho, sin ser por ello un autor «constitucionalista» en el sentido estricto de la expresión. Dicho de otra manera, frente al nuevo «hecho histórico» del constitucionalismo cabe adoptar, en el plano teórico, diversas posturas: 1) Se puede ignorar (o negar) el fenómeno y, por tanto, seguir construyendo la teoría del Derecho (y la dogmática constitucional) como se venía haciendo en el pasado. 2) Se puede reconocer la existencia de esos cambios pero pensar que ellos pueden explicarse y manejarse sin necesidad de introducir algo así como un nuevo «paradigma» en el pensamiento jurídico. Y 3) se puede pensar que el nuevo fenómeno requiere también de una nueva teorización. Aquí, a su vez, es posible introducir una subdistinción entre: quienes consideran que la nueva teoría puede –y debe– elaborarse sin abandonar la forma del positivismo jurídico (sino reformando –o desarrollando– el propio paradigma del positivismo jurídico); y los que, por el contrario, consideran que el positivismo (en cualquiera de sus múltiples formas<sup>3</sup>) no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: el constitucionalismo contemporáneo obligaría a ir «más allá» del positivismo jurídico. Pondré algún ejemplo de estas dos o tres últimas posturas.

Tanto Guastini como Comanducci (y, en general, la «escuela genovesa» [*vid.* Pozzolo 2003]) han prestado una considerable atención al fenómeno del constitucionalismo, pero son radicalmente críticos en relación con el constitucionalismo en cuanto forma de aproximarse al (o nueva concepción del) Derecho. Comanducci [2003], trasladando un conocido esquema usado por Bobbio para analizar el positivismo jurídico (como teoría, como ideología y como enfoque o método) a la obra de los autores que suelen considerarse a sí mismos como «constitucionalistas», llega a las siguientes conclusiones.

La teoría del Derecho del constitucionalismo sería aceptable en la medida en que da cuenta, mejor que la del positivismo tradicional, de ciertos rasgos que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos; por ejemplo, hoy no sería ya sostenible defender (como lo hizo el positivismo decimonónico) tesis como el estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo. Pero esa tarea, en su opinión, puede llevarse a cabo sin abandonar el

---

<sup>3</sup> Últimamente han proliferado considerablemente. Quizás las más importantes sean las que suelen denominarse «positivismo incluyente» «positivismo excluyente» y «positivismo axiológico». Un breve repaso de la discusión actual (con la defensa de una propuesta consistente en «dejar atrás el positivismo jurídico») puede verse en ATIENZA y RUIZ MANERO 2006.

positivismo metodológico o conceptual; más bien habría que decir que el (neo)constitucionalismo así entendido sería «nada más que el positivismo jurídico de nuestros días» (p. 88)<sup>4</sup>. Ahora bien, el constitucionalismo en el sentido fuerte o estricto de la expresión no sólo defiende eso, sino también un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que lleva a la idea de que la ciencia jurídica (la dogmática y la teoría del Derecho), hoy, es necesariamente normativa (Ferrajoli) o que tiene que elaborarse desde el punto de vista interno en un sentido fuerte, esto es, adhiriéndose a los valores constitucionales (Zagrebelsky). Y esto le parece rechazable, dado que lo que él postula es «un modelo descriptivo de la Constitución como norma», esto es, considerar la Constitución como «un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas)» (p. 84).

En cuanto ideología, lo que caracterizaría al constitucionalismo es poner en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales; no se limita por ello a «describir los logros del proceso de constitucionalización, sino los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación» (p. 85). Como, además, «muchos de sus promotores» sostienen que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral y que existe «una obligación de obedecer a la Constitución y a las leyes» (p. 86), el constitucionalismo, en opinión de Comanducci, constituiría una moderna variante del «positivismo ideológico». Y ésta es, en su opinión, una ideología criticable y peligrosa pues tiene como consecuencia la disminución del grado de certeza del Derecho derivado de la técnica de «ponderación» de los principios constitucionales y de la interpretación «moral» de la Constitución.

Finalmente, el constitucionalismo en cuanto enfoque metodológico, al sostener la mencionada tesis de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, se opone al positivismo jurídico metodológico y conceptual basado en la idea de que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser. Los constitucionalistas piensan que los principios constitucionales pueden verse como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular, la judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a Comanducci rechazable. Si se interpreta como tesis descriptiva es falsa, porque los jueces justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales. Y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los autores constitucionalistas asumen

---

<sup>4</sup> Sin embargo, TROPER, Michel [1984], desde posiciones muy cercanas a las de COMANDUCCI, llega a la conclusión de que «en los tres sentidos de la expresión [se refiere también a los tres significados distinguidos por Bobbio], el positivismo es completamente incompatible con el constitucionalismo» (p. 205).

que, «por definición», toda justificación última, en el dominio práctico, está constituida por una norma moral), sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos.

No es sorprendente que, desde presupuestos teóricos muy semejantes a los anteriores, Guastini [2005] entienda que las peculiaridades que presenta la interpretación constitucional no revisten una gran importancia. Por supuesto, Guastini señala que hay algún rasgo distintivo en cuanto a quiénes son los agentes de la interpretación, sobre todo, cuando existe un intérprete privilegiado de la Constitución, como ocurre con los jueces constitucionales en muchos sistemas europeos; pero eso, obviamente, no es teóricamente muy relevante. También hay alguna peculiaridad en cuanto a la existencia de problemas de interpretación que se refieren no a cualquier texto normativo, sino a los textos constitucionales: así, en las constituciones que incluyen una declaración de derechos se plantea el problema de si los derechos son simplemente reconocidos (lo que supone que se trata de una lista abierta y susceptible de ser completada), o bien son creados por la Constitución (de manera que se trataría de una lista cerrada y que no puede ser integrada por los órganos aplicadores); pero, para Guastini, eso no pasa de ser una disputa ideológica, interpretable en términos de iusnaturalismo versus positivismo jurídico, y sobre la que no habría mucho que decir desde el punto de vista propiamente teórico. Y, en fin, con respecto a las peculiaridades referidas a las técnicas de interpretación, Guastini tampoco piensa que sean de gran calado: por ejemplo, a veces se sostiene que la Constitución debe ser interpretada de manera que se restrinja lo más posible el poder estatal y se amplíen al máximo los derechos de libertad, pero esta doctrina (liberal) puede extenderse a la interpretación de cualquier documento normativo; se suele decir también que, en la medida en que consiste más en principios que en reglas, la Constitución no puede interpretarse de manera literal, pero esto le parece a Guastini poco convincente: puede sostenerse –afirma– que si el contenido prescriptivo de los principios no puede recogerse mediante la interpretación literal –según el significado común de las palabras– es que no existe tal contenido prescriptivo (p. 660); y, en fin, la doctrina de que la Constitución exige una interpretación evolutiva, además de ser problemática, puede aplicarse a cualquier texto normativo (no es privativa de la Constitución).

La manera de abordar el fenómeno del constitucionalismo por parte de un autor como Ferrajoli es bastante distinta. Para él, el constitucionalismo contemporáneo lleva a postular una doble articulación en el plano de la validez interna del Derecho; es decir, una norma jurídica puede ser calificada como válida (en cuanto predicado distinto a la eficacia y a la justicia) en dos sentidos: puede poseer validez formal o vigencia, pero también validez sustantiva o plena (validez propiamente dicha). La simple vigencia o existencia supone el cumplimiento de los requisitos de forma y de procedimiento; la validez sustantiva, satisfacción de criterios de contenido que, de manera rele-

vante pero no exclusiva, están incorporados en los derechos fundamentales. Eso quiere decir que el Derecho válido, formalmente vigente, puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho (sin acudir, pues, a una instancia –política o moral– externa al propio Derecho): «Derecho jurídicamente ilegítimo» no sería un oxímoron. Por eso, para Ferrajoli, de la misma manera que el iusnaturalismo, en cuanto concepción característica del Derecho en el mundo premoderno, fue sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del Estado moderno y la existencia de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas, este positivismo clásico –o «paleopositivismo»– adecuado a los esquemas del Estado liberal de Derecho, tiene en nuestros días que ser sustituido por el nuevo paradigma del constitucionalismo en el que el Derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la Constitución. Esto, para Ferrajoli, no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización: «El constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no sólo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de «existencia», sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de «validez» [Ferrajoli, 2003, p. 19].

El neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli, en cuanto concepción adecuada para dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo, supone, con respecto al anterior paradigma positivista, cambios fundamentales en relación con la manera de entender la estructura –el concepto– del Derecho, la dogmática jurídica y la jurisdicción. En efecto, el Derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. La ciencia jurídica no puede entenderse en términos puramente descriptivos, sino también críticos y prospectivos: su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos (para Ferrajoli, los derechos existen en la medida en que están establecidos en las constituciones, aunque falten sus garantías –en especial, sus garantías legislativas–). Y la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica.

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene, sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores «constitucionalistas» que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino). Así, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en

Dworkin, y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa). Un papel semejante lo juega en Alexy (aparte de la distinción que también él hace entre reglas y principios) la idea de que el concepto de Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama –inspirándose en Habermas y en la teoría del discurso– una «pretensión de corrección» que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y algo parecido puede decirse también de Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (de manera que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales) y su insistencia en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente (o sea, que es perfectamente asumible, para algunos propósitos, un concepto de Derecho que contenga elementos valorativos; y de ahí su crítica a la contraposición entre positivismo jurídico e ius-naturalismo).

Pero entre estos tres últimos autores y Ferrajoli hay también una diferencia importante que explica el empeño de este último en calificar su concepción de positivista: Ferrajoli interpreta que los elementos de esa dualidad tienen un carácter autoritativo (sus dos nociones de validez derivan de un Derecho «puesto» por alguna autoridad: el legislador o el constituyente), mientras que en los otros autores cabe reconocer un esfuerzo por integrar dos elementos en el concepto de Derecho: el elemento autoritativo y el valorativo. Así, en la noción dworkiniana de «práctica interpretativa», los fines y valores que definen la práctica juegan un papel determinante, en cuanto dan sentido a, y tienen primacía sobre, las normas, sobre el elemento autoritativo. La misma idea puede expresarse también diciendo que las normas, vistas como razones para la acción, contienen una dimensión directiva, de guía de la conducta, pero también una valorativa o justificativa; que esos elementos pueden entrar en algún caso en contradicción; y que cuando eso ocurre, el último elemento, el valorativo, tiene primacía sobre el primero, sobre el directivo [Atienza y Ruiz Manero, 2004 y 2006] ¿Hasta qué punto es entonces importante esa contraposición entre el «positivismo» y el «no positivismo» del constitucionalismo contemporáneo?

En mi opinión, esa dualidad de enfoques no genera grandes diferencias a la hora de emitir juicios sobre lo que es o no es jurídico; lo que es distinto es más bien la forma en que se expresan esos juicios: una norma que Ferrajoli consideraría válida en el sentido de vigente, pero inválida en cuanto a la dimensión sustantiva de validez sería probablemente considerada por Alexy como «Derecho defectuoso» (pero ni Alexy, ni Dworkin, ni, por supuesto, Nino han negado nunca que quepa hablar con pleno sentido de «Derecho injusto»). Tampoco desde la perspectiva de la manera de entender la función

de la teoría y de la dogmática jurídica; al igual que para Ferrajoli, para Dworkin (o para Nino) se trata de dos actividades que contribuyen a conformar la práctica jurídica: la tarea de resolver las lagunas y contradicciones a la que se refería Ferrajoli tiene su equivalente en el propósito dworkiniano de contribuir a la máxima realización de los fines y valores de la práctica jurídica (del Estado constitucional). Y en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no sólo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en que consiste el Derecho.

La distinción, entonces, es más bien una cuestión de acento, pero ello no quiere decir que sea irrelevante. Tiene consecuencias, por ejemplo, en relación con la teoría de la interpretación: al considerar el Derecho como un fenómeno puramente autoritativo, la interpretación no va a tener, en la obra de Ferrajoli, el alcance y desarrollo que en la de Dworkin (no es lo mismo interpretar textos establecidos por una autoridad que interpretar una práctica). También (si se quiere como consecuencia de lo anterior) a la hora de plantearse el problema de la argumentación jurídica: Ferrajoli tiende a pensar que, en la aplicación del Derecho, lo que existe es algo así como subsunción más discreción judicial, y es notablemente escéptico a propósito de la ponderación (algo, por lo demás, perfectamente coherente con su tendencia a ver el Derecho como un conjunto de reglas, en donde los principios no juegan prácticamente ningún papel o juegan uno de escasa importancia). La diferencia de fondo, cabría concluir, estriba en que el positivismo jurídico, al no dar el suficiente peso a la dimensión valorativa del Derecho, corre el riesgo de resultar una concepción del Derecho, más que equivocada, irrelevante: «El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan sólo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes» [Atienza y Ruiz Manero 2006, p. 778].

### 3. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

A donde pretendo llegar con todo lo anterior es a sostener que así como el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa (aunque, naturalmente, el Derecho no sea sólo argumentación). Quienes no aceptan esta nueva concepción (no son autores «constitucionalistas») no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el «Estado legislativo», en el «Estado constitucional» el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos [*vid.* Atienza 2006, p. 17].

Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, un repaso a las concepciones del Derecho más características del siglo xx permite, en mi opinión, concluir que ninguna de ellas puede dar cuenta satisfactoriamente de la dimensión argumentativa del Derecho. Dicho en forma extremadamente concisa: El formalismo (conceptual, legal o jurisprudencial) ha adolecido de una visión extremadamente simplificada de la interpretación y la aplicación del Derecho y, por tanto, del razonamiento jurídico. El iusnaturalismo tiende a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Para el positivismo normativista (de autores como Kelsen o Hart), el Derecho –podríamos decir– es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir; y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica. El positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo, seguramente como consecuen-

cia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como un mero instrumento al servicio de fines externos y carente de valor moral. Y las teorías «críticas» del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno) necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo.

Esos déficits y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional explican que en los últimos tiempos (más o menos, desde finales de los años setenta) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en diversos trabajos [*vid.*, por ejemplo, Atienza 2006, pp. 55 y ss.], he caracterizado por una serie de rasgos, todos ellos ligados con el enfoque argumentativo del Derecho<sup>5</sup>

#### 4. ARGUMENTACIÓN, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Las características mencionadas de las constituciones contemporáneas (y del constitucionalismo) explican el hecho de que la apelación a la Constitución (a alguna de sus normas, valores, etc.) juegue un papel destacado en muchos tipos de argumentaciones: en las que tienen que ver con la aplicación judicial del Derecho, pero también en las dirigidas a la producción legislativa de normas y, en general, en todas las argumentaciones de tipo práctico, aunque no puedan considerarse de carácter jurídico, sino más bien de naturaleza moral o política. Por lo demás, la referencia a la Constitución puede o no operar como un argumento de autoridad: la argumentación para modificar una Constitución o crear una nueva puede considerarse, evidentemente, como un tipo de argumentación constitucional. De manera que el anterior sería un sentido amplísimo de «argumentación constitucional» y, obviamente, de no fácil manejo. Podría entonces pensarse en delimitar un sentido más estricto que incluyera únicamente, por ejemplo, la argumentación específicamente jurídica. Pero eso no deja de ser problemático. Por un lado, porque no es nada obvio que se pueda efectuar una distinción –al menos una distinción nítida– entre la argumentación jurídica y la de naturaleza moral y política; es más, esa –como veíamos– es una de las tesis más características de los autores «constitucionalistas». Y, por otro lado, porque la «argumentación constitucional de carácter jurídico» quizás diste de ser una categoría homogénea: parece razonable pensar que no es exactamente el mismo

---

<sup>5</sup> A la lista de los cuatro autores ya mencionados (DWORKIN, FERRAJOLI, ALEXY y NINO) habría que añadir, por lo menos, el nombre de MACCORMICK y el de RAZ. Ninguno de ellos, por cierto, asume todos los rasgos que señalo, pero sí la mayoría o, al menos, un número significativo de ellos.

el uso argumentativo de la Constitución que hacen los legisladores y los jueces, ni tampoco el que realiza un juez ordinario o un juez constitucional. Pero, en todo caso, analizar las especificidades de la argumentación constitucional (cualesquiera que éstas sean) requiere de algunas aclaraciones previas sobre qué quiere decir argumentar y desde qué perspectivas se puede ver una argumentación.

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectadas entre sí de muy variadas formas. Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante el intercambio de razones y que esas razones se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de problemas. Además, una argumentación consta de ciertas unidades básicas, los argumentos, en los que pueden distinguirse premisas (enunciados de los que se parte) y conclusiones (enunciados a los que se llega); y que son evaluables según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos (y la argumentación) como válidos, sólidos, persuasivos, falaces, etc.

No existe, sin embargo, una única forma de entender –y de estudiar– la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles<sup>6</sup>, podríamos distinguir tres concepciones o aproximaciones a las que cabría denominar, respectivamente, formal, material y pragmática, y que vienen a ser tres interpretaciones distintas de los elementos comunes a los que se acaba de hacer referencia.

La concepción formal (ejemplo paradigmático, pero no único: la de la lógica deductiva estándar) ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión); responde al problema de si a partir de enunciados –premisas– de tal forma se puede pasar a otro –conclusión– de otra determinada forma; los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia; y lo que suministra son esquemas, formas, de los argumentos. No hay por qué considerar que tales esquemas sean sólo de tipo deductivo: un argumento puede tener una forma inductiva, probabilística, abductiva, etc. Pero la deducción juega, por así decirlo, un papel «modélico».

Para la concepción material, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los enunciados verdaderos o correctos

---

<sup>6</sup> Un análisis pormenorizado, con la distinción entre el concepto y las concepciones de la argumentación, puede encontrarse en ATIENZA 2006.

(los hechos naturales o institucionales a los que se refieren); responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer, y consiste por ello, esencialmente, en una teoría de las premisas: de las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar alguna acción; sus criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal: lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otra; y esos criterios no constituyen reglas de inferencia en el sentido de la lógica formal, sino que –como ocurre con las reglas del método científico– dependen de cómo es (o cómo debe ser) el mundo.

Finalmente, la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad (una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico; el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. Mientras que en la concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en términos individuales (una argumentación es algo que un individuo puede realizar en soledad), en la concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social. Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático. Y el otro es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante. La concepción de la argumentación de Perelman y la de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico.

## 5. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Veamos ahora de qué manera se puede, en cierto sentido, desarrollar lo anterior y entrar en las peculiaridades de la argumentación constitucional. Partiré para ello de las tres dimensiones –formal, material y pragmática– de la argumentación y me centraré en la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales, como paradigma de argumentación constitucional.

5.1 Aunque a veces se habla de los tribunales constitucionales como de «legisladores negativos», el tipo de argumentación que ellos desarrollan pertenece, sin duda, al género de la argumentación judicial, también cuando resuelven casos abstractos (problemas de control

abstracto de constitucionalidad<sup>7</sup>). Además de otras diferencias que tienen que ver con el distinto estatus normativo de los jueces constitucionales y de los legisladores, y con la distinta composición y organización de ambas instituciones, la diferencia crucial estriba, en mi opinión, en la naturaleza de los problemas que desencadenan la necesidad de argumentar en una y otra instancia. Además, la distinta naturaleza de las cuestiones planteadas (en uno y otro ámbito) lleva a que también sea diferente el tipo de decisiones que requieren, los criterios de corrección de las mismas y los esquemas o formas de argumentación a emplear. Dicho en forma sintética:

a) Las decisiones judiciales son cerradas, en el sentido de que al juez, normalmente, sólo se le pide que elija entre dos opciones (condena/absolución; declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, etc.); y están orientadas hacia la obtención de una única respuesta correcta. Las decisiones legislativas son abiertas, de manera que casi nunca puede decirse que una ley con tal estructura y contenido es la única posible: el campo de las decisiones justificables está, pues, en este segundo caso, mucho más abierto, depende de cuestiones de oportunidad.

b) Los criterios de corrección de las decisiones judiciales son esencialmente internos al Derecho: las decisiones judiciales se orientan hacia el sistema jurídico, y de ahí la importancia decisiva de la coherencia. En el caso de la legislación, las decisiones se orientan hacia el sistema social y la coherencia tiene, por ello, un papel residual: es un criterio de corrección que opera –podríamos decir– en un sentido negativo, como límite.

---

<sup>7</sup> E incluso cuando, al resolverlos, los tribunales –preferentemente los tribunales constitucionales, pero no sólo– emiten lo que se llama «sentencias interpretativas», esto es, sentencias en las que se señala que tal artículo de tal ley es constitucional siempre y cuando se interprete en tal sentido señalado por el tribunal; o bien «sentencias normativas» (o «manipuladoras») –aditivas o sustitutivas–, esto es, cuando los tribunales «comportándose como un legislador», «modifican directamente el ordenamiento con el fin de armonizarlo con la Constitución» [GUASTINI 2006, p. 258]. Tanto las sentencias –o decisiones– interpretativas como las «manipuladoras» las sitúa GUASTINI dentro de la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución que, como veíamos, es uno de los rasgos de la «constitucionalización» de nuestros ordenamientos.

En todo caso, la actividad del tribunal es distinta a la del legislador por diversas razones: además de que el ámbito de discrecionalidad de los jueces sea obviamente menor que el de los legisladores (y que los primeros actúen únicamente a instancia de parte), la decisión de los primeros está orientada (o debe estarlo para poder ser considerada legítima) hacia el pasado (o sea, debe buscar ser coherente con el ordenamiento jurídico, con los principios y valores constitucionales; lo que justifica ese tipo de sentencias es la conservación de la ley y la obligación de interpretar las leyes de acuerdo con la Constitución) y no, como la del legislador, hacia el futuro, a lograr ciertos fines «externos» al Derecho, para lo cual lo esencial son criterios de oportunidad y los principios y valores constitucionales (la coherencia) operan esencialmente como un límite. *Vid.* sobre esto ATIENZA 2004.

c) La argumentación judicial obedece esencialmente a un esquema clasificatorio o subsuntivo y sólo de manera excepcional juega un papel la ponderación y la adecuación, mientras que en la argumentación legislativa predominan los esquemas de los dos últimos tipos.

Ahora bien, lo que diferencia, desde un punto de vista formal, la argumentación de los tribunales ordinarios y la de los tribunales constitucionales es que, en el caso de estos últimos, la ponderación adquiere un gran protagonismo, como consecuencia del papel destacado de los principios en las constituciones contemporáneas. No quiere decir que los jueces ordinarios no ponderen, sino que sólo tienen que hacerlo, en cierto modo, cuando se enfrentan con casos difíciles que no pueden resolverse sin remitirse (explícitamente) a principios constitucionales y en circunstancias en las que el tribunal constitucional no ha tenido aún oportunidad de pronunciarse; cuando lo ha hecho, el juez ordinario tiene ya a su disposición una regla, esto es, debe seguir la ponderación efectuada por el tribunal constitucional.

La necesidad de ponderación deriva del hecho de que los jueces, y en particular los jueces constitucionales, no sólo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación, o cuando sí que existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y principios del sistema; en estos últimos supuestos, la pretensión de la regla de servir como razón concluyente y excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo.

La aplicación de principios para resolver casos no puede tener lugar, sin embargo, de manera directa, pues los principios suministran sólo razones no perentorias, razones *prima facie*, que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios o de otras reglas. La aplicación de los principios supone, por ello, una operación con dos fases: en la primera, se convierte el principio (o los principios) en reglas: esto es a lo que propiamente se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según un modelo clasificatorio o subjuntivo, o bien finalista o de adecuación entre medios y fines.

Ahora bien, puesto que los principios pueden ser principios en sentido estricto o directrices, cabe hablar también de dos tipos de ponderación<sup>8</sup>. Una es la ponderación (si se quiere, la ponderación en sentido estricto<sup>9</sup>) que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la

---

<sup>8</sup> Dejo fuera una tercera opción (la ponderación entre principios en sentido estricto y directrices), porque creo que se puede reducir, de alguna manera, a alguna de estas dos; *vid.* ATIENZA 2006, p. 170. Sobre la ponderación constitucional hay una inmensa bibliografía; *vid.* por todos PRIETO 2003.

<sup>9</sup> «Estricto», en cuanto que, en sentido amplio, la ponderación abarcaría también al segundo tipo (del que en seguida se habla) al que se puede denominar también «concreción». Como se verá, entre la ponderación en sentido estricto y la concreción hay semejanzas y diferencias, y el que se acentúen unas u otras puede tener que ver

norma —el principio— que prohíbe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza —permite— la libertad de expresión. Otro tipo de ponderación es el que tiene lugar a partir de directrices; me refiero con ello al proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas (que pueden consistir en reglas de acción o de fin, o simplemente en medidas concretas que establecen la obligación de realizar cierta acción) a partir de alguna directriz como la contenida en el art. 47 de la Constitución española relativa al derecho a disfrutar de una vivienda digna<sup>10</sup>.

En el primer tipo de ponderación se pueden distinguir, a su vez, varios pasos. En el primero se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores, que tiran en direcciones opuestas (por ejemplo, el derecho al honor, a favor de prohibir determinadas manifestaciones; el derecho a la libertad de expresión, a favor de admitirlas) y que necesitan algún tipo de ajuste, pues todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo. En una segunda fase se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen las razones para ello. Y finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente. La ponderación tiene, pues, lugar por medio de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas, respetando ciertos principios como el de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias. Por ejemplo, si se examina un número suficiente de supuestos decididos por el tribunal constitucional español, en los que entran en contradicción el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, se puede ver cómo se van construyendo reglas distintas según que se den o no determinadas propiedades: que se afecte al honor en sentido estricto o a la intimidad; que se trate de libertad de expresión o de información; que las informaciones tengan o no un interés público, etc. [Atienza 1996].

Si se hace abstracción del proceso de la argumentación y se busca captar esencialmente el resultado del mismo, lo que tendríamos es un esquema como el siguiente:

---

con propósitos didácticos o expositivos, más bien que con cuestiones de fondo de teoría del Derecho.

<sup>10</sup> El ejemplo es interesante porque muestra que la condición de principio en sentido estricto o de directriz es relativa a los sistemas jurídicos, esto es, tiene un carácter (relativamente) contingente. El derecho a una vivienda digna que en España (y en casi todos los países) está recogido en una directriz (se establece como un fin, una meta a alcanzar), va a pasar a estar regulado en Francia (de acuerdo con el compromiso asumido por el Gobierno francés en diciembre de 2006) por normas de acción; o sea, se convertirá en un derecho semejante al derecho a la educación o el derecho a la salud.

- En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 –que tienen condiciones de aplicación abiertas– establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).
- En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1).
- Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q.

Si la ponderación no la realizase un juez, sino un legislador (las reglas legisladas pueden verse, en buena medida, como el resultado de ponderaciones llevadas a cabo por el legislador), el esquema (pero recuérdese que estamos viendo la ponderación desde una perspectiva únicamente formal) no sería muy distinto: simplemente, habría que suprimir las referencias a un caso concreto; podría decirse que los legisladores ponderan, pero no a la vista de un caso concreto, sino en abstracto<sup>11</sup>.

Por supuesto, la mayor dificultad está en la última premisa del argumento de la primera fase, esto es, en el establecimiento de la relación de precedencia de un principio sobre otro. Alexy [2002] considera que para establecer esa precedencia es necesario tener en cuenta tres elementos que, según él, forman «la estructura de la ponderación» (diríamos que viene a ser la «justificación externa» de la ponderación) [vid. Alexy 2002; Bernal 2003; Lopera 2006]: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación dice así: «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro»; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Esas tres variables son: el grado de afectación de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de valores predominante en la sociedad); y la seguridad de las apreciaciones

---

<sup>11</sup> Obviamente, los tribunales constitucionales también ponderan «in abstracto», cuando sobre lo que tienen que resolver no es sobre una disputa particular (como ocurre con los juicios de amparo en España), sino sobre la constitucionalidad o no de las leyes; en consecuencia, podría decirse que, por ejemplo, el Conseil constitutionnel francés sólo juzga –pondera– «in abstracto». Pero, en todo caso, la ponderación del legislador es siempre más abstracta que la que llevan a cabo los jueces constitucionales; lo que acota el campo de la ponderación de estos últimos es, naturalmente, el hecho de que la misma tiene que circunscribirse a una comparación entre una determinada norma (cuya constitucionalidad se discute) y la propia Constitución; el juicio de ponderación viene a expresar, entonces, que, aunque existen en principio razones (basadas en valores, principios, etc.) que apoyan la constitucionalidad de la norma, y otras razones en sentido contrario, las primeras (dadas determinadas circunstancias: el grado en que la norma afecta a determinados derechos, el valor de los diversos principios implicados, etc.) prevalecen sobre las segundas (y, en consecuencia, la norma es declarada constitucional).

empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables, de manera que a partir de la fórmula del peso (que es una fórmula matemática)<sup>12</sup> podría efectuarse algo así como un «cálculo»<sup>13</sup> que puede llevar al resultado de que el peso de uno de los principios es superior al del otro (un principio prevalece sobre el otro). Cuando no es así, o sea, se produce una situación de empate, entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad o (si se enjuiciara un caso de posible inconstitucionalidad de una ley), en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional.

El segundo tipo de ponderación (o de «concreción») a que antes hacía referencia es muy distinto. El punto de partida es la necesidad de concretar un objetivo teniendo en cuenta que eso no puede hacerse prescindiendo de cómo puede afectar al resto de los objetivos valiosos establecidos por el sistema o vulnerando los límites fijados por los principios en sentido estricto. Y mientras que la primera ponderación es típica de los jueces (sobre todo, de los jueces constitucionales y, con las matizaciones señaladas, también de los legisladores) esta segunda cae en principio fuera de la competencia de los jueces; es decir, se trata de una operación que supone niveles muy elevados de discrecionalidad y que, por ello, los sistemas jurídicos confían, casi en exclusividad, a los legisladores y a los órganos administrativos; lo que los jueces (incluidos los jueces constitucionales) hacen al respecto es controlar que la ponderación se ha efectuado de manera correcta, pero eso no implica propiamente ponderar, sino comprobar que no se han sobrepasado los límites señalados por las reglas y los principios en sentido estricto.

5.2 En el apartado anterior he empezado afirmando que los problemas (de argumentación) que tenía que resolver un tribunal constitucional eran, fundamentalmente, problemas de interpretación, y luego he caracterizado –desde el punto de vista formal– la labor argumentativa de esos tribunales (a diferencia de los tribunales ordinarios) por el papel destacado que en la misma juegan los esquemas ponderativos. Eso presupone, como mínimo, que interpretar y ponderar no son términos antitéticos; como, por otro lado, no lo son interpretar y subsumir (cuando el significado de alguno de los términos de una norma no es claro, es necesario interpretarlo para luego realizar la subsunción) ni ponderar y subsumir (normalmente –como se acaba de ver– son pasos sucesivos de un mismo proceso: se pondera para obtener una regla en la que subsumir el caso). ¿Pero cómo se relacionan entre sí interpretar y ponderar? ¿En qué sentido son compatibles? ¿Es la inter-

<sup>12</sup> Cambiando un poco la notación, para hacerla más intuitiva, se formula así:

$$\text{Pes } i, j = \frac{A_i \times \text{Pes. } i \times S_j}{A_j \times \text{Pes. } j \times S_i}$$

<sup>13</sup> El uso de términos matemáticos es más bien –como ALEXY reconoce– metafórico y, en mi opinión, contraproducente.

pretación, sencillamente, un tipo o un momento de la ponderación? ¿Se trata de operaciones realmente distintas?

Hay una cierta dificultad para contestar a estas preguntas que deriva del hecho de que, en la teoría del Derecho, la interpretación parece concebirse, básicamente, de dos maneras distintas.

Una de ellas (muy influida por la filosofía hermenéutica) es la que puede ejemplificarse en la obra de Dworkin que, como es sabido, considera el Derecho mismo como una práctica interpretativa; la ponderación entre principios, por lo tanto, no podría ser más que un momento, una fase, de la interpretación.

La concepción del Derecho de Dworkin [*vid.* Dworkin 1985 y 1986] se centra en los casos difíciles, en los que hay que recurrir a principios y valores constitucionales. Según él, en las cuestiones acerca de qué es lo que el Derecho establece (distintas de los problemas de prueba o de los problemas estrictamente morales) puede surgir un tipo de «desacuerdo teórico» en relación con los «fundamentos de Derecho» que llevan a establecer como verdaderas determinadas «proposiciones de Derecho» como, por ejemplo, «según el Derecho español, el derecho fundamental a la vida lo tienen no los embriones, sino los seres humanos nacidos». Esas proposiciones no describen ninguna realidad previamente existente, ni son la expresión de deseos o la descripción de verdades objetivas; su establecimiento no es el resultado (o normalmente no lo es) de resolver un problema de vaguedad semántica o un problema puramente moral, sino de haber llevado a cabo una actividad interpretativa. Pero entonces resulta que el Derecho –al menos en estos casos difíciles– es él mismo interpretación, esto es, se genera al ser interpretado. El Derecho constituye una práctica social y la interpretación no puede llevarse a cabo según un modelo conversacional o intencionalista, sino según un modelo constructivo: interpretar supone procurar presentar el objeto o la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece.

La otra manera de aproximarse a la interpretación (que, sin muchas precisiones, podría calificarse como analítica) parece, en principio, muy distinta. Interpretar consistiría en adscribir, proponer o crear un significado a partir de un texto. Existe un problema interpretativo cuando ese significado es dudoso, esto es, a un mismo término o a un mismo enunciado de una norma o de una disposición se le puede atribuir, en principio, más de un significado. Por ejemplo, el término «todos» del art. 15 de la Constitución española puede entenderse que abarca a «todos los seres humanos, incluidos los embriones desde el momento de la concepción», o solamente a «todos los seres humanos nacidos». La resolución del problema consiste en pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretado, y para ello se necesita aducir argumentos en favor de una u otra de esas opciones. Esos argumentos revisten diversas formas lógicas (*a simili*, *a contrario*, etc.) y se apoyan en diversos criterios (cánones o reglas) de la interpretación que pueden clasificarse en cinco grandes categorías, pues lo que hace que

surja una duda interpretativa es alguno de estos cinco factores (o una combinación de ellos): en el texto se ha empleado una expresión imprecisa (criterios lingüísticos); no es obvio cómo haya de articularse ese texto con otros ya existentes (criterios sistemáticos); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (criterios pragmáticos); es problemática la relación entre el texto y las finalidades a que el mismo ha de servir (criterios teleológicos); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento (criterios axiológicos). Ahora bien, la clave para la solución de un problema interpretativo no se encuentra simplemente en esos criterios, sino en los criterios de segundo grado que establecen qué criterios, y en qué ocasiones, prevalecen sobre otros (puesto que el uso de una u otra regla interpretativa puede llevar en muchos casos a resultados opuestos) lo que, a su vez, requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación (formalista, realista, subjetivista, objetivista, etc.) y, en el fondo, a una teoría del Derecho.

De manera que, a fin de cuentas, esta segunda forma de ver la interpretación no es tan distinta de la sugerida por Dworkin, si el análisis de la argumentación que requiere un problema interpretativo se lleva hasta el final (hasta sus premisas últimas) y se suscribe una teoría no formalista, objetivista y no escéptica de la interpretación (y del Derecho). La solución de los problemas interpretativos depende, por tanto, de la forma como se entienda el fenómeno del constitucionalismo al que me referí en un apartado anterior. No es por ello de extrañar que Dworkin y los autores a los que, en sentido estricto, cabe denominar como «constitucionalistas» estén básicamente de acuerdo en cuanto a los criterios últimos para interpretar la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, coinciden, por supuesto, en la idea de que todo el material jurídico debe interpretarse de manera acorde con la Constitución, como consecuencia obvia de la primacía de la Constitución. Pero también en priorizar las interpretaciones que conduzcan al máximo desarrollo posible de los valores y derechos fundamentales. En considerar que los criterios lingüísticos, pragmáticos y sistemáticos (lo que Dworkin denomina adecuación *-fitness-*) constituyen básicamente un límite, pero no el objetivo de la interpretación. En defender alguna versión de la teoría de la «deferencia al legislador» y de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Y, en fin, en sostener la prioridad del elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin perder de vista por ello que el Derecho (a diferencia de la moral) es necesariamente un fenómeno autoritativo y que este último componente tiene que pesar más a medida que se va descendiendo en el orden jerárquico judicial: por ello, entre otras razones, la interpretación de los tribunales constitucionales no puede ser del todo coincidente con la de los otros jueces<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Todo esto se puede expresar también, como lo ha hecho recientemente AGUILÓ, Josep [2004], señalando que en el constitucionalismo contemporáneo se pueden

Pero volvamos a la cuestión de la relación entre interpretación y ponderación. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto, impreciso («dignidad», «honor», «libertad», «igualdad», «tratos inhumanos o degradantes», etc.), su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación. Y si se acepta una concepción de la ponderación como la de Alexy, no cabe duda de que expresiones como «peso abstracto», «afectación grave», etc., necesitan también ser interpretadas. Digamos que la ponderación es un esquema o una operación que envuelve diversos momentos interpretativos: no se puede ponderar sin interpretar. ¿Pero se puede interpretar sin ponderar? Sí y no.

Por un lado, en efecto, parece haber problemas de interpretación de la Constitución (y de las leyes) que no requieren de una ponderación, sino simplemente de la utilización de alguna regla interpretativa. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español entendió (en una sentencia de 18 de junio de 1999 sobre la constitucionalidad de la anterior Ley de Reproducción Humana Asistida) que «todos tienen derecho a la vida» debía interpretarse en el sentido de «todos los nacidos» apoyándose, fundamentalmente, en su propio precedente (y en los criterios allí utilizados). Pero, por otro lado, lo que eso muestra es que la ponderación se efectuó en otro lugar, de manera que la diferencia parece ser simplemente relativa: depende de que la ponderación se haya ya efectuado y no exista motivo para ponerla en entredicho; y no depende de que al Tribunal Constitucional se le plantee un caso concreto (si, por ejemplo, una resolución administrativa o judicial supone la vulneración de un derecho fundamental de cierto individuo) o un caso abstracto (si tal aspecto de tal ley es o no constitucional).

Así pues, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación (bien la realización de una ponderación, o bien la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente). El problema entonces (el problema de fondo de la argumentación constitucional) es el de cómo determinar el peso de las diversas razones en presencia. Es obvio que no puede haber ninguna

---

distinguir cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución: la concepción «mecánica» frente a la «normativa», la concepción «procedimental» frente a la «sustantiva», la concepción «política» frente a la «jurídica» y la concepción de la Constitución como «fuente de las fuentes del Derecho» frente a la Constitución como «fuente del Derecho»; que en realidad se trata de una disputa no sobre las propiedades que caracterizan a una Constitución, sino sobre cuáles tienen preeminencia; que todas esas oposiciones se reducen, en realidad, a una fundamental según se ponga el énfasis en la dimensión «constitutiva» (es decir, en el primero de cada uno de los anteriores pares de conceptos) o en la «regulativa» (en el segundo de cada par); que la concepción más adecuada es precisamente esta segunda, esto es, la que subraya el carácter normativo, sustantivo, jurídico y de fuente del Derecho de la Constitución; y que la diferencia entre ambas concepciones se advierte en el momento del diseño constitucional y en el de la resolución de casos de indeterminación constitucional (casos difíciles).

fórmula que quepa sin más aplicar a cada uno de los casos en discusión (salvo que se trate de una fórmula vacía, esto es, de un simple esquema lógico). ¿Pero cabe al menos establecer alguna jerarquía entre los tipos de razones presentes en los procesos de justificación?

Es usual, a partir de Summers [1978], distinguir dos grandes tipos de razones justificativas: razones formales o autoritativas (que apelan a la autoridad del legislador, del precedente, etc.) y razones sustantivas, que derivan su fuerza de consideraciones de carácter moral, económico, político, etc.; estas últimas pueden ser finalistas (sirven para apoyar una decisión que contribuirá a un fin valioso) o de corrección (derivan su fuerza justificativa de la aplicabilidad de una norma socio-moral válida). Los principios tienen un cierto ingrediente autoritativo pero, en lo esencial, aparecen como razones sustantivas o, empleando una terminología equivalente, dependientes del contenido<sup>15</sup>: los principios en sentido estricto suministran razones de corrección, y las directrices, razones finalistas. De acuerdo a cómo operan nuestros sistemas jurídicos (los del Estado constitucional) puede decirse que las razones sustantivas tienen algún tipo de prioridad sobre las autoritativas y, dentro de las sustantivas, las de corrección sobre las finalistas; pero no parece que se pueda establecer una jerarquía estricta: las razones de corrección pueden ser derrotadas, en ciertas circunstancias excepcionales, por razones de fin; y unas y otras (las razones sustantivas) pueden ser derrotadas también por razones institucionales, esto es, razones cuya fuerza depende de la necesidad de preservar el propio orden jurídico o alguna de sus instituciones (por ejemplo, la división de poderes y la deferencia al legislador justifica que un juez constitucional no pueda —o pueda muy limitadamente— modificar una norma legislativa para hacerla más justa, más acorde con las razones de corrección y finalistas que serían aplicables a la situación).

El carácter institucional del razonamiento jurídico marca precisamente una diferencia importante con la argumentación moral que parece estar regida esencial o únicamente por razones de tipo sustantivo. Eso permite hablar de una relativa autonomía, pero no de una independencia, del razonamiento jurídico respecto del moral. En realidad, el razonamiento jurídico —y, por supuesto, el de los tribunales constitucionales— está sometido al razonamiento moral, pero eso no quiere decir tampoco que aquél sea exactamente un caso *especial* de éste (no lo es, porque en la argumentación jurídica —al menos en algunas de sus instancias— no rigen todas las normas de la argumentación práctica racional). Más bien habría que decir que toda justificación jurídica presupone, en último término, una justificación moral<sup>16</sup>. Las restricciones institucionales del Derecho son condiciones necesarias (cuando lo son: cuando están justificadas) para que pueda existir una

---

<sup>15</sup> Remito de nuevo a ATIENZA y RUIZ MANERO 2004 y al trabajo de RUIZ MANERO en este mismo Tratado.

<sup>16</sup> Para más detalles sobre este punto puede verse ATIENZA 2006, p. 242 y ss.

práctica jurídica valiosa. Nino lo expresa así: El razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos fases o en dos niveles [*vid.* Nino 1992, p. 71].

5.3 Resumiendo en cierto modo lo que se acaba de ver en los anteriores apartados, podría decirse lo siguiente. Considerada desde la perspectiva judicial, la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución. Como el punto de partida, las premisas, de los argumentos son enunciados de principio, el esquema básico es la ponderación, pero eso no excluye una utilización –limitada– de esquemas de adecuación y, por supuesto, clasificatorios. Una característica fundamental de los principios es que están formulados en forma abierta e imprecisa y, normalmente, hay más de uno, de signo contrapuesto, aplicable a cada situación. Ello significa que su manejo plantea no sólo problemas de interpretación en sentido estricto, sino también de ponderación, de establecer el peso relativo de cada uno de ellos: en relación con los otros, y a la vista de determinada situación. No hay un método que permita determinar, de antemano, el resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma. Aquí podría distinguirse, a su vez, entre los criterios que son característicos de cualquier argumentación práctica de carácter justificativo (universalidad, consistencia, coherencia, adecuación de las consecuencias) y otros vinculados a una determinada concepción de la Constitución, del Derecho del Estado constitucional. La diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier argumentación judicial de carácter justificativo se apoya en último término en premisas (normas y valores) constitucionales. Esto puede no resultar manifiesto en los casos fáciles (en los que hay una norma específica, una regla, aplicable sin más al caso), pero simplemente porque, al no ponerse en cuestión la regla, la argumentación no necesita llegar hasta niveles de justificación más profundos. Pero las reglas, como sabemos, tienen su justificación en los principios y el recurso (explícito) a ellos se vuelve necesario cuando aparecen casos difíciles, esto es, casos en los que no hay una regla aplicable, o hay más de una entre sí contradictorias, o hay una sola pero su contenido prescriptivo va más allá o más acá de su justificación subyacente, esto es, hay un desajuste entre el aspecto directivo y el valorativo. O sea, si se consideran los elementos formales y materiales de la argumentación, no hay –no puede haber– muchas diferencias en cuanto a la manera de justificar las decisiones de los casos difíciles por parte de los tribunales ordinarios o constitucionales. Los elementos distintivos tienen más bien que ver con cuestiones de tipo institucional (que tienen que ser consideradas por una concepción pragmática de la argumentación) como la competencia (los tribunales constitucionales pueden ser los únicos

competentes para decidir sobre determinadas cuestiones) y la autoridad (los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas –jurídicamente equivocadas– pero tienen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales.

En cuanto a la argumentación de tipo legislativo, la subsunción no juega en ella ningún papel, puesto que aquí no se trata propiamente de aplicar la Constitución, sino de interpretarla y desarrollarla (en cuyo caso el legislador pondera en el sentido antes señalado) y, sobre todo, de alcanzar objetivos, de desarrollar políticas que sean compatibles con la Constitución; la argumentación legislativa obedece por ello, esencialmente, al modelo de la argumentación medio-fin; los fines últimos, si se quiere, son los establecidos por la Constitución, pero con respecto a los fines intermedios (en los que suele centrarse la argumentación legislativa) la Constitución juega simplemente el papel de marcar un límite. Los criterios que determinan lo que es una buena razón en el ámbito legislativo no son exactamente los mismos que en la justificación judicial, pero hay un paralelismo notable entre los criterios de interpretación y los de producción de las leyes: los argumentos volcados a justificar el contenido de una ley hacen referencia a su claridad, sistematicidad, eficacia, efectividad, adecuación axiológica y eficiencia (cumplimiento de los anteriores criterios en un grado razonable) [*vid.* Atienza 2004]. La mayor diferencia entre la argumentación constitucional que llevan a cabo los jueces y los legisladores tiene que ver también con la dimensión pragmática: con quiénes son los agentes de la argumentación, cuál su rol institucional; en qué contexto actúan, qué reglas rigen su comportamiento argumentativo; y qué efectos produce la argumentación. O sea, tiene que ver con el quién, el cómo y el para qué se argumenta.

En relación con el quién, el hecho de que los jueces –en particular, los jueces constitucionales– sean los intérpretes últimos de la Constitución y tengan el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes plantea, como es sabido, el problema de que ello parece ir en contra de las nociones comunes de soberanía popular y de democracia. La legitimidad de los jueces, incluidos los jueces constitucionales, no es de tipo democrático; estos últimos son elegidos por órganos políticos, pero difícilmente puede considerarse que representan la voluntad popular cuando, además, su mandato no suele ser temporalmente coincidente con el del órgano (parlamentario o no) que los eligió para desarrollar esas funciones. La tensión, naturalmente, se acentúa cuando los límites constitucionales al poder del legislador –como ocurre en el Estado constitucional– no son únicamente formales y procedimentales, sino también de carácter sustantivo y aparecen plasmados no en la forma específica y relativamente cerrada de las reglas, sino en la

imprecisa y abierta de los principios. ¿Cómo justificar entonces ese poder contramayoritario de los jueces?

Como se sabe, este es uno de los problemas centrales del constitucionalismo contemporáneo, que lleva a contraponer la idea de democracia a la de derechos y que ha generado una importante división teórica entre los partidarios de subrayar uno u otro elemento, ambos, naturalmente, presentes en la noción de Estado de Derecho [*vid.* Salazar 2006]. Simplificando mucho las cosas, me parece que se podría decir que los primeros tienden a ser escépticos con respecto al papel que pueda jugar la racionalidad práctica en el manejo argumentativo de los principios; propenden a plantear el problema en términos políticos, esto es, en términos de a quién se le concede la última palabra, quién decide; y optan por la preeminencia del legislador frente al juez, del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres (que es lo que vendría a significar, en su opinión, el otorgar a los jueces el poder de interpretar los principios constitucionales y declarar la inconstitucionalidad de las leyes). Los segundos, por el contrario, defienden —o tendrían que defender— alguna teoría de la racionalidad práctica; tienden a plantear el problema en términos más bien morales (o, por lo menos, no en términos exclusivamente políticos); y entienden que los derechos son límites a la democracia y que el poder —contramayoritario— del juez se legitima en la medida en que se ejerce para tutelar los derechos.

Pues bien, hay ciertos rasgos de la argumentación constitucional que desarrollan los jueces que se conectan precisamente con lo anterior y que apuntan, en cierto modo, a la misma tensión que se acaba de mencionar. Por un lado, la manera de superar ese déficit de legitimidad democrática, de legitimidad de origen, parecería que tendría que consistir en una exigencia más estricta en cuanto al ejercicio del poder; sería por ello de esperar que el discurso justificativo que se contiene en la motivación de las decisiones judiciales —en particular, las de los jueces constitucionales— obedeciera al modelo del diálogo racional. Pero, por otro lado, esa argumentación no podría estar presidida exclusivamente por la idea de corrección, esto es, no se trata de un diálogo puramente filosófico, sino de un diálogo condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas y cuyo destinatario quizás no sea exactamente el «auditorio universal» [*vid.* Perelman y Olbrechts-Tyteca 1958]. Esto sugiere la idea de que en la argumentación constitucional existen elementos de tipo dialéctico y retórico que merece la pena considerar.

A diferencia de lo que ocurre con la argumentación que tiene lugar en el momento de establecimiento de las leyes, en donde los elementos dialécticos están muy presentes, lo que resulta «visible» de la argumentación judicial no suele ser la actividad de argumentar, sino su producto, el texto de la sentencia; por regla general, la deliberación en el interior del tribunal —incluidos los tribunales constitucionales— suele ser secreta, aunque existe alguna excepción a esta

regla<sup>17</sup>. Pero, de todas formas, los elementos dialécticos de la discusión pueden hacerse presentes a través de dos instituciones de gran relevancia. Una es el procedimiento de tipo contradictorio que es seguido, también, por los tribunales constitucionales, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales. Los jueces tienen así la oportunidad de conocer los argumentos a favor y en contra de una determinada tesis expuestos por las partes (aunque las «partes» no sean muchas veces individuos, sino órganos públicos). Es usual que en la redacción de las sentencias queden «rastros» de esa dialéctica, digamos, previa a la deliberación del tribunal. La otra institución es la del voto particular (discrepante o concordante) que permite también que, en el texto de la sentencia, se trasluzca algo de la dialéctica que ha tenido lugar, ahora, durante la deliberación en el interior del tribunal; no hace falta insistir en que esa posibilidad de que afloren los argumentos de una y otra parte, de la mayoría y de la(s) minoría(s), es de particular relevancia en los casos más conflictivos, en los que la división del tribunal refleja sin duda la que existe en la sociedad, en los diversos sectores sociales.

Ahora bien, con independencia de la mayor o menor visibilidad de esos aspectos dialécticos, la pregunta que inevitablemente se plantea —como antes decía— es la de si la argumentación de los tribunales (de los tribunales constitucionales) cumple o no —o hasta qué punto— las reglas que caracterizan al discurso o diálogo racional. La concepción dialéctica de la argumentación, como se ha dicho, considera la argumentación como una actividad, como un procedimiento en el que los participantes efectúan actos de lenguaje, cumpliendo ciertas reglas que varían según el tipo de diálogo de que se trate: o sea, no son las mismas reglas las que rigen la discusión en una disputa personal, en una negociación... o en un diálogo racional [*vid.* Walton 1989; Cattari 2003]. Hay varias formas, esencialmente coincidentes entre sí, de caracterizar este último tipo de interacción. Por ejemplo, Alexy [1978], siguiendo a Habermas, formula una serie de reglas de la argumentación racional, las más importantes de las cuales son las que denomina «reglas fundamentales» y «reglas de razón». Y en la concepción pragma-dialéctica de la argumentación de van Eemeren y Grootendorst [2004] se propone un código de conducta, para quienes pretenden resolver sus diferencias de opinión mediante ese tipo de argumentación, que tiene la forma de un decálogo. Lo esencial, en ambos casos, consiste en asumir un tipo de actitud: en erigir una «pretensión de corrección» o respetar las reglas del «juego limpio».

Pues bien, la argumentación de los tribunales no puede obedecer del todo a esas reglas, al menos por un par de razones. La primera es

---

<sup>17</sup> Me refiero a la Corte Suprema mexicana (cuyas funciones equivalen, al menos en parte, a las de un tribunal constitucional de tipo europeo): la deliberación tiene lugar en audiencia pública y los debates se transmiten incluso por televisión.

que se trata de una argumentación que no está abierta a todos sino, precisamente, tan sólo a los integrantes del tribunal. En el caso de los tribunales constitucionales, puede pensarse que sus miembros (dado el sistema de elección, distinto del de los otros jueces) representan aproximadamente las diversas ideologías o grupos presentes en la sociedad pero, naturalmente, eso no pasa de ser, en el mejor de los casos, una aproximación<sup>18</sup>. Y la segunda razón es que los jueces (también los jueces constitucionales) operan bajo límites de carácter institucional (límites procedimentales, pero también sustantivos) que no existen en el diálogo racional. Por supuesto, todas estas limitaciones pueden muy bien estar justificadas (permiten –por decirlo de una manera pomposa– que la razón práctica llegue más allá de donde llegaría de otra manera, esto es, permite que se argumente a propósito de campos de acción que, en otro caso, quedarían librados a la arbitrariedad o a la violencia). Pero, en cualquier caso, lo que parece claro es que los tribunales constitucionales no son una encarnación de la «comunidad ideal de diálogo» habermasiana ni, incluso, de la menos idealizada «razón pública» de Rawls.

Ahora bien, esos déficits son todavía compatibles con la idea de que, de todas formas, la argumentación que se desarrolla en los tribunales constitucionales se aleja menos del modelo del diálogo racional que la que tiene lugar en los parlamentos. Por ejemplo, la confrontación de posturas se resuelve aquí en último término (como ocurre en los tribunales), por medio de una votación, pero quienes votan no tienen la obligación de justificar el sentido de su voto y no sólo pueden adoptar en el debate una actitud de activa «parcialidad», sino que con alguna frecuencia (en el funcionamiento real de las asambleas parlamentarias) queda excluida de antemano la posibilidad de que alguien pueda ser persuadido por un argumento de un representante de la fuerza política antagónica. Por lo demás (y aunque aquí sea relevante la distinción entre la discusión en las comisiones y en el pleno), lo normal es que los árbitros del debate, quienes lo resuelven mediante votación, no sean expertos en la materia; en ocasiones, ni siquiera podría decirse que tengan una idea razonablemente fundada de lo que se está votando (y, por tanto, de los argumentos que están apoyando o a los que se están oponiendo). ¿Pero es realmente por ello menos «racional» la argumentación legislativa (parlamentaria) que la judicial? La respuesta es probablemente que no. No tiene sentido criticar a los

---

<sup>18</sup> Por poner un par de ejemplos, a propósito de una sola de las circunstancias personales que podría considerarse relevante a la hora de desarrollar una argumentación: En la actual composición del Tribunal Constitucional español, sólo 2 de sus 12 miembros son mujeres (aunque una sea la presidente del órgano). Y cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (una especie de tribunal constitucional de ámbito supranacional) tuvo que decidir el famoso caso Kalanke (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995), a propósito de una cuestión de discriminación inversa (o acción afirmativa) en favor de las mujeres, ni uno sólo de sus miembros era mujer.

legisladores porque sus argumentaciones se produzcan en el contexto de una negociación en la que se trata de articular intereses y no de erigir una pretensión de corrección, de la misma manera que tampoco lo tendría descalificar el alegato de un abogado aduciendo que es parcial. La forma de medir la «racionalidad» de un tipo de argumentación no puede hacer abstracción de los diversos contextos en los que surge la necesidad de argumentar<sup>19</sup>. Aunque quizás haya, después de todo, alguna razón para pensar que el Estado constitucional ha tenido un mayor éxito en el diseño de las instituciones judiciales que en el de las legislativas.

En todo caso, el hecho de que la argumentación de los tribunales constitucionales no pueda verse sin más como un ejercicio de la argumentación práctica racional supone también un reconocimiento de que los elementos retóricos juegan –y deben jugar– en ellos un papel relevante. Tal y como la retórica se ha entendido desde la antigüedad hasta nuestros días (podríamos decir, desde Aristóteles hasta Perelman), la noción clave de la misma es la de persuadir a otro. La argumentación retórica presupone entonces la idea de un orador que construye un discurso frente a un auditorio al que trata de persuadir con respecto a alguna tesis. Ese auditorio, normalmente, es más amplio en el caso de los tribunales constitucionales que en el de los tribunales ordinarios; podría decirse que las motivaciones de las decisiones de los primeros tienen como destinatarios a toda la comunidad política y no únicamente a las partes de un proceso o a la comunidad jurídica. En esto, o sea, en cuanto a la amplitud del auditorio, se distingue también de la argumentación en el contexto de un debate parlamentario (o en los otros foros de la vida política) en el que cada interviniente aspira, normalmente, a ser persuasivo en relación con sus propios correligionarios o con quienes están próximos a su ideario político. De aquí derivan importantes consecuencias en cuanto al estilo y en cuanto al fondo de la argumentación. Así, puesto que las decisiones de los tribunales constitucionales son «últimas» no sólo en el sentido jurídico de no recurribles, sino también en el de contribuir a estabilizar (a fijar ciertas líneas de consenso en) el debate político y moral (sobre todo, cuando versan sobre cuestiones polémicas como el aborto, la eutanasia, el reconocimiento de nuevos derechos, la organización territorial del Estado, los límites de la acción política, etc.), sería inaceptable, por ejemplo, que fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas, o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar a las sentencias una exagerada extensión) su fácil com-

---

<sup>19</sup> Lo cual es compatible con asignar una posición de cierta preeminencia (sobre los otros tipos de diálogo) al discurso racional. La preeminencia consiste en que el discurso racional permite justificar la existencia de los otros juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él.

prensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos<sup>20</sup>.

Lo anterior no quiere decir que el destinatario de las argumentaciones de los tribunales constitucionales sea exactamente el «auditorio universal», en el sentido en el que Perelman utilizaba esta expresión; o sea, no son todos los seres de razón, sino más bien todos los que componen una comunidad política. Su objetivo no puede ser por ello simplemente el consenso racional, sino (o también) el consenso fáctico. En realidad, aparece aquí, de nuevo, una tensión entre dos formas de entender el constitucionalismo y, por ello, también la práctica argumentativa según se parta de un modelo de racionalidad en el que predominen los elementos morales o los políticos. Esa doble orientación podría quizás ejemplificarse con dos famosos conceptos que, de alguna manera, caracterizan las dos fases de la obra de Rawls: el equilibrio reflexivo [Rawls 1971] frente al consenso por solapamiento [Rawls 1993]. El equilibrio reflexivo constituye ante todo un criterio de coherencia, de corrección moral, mientras que el consenso por solapamiento apunta a la noción de razonabilidad, al propósito de alcanzar acuerdos que, aunque no resuelvan el problema de fondo, permitan convivir a individuos libres e iguales, que se encuentran divididos en cuestiones de religión, política o moral.

Me parece que lo que tendría que guiar la labor argumentativa de los jueces constitucionales tendría que ser alguna combinación de esos dos criterios: coherencia y pragmatismo; consenso ideal y consenso fáctico; teoría moral y teoría política. En algunos aspectos, quizás sea posible encontrar una cierta síntesis: por ejemplo, puede pensarse que la coherencia es un criterio irrenunciable, pero que la coherencia a la que cabe aspirar aquí —en general, en el Derecho— es una coherencia local, limitada, lo cual, por otro lado, hace posible que la Constitución pueda verse como una práctica abierta<sup>21</sup>. Pero en otros, quizás pueda pensarse que el grado de prevalencia de uno u otro modelo está en función de la diversidad de competencias que se confían a los tribunales constitucionales: cuando se trata de tutelar derechos parecería que tendría que prevalecer el primer tipo de consideraciones (si, efectivamente, los derechos son límites al ejercicio de la

---

<sup>20</sup> Me parece que la fundamentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) 347 US 483 (que, como se sabe, puso fin a la discriminación racial en las escuelas en aquel país) es un buen ejemplo de argumentación constitucional retóricamente bien construida.

<sup>21</sup> Ese tipo de actitud por parte del juez constitucional podría ser la que mejor se adapta a la que es de presumir habrían tenido los constituyentes en el momento de fundar la práctica. Como dice AGUILÓ [2004]: «Lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional muchos teóricos han calificado de “conceptos esencialmente controvertidos”, desde la perspectiva de la redacción de una Constitución se ve como “acuerdos incompletamente teorizados”. Si uno es capaz de dotar de sentido a la formulación de tales acuerdos, entonces probablemente venga de suyo el sentido que haya que atribuir a los «conceptos esencialmente controvertidos» (p. 139-140).

política), mientras que las cosas no tendrían por qué ser así cuando se ventilan conflictos de competencias o (en los Estados federales o cuasi federales) cuestiones concernientes a la distribución territorial del poder.

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1987): *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht.
- AGUILÓ, Josep (2004): *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra, Temis, Lima, Bogotá.
- ALEXY, Robert (1989): *Theorie der juristischen Argumentation*, Surkamp, Frankfurt a.M.
- (1994): *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona.
- (2002): «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66.
- ATIENZA, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (1996): «Juridificar la bioética. Boética, Derecho y razón práctica», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 61.
- (2004): «Argumentación y legislación» en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid.
- (2006): *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004): *Las piezas del Derecho* (2.ª ed.), Ariel, Barcelona.
- (2006 a): *Ilícitos atípicos* (2.ª ed.), Ariel, Barcelona.
- (2006 b): «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca.
- BERNAL, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BOVERO, Michelangelo (2006): *Prefacio* a Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México.
- CARBONELL, Miguel (2003): «Nuevos tiempos para el constitucionalismo», en M. Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CATTARI, Adelino (2003): *Los usos de la retórica*, Alianza, Madrid.
- COMANDUCCI, Paolo (2003): «Formas de (neo)constitucionalismo», en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1985): *A Matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge.
- (1986): *Law's Empire*, Fontana Press, Londres.
- EZQUIAGA, Javier (1987): *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.

- FERRAJOLI, Luigi (2003): «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- GUASTINI, Riccardo (1993): *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán.
- (2003): «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- (2005): «¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?», en Eduardo Ferrer (coordinador), *Interpretación constitucional*, E. Porrúa, México.
- (2006): *Lezioni di teoria del diritto e dello Statu*, Giappichelli, Torino.
- LOPERA, Gloria (2006): *Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MATHIEU, Bertrand y VERPEAUX, Michel (ed. de) (1998): *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Paris.
- NINO, Carlos (1992): *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
- (1994): *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.
- (2005): *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal reasoning*, Oxford University Press.
- PECZENIK, Aleksander (1989): *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht.
- PERELMAN, Chäim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1958): *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris.
- POZZOLO, Susana (2003): «Un constitucionalismo ambiguo», en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- PRIETO, Luis (2002): «Neoconstitucionalismo», en Miguel Carbonell (coordinador), *Diccionario de Derecho Constitucional*, UNAM, México.
- (2003): «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell (edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- (1993): *Political Liberalism*, Columbia University Press.
- RAZ, Joseph (1975): *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres.
- SUMMERS, Robert S. (1978): «Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification», *Cornell Law Review*, n.º 63.
- SALAZAR, Pedro (2006): *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Fondo de Cultura Económica UNAM, México.
- TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán.
- TARUFFO, Michele (1992): *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán.
- TOULMIN, Stephen E. (1958): *The Uses of Argument*, Cambridge University Press.
- TROPER, Michel (1984): *Pour une théorie juridique de L'État*, PUF, Paris.

- VAN EEMEREN, Frans y GROOTENDORST, Robert (2004): *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, Cambridge University Press.
- WALTON, Douglas (1989): *Informal logic. A Handbook for critical Argumentation*, Cambridge University Press.

# Convenciones y convicciones

Por JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES  
Universidad de Castilla-La Mancha

## RESUMEN

*La argumentación y la negociación han sido presentados a menudo como procesos de toma de decisiones y modelos de resolución de conflictos antagónicos. El primero se ha idealizado como el ámbito de los principios y las razones. El segundo se ha demonizado como el foro de las amenazas y los engaños. Tal formulación no ha tenido en cuenta el concepto de racionalidad estratégica, las consecuencias no intencionales y la noción de interdependencia. En este artículo trato de poner en cuestión la separación radical entre ambos modelos, e intento demostrar la existencia del uso estratégico de la argumentación y el papel de la deliberación racional en los procesos negociadores.*

Palabras clave: *Argumentación, negociación, racionalidad estratégica, interdependencia, conflicto.*

## ABSTRACT

*Argumentation and negotiation have often been displayed as processes of decision making and antagonistic models of conflict resolution. The first of these has been described as the scope for principles and reasons, while the latter has been portrayed as the forum of threats and deceit. Such formulation has not taken into consideration the concept of strategic rationality, non-intentional consequences and the notion of interdependence. In this article, I shall call into question the radical separation between both models, and attempt to demonstrate the existence of the strategic use of argumentation and the role of rational deliberation in negotiation processes.*

Key words: *Argumentation, Negotiation, Strategic rationality, Interdependence, Conflict.*

«We think utility, or happiness, much too complex and indefinite an end to be sought except through the medium of various secondary ends, concerning which there may be, and often is, agreement among persons who differ in their ultimate standard; and about which there does in fact prevail a much greater unanimity among thinking persons, than might be supposed from their diametrical divergence on the great questions of moral metaphysics. As mankind are much more nearly of one nature, than of one opinion about their own nature, they are more easily brought to agree in their intermediate principles....than in their first principles».

JOHN STUART MILL

1

¿Por qué molestarse en argumentar si las personas están universalmente motivadas por el interés propio? ¿Por qué no ejercemos directamente nuestro derecho al voto y nos ahorramos un importante coste de oportunidad? ¿Creemos de verdad que la deliberación cambia nuestras preferencias exógenas? ¿Contribuye a mejorar la calidad moral de nuestras decisiones?

Una parte de la tradición del liberalismo británico se ha distinguido más bien por favorecer las convenciones en lugar de las convicciones, por formular programas de reformas realizables mediante la coexistencia negociada más que por buscar legitimaciones morales del consenso basado en la obligación política como deber absoluto de obediencia. Como dice Gray (Gray, 2001, p.11), el Estado liberal surgió por la necesidad de construir estratégicamente un *modus vivendi* al abandonar la búsqueda de un consenso racional sobre el mejor modo de vida posible. El pluralismo no descansa en la verdad trivial de que los individuos mantienen diferentes ideales personales. Lo importante es la coexistencia de diferentes modos de vida.

Sin embargo, para muchos liberales, como Rawls, la meta de la filosofía política es una constitución ideal universalmente aplicable que especifique mediante su interpretación un marco fijo de libertades básicas y derechos humanos. Este marco establece los límites en que los diferentes modos de vida pueden coexistir. Rawls piensa que los conflictos entre bienes y modos de vida pueden resolverse cumpliendo las exigencias de la justicia y los derechos, aunque entren en conflicto. Ahora bien, no es que las diferentes demandas puedan colisionar, sino que un mismo derecho puede plantear exigencias incompatibles. Además, el proceso de adjudicación no es la única manera racional de resolver estos conflictos. En realidad, la institución central del liberalismo político de Rawls no es una asamblea deli-

berativa como un parlamento, sino un tribunal de justicia que decide mediante un proceso racional de argumentación y adjudicación.

El protagonismo de la adjudicación argumentativa y deliberativa en los procedimientos de toma de decisiones está sobrevalorado. La relevancia de la racionalidad estratégica y las situaciones de interdependencia sigue siendo infravalorada por los juristas. Cuando se demuestra empíricamente que los operadores jurídicos son estrategias racionales y no sujetos deliberativos, se suele responder diciendo que esta crítica sólo afecta a la implementación o diseño institucional de los modelos argumentativos o deliberativos, ya que éstos son tan sólo ideales regulativos: nunca puede servir como argumento contra el ideal mismo de la argumentación y la deliberación. Se dice que lo que el ideal propugna es que «debemos acercarnos al estado de cosas ideal en la medida de lo posible, y esto implica precisamente un juicio de plausibilidad empírica acerca del entorno en el que dicho ideal debe ser aplicado» (Martí, 2006, p. 26). En consecuencia, ningún proceso deliberativo real alcanza por definición el ideal deliberativo.

En esta ponencia no trato de presentar una crítica realista al modelo normativo de la argumentación consensuada. Es evidente que cualquiera que reflexione sobre el derecho reconoce que las resoluciones jurídicas son más bien preferencias exógenas a las que luego se busca acomodo racional, una especie de diligente esfuerzo racional adaptativo de los acuerdos previos. Aquí pretendo defender la idea de la deliberada renuncia al objetivo del consenso razonado, incluso como modelo ideal, ya que la inevitable regla de la mayoría de los órganos colegiados pone de manifiesto de manera explícita el poder de negociación, esto es, la capacidad que se tiene para afectar el resultado distributivo de una decisión interdependiente. Es cierto que el uso estratégico de la argumentación contribuye a civilizar el debate plural de las preferencias (la función civilizadora de la hipocresía), lo que no es poco. Pero lo que es peor es que contribuye también a legitimar una presunta solución consensuada a un conflicto irresoluble e inconmensurable de intereses en conflicto.

## 2

Los juristas estamos acostumbrados a pensar en las relaciones sociales desde la perspectiva de los conflictos. Aceptamos la existencia de intereses contradictorios que sólo pueden ser resueltos por reglas jurídicas, esto es, normas garantizadas por la coerción estatal. En consecuencia, nuestra actividad se centra en esas reglas, en su aplicación e interpretación mediante procesos argumentativos. No obstante, este punto de vista no cubre el amplio ámbito de los conflictos de intereses, ni tampoco describe completamente los itinerarios que conducen a la toma de decisiones.

El sistema jurídico representa un progreso indiscutible en la organización de la sociedad al usar y gestionar de manera centralizada el monopolio de la fuerza, excluyendo a sus miembros del uso privado de la violencia. Pero el derecho clasifica y agrupa todas las conductas posibles en dos tipos, las prohibidas y las permitidas, lo que genera sólo dos tipos de respuestas posibles: quién es titular de un derecho y quién está obligado. El derecho desdeña un número amplio de conflictos que se dan entre pretensiones incompatibles, pero igualmente permitidas o no sancionadas, esto es, no prohibidas porque no están amenazadas con sanciones por el ordenamiento jurídico. *A* puede estar en conflicto por lo que *B* pretende, aún cuando no está obligado jurídicamente a satisfacer esa pretensión. El universo de los conflictos no se agota en el espacio que ocupan los conflictos jurídicos (Entelman, 2002).

El derecho es un método violento de resolución de controversias, aunque genera paz social cuando monopoliza la fuerza y prohíbe a los particulares usarla de forma directa, autorizando su administración en régimen de monopolio a ciertos funcionarios su administración. Pero para resolver controversias a veces no es necesario recurrir al uso o amenaza de la fuerza centralizada en los órganos jurisdiccionales; además hay numerosos conflictos cuya resolución no tiene prevista el apoyo de la fuerza jurisdiccional. El universo de las relaciones sociales está lleno de enfrentamientos entre pretensiones incompatibles que el sistema jurídico ha optado por no regular, aunque se formulen ficciones como la completitud o el principio de clausura.

En consecuencia, hay dos ideas que siempre están presentes en una teoría del conflicto: en primer lugar, la posibilidad de conflictos entre personas con pretensiones antagónicas pero admitidas por el derecho; en segundo lugar, el carácter violento del tipo de solución que administra el derecho y la consiguiente necesidad de reducir su uso mediante el recurso de métodos alternativos. Una relación social de conflicto se produce cuando los miembros de la relación social perciben como incompatibles, o parcialmente incompatibles, los objetivos que pretenden alcanzar. Un análisis integral de los conflictos exige su descripción, el análisis de sus elementos y modos de ser, lo que no sólo abarca la problemática de su resolución, sino también la de su gestión y prevención. (Véase por todos, Entelman, 2002)

### 3

Con independencia del carácter limitado del derecho para resolver conflictos, hay una distinción conceptual muy importante que afecta a su propia naturaleza: se puede distinguir entre los propósitos de un agente –los objetivos de una política– y las consecuencias que produce. Existen consecuencias deseadas –que se denominan resultados y corresponden a la intención del agente– y consecuencias no deseadas:

en muchos casos las consecuencias no deseadas son más importantes que las deseadas. Es frecuente entre los juristas la opinión de que el mundo se puede gobernar «a golpe de decreto». Si alguien desea cambiar algo, lo que tiene que hacer es diseñar una buena ley, aplicarla mediante un proceso argumentativo y, de esta manera, el curso de la historia será transformado. Un buen gobierno exige sólo buenos juristas que hagan buenas leyes. La presunción de esta peculiar doctrina implica que los resultados son consecuencia de las intenciones, subestimando los resultados no intencionados. Las ciencias sociales, y especialmente la teoría de juegos aplicada al conocimiento social, han demostrado que los cambios sociales no se deben simplemente a una cuestión de voluntad. La sociedad no se puede construir racionalmente teniendo en cuenta sólo la voluntad unilateral del legislador. Podemos contrastar la imagen de un mundo que cambia como consecuencia de la voluntad del legislador de un mundo en el que la voluntad se sumerge en un haz de interacciones que no se sabe exactamente a dónde conducirá. Uno de los grandes descubrimientos de las ciencias sociales recientes ha sido el estudio de las consecuencias no intencionales de las acciones individuales, y esto todavía no ha sido asimilado por la ciencia jurídica.

Pues bien, el problema de la cooperación y de la resolución de los conflictos sociales no se resuelve sólo con la producción de buenas leyes y juristas competentes que las interpretan mediante procesos de *argumentación*. El derecho no es el único instrumento que puede resolver conflictos y la argumentación no es el único procedimiento. El paradigma *juridicista-voluntarista* no es suficiente para explicar la complejidad social. Los conflictos nos sitúan en situaciones interactivas encuadradas en entornos estratégicos donde debe primar el pensamiento estratégico. Es bien conocido el hecho de que los individuos pueden encontrarse en situaciones de elección paramétricas o colectivas. En las primeras las preferencias de un individuo son las únicas variables a tener en cuenta en una elección. El sujeto es el centro de atención (por ejemplo, se elige entre naranjas y manzanas). Pero las elecciones de los sujetos en contextos estratégicos están determinadas por las elecciones de otros sujetos, por su interdependencia de expectativas. La conducta de la elección del sujeto es sólo una de las variables. Sus elecciones deben tener en cuenta las elecciones de los demás y la conducta esperada de los otros (yo reparto un pastel en dos mitades y tú eliges). Como sabemos, a este tipo de racionalidad se le denomina colectiva o estratégica: sus decisiones están destinadas a afectar las expectativas del adversario para inducirle a adoptar a su vez la decisión que conviene a los intereses de la contraparte. El resultado final de la elección es distinto en ambas situaciones. Sospecho que los juristas consideran las decisiones públicas y normativas como si fueran una cuestión de racionalidad paramétrica, y, en cambio, un enfoque desde la racionalidad estratégica podría ser más adecuado. Desde hace tiempo los legisladores saben –aunque a veces no lo parece– que

los resultados reales de las leyes no tienen por qué coincidir con los objetivos proclamados por las leyes. En un mundo de interacciones estratégicas las personas racionales toman sus decisiones según sus propios incentivos. Las leyes son un dato estratégico más. Una buena técnica legislativa no sólo se pregunta qué queremos conseguir con esta ley, sino también, y sobre todo, qué es lo que esta ley incentivaría cuando sea aplicada. Quizás las leyes ya no pretenden hacernos más virtuosos sino simplemente diseñar mecanismos que nos incentiven eficazmente para actuar como si lo fuéramos. Además, los procesos argumentativos que tienen como finalidad la resolución de un conflicto jurídico no pueden ser contemplados simplemente como procesos en los que los tribunales determinan los hechos y después aplican el derecho para generar unos determinados resultados. Este punto de vista convencional no tiene en cuenta lo manipulable que es un proceso desde el punto de vista de la estrategia jurídica, estrategias y tácticas impulsadas por los abogados y los demás operadores jurídicos. Los modelos de las estrategias jurídicas son diferentes a las estrategias de los modelos económicos. El planteamiento estratégico de un economista frente al derecho es el siguiente: o se somete a él para maximizar su interés, o lo transgrede –porque le interesa– y acepta sus consecuencias. El estratega legal, por el contrario, busca su máximo interés pero siempre con la intención de reducir o, en su caso, evitar la sanción jurídica. O dicho de otro modo: el estratega económico contempla al legislador como si fuera un diseñador omnipotente. En ese modelo, los jugadores no pueden cuestionar las reglas, sólo pueden sacar ventajas de ellas. Sin embargo, un elemento central de la estrategia jurídica es el control de los resultados jurídicos con independencia de las intenciones de los legisladores y los jueces. El estratega jurídico quiere derrotar a sus oponentes, no sólo sacar ventaja de ellos. Desde el punto de vista convencional, los resultados de los conflictos jurídicos son el producto de la aplicación del derecho a los hechos por parte de los jueces. Incluso, cuando los tribunales no generan resultados de esta manera, la teoría convencional los contempla como si fueran los diseñadores de tales resultados. En cambio, desde un punto de vista estratégico, los abogados y las partes tienen un importante papel en la construcción de los resultados. Esto es evidente desde el punto de vista práctico, pero no ha tenido su reflejo en el ámbito teórico. (Pucki/Weyrauch, 2000). El papel de los abogados ha sido ignorado por la teoría del derecho, y, sin embargo, su estrategia jurídica es capaz de manipular la argumentación judicial y sus resoluciones adjudicativas.

Si queremos dar respuestas estratégicas a problemas estratégicos hemos de comenzar por saber detectar las situaciones de estrategia.

Las situaciones de estrategia se caracterizan por la interdependencia: nuestro mejor resultado no depende únicamente de nuestras propias decisiones o elecciones sino también de las decisiones o elecciones que adopte otro agente que también actúa con un propósito y que también depende de nosotros para obtenerlo. Por consiguiente, en un marco de interdependencia, uno no puede planear ni adoptar sus cursos de acción sin tomar en cuenta las reacciones de los demás, como si los otros no existieran. El punto de vista estratégico es fundamental en el estudio de la *negociación* y la *mediación*. Pretende situar la comprensión de las situaciones negociales en el marco más amplio de las situaciones de interdependencia estratégica (o juegos en la terminología de la teoría de juegos). En las situaciones de interdependencia estratégica, los objetivos de los jugadores pueden estar en estricto conflicto (juegos de puro conflicto, de suma-cero), pueden ser en todo coincidentes (juegos de pura coordinación, de suma-positiva) o pueden ser en parte conflictivos y en parte coincidentes (juegos mixtos de conflicto y cooperación, de suma-positiva). Cuando se da este último supuesto, es decir, cuando las preferencias individuales de cada jugador son imperfectamente correlativas, nos hallamos ante una situación *de negociación*.

Es conocida la distinción de Elster entre tres principios normativos de toma de decisiones colectivas (Elster, 1986): el principio de la *argumentación*, el principio de la *negociación* y el principio del *voto*. Es obvio que se trata de modelos normativos ideales, ya que los procedimientos reales de toma de decisiones combinan dos o más principios. La cuestión que quiero discutir es la siguiente: el derecho se presenta como un ejemplo *argumentativo* de toma de decisiones, incluso se define al derecho como argumentación (véase por todos, Atienza, 2006): el conflicto es el origen del derecho, lo que nos hace verle como un instrumento que pretende resolver los conflictos por medio de argumentos. El juez resuelve los conflictos tomando decisiones motivadas. El abogado trata de persuadir al juez mediante argumentos para que decida en determinado sentido, o asesora a un cliente para que emprenda determinado curso de acción o discute con otro abogado la manera de zanjar una disputa. El legislador que propone una ley para lograr ciertos objetivos argumenta a favor de determinados contenidos. No hay práctica jurídica que no consista en argumentar, incluso las teóricas: la teoría del derecho se ha entendido en buena medida como una teoría de la argumentación jurídica. Pues bien, creo que tal modelo normativo no sólo es empíricamente falso, sino que sacraliza normativamente al derecho y la labor de los juristas sin tener en cuenta la «caja negra» de los procedimientos jurídicos de toma de decisiones, en la que la negociación juega un papel relevante.

El propósito de la *argumentación* consiste en tratar de persuadir a quien discrepa para que cambie sus creencias acerca de cuestiones normativas o fácticas. En las discusiones deliberativas lo único que debe contar es la fuerza del mejor argumento y no está permitido que

las partes hagan uso de otros recursos materiales superiores. Los enunciados fácticos justifican su validez en la verdad de sus pretensiones. En los enunciados normativos la noción de validez es más controvertida, aunque la idea de imparcialidad puede ser una condición necesaria de su validez.

En cambio, el propósito de la *negociación* consiste en forzar o inducir a quien discrepa para que acepte nuestra pretensión. Para conseguir tal finalidad, los negociadores recurren a amenazas y promesas. El poder de negociación no deriva de la fuerza del mejor argumento, sino de otros recursos materiales como las amenazas, los engaños y todas las estrategias de interacción competitiva y modelos de sumisión imaginables. La pretensión de credibilidad de que las amenazas y promesas se cumplirán es fundamental en el proceso negociador.

Las amenazas y las promesas no sólo se refieren a comportamientos posteriores a la negociación explícita, sino que también implican estrategias previas a la negociación. Las partes pueden llegar a auto-comprometerse para trasladar credibilidad a las amenazas. La rutina de las estrategias de los pre-compromisos se despliega de muchas maneras, como por ejemplo la elección de personas bien conocidas por su intransigencia como negociadores, la imposición de mandatos imperativos, las estrategias de delegación de competencias o el anuncio público de las exigencias. (Véase un estudio completo en Schelling, *The Strategy of Conflict*, 1963).

Es verdad que el proceso de la argumentación racional también puede implicar elecciones pre-deliberativas. Ya que la participación universal es a menudo impracticable, los procedimientos de selección y representación tienen que ser establecidos como decisiones previas. Y ya que la búsqueda y consecución de consenso puede llevar mucho tiempo, se tiene que adoptar algún tipo de procedimiento electoral para la elección de representantes que, evidentemente, no puede ser decidido por los propios representantes, y tampoco por los mecanismos de decisión una vez hayan sido elegidos, aunque tales procedimientos puedan ser modificados por los propios representantes.

¿Son realmente así los procedimientos de la discusión racional y la negociación? ¿Se puede trazar entre ellos esa línea divisoria tan nítida? ¿Es la argumentación el paraíso de la verdad y la imparcialidad y la negociación el infierno de los engaños y las amenazas?

La mayor parte de los ejemplos de negociación contienen también elementos de argumentación. En la discusión sobre convenios colectivos es frecuente encontrar este tipo de mecanismos argumentativos sobre cuestiones de hecho o propuestas normativas (por ejemplo, la justificación de la moderación salarial en los malos tiempos y el reparto de beneficios en los buenos). Es verdad que la negociación de convenios debe distinguirse en principio de los intentos de llegar a un acuerdo mediante la discusión racional (Elster, 1991, p. 69). Como se ha dicho, en la discusión racional están prohibidas las tergiversaciones estratégicas y otras formas de maniobras y engaños para ganar posi-

ciones: en principio, la fuerza negociadora de las partes es independiente de la fuerza del mejor argumento. Por el contrario, en la negociación de convenios se tiene en cuenta todas las propiedades y la fuerza negociadora de las partes, con independencia de la fuerza del mejor argumento. Sin embargo, también hay percepciones sobre lo que es justo que influyen poderosamente en la motivación de las conductas: pensemos en el juego de las amenazas y la ruptura de las negociaciones sobre principios de justicia e imparcialidad, y la decisión de cumplir la ruptura aunque tal decisión conlleve más perjuicios que beneficios para la parte que lo lleva a cabo. ¿No es ésta una buena razón para pensar que los argumentos también juegan un papel en las negociaciones?

Además, y de manera inversa, muchas discusiones aparentemente racionales pueden encubrir amenazas que han sido introducidas por los propios participantes. Por ejemplo, en los países en los que el gobierno tiene la capacidad y competencia para disolver el parlamento, esta amenaza está constantemente presente en el desarrollo de los procesos deliberativos, incluso aunque nunca haya sido ejecutada. También es frecuente en los procedimientos parlamentarios de aprobación de una ley la complicidad de la oposición al ser informada de los beneficios que obtendría en la adjudicación de contratos futuros u otras ventajas derivados de su aprobación. El cálculo estratégico se sobrepone a la imparcialidad de los argumentos justificativos de la citada ley.

Muchas veces es difícil determinar los límites argumentativos y negociativos de un proceso deliberativo: aunque desde el punto de vista teórico es relativamente sencillo, a veces no es posible en la práctica establecer las diferencias entre las amenazas y las advertencias. En la práctica hay una notable ambigüedad: la predicción del líder sindical acerca de la posible huelga que se desencadenará por parte de los trabajadores si no se llega a un acuerdo con la empresa, y la explicación de que no tiene capacidad ni influencia para su contención, es, desde el punto de vista estratégico, más bien una amenaza calculada que una simple advertencia predictiva. Y, precisamente, cuando las amenazas se disfrazan de advertencias podemos decir de la misma manera que los procesos negociadores se disfrazan de procesos de discusión racional.

No hay modelos puros. En las situaciones reales de comunicación encontramos elementos argumentativos y de negociación. Elster habla de enunciados fácticos de oportunidad y de no oportunidad. Un enunciado fáctico oportunista es una falsa representación de los hechos para servir a propósitos y preferencias personales. En contextos de negociación tales representaciones se manifiestan cuando las partes expresan enunciados acerca de sus propias preferencias: por ejemplo, una de las partes en una negociación puede disimular su impaciencia, lo que aumentará su capacidad para hacer creíbles sus amenazas y tener en consecuencia más probabilidades de conseguir un buen acuerdo. Este tipo de distorsiones también juega un papel importante en los

contextos argumentativos, como cuando se exageran aspectos fácticos de las situaciones que sirven de apoyo para justificar las propias pretensiones y rechazar las otras.

Los enunciados normativos oportunistas son pretensiones auto-interesadas disfrazadas de imparciales. En los contextos negociales las apelaciones a principios de justicia distributiva suelen ocultar intereses parciales. La larga lista de normas justificativas de la imparcialidad hace que, con toda probabilidad, alguien encontrará la que mejor se adapte a la defensa de los propios intereses, siendo incluso mejor la que lo hace de una manera indirecta y no explícita, ya que la plena coincidencia levantará más sospechas que adhesiones. En la argumentación política los conservadores pueden apelar a los derechos y libertades fundamentales cuando defienden sus propios intereses y negocios privados, mientras que los socialistas pueden apelar a los ideales de la justicia social cuando defienden los intereses de sus seguidores. No obstante, en los procesos argumentativos, no se puede apelar sólo a los propios intereses, la propia naturaleza del discurso argumentativo exige referencias a elementos imparciales y principios de justicia. El valor de la argumentación consiste, entre otras razones, en que uno tiene que disfrazar la defensa de sus propios intereses. Y no sólo la imparcialidad pone límites, sino también la consistencia, la coherencia de lo que se defiende: uno no puede dejar de considerar un argumento si surge una situación posterior que vaya en contra de los propios intereses. Además, la fuerza de la imparcialidad y la consistencia es considerable: *«they force speakers to deploy arguments that not only contain no explicit referent to their self-interest, but may actually go against it. And when the decision procedure is public, a further norm of consistency –between words and behaviour– forces people to vote for the proposal whose merit they have been arguing. The final decision may not in any recognizable sense reflect the public interest, but nor is there any reason to believe that it will always reflect a compromise between the private interests of the parties»* (Elster, 1991b).

## 5

Cada procedimiento colectivo de toma de decisiones tiene elementos objetivos –referidos a su funcionamiento estructural– y subjetivos –referidos a las motivaciones y pretensiones de los participantes–. Analicemos por separado estos dos puntos de vista (Martí, 2006, pp. 42 y ss.; Martí, 2001; Ovejero, 2002, pp. 153-191).

En relación con los procedimientos de toma de decisiones, Elster relaciona los tres modelos con tres tipos de motivaciones políticas: la razón, el interés y la pasión (Elster, 1988). Mientras que la argumentación se fundamenta en la razón y la imparcialidad –siendo, en consecuencia, *desinteresada y desapasionada*– las lógicas de la negociación

y el voto están trufadas de pasiones e intereses, aunque también por la razón. Si en un proceso deliberativo real algunos de los participantes actúan motivados por el interés o por la pasión, es porque en él interfieren alguna de estas otras lógicas y, por tanto, se aleja del modelo ideal de argumentación.

La lógica del voto puro tiene su modelo puro en las teorías económicas de la democracia y de la elección social, en la que la esfera política se asimila a un mercado: es instrumental en su naturaleza, funcionamiento y objetivos. Los individuos son agentes racionales autónomos que persiguen maximizar sus intereses y preferencias personales. Precisamente el objetivo de las instituciones políticas consiste en corregir los problemas de acción colectiva que no permiten a los propios ciudadanos lograr de manera autónoma la maximización de sus intereses. La política sería como un espacio de maximización de preferencias sociales entendiendo éstas como mera agregación de preferencias individuales y autointeresadas. Elster cuestiona este modo de concebir la política porque las decisiones políticas atañen también a temas de relevancia moral como es la distribución de recursos, de lo que se deriva importantes restricciones a las preferencias personales.

De manera simplificada se podría decir que mientras la motivación de la *argumentación* se basa en la maximización del interés general a partir de una concepción del bien común necesariamente imparcial (preferencias imparciales o pretensiones sinceras de imparcialidad, aunque puedan equivocarse), la motivación de la *negociación* se basa en la maximización del propio interés individual (preferencias meramente autointeresadas, indiferentes a consideraciones exógenas al propio interés personal, como las consideraciones de imparcialidad). Este último concepto es más amplio que el del egoísmo, pues puede incluir el caso de la persona que ayuda a los demás por una simple autosatisfacción endógena, y no por consideraciones exógenas acerca de la justicia. El elemento subjetivo del procedimiento del voto puede ser imparcial o autointeresado, el voto es compatible con los dos.

Como señala Martí (2002, p. 44), los *inputs* de un procedimiento deliberativo pueden ser interpretados como preferencias o como creencias. Una cosa es lo que preferimos y otra es lo que consideramos correcto. Si los modelos deliberativos presuponen que los participantes son individuos perfectamente racionales, sus preferencias imparciales se basan en creencias acerca de lo correcto, y en consecuencia, no hay distinción entre deliberar acerca de nuestras creencias y deliberar acerca de nuestras preferencias imparciales. En las preferencias meramente autointeresadas que no están basadas en creencias acerca de lo correcto, desde este punto de vista, no podrían ser discutidas racionalmente, sino sólo pactadas o negociadas. De modo inverso, no se podría negociar acerca de nuestras creencias sobre lo que es correcto. En una negociación puedo cambiar ciertas manifestaciones externas, mis declaraciones y acciones, o incluso lo que estoy dispuesto a aceptar, por ejemplo, en una negociación que resuelve un conflicto

to político, «*pero no mis creencias sinceras, y por lo tanto tampoco mis preferencias imparciales*» (Martí, p. 45, n. 16), aunque por cierto no es tan fácil diferenciar las creencias de las preferencias de la gente si no es comprobando la manifestación de sus preferencias.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la estructura, un procedimiento de toma de decisiones colectivas es un conjunto de reglas –sujetos que participan, objeto de la decisión, desarrollo del proceso– aplicadas a las acciones para tomar una decisión colectiva acerca de una cuestión determinada. Mientras que en la primera fase del procedimiento los sujetos que participan expresan sus preferencias respecto de las distintas alternativas que han de elegir para la decisión final, en la segunda fase lo que importa es la regla de decisión, es decir, la regla que permite transitar desde un conjunto de preferencias individuales a una decisión colectiva. En la argumentación y la negociación se produce un proceso comunicativo que puede cambiar las preferencias, pero en las elecciones mediante el voto se excluye cualquier tipo de comunicación, por lo que es difícil el intercambio que propicie una transformación de las preferencias endógenas. La segunda fase se centra en la regla que debe determinar quién puede participar en la decisión final –que puede coincidir o no con los sujetos que participan en la primera fase– y cómo se comparan las preferencias de los participantes para poder tomar una decisión colectiva.

Pues bien, el voto implica un mecanismo simple de agregación de preferencias y una regla de unanimidad o mayoría. La argumentación y la negociación establecen una regla consensuada por los participantes acerca de la alternativa preferida: se comparan las preferencias en el propio proceso comunicativo y después se acuerda –o no– una decisión sin objeciones, aunque en la práctica, las deliberaciones acaban en una votación, lo que pone en cuestión el valor del poder transformador de las preferencias mediante la deliberación. En la mayor parte de las ocasiones la votación final refleja el sentido de las preferencias exógenas previas a la deliberación, lo que dice muy poco del valor de ésta como mecanismo corrector de las preferencias autointeresadas. Veamos ahora los tres procedimientos por separado (Martí, 2006, pp. 47 y ss.):

El procedimiento del *voto* establece que las decisiones colectivas se basan en las preferencias individuales exógenas de los ciudadanos considerados como agentes racionales, con independencia de si son imparciales o autointeresadas. No existen mecanismos comunicativos para la formación de tales preferencias, y una vez expresadas se suman aplicando algún tipo de regla (unanimidad o mayoría simple o absoluta). Si el modelo entiende que las preferencias son autointeresadas es típico de las democracias entendidas como competencia de élites (Schumpeter) o como expresión del mercado (teoría económica de Downs). Si entiende que las preferencias son imparciales nos acercáramos al misterioso concepto de la *voluntad general* de Rousseau.

En el procedimiento de la *negociación* la decisión es el resultado de un mecanismo de acomodación de las preferencias (estrategias de interacción competitiva y cooperativa) en el que cada una de las partes defiende sus preferencias autointeresadas. El acuerdo está determinado por la capacidad o el poder de negociación de las partes. Se suele decir que los procedimientos de negociación son incompatibles con la imparcialidad de las preferencias debido al comportamiento estratégico en que se basa la negociación: es verdad que no podemos negociar acerca de nuestras creencias ni acerca de nuestras concepciones del bien común que sustentan de manera presuntamente imparcial aquellas preferencias debido a las motivaciones que las acompañan, pero no veo gran diferencia con respecto a los ajustes de negociación y regateo de los procesos deliberativos. Además, en las negociaciones reales basadas en principios cooperativos y no meramente distributivos, se producen intercambios de argumentos acerca de las consecuencias para los intereses de ambas partes de un posible acuerdo. También existen métodos de negociación basados en la maximización del interés conjunto, cuyo objetivo es agrandar el pastel y no meramente proceder a su simple distribución. El tránsito de las preferencias individuales a la decisión colectiva se produce mediante una transformación estratégica de las preferencias individuales y su comparación, lo que permite después su integración en un consenso estratégico. El acuerdo implica que no hay discrepancias u objeciones, porque uno tiene la posibilidad de acudir a su valor de reserva y no seguir negociando. El modelo democrático que se ajusta mejor a este modelo sería la teoría pluralista de la democracia (Dahl).

El principio de *argumentación* «consiste en un intercambio desinteresado de razones a favor de una propuesta u otra, en condiciones de absoluta igualdad, con la disposición a ceder ante la presencia de un mejor argumento y con el objetivo compartido de tomar una decisión correcta» (Martí, 2206, p. 49). Aquí las preferencias son imparciales –no cabe una concepción estratégica de la deliberación ya que según este modelo no tiene sentido formular argumentos basados en razones conceptualmente imparciales para transformar preferencias meramente autointeresadas–. Sin embargo, como se expone a continuación, creo que la principal virtud de la argumentación es su función estratégica en la imposición de límites a las inevitables preferencias autointeresadas que se sostienen en cualquier debate. Según el modelo de la democracia deliberativa, lo que se pretende es la transformación racional de las preferencias y después se aplica una regla de decisión de consenso razonado, no de consenso estratégico y menos de agregación: las preferencias imparciales se justifican mediante procesos comunicativos discursivos y se consiguen decisiones por la fuerza de los argumentos utilizados, y no por la eficacia de las estrategias de interacción competitiva (amenazas, coacciones, engaños, promesas, etc.) ni por una simple mayoría de los votos emitidos. Ahora bien, en caso de discrepancia, ¿cómo resuelven los órganos colegiados la falta

de acuerdos consensuados? No creo que la teoría de la democracia deliberativa haya dado por el momento una respuesta satisfactoria a esta dificultad.

De modo que frente al acuerdo estratégico negociado producto de la coincidencia de intereses particulares en un momento determinado, parece que el consenso razonado se alcanza tras un proceso de examen racional de los argumentos, lo que produce un convencimiento sincero en los participantes de que la opción elegida es la correcta desde el punto de vista del interés general. Es cierto que los defensores del imperio de la deliberación no tratan de describir empíricamente lo que sucede en la realidad. Insisten en decir que se trata de un ideal regulativo, y que lo único en que se debe discrepar es el grado en que los mecanismos reales de toma de decisiones reflejan un principio u otro. Lo que propone la democracia deliberativa es que impere el principio de argumentación sin que esto signifique excluir la presencia de componentes de los otros dos ideales. Un consenso razonado total de la sociedad es una dificultad real difícil de alcanzar. La deliberación no puede eliminar el hecho del pluralismo y los desacuerdos básicos, aunque la deliberación puede, al menos, hacer que los participantes que discrepan sean más conscientes de las razones por las que discrepan con los demás. Incluso se dice que puede ser muy útil recurrir a algún tipo de negociación para gestionar este tipo de desacuerdos, lo que permitiría acercar posiciones una vez finalizado el proceso estrictamente deliberativo. La idea general es que siempre es mejor votar o negociar a partir de preferencias previamente filtradas por la deliberación antes que hacerlo directamente sobre preferencias abiertamente autointeresadas. Pero creo que esto es perfectamente compatible con el modelo negociado. Nada impide en una negociación la previa deliberación sobre principios. Nada impide que se incentiven las motivaciones imparciales junto a las preferencias exógenas. Lo que sostengo es que, si esto es así, ¿por qué hay que refugiarse en una ficción deliberativa si, al final, hay que recurrir a la negociación y al voto?

## 6

«El interés propio habla todo tipo de lenguas e interpreta toda clase de papeles, hasta el del desinterés.»

(LA ROUCHEFOUCAULD)

En los procesos constituyentes se observa habitualmente que los intereses de los distintos grupos se defienden con un lenguaje imparcial. En la Convención Federal de Filadelfia –señala Elster (2002, p. 416)– la tendencia se vio ilustrada por los debates entre los Estados

grandes y pequeños acerca de su representación respectiva en el senado. Los Estados pequeños defendían el principio de igualdad en la representación, y los Estados grandes, la proporcionalidad. Ambas partes eran capaces de defender sus posiciones mediante referencias y argumentos basados en la imparcialidad y la justicia. En otros procesos constituyentes nos encontramos con actores que revisten sus propios intereses bajo ropajes trascendentales, mientras que otros operan con valores que no son trascendentales. En las recientes transiciones a la democracia en la Europa del Este los partidos políticos pequeños estaban a favor de la proporcionalidad y defendían sus puntos de vista en términos de valores democráticos, mientras que los grandes estaban a favor de elecciones mayoritarias en términos de la necesidad de un gobierno eficiente y estable. Del mismo modo se podían encontrar argumentos similares en el diseño de la presidencia. El interés de un candidato fuerte tiene el objetivo de una presidencia fuerte, y el de la oposición, que haya una presidencia débil. Como dice Elster, «los argumentos imparciales correspondientes tienden a ser, según los primeros, que el difícil período de la transición a la democracia requiere un liderazgo fuerte y, según los segundos, que un hombre fuerte en la jefatura del Estado puede recrear un régimen autoritario» (Elster, 2002, p. 417).

Los participantes en procesos argumentativos y deliberativos disfrazan a menudo sus motivaciones estratégicas como si fueran imparciales. No es que defiendan directamente sus preferencias exógenas autointeresadas, sino que enmascaran sus intereses bajo la apariencia de argumentos imparciales, vulnerando de esta manera las exigencias de un ideal argumentativo.

Elster (1995) sostiene que quien usa estratégicamente los argumentos es en realidad un hipócrita que maneja pseudos-argumentos a su conveniencia, pero que necesita presentarlos de manera imparcial ya que nadie quiere aparecer ante los demás como una persona motivada exclusivamente por el interés propio.

El hipócrita tiene dos motivaciones: puede tener un interés en *engañar* a los demás ocultando sus verdaderas motivaciones, o puede querer *persuadir* a los demás de la necesidad de adoptar su posición. Si trata de engañar puede, o bien evitar la censura asociada a las apelaciones explícitamente autointeresadas en los debates públicos, o bien presentar su posición como si estuviera basada en principios con el fin de excluir negociaciones meramente distributivas basadas en regateos. Ahora bien, el hipócrita, ya trate de engañar o persuadir, necesita que, al menos, algunos participantes no sean hipócritas –necesita que algún pequeño grupo actúe por motivaciones (al menos parcialmente) imparciales con el fin de inducir a los demás a comportarse de esta manera, ya que si todos fuéramos hipócritas no habría engaño ni persuasión– y también necesita que no exista ningún método infalible para distinguir a los hipócritas de los demás, ya que tampoco de esta manera podríamos engañar ni persuadir a nadie. Un sis-

tema de cooperación social no puede basarse exclusivamente en el auto-interés. Es decir, la noción de hipocresía social presupone lógicamente la imparcialidad, el comportamiento hipócrita se aprovecha del comportamiento desinteresado.

Los escenarios sometidos a las reglas de la argumentación y la deliberación, como tienen normas contra las manifestaciones explícitas del auto-interés, obligan a justificar las propuestas presentadas por los participantes hipócritas, por lo que no sólo las disfrazan, sino que también las pueden modificar. Como el procedimiento deliberativo marca itinerarios e impone reglas, el uso estratégico de la argumentación no produce lesiones irreversibles en los resultados de la propia deliberación, y en todo caso parece que resulta más imparcial que cualquier otro proceso alternativo. Esto lo ha llamado Elster *«la fuerza civilizadora de la hipocresía»* (La Rochefoucauld: *«La hipocresía es el homenaje que el vicio tributa a la virtud»*):

*«El disfraz del interés privado o la parcialidad está sujeto a dos límites. Primero, (...), el límite de la imperfección. Los hablantes autointeresados o parciales tienen un incentivo a argumentar a favor de una posición que difiere en alguna medida de su posición ideal, porque una coincidencia perfecta entre el interés privado o parcial y el argumento imparcial sería sospechosa. Segundo, hablar públicamente está sujeto al límite de la inconsistencia. Una vez un hablante ha adoptado un argumento imparcial porque se corresponde con su propio interés, si después lo abandona porque ha dejado de servir a sus necesidades, sería visto como un oportunista»* (Elster, 2001).

La restricción de la coherencia existe porque la concepción imparcial que se adopta en un determinado momento ha de ser coherente con las concepciones imparciales adoptadas en anteriores ocasiones. Si no lo es es psicológicamente difícil mantener la creencia de que no está motivado por el interés propio. El autoengaño es posible, pero no es una estrategia mayoritaria. Una vez que se adopta una concepción imparcial, se percibe como vinculante y objetivamente válida. La coherencia funciona como una restricción a las pretensiones interesadas.

La restricción de imperfección existe porque una coincidencia perfecta entre el interés propio y el argumento imparcial sería oportunista de un modo excesivamente transparente. Para resultar creíble, el argumento imparcial ha de desviarse de la política que de ser adoptada promovería su máximo interés personal. La política óptima ha de alcanzar un punto de equilibrio entre el interés y la apariencia de desinterés.

O sea, que podemos defender nuestros intereses parciales bajo el disfraz de la argumentación y sus resultados son corregidos por las propias reglas de la deliberación y el principio de publicidad: nadie quiere aparecer públicamente como una persona auto-interesada y egoísta. Planificamos racionalmente nuestra argumentación para aparentar imparcialidad, cuando lo que queremos conseguir son nuestros

objetivos e intereses parciales. Los límites de la *imperfeción* –no puede haber coincidencia perfecta entre el interés parcial y el argumento ideal– y la *consistencia* –uno se ve atado a lo que defiende en público– hacen todo lo demás. Hay un tercer límite: la *plausibilidad*. Lo que se sostiene debe resultar plausible al auditorio al que se dirige. El que usa estratégicamente los argumentos de manera hipócrita tiene que ceder a las exigencias que le impone un auditorio que no se cree cualquier cosa. Incluso, la representación de la defensa pública disfrazada de sus intereses le puede llevar a una transmutación hasta el extremo de hacerle creer en aquello que hasta el momento defendía con engaño: el personaje modifica a la persona.

## 7

Habermas sostiene que todo proceso argumentativo está sometido a tres pretensiones que justifican su validez: su verdad proposicional, su corrección normativa y la sinceridad subjetiva. De aquí se deriva que un interlocutor que quiere aparecer como alguien que trata de argumentar tiene que someterse a tales pretensiones. La idea de la corrección normativa implica la idea de la imparcialidad, y esta es una idea básica de la convivencia y la vida política. La imparcialidad se puede manifestar de muy distintas maneras, y siempre ha cumplido el papel de ser un límite restrictivo a cualquier teoría de la justicia.

El uso estratégico de argumentos imparciales es un hecho bien conocido en la práctica política. Sin embargo sabemos menos acerca de las razones del por qué de este tipo de estrategias sustitutivas. Después de todo, ¿por qué argumentamos?, ¿por qué no negociamos directamente o votamos de manera inmediata sin ningún tipo de debate previo? Elster (Elster, 1995) responde con cinco argumentos. En todos ellos gravita la idea de que la gente valora la imparcialidad y los principios en la defensa de preferencias colectivas; si no fuera así, no tendría sentido disfrazar los intereses particulares bajo el ropaje de principios generales. Imaginemos – como hace Elster– una sociedad en la que algunos miembros creyeran falsamente que algunos desconocidos se muestran auténticamente abiertos a la argumentación y muy ofendidos por las apelaciones descaradas y explícitas al propio interés. Como los primeros no saben quiénes son los segundos puede que decidieran por ello utilizar un lenguaje imparcial en todas las ocasiones. Hasta alguien que no estuviera abierto a la argumentación ni creyera que nadie lo estuviera podría decidirse por emplear un lenguaje y argumentos imparciales por temor a las consecuencias que se podrían derivar de la defensa sin ambages de sus propios intereses. Lo importante, se dice, es tener en cuenta que siempre hay una parte de la sociedad que está realmente abierta a la argumentación, pero que no

es posible diferenciar quién lo está y quién no. Pero vayamos a los argumentos.

En primer lugar, si las personas que discuten piensan que alguien está argumentando realmente a partir de ciertos principios y no está defendiendo simple e interesadamente sus preferencias personales, estarán más predispuestos a rectificar sus propias posiciones. Razonar desde principios es una forma de adoptar ciertos precompromisos. Puede ser una estrategia de quienes tienen un débil poder de negociación: *«cuando los fuertes negocian desde la fuerza, los débiles argumentan desde los principios»*.

En segundo lugar, las coaliciones parlamentarias tienden a usar un lenguaje que hace referencia a principios públicos, pero en realidad es un subterfugio de la simple negociación de intereses: de esta manera se minimiza el coste de tener que soportar la crítica de los grupos perjudicados por la negociación.

En tercer lugar, las razones generales justificativas tienen mayor capacidad de persuasión y convencimiento, sobre todo respecto de quienes están en posiciones neutrales no partidistas.

En cuarto lugar, la referencia a normas sociales desactiva las defensas interesadas: las normas son construcciones colectivas que no admiten defensa parciales de intereses.

Por último, el uso de argumentos desde la imparcialidad puede contribuir a evitar la humillación del oponente, *«salvándole la cara»* ante las situaciones de derrota de sus pretensiones.

En cambio, parece que la negociación es vulnerable al problema de falsa representación de las preferencias, dificulta la credibilidad de las promesas y puede llevar a posiciones incompatibles basadas en precompromisos. El uso estratégico de la imparcialidad también es vulnerable al problema de los precompromisos —cuando ambas partes apelan a los principios luego es difícil volverse atrás—. Además, los debates públicos introducen una fuente adicional de ineficiencia por la propia dinámica de la vida política. La necesidad de una demarcación ideológica de los oponentes conduce en muchas ocasiones a una polarización artificial.

## 8

¿Mejora la deliberación la calidad del contenido de las decisiones, y, por tanto, enriquece la democracia? [véase Stokes (2001) y Przeworski (2001)]. La deliberación supone un cambio endógeno de preferencias que resulta de la comunicación. De manera que una de las patologías de la deliberación sería la manipulación de las creencias causales —mediante una comunicación engañosa— y, por tanto, de las preferencias inducidas. Esta es una patología potencial del sistema democrático, ya que puede producir creencias contrarias a nuestros intereses

más auténticos, y también afectar a nuestra propia identidad. La deliberación, como proceso que tiene consecuencias virtuosas, puede sacar a los ciudadanos de sus intereses sectoriales, infundir mentalidad comunitaria e incrementar la información que determina las decisiones colectivas. Pero también puede permitir que las políticas se rijan por intereses creados que manipulan las ideas de los ciudadanos comunes acerca de lo que quieren que haga el gobierno, puede reemplazar las preferencias reales de los ciudadanos por preferencias de los políticos influidos por grupos de presión y la prensa que les atribuyen equivocadamente, y también pueden introducir seudoidentidades artificiales propias del discurso político.

En los procesos deliberativos los ciudadanos eligen a los representantes que se acercan más a sus propias preferencias, lo que genera políticas de gobierno que responden a los intereses de los grupos electores. Pero también las propias élites influyen en la opinión de los ciudadanos sobre cuestiones de interés público al formularlas de modo persuasivo. Puede haber actores privados interesados en generar en los ciudadanos creencias erróneas de las posibles políticas para presionar a los políticos mediante preferencias inducidas falsas. La incesante actividad de los lobbies contra determinadas políticas es un buen ejemplo de ello. Una comunicación manipulada puede generar percepciones erróneas de la propia identidad.

¿Una votación precedida por la deliberación da un resultado mejor que otra sin ella? La deliberación puede llevar a la gente a sostener creencias que no corresponden a sus mejores intereses. La mayor parte de las discusiones públicas no tiene que ver con los fines sino con los medios. Las creencias se modifican en los procesos deliberativos, son endógenas, por tanto es fundamental saber cómo son inducidas para cambiar de creencias acerca de cómo son las relaciones causales entre políticas y resultados, o acerca de la eficacia política de las distintas direcciones de la acción colectiva.

Si bien la apelación al interés propio no resulta persuasivo para otros –por lo que semejantes apelaciones no tendrán lugar en una discusión pública–, la gente puede votar a favor de sus intereses: el desafío de los que defienden la democracia deliberativa es persuadirnos de sus virtudes diciendo que la gente va a votar sobre la base de buenas razones si participa en un debate público libre, igualitario y fundamentado. Los defensores de la democracia deliberativa no tienen en cuenta el hecho de la votación, el hecho de que la deliberación democrática termina en agregación, en simples votos que no necesitan ser razonados. El gobierno deriva de la fuerza de los números, no de la validez de las razones.

¿Qué papel juegan las razones en las discusiones públicas sometidas a procesos deliberativos?

Los procesos mediante los que se aprueban las constituciones varían ampliamente, ya que no todos implican deliberación, ni todos siguen procedimientos democráticos. El simple hecho de que una

asamblea de individuos defina su tarea como una deliberación, en lugar de una simple negociación basada en la fuerza, tiene importantes consecuencias sobre las propuestas y los argumentos que pueden efectuarse.

La deliberación puede efectuarse sobre fines últimos –porque se discrepa acerca de ellos– o acerca de los mejores medios para realizarlos, pero, en todo caso, debe presentarse de forma imparcial: nadie debe adoptar una posición que no pueda ser justificada en función del beneficio para el conjunto; es decir, la norma no induce a los miembros a volverse imparciales, sólo a parecerlo. Pero esto puede ser una fuente de tergiversación de las preferencias: el orador puede engañar a otros respecto de su motivación real (tratando de evitar el efecto negativo de manifestar sus intereses privados o tratando de argumentar racionalmente su posición recurriendo a ciertos principios) o puede tratar de persuadir a otros directamente mediante argumentos imparciales.

Lo importante es que un marco deliberativo puede incidir en los resultados independientemente de los motivos de los participantes. En los contextos deliberativos las amenazas basadas en la fuerza son inadmisibles: para eludirlo el orador puede presentarla o tergiversarla como advertencia –sometidas a restricciones de plausibilidad– de que ocurrirán ciertos hechos que él mismo no podrá controlar. En todo caso, los oradores tienen que justificar sus propuestas de acuerdo con el interés público, modificando y disfrazando las propuestas, aunque tales máscaras están sometidas a dos restricciones: en primer lugar, la restricción de la imperfección –o distanciamiento con el argumento idóneo para sus pretensiones personales– ya que una coincidencia perfecta entre el interés personal o el prejuicio y el argumento imparcial resultaría muy sospechosa; y la restricción de la coherencia –se ha de seguir el argumento aunque se separe de las necesidades personales–. En consecuencia, los argumentos imparciales pueden tener eficacia independiente a pesar de ser racionalizaciones *ex post*. Además, si todas las apelaciones al interés público fueran hipócritas, y se supieran que lo son, no podrían persuadir a nadie y, por tanto, nadie se molestaría en intentar llevarlas a cabo.

La naturaleza de cualquier proceso comunicativo –que va desde la discusión a la negociación– varía en función del tamaño del escenario, la publicidad (debates abiertos o cerrados), la presencia o ausencia de la fuerza y la importancia del interés. En las asambleas grandes no es posible desarrollar argumentos de modo coherente y sistemático; la experiencia y el carisma son determinantes en este sentido, así como el uso de la retórica: si la forma de los debates es la deliberación, la fuerza que motiva las decisiones es la pasión y las emociones. En las pequeñas asambleas y en las comisiones funcionalmente especializadas se respetan mejor los contenidos de los argumentos, y no sólo la forma de la deliberación. El secreto de las deliberaciones eleva la calidad de las intervenciones, pero la publicidad puede contribuir a favorecer la imparcialidad de las razones discursivas por la fuerza civilizadora de la hipocresía, lo contrario a «la

luz del sol es el mejor desinfectante» del juez Brandeis. Pero la publicidad tiene también importantes efectos negativos: la dificultad de retractarse en público después de haber hecho una promesa pública presenta varios efectos no queridos: a pesar de la irrupción de objeciones fundamentadas hay pocas probabilidades de cambios de opinión; además, el abuso de la publicidad como dispositivo propiciador de compromisos y los públicos numerosos sirve de caja de resonancia de la retórica (Elster, 2001).

Aparte de la amenaza de la fuerza como elemento que distorsiona la deliberación, el papel del interés es fundamental como elemento que trastoca los procesos deliberativos: las asambleas pueden establecer procedimientos como velos de la ignorancia que limiten el alcance de sus pretensiones.

Los defensores de la deliberación dan por sentado que es evidentemente superior a otras modalidades de toma de decisiones políticas pues incluye como elemento central el debate justificado por argumentos razonados. Las alternativas a la deliberación se basan en presuntos consensos culturales, procedimientos no deliberativos, pactos políticos negociados o amenazas de violencia. Pero esto no es tan evidente. Todos los enfoques que defienden la superioridad de la deliberación, tanto desde el punto de vista político como ético, presuponen que la deliberación es normativa y prácticamente superior a la agregación de preferencias o intereses, sin tener en cuenta que la deliberación es una modalidad de toma de decisiones políticas, que siempre acaba en una votación (Johnson, 2001; Sunstein, 1993; Gutmann, 1989; Cohen, 1989).

Los argumentos que justifican la deliberación son incompletos porque interpretan mal las dificultades de los procedimientos no deliberativos –como la votación– presentándolos como procedimientos interesados. ¿Es verdad que la agregación de preferencias carece de los recursos morales necesarios para legitimar cualquiera de sus decisiones colectivas? Sunstein, remitiéndose a Arrow como teórico de la elección social, sostiene que todos los procedimientos conocidos de agregación de preferencias experimentan dificultades inevitables y endógenas; incluso, si tales dificultades pudieran ser superadas, la deliberación es normativamente superior. Como es bien conocido, el argumento de Arrow sostiene que no existe un mecanismo de agregación que al mismo tiempo se adecúe a un conjunto de varios criterios normativos relativamente inobjectables y genere decisiones colectivas coherentes. La primera de las condiciones es la del «dominio irrestricto»: no se puede admitir ninguna restricción previa del contenido de las preferencias o intereses que un mecanismo de agregación propuesto deba acatar. La «imposibilidad» surge de la tarea de designar un procedimiento de opción colectiva que pueda simultáneamente producir resultados coherentes y atenerse a todas las condiciones normativas estipuladas.

Pero también sabemos ya que la deliberación experimenta dificultades endógenas porque imponen restricciones previas sustantivas sobre la conducta de las partes o sobre la gama de opiniones admisi-

bles. La deliberación justifica las restricciones en el terreno de las opiniones admisibles haciendo referencia a cierto patrón de conducta razonable o de debate. Pero no justifica adecuadamente las restricciones que impone a la pluralidad de opiniones admisibles en los foros deliberativos.

## 9

Hay una diferencia importante entre la idea de justicia e imparcialidad en asuntos sustantivos y en asuntos de procedimiento (Hampshire, 2001). La imparcialidad en los procedimientos para resolver conflictos es el tipo fundamental de imparcialidad, mucho más constante e invariable que la justicia e imparcialidad en cuestiones sustantivas, como por ejemplo en la distribución de los bienes, siempre sujetas a distintas concepciones morales y del bien.

Toda sociedad organizada exige instituciones y procedimientos para arbitrar entre las pretensiones morales en conflicto que manifiestan sus individuos y grupos. Todos ellos están sometidos a la prescripción («oir a la otra parte»), condición necesaria de la imparcialidad de todo procedimiento público. A semejanza de las deliberaciones públicas, en las deliberaciones privadas este principio lo impone el individuo sobre sí mismo como mecanismo de racionalidad reflexiva. La racionalidad contrasta con el pensamiento imaginativo: la aceptabilidad de una afirmación estética es independiente de cualquier procedimiento argumentativo que esté asociado con ella, no exige ningún tipo de negociación ni arbitraje.

Rawls declaró que los principios de justicia elegidos racionalmente deben ser independientes de las concepciones del bien. Pero también ha reconocido que los principios son escogidos racionalmente sólo por personas que viven en una sociedad liberal y democrática, en la que pueden representar un consenso político por superposición sobre los principios de justicia sustantiva. Existe armonía, pero armonía dentro del ámbito liberal. Pero es inevitable que siempre existirá una pluralidad de concepciones diferentes e incompatibles del bien, y que no puede haber una sola teoría omnicomprensiva y coherente de la virtud humana. En realidad la esencia de la moral liberal es el rechazo de cualquier autoridad final y exclusiva, natural o sobrenatural, y de la coacción y censura que la acompañan. Es razonable ser universalista en la defensa de la racionalidad en la gestión y resolución de conflictos, pero no universalista en la defensa de resultados particulares de conflictos concretos moralmente opinables. La imparcialidad y la justicia en los procedimientos son las únicas virtudes que pueden ser consideradas razonablemente como normas básicas que deben ser universalmente respetadas. El principio de la imparcialidad institucionalizada en los procedimientos para resolver conflictos es el cemento

de la lealtad compartida por los ciudadanos, un principio de racionalidad compartida indispensable en toda toma de decisiones y en toda acción deliberada.

¿Cuál es la fuerza del mejor argumento?

La deliberación pública –se dice– debe producir mejores decisiones públicas: puede inducir a las partes a efectuar planteamientos razonables por razones estratégicas, pero que, al cabo del tiempo, llegan a suscribirlos sinceramente, provocando una especie de autocensura (de nuevo, la fuerza civilizadora de la hipocresía).

Habermas sostiene que los participantes en la deliberación democrática se apoyan necesariamente en la razón comunicativa y, al suscitar e impugnar las pretensiones de validez (a la verdad, la corrección normativa y la sinceridad) que constituyen el presupuesto pragmático de toda interacción lingüísticamente mediada, se proponen establecer un acuerdo compartido acerca del contexto de su interacción: así eluden la conducta estratégica (orientada hacia el éxito, hacia el deliberado inducir a otros a conducirse de determinado modo) y buscan la acción comunicativa (búsqueda cooperativa de un acuerdo mutuo). La acción estratégica coordina la interacción social mediante la influencia o la fuerza externa; la razón comunicativa lo hace mediante el consentimiento por el que se llega a un acuerdo razonable a la luz de los intereses generalizables de los correspondientes participantes. Pero creo que tal distinción tajante entre las conductas estratégicas y comunicativas no describen bien los procesos políticos.

En todo caso, si se quiere defender la deliberación, se deben abordar algunos desafíos importantes: el hecho de argumentar a favor de la deliberación no implica suponer que los sujetos deliberantes sean héroes que transformarán sus preferencias y mejorarán su capacidad de diálogo. Esto es desconocer la motivación política y el razonamiento práctico. Además, argumentar a favor de la deliberación no debe –en el esfuerzo por diferenciarla de la negociación– excluir categóricamente ni los planteamientos interesados ni los conflictos que estos planteamientos pudieran generar entre las partes. Como es inevitable la indeterminación de los jugadores en las interacciones estratégicas es por tanto necesario analizar la fuerza del lenguaje en la interacción social y política.

No todo son ventajas en la deliberación. Como hemos visto, también hay desventajas: se puede malgastar tiempo valioso, se puede engañar a fuerza de elocuencia, puede estimular el conformismo, los más débiles se pueden someter a los más fuertes, los lobbies pueden manipular, incluso puede producir un efecto paralizante como al asno de Buridán. Es evidente que la deliberación lleva tiempo y tiende a

perpetuar las prácticas existentes; esta posibilidad puede constituir un argumento contra la reforma institucional que incremente la deliberación. Además, los grupos privados bien organizados o los representantes interesados pueden distorsionar el proceso deliberativo por su mejor acceso a la información y en virtud de la desigualdad política.

En consecuencia, la deliberación puede reflejar presiones de grupos privados, atención selectiva, deficiente interés por los incentivos, información inadecuada, carencia de justificación y escasa consideración por los efectos secundarios. Pero es obvio que también tiene virtudes.

Las conversaciones deliberativas –los individuos hablan y escuchan consecutivamente antes de tomar una decisión colectiva– se sitúan entre dos extremos: la negociación, que implica intercambiar promesas y amenazas, y el razonamiento, que tiene que ver, o bien con cuestiones de principio, o con cuestiones de hecho y de causalidad. En estas últimas se pueden compartir fines, pero se puede discrepar en cuanto a los mejores medios. La discusión racional trata de persuadir a otros del valor de las propias opiniones, a diferencia de la negociación. Tanto la discusión racional como la negociación integran el proceso deliberativo. Una democracia puede deliberar con éxito discutiendo y no sólo negociando.

No obstante, es obvio que la deliberación parece añadir calidad a las decisiones o a su legitimidad; sus ventajas tienen que ver fundamentalmente (Gambetta, 2001; Fearon, 2001):

*a)* Con la distribución de la información. Como la información está desigualmente distribuida la deliberación mejora su distribución y el conocimiento de los méritos.

*b)* Con el fomento de la imaginación: puede introducir en el debate soluciones nuevas a problemas compartidos.

*c)* Suministra incentivos para debilitar exigencias de intereses egoístas, introduciendo ciertos principios con el fin de persuadir a otros de su mérito o de su legitimidad. De manera hipócrita se pueden hacer concesiones al interés general o al de otros grupos.

*d)* En consecuencia, 1) puede facilitar el compromiso, conduciendo a un consenso más amplio sobre cualquier decisión; 2) puede lograr que los resultados sean más equitativos en términos de justicia distributiva y difundir principios en la vida pública, con lo que se puede mejorar a los grupos más débiles; 3) puede lograr que los resultados de las decisiones resulten superiores al permitir mejores soluciones; 4) puede generar decisiones más legítimas, incluso para la minoría.

¿Cuál es el sentido o el valor de discutir cosas antes de tomar decisiones políticas? ¿Por qué se tiene que discutir antes que votar? Se dice que la deliberación: revela información privada, disminuye el efecto de la racionalidad limitada, favorece la justificación de las

reclamaciones, mejora las cualidades morales o intelectuales de los participantes, y, promueve la corrección, con independencia de las consecuencias del debate. La votación es un sistema muy tosco que no mide la intensidad de las preferencias. ¿Por qué no emplear la riqueza del lenguaje corriente para sugerir alternativas y expresar intensidades de preferencia? La discusión se justifica como medio de revelar información privada sobre las preferencias de los individuos acerca del resultado de las decisiones. Ahora bien, la gente puede tener incentivos estratégicos para tergiversar sus preferencias o su conocimiento especial, y esto puede afectar tanto a los mecanismos de votación como al debate libre. La cuestión es si la gente está más dispuesta a tergiversar sus preferencias o conocimientos en los discursos públicos de lo que estarían dispuestos a hacerlo en las votaciones privadas. Además, la discusión es un medio para reducir el efecto de la racionalidad limitada, la realidad de que nuestra capacidad de imaginar y calcular es limitada y falible: puede ser acumulativamente valiosa porque otro puede pensar en algo que a mí no se me había ocurrido, y puede ser crecientemente valiosa porque en el curso de la discusión podemos pensar en posibilidades y problemas que no se nos había ocurrido al principio. Por otro lado, la justificación por sufragio es un acto privado y anónimo en cierta medida. Esta libertad para votar sin presiones también tiene sus costes. No ofrece justificaciones ni razones públicas. En cambio, ofrecer razones puramente privadas o sobre los propios intereses en un debate público es intrínsecamente contradictorio con las bases de las deliberaciones públicas. Incluso las mayorías suelen justificar sus actos en términos del bien común y no en el de los intereses de sus votantes. Si a los ciudadanos les garantizamos su anonimato en sus votaciones secretas, a los legisladores hay que pedirles cuentas. Los esfuerzos para hacer pasar por bien común los intereses privados pueden incidir en forma positiva en el resultado. La gente desea no parecer egoísta, esto presupone algún tipo de preocupación por un «público» cuyas opiniones importan, aunque no es obvio que el mero hecho de participar en un debate público presuponga lógicamente un resultado que favorezca el bien común. Si todo el mundo tiene oportunidad para decir lo que piensa, se hallará más predispuesto a aceptar o apoyar el resultado. Parece que el debate incrementa el consenso social acerca de lo que hay que hacer o de lo que es correcto. Pero otras veces sucede lo contrario. Pero la segunda razón que explica por qué debatir, en contra del simple voto, puede mejorar la implementación, implica un posible efecto psicológico: la oportunidad de poder expresarse puede predisponer a una persona a apoyar el resultado de la discusión, incluso si termina oponiéndose a la opción colectiva. En todo caso, depende de las propias tradiciones y convenciones: no parece que sea un prototipo humano universal. Por último, la deliberación se considera una especie de programa de entrenamiento para desarrollar virtudes cívicas o humanas. El argumento de Mill a favor del gobierno representativo adopta esta forma: si el pueblo no puede

participar en el gobierno, no tendrá incentivo para el empleo público de sus facultades, y languidecerá en la indolencia moral e intelectual. Por el contrario, la participación favorece la elocuencia, la habilidad retórica, la empatía, la cortesía, la imaginación y la capacidad de razonar. Pero esta justificación no puede sostenerse por sí sola. Requiere de argumentos acerca de por qué la gente ha de tener buenas razones para pensar que discutir los temas antes de votarlos es conveniente pues produce mejores resultados. Muchos ensayos de teoría política sobre la democracia deliberativa han hecho justificaciones análogas: convierte a los individuos en mejores ciudadanos y personas, incrementa en la gente el sentido de comunidad y destinos compartidos... Pero esto no parece evidente, ni empírica ni conceptualmente.

Los argumentos anteriores son de tipo consecuencialista: o mejores decisiones, o efectos secundarios convenientes... Algunos dicen que es lo moralmente correcto. Manin propone un argumento deontológico de este tipo: la fuente de legitimidad de las decisiones políticas no es la voluntad predeterminada de los individuos –como en la votación– sino el proceso mediante el cual se configura, o sea, la propia deliberación. Del hecho de que las decisiones políticas son vinculantes para todos, se concluye que todos deben tener derecho a participar para que la decisión sea legítima. Y como no llegamos al foro con voluntades predeterminadas, sino que debemos sopesar razones y argumentos para tomar una decisión, la participación debe incluir la deliberación para legitimar decisiones. Pero, ¿por qué la deliberación debe ser colectiva y no individual? Si no hay deliberación pública, los perdedores no sabrían por qué han sido derrotados en una votación, no sabrían cuáles han sido los argumentos que se han considerado más justificables. Además, en la deliberación entran en juego cualidades humanas esenciales para nuestro ser político: la facultad de comparar y evaluar diferentes razones.

¿Qué es lo que se gana o se pierde al elegir entre discusión o deliberación? En realidad, la deliberación alude a una clase especial de discusión –que implica la seria y atenta ponderación de razones a favor y en contra de alguna propuesta–, o bien a un proceso interior en virtud del cual un individuo sopesa razones a favor y en contra de determinados cursos de acción. Por el contrario, una discusión no precisa ser cuidadosa, seria o razonada; mientras tiene sentido decir «deliberaré sobre el tema», no tiene sentido decir «discutí el asunto conmigo mismo». Pero, ¿cuáles son las razones para elegir uno u otro camino?

Los teóricos de la democracia deliberativa promueven la deliberación pública, y no la meramente privada. Si la deliberación pública es un subconjunto de la discusión pública, entonces los argumentos que explican por qué un grupo discutiría los temas antes de tomar una decisión política deberían ser válidos también para explicar por qué querrían deliberar.

## 11

Los defensores de la democracia deliberativa han atribuido a los procesos de negociación ser el marco del engaño, las amenazas y la transacción engañosa –mediante sus estrategias de manipulación de las percepciones y los modelos de sumisión– frente a los valores de verdad, reconocimiento y comprensión de los marcos diseñados por los procesos argumentativos. Tal dicotomía creo que ofrece una falsa descripción de la realidad: una cosa es imponer un acuerdo y otra bien distinta es negociarlo. Una cosa es sostener que la amenaza es una estrategia importante en un proceso de negociación, y otra distinta es pensar que la negociación es el escenario infernal de las amenazas y contra amenazas, como si éstas fueran el elemento definitorio e identitario de cualquier proceso negociador. En la negociación hay amenazas, pero no son el único fundamento del proceso. Las amenazas son reglas de respuesta que implican un castigo a la otra parte si no hace o deja de hacer una determinada acción. Pero, en todo caso, la amenaza es una jugada estratégica condicional mediante la cual se pretende inducir o disuadir un determinado comportamiento de la otra parte. No todas las reglas de respuesta que implican un castigo a la otra parte son propiamente amenazas estratégicas. El cumplimiento de las amenazas, en realidad, no está en el interés de quien las formula, a diferencia de las simples advertencias. Los simples avisos no persiguen una alteración estratégica de la estructura de incentivos, finalidad de las amenazas, no determinan un cambio de las expectativas de los otros sobre las acciones futuras de uno mismo. La función de las advertencias es meramente informativa, mientras que la formulación de las amenazas nos proporciona ventajas estratégicas. La amenaza estratégica, al modificar la estructura de incentivos preexistente, determina necesariamente un cambio en las expectativas de los otros acerca de nuestras acciones futuras y nos suministra un poder de inducción o disuasión del que carecíamos antes de comprometernos con la regla de respuesta. (Véase Font, 2005).

Las amenazas no excluyen los argumentos. No son incompatibles. En un proceso negociador hay argumentos y amenazas. Incluso, hay modelos de negociación (Fisher/Ury, 1993) en los que la argumentación basada en principios juega el papel primordial. Todos estos modelos defienden estrategias integradoras de creación de valor frente a la confrontación posicional: su objetivo es generar mejoras paretianas, esto es, encontrar combinaciones que incrementen el grado de satisfacción de intereses de uno o más negociadores sin disminuir el grado de satisfacción de otro.

En todo proceso argumentativo tratamos de obtener conclusiones mediante razonamientos correctos. Los errores lógicos en las inferencias y las falacias son considerados fallos en la argumentación, por lo que tratar de convencer mediante estrategias engañosas (falacias) o

cometiendo errores no es admisible en los procesos deliberativos. En las negociaciones también cuidamos la corrección de nuestros razonamientos, pero éste no es nuestro único mecanismo para resolver un conflicto. Hay diferencias entre los dos procesos, aparte del uso de las amenazas: en los procesos de negociación, a diferencia de las deliberaciones, es razonable establecer límites temporales, transcurridos los cuales debe fijarse un acuerdo; además, un proceso negociador puede concluir, dentro de los límites de la zona de posible acuerdo, mediante procedimientos como el sorteo, siendo tal circunstancia totalmente absurda después de una argumentación; por último, en las negociaciones el futuro juega un papel primordial para definir el presente, el saber «qué pasa si no llegamos a un acuerdo» es importante a la hora de evaluar cuál es el papel que ocupa un negociador. La perspectiva de ausencia de soluciones en los procesos deliberativos es irrelevante. Todo esto nos lleva a concluir (Calvo, 2004) que el elemento primordial de la deliberación está en el propio proceso, mientras que en la negociación está en el resultado de ese proceso.

Y esta diferencia estructural es importante para determinar la relevancia que tienen las amenazas y los argumentos en ambos procesos. La negociación sin argumentación se transforma en una mera imposición de acuerdos. La negociación sin amenazas se transforma en deliberación. La negociación es equidistante de la pesadilla del infierno de las amenazas y del noble sueño del paraíso de las razones. El caso más relevante de *demonización* de la negociación nos lo suministra el modelo de la negociación distributiva, es decir, la negociación que no trata de aumentar el tamaño del pastel sino tan sólo distribuir el objeto del conflicto: la propuesta de resolución sólo intentará fijar qué porcentaje de objeto o atributo corresponderá a alguno de los actores según los objetivos manifestados por ellos. Los actores no tratan de modificar los términos de su relación social ni aumentar el objeto de la negociación, sino proceder a su distribución negociada. Precisamente, el problema de los modelos distributivos es que por definición pretenden operar en la resolución sin modificar el objeto y los objetivos de los actores: no permiten crear valor porque para hacerlo hay que salir del propio modelo. Además, según los críticos de este modelo (por ejemplo, Peppet/Tullumello, 2003), la actitud implacable de las estrategias distributivas desperdician innecesariamente mucho tiempo y muchos recursos, ya que potencian la presión sobre los contrincantes y justifican la ocultación de información relevante para la óptima resolución del conflicto. La caricatura de los modelos distributivos es obvia: los negociadores son sujetos que tratan de maximizar sus pretensiones sin utilizar apenas los argumentos, sin tener en cuenta al otro jugador y operan sobre la amenaza y el engaño como únicas herramientas para resolver una mejor distribución a su favor. ¿Se puede ser más torpe desde el punto de vista de una estrategia negociadora en la que, no se olvide, *dependemos* de la otra parte para obtener nuestro mejor objetivo, es decir, algo que mejora nuestro valor de reserva?

En realidad, en cualquier negociación distributiva no se excluye la argumentación: para defender un determinado porcentaje en la distribución hay que aducir razones y argumentos, se tiene que tener en cuenta la diferencia entre lo que *yo quiero* y lo que *puedo tener*, y se debe ser consciente de la necesidad de ceder para alcanzar un acuerdo. Todo esto forma parte de un proceso en el que las razones y los argumentos juegan un papel importante y se aleja del modelo del maximizador depredador que caricaturizan algunos críticos. El negociador implacable debe analizar minuciosamente el escenario de la negociación y las razones que justifican su valor de reserva: no hay que olvidar que puede haber negociación cuando existe una situación de interdependencia estratégica, y esto quiere decir que nuestro mejor resultado no depende únicamente de nuestras decisiones o elecciones sino también de las elecciones o decisiones que adopte otra persona que también persigue un objetivo propio y que a su vez depende de nosotros para obtenerlo. De manera que la condición necesaria para que una situación pueda ser gestionada mediante la negociación es que exista interdependencia, y esta circunstancia exige presentar argumentos y razones estratégicas.

A menudo se dice que una de las virtudes más relevantes de los modelos deliberativos respecto de los modelos negociadores es la publicidad y transparencia de los primeros frente a la ocultación de información de los segundos. La falta de información menoscaba la capacidad argumentativa y los modelos distributivos la ocultan con el fin de maximizar sus resultados. ¿Pero, funciona así la gestión del *valor de reserva* en las negociaciones distributivas? El valor de reserva se define como la utilidad estimada de la mejor alternativa que uno tiene en caso de desacuerdo. Determina el punto de indiferencia entre el acuerdo y el desacuerdo. En consecuencia, dada su función estratégica en el comportamiento de los procesos de negociación, el contenido del valor de reserva suele estar sujeto a filtraciones manipuladas. Si la otra parte sobrevalora nuestro valor de reserva, la mejor estrategia consiste en no sacarla de su error, porque esa percepción del otro favorece nuestra superioridad estratégica. En cambio, si la otra parte minusvalora nuestro valor de reserva, debemos sacarla cuanto antes de su error, mostrándole de manera directa o indirecta su valor superior. Es decir, la opacidad del valor de reserva es precisamente un recurso argumentativo estratégico.

En la mayor parte de las asambleas o instituciones deliberativas, como los parlamentos, los tribunales de justicia o los claustros universitarios, es posible llegar a acuerdos sin tener necesariamente que estar conforme con los fundamentos teóricos que justifican el contenido de

tales compromisos. Además, es perfectamente legítimo que quienes participan en la política puedan llegar a acuerdos sobre pretensiones morales que sean absolutamente gratuitas, es decir, no indispensables para la resolución de los conflictos. Los llamados por Cass. S. Sunstein «*incompletely theorized agreements*» cumplen un importante papel en las sociedades democráticas con convicciones morales plurales en las que se manifiestan a menudo numerosos conflictos. Como complemento de estos acuerdos con justificación incompleta el papel que cumple el silencio sobre cuestiones básicas promueve la convergencia entre posiciones heterogéneas. Tal idea favorece la deliberación y la tolerancia, la estabilidad social y el respeto mutuo, mecanismos fundamentales para resolver conflictos y llegar a acuerdos, mucho más interesantes en las sociedades plurales que algunos de los mecanismos que se derivan de las ideas del contrato social y de la sociedad justa ideal. Esto pone de manifiesto que no hay fronteras infranqueables entre la argumentación y la negociación, y que el uso estratégico de los argumentos y los intereses justificados por principios no categóricos a veces circula por la misma senda.

Hay muchos ejemplos que demuestran cómo es posible llegar a acuerdos sin estarlo sobre su justificación. A veces se converge en los resultados, sin necesidad de converger en las razones para tomar esa decisión. Sobre la protección de las especies en peligro, la necesidad de la seguridad social, la protección del medio ambiente, la despenalización del aborto y la eutanasia, y la regulación de la clonación, por ejemplo, se puede llegar a compromisos sin necesidad de suscribir los fundamentos de tales creencias. Como señala Sunstein, hay ciertos casos límite, como serían los de concreción plena (*full particularity*) en los que hay acuerdo en la solución pero no hay ninguna reflexión teórica sobre la misma –algunas veces, los acuerdos de un jurado se basan más en la intuición que en el análisis– y estos no nos interesan. Me centraré en los compromisos que son acompañados por una reflexión teórica basada en principios derrotables.

Si desde el punto de vista moral, político y jurídico los juicios que hacemos pueden ser correctos incluso si son defendidos por quienes no ofrecen teoría alguna que los fundamente, desde el punto de vista epistemológico esta posición es todavía más frecuente: «People can know that x is true without entirely knowing why is true» (Sunstein, 1999, p. 126). No podríamos vivir ni decidir con eficacia si no aceptáramos verdades evidentes sin necesidad de recurrir a sus fundamentos.

Sunstein sostiene que los dos métodos más importantes de resolución de conflictos sin necesidad de lograr un acuerdo sobre sus fundamentos lo proporcionan las reglas y la analogía. Estos dos mecanismos hacen posible la obtención de un acuerdo cuando el acuerdo es necesario, y hacen innecesaria la obtención de un acuerdo cuando el acuerdo es imposible. Esto es habitual en el ámbito del derecho, donde muchas de las discusiones doctrinales acerca de las teorías que justifi-

can determinadas prácticas institucionales impiden llegar a acuerdos necesarios para la resolución de conflictos específicos.

Un ejemplo nos lo proporciona la justificación moral del castigo: en muchas ocasiones, para decidir un caso concreto, es absolutamente indiferente la elección entre un punto de vista retributivo o disuasorio, entre la idea del merecimiento o la de la utilidad. Es verdad que la discusión entre retribucionistas y consecuencialistas tiene una larga historia, y que la defensa de uno de estos dos puntos de vista puede informar de manera distinta la filosofía penal de una comunidad. Pero también es cierto que los preámbulos doctrinales de las leyes a veces son contradictorios con su reglamentación específica, y, sobre todo, con los resultados de determinadas políticas criminales. En este sentido, la referencia a reglas y analogías resuelve numerosos problemas prácticos, sin necesidad de tener que acudir a largos e improductivos debates sobre los fundamentos de las decisiones que se han de tomar. El recurso a la analogía permite llegar a acuerdos sobre la base de la similitud sin tener que estar de acuerdo sobre la razón que fundamenta esta similitud. Por ejemplo, la discriminación sexual es similar a la discriminación racial, y las dos han de ser tratadas de la misma manera, incluso si se discrepa de la teoría general que califica de inaceptable cualquier forma de discriminación.

Los magistrados que forman parte de los tribunales deben justificar a menudo sus opiniones en público, pero también los usos constructivos del silencio pueden favorecer los acuerdos cuando las decisiones son colegiadas y reducir considerablemente la controversia y la discrepancia. Cuando la opinión mayoritaria es visible, el juez discrepante puede elevar su voto particular, pero también puede rentabilizar su silencio en aras del mutuo respeto y la reciprocidad que, en alguna otra ocasión futura, podrá beneficiarle. Además, si las teorías de alto nivel de abstracción son necesarias en la política democrática y en la formulación por parte del legislador de las diferentes políticas públicas, el uso de teorías de largo alcance por parte de los tribunales puede ser causa de importantes problemas y contribuir a la confusión entre su propio papel y el del legislador.

El modelo antitético a la idea del valor pragmático de los acuerdos sin fundamento teórico lo representa Dworkin, para quien el proceso de adjudicación por parte de los jueces y su idea del derecho como integridad hace situar a los tribunales como protagonistas de un proceso auto-consciente de alto nivel teórico en el que la formulación de un compromiso por determinado resultado exige una ingente labor de abstracción.

La idea de una convergencia en los resultados particulares sin necesidad de un fundamento teórico se parece a la idea del consenso superpuesto de John Rawls. Ambas ideas versan sobre la estabilidad y el acuerdo social en el marco de distintos puntos de vista comprensivos. Pero los dos conceptos son diferentes: la idea de los acuerdos sin teoría justificativa responde al problema de cómo buscar acuerdos

sobre resultados particulares basados en principios de bajo nivel de abstracción, mientras que el concepto de Rawls responde al problema de cómo y a pesar de los desacuerdos de la gente sobre visiones comprensivas pueden llegar a lograr acuerdos sobre determinadas abstracciones políticas y usar esos acuerdos para determinados propósitos políticos. Las dos ideas comparten el propósito de producir estabilidad social y un grado de dependencia mutua entre personas que difieren sobre asuntos fundamentales. Pero un objetivo de los acuerdos sin teoría es obtener consenso sobre un juicio particular entre personas que no quieren decidir cuestiones indeterminadas en el ámbito de la filosofía política, como podría ser la discusión entre el liberalismo y el perfeccionismo u otras alternativas. Los razonamientos y los juicios en el derecho y la política mantienen una relación similar con la filosofía política que la de los propios juicios de la filosofía política con las cuestiones metafísicas. Del mismo modo que para Rawls la filosofía política no debería tomar partido en cuestiones metafísicas, los abogados y los jueces deberían alcanzar acuerdos sin necesidad de resolver cuestiones abstractas vinculadas a problemas filosófico-políticos. En una sociedad liberal comprometida en organizar la convivencia en un clima de mutuo respeto entre personas con diferentes puntos de vista, la estrategia de Rawls puede producir cierta confusión y limitaciones. Los participantes en una sociedad política liberal a menudo buscan más bien acuerdos sobre lo que hay que hacer que sobre cómo hay que pensar acerca de ellos. Cuando llegan a esos acuerdos desde diferentes puntos de vista, pueden promover los objetivos liberales en un modo que tiene diferentes ventajas. (Sunstein, 1996).

En todo caso, como ha sostenido Gray (Gray, 2001), la tarea de la filosofía política no sería tanto la de construir un fundamento para la práctica, sino volver a la práctica con menos ilusiones. Esto significa abandonar la pretensión de que las teorías de la justicia y los derechos pueden librarnos de las ironías y las mezquindades de la política. Las virtudes argumentativas de los consensos racionales nunca podrán librarnos de las patologías y limitaciones de las negociaciones distributivas. Y si la negociación es inevitable, los ciudadanos responsables deberían conocer sus estrategias y escenarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- CALVO, R. (2004), *Entre ángeles y demonios anda el juego*, La Trama, Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos.
- COHEN, J. (1989), *Deliberation and democratic legitimacy*, en Hamlin/Pettit, «The Good Polity», Oxford, Basil Blackwell.
- ELSTER, J. (1986) *The market and the forum*, en Elster/Hylland, «Foundations of social choice theory».
- (1991a) *El cemento de la sociedad*, Gedisa.

- ELSTER, J. (1991b) *Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante*, Working Paper, [www.geocities.com/hmelberg/elster/](http://www.geocities.com/hmelberg/elster/)
- (1995) *Strategic uses of argument*, en Arrow, K. (eds.) «Barriers to conflict resolution», New York, Norton.
- (2001), *La deliberación y los procesos de creación constitucional*, en «Democracia deliberativa», Gedisa.
- (2002), *Alquimias de la mente*, Paidós.
- ENTELMAN, R. (2002), *Teoría de conflictos*, Gedisa.
- FEARON, J. D. (2001), *La deliberación como discusión*, en «La democracia deliberativa», J. Elster (ed.), Gedisa.
- FONT, A. (2005), *Curso de negociación estratégica*, UOC.
- GAMBETTA, D. (2001), *¡Claro! Ensayo sobre el machismo discursivo*, en Elster (ed.), «La democracia deliberativa», Gedisa.
- GRAY, M. (2001), *Las dos caras del liberalismo*, Gedisa.
- GUTMANN, A. (1989), *The challenge of multiculturalism*, en Hamlin/Pettit, «The Good Polity», Oxford, Basil Blackwell.
- HAMPSHIRE, S. (2002), *La justicia es conflicto*, Siglo XXI.
- JOHNSON, J. (2001), *Argumentos a favor de la deliberación. Algunas consideraciones escépticas*, en «La democracia deliberativa», J. Elster (ed.), Gedisa..
- MARTÍ, J. L. (2006), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons.
- OVEJERO, F. (2002), *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*. Paidós.
- PEPPE/TULLUMELLO (2005), *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos*, Gedisa
- PRZEWORSKI, A. (2001), *Deliberación y dominación ideológica*, en «La democracia deliberativa», J. Elster (ed), Gedisa.
- PUCKI, L. M./WEYRAUCH, W. O. (2000), *A theory of legal strategy*, Duke Law Journal, vol. 49, n.º6.
- SHELLING, T. (1963), *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press
- STOKES, S. C.(2001), *Patologías de la deliberación*, en «La democracia deliberativa», J. Elster (ed.), Gedisa.
- SUNSTEIN, C. (1993), *Democracy ante problem of free speech*, New York, Free Press.
- (1996), *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press.
- (1999), *Agreement without theory*, en «Deliberative Politics», Stephen Macedo (ed.), Oxford University Press.
- (1995), *Incompleted theorized agreements*, Harvard Law Review, pp. 1733-1772.
- WALDRON, J. (2005) *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.



**Quinta sesión plenaria**  
**LIBERTAD RELIGIOSA**



## Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española

Por ANDRÉS OLLERO TASSARA  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Por laicismo habría que entender un diseño del Estado como absolutamente ajeno al fenómeno religioso. Su actitud sería más de no contaminación que de indiferencia o de auténtica neutralidad. Esa tajante separación, que reenvía toda convicción religiosa al ámbito íntimo de la conciencia individual, puede acabar resultando, más que neutra, neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público. Su versión patológica llevaría incluso a una posible discriminación por razón de religión. Determinadas propuestas pueden acabar viéndose descalificadas como «confesionales» por el simple hecho de que encuentren acogida en la doctrina o la moral de alguna de las religiones libremente practicadas por los ciudadanos. Nada más opuesto a la laicidad que «enclaustrar» determinados problemas civiles, al considerar que la preocupación por ellos denotaría una indebida injerencia de lo sagrado en el ámbito público.

La Constitución española de 1978 no contiene, ni en su preámbulo ni en su texto articulado referencia expresa alguna a Dios. ¿Hemos de derivar de ello que por esa razón por lo que configura un Estado laico? No es posible ofrecer una respuesta adecuada sin cumplir un doble requisito: ahondar en su regulación de los derechos y libertades fundamentales y determinar qué habríamos de entender por «laico». Este calificativo puede, en efecto, reenviar a planteamientos tan diversos entre sí como la laicidad o el laicismo. De ello me he ocupado ya en más de una ocasión<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> España ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional Civitas, Madrid, 2005.

—también en el contexto de estudios europeos<sup>2</sup>— así como he analizado el argumentario básico en torno al que este debate acaba discutiendo<sup>3</sup>.

Ya el arranque del artículo 16.1 CE descarta toda óptica laicista: «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades». Se desborda un planteamiento individualista, que identificaría la libertad religiosa con la mera libertad de conciencia, sin contemplar su posible proyección colectiva y pública. Se garantiza pues un ámbito de libertad y una esfera de «agere licere», con plena inmunidad de coacción, sin que su despliegue deba soportar «más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Se asume a la vez implícitamente un neto elemento de laicidad: el reconocimiento de la autonomía de lo temporal, al garantizarse unos contenidos ético-jurídicos considerados de «orden público», por encima de cualquier peculiaridad confesional. Tales contenidos incluyen, como es bien sabido, el núcleo esencial de los derechos fundamentales, yendo más allá de una dimensión circunscrita al no entorpecimiento físico de los espacios públicos. Ilustrativa al respecto resultaría la situación provocada ante la convocatoria de una concentración dominical en la plaza de la Basílica de Candelaria del municipio canario del mismo nombre, en apoyo al pueblo saharauí. El convocante rechazará todo condicionamiento que no derive de «razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes». Tal previsión no justificaría, a su juicio, la prohibición de recurrir al «uso de la megafonía» que se le había impuesto, «durante la celebración de diversos actos litúrgicos previstos en la basílica adyacente al lugar de la reunión».

El Tribunal Constitucional la considerará, sin embargo, «una limitación adecuada y necesaria para la preservación de otro derecho fundamental», en cuya previsión se «observó igualmente las exigencias de proporcionalidad», al no comprometer «el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente» de la libertad religiosa<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Statement zur Religionsfreiheit aus der Sicht des spanischen Verfassungsrechts en *Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich* KLAUS STERN, PETER J. TETTINGER (eds.) Berliner Wissenschaft-Verlag, Berlin, 2005, pp. 201-205.

Religionsfreiheit aus spanischer Perspektive en *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta* (herausgegeben von Peter J. Tettinger und Klaus Stern), Verlag C.H. Beck, München, 2006, pp. 334-344. Religionsfreiheit und Laizismus in Spanien en *Praktyczne i teoretyczne aspekty prawa konstytucyjnego* (Bogusław Banaszak y Michał Bernaczyk eds.) Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław, 2006, pp. 197-205.

<sup>3</sup> Un Estado laico. Apuntes para un léxico argumental, a modo de introducción «Persona y Derecho» (Pamplona) 2005 (53), pp. 21-53.

<sup>4</sup> No aprecia, por el contrario, lo mismo respecto a otras limitaciones impuestas por la autoridad gubernativa relativas al espacio físico, como la posible instalación de

En consecuencia, no cabrá justificar por motivos religiosos actividades lesivas de derechos fundamentales. Valga la tópica alusión a los sacrificios humanos o la más reciente a la ablación genital femenina... El «orden público» marca ese límite de lo intolerable que acompaña a todas las teorías clásicas de la tolerancia<sup>5</sup>.

A ello es preciso añadir lo que la jurisprudencia constitucional ha caracterizado respectivamente como dimensiones «negativa» y «externa» de la libertad ideológica y religiosa. La primera se refleja en el artículo 16.2, que rechaza toda práctica inquisitorial: «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». Una de sus inmediatas consecuencias será una elemental exigencia de «laicidad». Para preservar un abierto pluralismo es preciso aceptar una doble realidad: no hay propuesta civil que no se fundamente directa o indirectamente en alguna convicción; ha de considerarse obviamente irrelevante que ésta tenga o no parentesco religioso.

Esto descarta la arraigada querencia laicista a suscribir un planteamiento un tanto maniqueo de las convicciones; sobre todo a la hora de proclamar el postulado de que no cabe imponer convicciones a los demás. Aparte de que parece obvio que la mayor parte de las normas jurídicas existen para lograr que alguien realice una conducta de cuya conveniencia no se muestra suficientemente convencido (sea apropiarse de lo ajeno, negarse a contribuir al procomún o incluso sembrar el terror para lograr objetivos políticos...), no hay fundamento alguno para dirigir tal consejo sólo a quienes no ocultan sus convicciones religiosas, como si los demás estuvieran menos convencidos de sus propios planteamientos<sup>6</sup>.

---

mesas, e incluso de una «jaima», lo que sí le llevará a otorgar amparo al convocante—STC 195/2003, de 27 de octubre, F. 7 y 8.

<sup>5</sup> Sobre ello nuestro trabajo *Tolerancia y verdad*, incluido en *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 71-112.

<sup>6</sup> HABERMAS, J., ha insistido en ello en su trabajo *La religión en la esfera pública*. Los presupuestos cognitivos para el «uso público de la razón» de los ciudadanos religiosos y seculares en *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 137, 144 y 155. «El Estado liberal que protege por igual a todas las formas de vida religiosa tiene que eximir a los ciudadanos religiosos de la excesiva exigencia de efectuar en la propia esfera público-política una estricta separación entre las razones seculares y las religiosas, siempre y cuando esos ciudadanos lo perciban como una agresión a su identidad personal». «El Estado liberal incurre en una contradicción cuando imputa por igual a todos los ciudadanos un “ethos” político que distribuye de manera desigual las cargas cognitivas entre ellos. La estipulación de la traducibilidad de las razones religiosas y la precedencia institucional de que gozan las razones seculares sobre las religiosas exigen a los ciudadanos religiosos un esfuerzo de aprendizaje y de adaptación que se ahorran los ciudadanos seculares». La pregunta final resulta inevitable: «¿es la ciencia moderna una práctica que puede explicarse completamente por sí misma y comprenderse en sus propios términos y que determina performativamente la medida de todo lo verdadero y todo lo falso? ¿O puede más bien entenderse como resultado de una historia de la razón que incluye de manera esencial las religiones mundiales?».

Frente a la estrategia inquisitorial, que tiende a dar por supuesto que sólo los creyentes tienen convicciones susceptibles de acabar siendo impuestas a los demás, resulta claro que todos los ciudadanos tienen convicciones, merecedoras todas ellas de similar respeto. Ocasión de demostrarlo brindó la peculiar situación del objetor al servicio militar al que, tras alegar «motivos personales y éticos», se le pretendió negar la condición de objetor de conciencia «por no tratarse de objeción de carácter religioso».

El otorgamiento de amparo por el Tribunal Constitucional<sup>7</sup> se percibió precisamente como síntoma de laicidad, ya que los motivos religiosos habrían dejado de constituir un privilegio exclusivo, para situarnos en el ámbito de un Estado que respeta la proyección pública de la libertad de conciencia de sus ciudadanos, con independencia de cuál sea el fundamento último que ha generado la íntima convicción individual; con ello se evitaba toda discriminación entre motivos o alegaciones de carácter religioso y argumentos o motivos no religiosos.

Parece claro que aún resultaría más discriminatorio pretender descalificar en el debate civil a determinados ciudadanos sobre los que, pese a no recurrir a argumentos de orden religioso, se proyecta la inquisitorial sospecha de que puedan estar asumiéndolos como personal fundamento último de su legítima convicción. La existencia de magisterios confesionales no perturba el debate democrático, dado que cada ciudadano le reconoce con toda libertad la capacidad de vinculación que considera razonable. Si el recurso al argumento de autoridad es incompatible con un debate abierto, no lo sería menos un artificioso argumento de no-autoridad, destinado a descalificar propuestas por su presunta vinculación con elementos confesionales.

Fruto de esta obvia vinculación entre libertad religiosa y libertad de conciencia es un pasaje olvidado del trámite constituyente: la propuesta, dentro del actual artículo 16, de un epígrafe 4 destinado a la objeción de conciencia. Formulada en el Senado, el consenso trabajosamente restablecido no aconsejó reabrir artículos tan delicados.

No han faltado oportunidades para dar paso a esa fórmula de excepción, capaz de flexibilizar la contradicción entre la norma en vigor y las personales exigencias éticas. La más dramática, sin duda, fue la suscitada por la negativa de unos Testigos de Jehová a autorizar una transfusión de sangre, imprescindible para su hijo de trece años, aquejado de una posible leucemia. Firmes siempre en su actitud, no se opusieron a que las instituciones sanitarias, con el debido apoyo judicial, asumieran las responsabilidades que considerasen obligadas. Su comportamiento cumplió los criterios tradicionalmente propuestos por los moralistas para afrontar la llamada cooperación al mal. El problema se complica cuando, al pretender finalmente los médicos intervenir con la preceptiva autorización judicial, es el propio menor el que

---

<sup>7</sup> STC 15/1982, de 23 de abril; cfr. A.1 y 2.

rechaza tal posibilidad, en términos de crispación tales como para hacerles desistir.

Tras muchas idas y venidas, el menor había acabado teniendo tardío acceso a la intervención requerida y fallece. Los padres fueron condenados penalmente por homicidio, en su modalidad de comisión por omisión, aunque no dejara de apreciarse una muy cualificada atenuante de obcecación. El Tribunal Constitucional, pese a tratarse de un recurso de amparo, decidió significativamente abordar la cuestión en Pleno.

Se plantea la relevancia de la actitud del menor, dado que el propio Código Penal admite que una relación sexual mantenida con jóvenes de doce años pueda considerarse consentida. Lo considera sin ninguna duda titular ya del derecho a la libertad religiosa. Igualmente analiza si los deberes derivados de la patria potestad obligaban a los padres bien a disuadir a su hijo –en flagrante contradicción con sus propias convicciones y con las que a él mismo le inculcaron–, o bien a autorizar personalmente la transfusión, de modo similarmente contradictorio. La conclusión será que «los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales». La actitud de los padres, por tanto, «se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa», que habrá que entender vulnerada por la sentencia condenatoria del Supremo<sup>8</sup>.

Sin perjuicio de que en el ámbito interno las religiones puedan –o incluso deban– llegar a ser algo más que ideologías, resulta indudable que en el ámbito público no deben verse peor tratadas que cualquiera de ellas. La Constitución española comienza por emparejar «libertad ideológica, religiosa y de culto», cerrando así el paso a la dicotomía laicista: remitir a lo privado la religión y el culto, reservando el escenario público sólo para un contraste entre ideologías libres de toda sospecha. Nada más ajeno a la laicidad que convertir al laicismo en religión civil...

Por otra parte, la equiparación con la libertad ideológica refuerza una visión positiva del hecho religioso en la vida social. La propuesta de una sociedad sin presencia pública de ideologías, no sólo no produciría particulares entusiasmos, sino que sería con toda razón considerada como una ideología más, particularmente rechazable.

Pero lo que sin duda llevará a desechar toda interpretación laicista será el epígrafe tercero. Este arranca de lo que el tribunal califica como «laicidad positiva», de modo tan reiterado<sup>9</sup> como dudosamente afortunado; la expresa en efecto en términos negativos, como «aconfesionalidad»: «ninguna confesión tendrá carácter estatal». Cuando la laicidad auténticamente «positiva» entra en escena es en realidad con el mandato incluido en la frase siguiente: «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y manten-

<sup>8</sup> STC 154/2002, de 18 de julio, F. 15.

<sup>9</sup> SSTC 46/2001 F. 4, 128/2001 F. 2, *in fine*, 154/2002 F. 6 y 101/2004, F. 3.

drán las consiguientes relaciones de cooperación con la iglesia católica y las demás confesiones».

Se nos dice, en concreto, que «el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (...) considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales»<sup>10</sup>. Que se califique como positiva una laicidad marcada por el principio de cooperación deja traslucir el rechazo a otra laicidad negativa –o, al menos, formulada en términos negativos–, que vendría marcada por esa separación que el laicismo considera innegociable.

Nos encontramos, pues, ante un Estado que se compromete a ser neutral, pero a la vez se reconoce al servicio de una sociedad que no es neutra ni, en la medida en que se respete su pluralismo, tiene por qué verse neutralizada. Esto modifica el planteamiento decimonónico de la laicidad, que la entendía como una declaración estatal de agnosticismo, indiferentismo o ateísmo. Ahora el Estado actúa laicamente al considerar lo religioso exclusivamente como factor social específico. Ello resulta compatible con un fomento de carácter positivo, que llevaría a aplicar al factor religioso un «favor iuris» similar al que se da al arte, el ahorro, la investigación, el deporte, etc.

A la ahora de abordar qué cabe entender por laicidad, parece interesante recordar cómo, en algunos idiomas, «laico» («laie», en alemán) se presenta como sinónimo de profano: en una acepción por la que con tal término se identifica al ciudadano de a pie, alejado por ello de los especialistas en saberes que no se hallan al alcance del común de los mortales. Así entendido, laico sería el ciudadano titular de derechos, y no mero receptor pasivo de las decisiones de los representantes institucionales de turno; sean éstos los que integran la jerarquía de su confesión o los que transitoriamente ejercen la del Estado.

Una laicidad positiva, con contenido propio, encuentra su más acentuado contratipo en cualquier actitud clasificable como «clerical»; tanto en la dimensión política de las relaciones confesión-Estado, como en la dimensión eclesial de las relaciones jerarquía-fieles. Un síntoma claro de clericalismo (eclesial o civil, tanto da) es pretender derivar la cuestión que nos ocupa hacia un mero problema político de relación ente el Gobierno y las iglesias, en vez de situar su centro de gravedad en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales por parte del ciudadano. Clericalismos aparte, el Estado será en realidad laico cuando permita al ciudadano serlo, situando en consecuencia en el centro del problema el libre ejercicio de sus derechos. Dejará de serlo –por confesional o por laicista– cuando el Estado se empeñe

---

<sup>10</sup> STC 46/2001, F. 4.

en imponer a los súbditos un particular y especializado punto de vista, derivado de su particular modo de organizar las relaciones con las confesiones religiosas: o sea, una versión más de viejo «*cuius regio eius religio*»; aunque quizá en versión laicista, «*cuius regio eius non-religio*».

En resumen, la laicidad implica un triple ingrediente.

1. Los poderes públicos no sólo han de respetar las convicciones de los ciudadanos sino que no deben obstaculizar que éstas se vean adecuadamente ilustradas por la jerarquía de las confesiones a que pertenecen.

2. Los creyentes, formada con toda libertad su conciencia personal, han de renunciar en el ámbito público a todo argumento de autoridad; deben razonar en términos asequibles a cualquier ciudadano y sintiéndose ellos, antes que su propia jerarquía eclesial, personalmente responsables de la solución de todos los problemas suscitados por la convivencia social.

3. Los agnósticos o ateos no pueden tampoco ahorrarse esta necesaria argumentación sino que también han de aportarla. Ello implica renunciar a esgrimir un descalificador argumento de no-autoridad, que les llevaría a una inquisitorial caza de brujas sobre cuáles sean los fundamentos últimos de las propuestas de sus conciudadanos<sup>11</sup>.

Expresivas al respecto pueden resultar determinadas denuncias sobre la posible existencia de una «confesionalidad sociológica», detectada mediante una argumentación que parece afín a la doctrina de la «discriminación indirecta»<sup>12</sup>. La efectiva presencia social de elementos vinculados a la religión católica exigiría la puesta en marcha de una tarea reequilibradora.

A esa línea parece acogerse la trabajadora, conversa a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que reclama su presunto derecho a no beneficiarse de su día de descanso en domingo, por imponerle su reli-

---

<sup>11</sup> HABERMAS, J., pondrá en ello particular énfasis. «La intuición de los ciudadanos seculares de que viven en una sociedad postsecular que también está ajustada en sus actitudes epistémicas a la persistencia de las comunidades religiosas requiere más bien un cambio de mentalidad que no es menos cognitivamente exigente que la adaptación de la conciencia religiosa a los desafíos de un entorno que se seculariza cada vez más. Con arreglo a los criterios de la Ilustración que se cerciora críticamente de sus propias limitaciones, los ciudadanos seculares comprenden su falta de coincidencia con las concepciones religiosas como un desacuerdo con el que hay que contar razonablemente». «Esta presuposición cognitiva indica que la ética democrática de la ciudadanía, en la interpretación que yo he propuesto, sólo se les puede exigir razonablemente a todos los ciudadanos por igual cuando los ciudadanos religiosos y los seculares recorran procesos de aprendizaje complementarios». La religión en la esfera pública (*cit. nt.* 6), pp. 147-148.

<sup>12</sup> Hemos tenido ocasión de analizarla en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

gión la inactividad laboral desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Al solicitar que se declare nulo el despido de que fue objeto por inasistencia al trabajo, argumenta que, al haberse basado el Tribunal Central de Trabajo en el obligado respeto a lo suscrito por la «mayoría social», inevitablemente «se llega a una situación en la que la confesión más extendida en una sociedad se convierte en confesión estatal»<sup>13</sup>.

La laicidad cobra así de nuevo protagonismo. Resulta obvio que la posible conexión religiosa detectable en la originaria solución a un problema civil no obliga a rectificarla en un contexto secular. Ejemplifica, a la vez, la imposibilidad de llegar a resolver posibles discrepancias a través del logro de una inviable neutralidad de efectos. Una cosa es que los poderes públicos no deban adoptar medidas con el propósito de primar a una concepción ideológica o religiosa y otra, bien distinta, que puedan adoptarlas sin que alguna de ellas resulte más o menos favorecida por sus efectos.

Para el Tribunal Constitucional, la empresa no habría llevado a cabo, en contra del «principio de neutralidad», ninguna «acción coercitiva impeditiva de la práctica religiosa», aunque es obvio que a la trabajadora no le ha «posibilitado el cumplimiento de tales deberes. El que «el descanso semanal corresponda en España, como en los pueblos de civilización cristiana, al domingo» obedece sin duda a una tradición fruto de un mandato religioso, pero no por ello su permanencia implica el «mantenimiento de una institución con origen causal único religioso»; nos encontramos, a estas alturas, ante una «institución secular y laboral» vinculada a un día de la semana «consagrado por la tradición». No se trata pues de una «institución marcadamente religiosa», que pueda quedar «a la voluntad de una de las partes» por respetables que sean sus convicciones. Se ha elegido «el día tradicional y generalizado», con lo que, al coincidir con la jornada en que «vacan las oficinas públicas, los centros escolares, etc., se facilita mejor el cumplimiento de los objetivos del descanso»<sup>14</sup>.

La inclusión de la referencia expresa a la iglesia católica había provocado, en efecto, uno de los momentos más discutidos del delicado consenso entre los constituyentes, superado gracias a un displicente apoyo de los diputados comunistas frente a la beligerancia de los socialistas<sup>15</sup>. El alcance de dicha cooperación y las posibles consecuencias discriminatorias respecto a confesiones minoritarias quedaban abiertas a la experiencia posterior. El Estado español firma en

---

<sup>13</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero, A.2, C) y E).

<sup>14</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero, F. 1, 2, 4 y 5).

<sup>15</sup> Cfr. sobre la modificación del anteproyecto -Constitución Española. Trabajos parlamentarios Cortes Generales, Madrid, 1980, t. I, pp. 10, 396, 146, 180, 183, 197, 242, 320, 485 y 515; sobre su debate en el Congreso, t. I, pp. 680, 719, 1020, 1027 y 1028; t. II, pp. 1885, 2046, 2052 y 2065; sobre las enmiendas y debate en el Senado, t. III, pp. 2677, 2792, 2839, 2854, 2910, 3222, 3224-3226 y 3230-3231; t. IV, pp. 4416-4418 y 4422.

enero de 1979 una gama de acuerdos con la Santa Sede, que se verán en 1992 acompañados por otros tres: los suscritos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comunidad Islámica.

Este mandato de cooperación mostrará su dimensión «positiva» al emparentar, en la literatura académica y en la jurisprudencia constitucional, con la dimensión promocional del artículo 9.2 CE, según el cual: «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas». Resulta relevante esta superación de la dimensión meramente «negativa», propia de la llamada primera generación de los derechos y libertades, de neta impronta liberal. Se ha resaltado que esto constituye una novedad, porque implica el reconocimiento de la religión, no sólo como un ámbito recluido en la conciencia individual, sino como un hecho social, colectivo y plural. Supone pues la toma en consideración de la realidad social como elemento vinculante para la actuación de los poderes públicos. Habría entrado en juego una laicidad positiva, que se caracterizaría por una actitud de cooperación, mientras que la meramente negativa implicaba sólo separación, indiferencia o distancia<sup>16</sup>.

Abierto este amplio campo de juego, llega el momento de plantearse los contornos del efectivo alcance de tal cooperación, lo que exige tener en cuenta tres aspectos:

- 1) el obligado respeto al mandato de no confesionalidad;
- 2) la necesidad de hacer compatible esta cooperación de los poderes públicos con la garantía de la libertad de conciencia de sus funcionarios;
- 3) la adecuada proporcionalidad en la cooperación prestada a unas y otras confesiones.

En cuanto al posible efecto discriminatorio que para otras confesiones pudiera derivar del trato reservado a la iglesia católica, será la regulación de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas la que precipite el debate<sup>17</sup>. Los diputados recurrentes consideran inconstitucional la existencia de un cuerpo funcional con tal cometido y aventuran que también lo sería, «por omisión», el que no se hubieran

---

<sup>16</sup> El propio Tribunal Constitucional levanta acta de que ahora «se exige a los poderes públicos una actitud positiva, desde una perspectiva que pudiéramos llamar asistencial o prestacional». STC 46/2001, F. 4.

<sup>17</sup> Con ocasión del recurso presentado por el Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley 4/1981 de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra. Su texto regulaba dichos extremos en relación a diversos profesionales no estrictamente militares, como los ingenieros aeronáuticos o los directores de música, así como los capellanes católicos, integrados también por aquel entonces en un específico cuerpo castrense.

previsto capellanías de otras confesiones. El razonamiento, en clave laicista, cobra visos de argumento «ad absurdum», al plantearse una cooperación tan igualitaria como prácticamente inviable; la proporcionalidad se plantea en tales términos que sólo podría verse satisfecha igualando neutralizadamente por abajo<sup>18</sup>.

El Tribunal Constitucional, sin voto discrepante alguno, constata que no hay trato discriminatorio, ya que «no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas»; sólo si ellas la reclamaran y el Estado «desoyera los requerimientos», podría darse tal vulneración<sup>19</sup>. La resolución cobra una particular relevancia, por haber abordado de modo directo el juego mutuo de libertad e igualdad. La respuesta no puede ser más neta: «el principio de igualdad es consecuencia del principio de libertad en esta materia»<sup>20</sup>.

En otros casos confluirán la no confesionalidad y las exigencias de la libertad religiosa de los funcionarios –primer y segundo aspecto que habíamos señalado– ante la proliferación de celebraciones en las que no es fácil discernir si se trata de ceremonias religiosas con participación militar o de actos castrenses de contenido religioso. ¿Nos hallamos aún ante perezosas secuelas de la vieja confesionalidad o ante legítimas muestras de cooperación? El Tribunal considera que «el artículo 16.3 no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza», a la vez que recuerda que deberá siempre «respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia»<sup>21</sup>.

La alusión a la neutralidad resulta particularmente relevante, dado que uno de los argumentos más socorridos del laicismo sería su presunta actitud neutral ante las diversas opciones religiosas, alejada de una parcialidad inevitablemente perturbadora. En un contexto de cooperación, sin embargo, lo neutral no puede identificarse con lo neutro; si se intentara acabaría revistiendo un inevitable efecto neutralizador. Se opta más bien por una libertad positivamente valorada, que no se sacrifica a una uniformadora igualdad.

---

<sup>18</sup> Años después, en voto particular se recogerá un significativo «obiter dictum», no contrapuesto a la postura de la mayoría: con el artículo 16 en España «no se instaura un Estado laico, en el sentido francés de la expresión», que considere que «todas las creencias, como manifestación de la íntima conciencia de la persona, son iguales y poseen idénticos derechos y obligaciones», voto particular del magistrado Jiménez de Parga, con tres adhesiones, a la STC 46/2001 del Pleno.

<sup>19</sup> STC 24/1982, F. 4.

<sup>20</sup> STC 24/1982, F. 1.

<sup>21</sup> Se insiste en ello en la posterior y más evasiva STC 101/2004. Asunto distinto, y que lleva a la paradójica desestimación del amparo, es que «no todo acto lesivo de un derecho fundamental es constitutivo de delito», por lo que aunque la autoridad militar «vulneró la vertiente negativa de su derecho fundamental a la libertad religiosa», no lo hizo necesariamente «mediante una conducta merecedora de sanción penal». STC 177/1996, F. 10 y 11.

No faltarán, sin embargo, minorías activas que intenten imponer el punto de vista contrario, presentando como panacea para el diálogo interconfesional un laicismo presuntamente neutral e igualitario. En realidad, el laicismo disfruta sólo de la dudosa neutralidad del cero; si se lo sitúa a la izquierda, confiere la poco envidiable condición de cero a la izquierda; mientras que, situado a la derecha, multiplica por diez, cien o mil... Ello empuja a la pretendida neutralidad hacia una inevitable querencia confesional, con lo que, lejos de facilitar el diálogo interconfesional, entra en escena una nueva confesión laicista que, para más inri, se autoconcede pacificadamente un monopolio público que la situaría por encima de todas las demás.

En el fondo, el problema gira en torno a la valoración positiva o negativa que se atribuya a lo religioso en su dimensión social. El laicista lo considera como un añadido artificial, inevitablemente perturbador, que priva de racionalidad y sosiego al debate público e introduce líneas de discurso basadas obligadamente en no asumibles argumentos de autoridad<sup>22</sup>.

Aun siendo la libertad religiosa un derecho particularmente vinculado a la persona, el laicismo se muestra paradójicamente más atento a su repercusión social; antepone obsesivamente igualdad a libertad, hasta el punto de convertir a ésta en públicamente irrelevante<sup>23</sup>. De ahí que la respuesta laicista acabe exigiendo una actitud más neutralizadora que neutra. La distinción entre actitud neutral y neutra resulta un eco de la que se ha establecido al recordar que no es lo mismo exigir al Estado una «neutralidad de propósitos», por la que «debe 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»; resultará imposible que su intervención deje de tener importantes consecuencias prácticas sobre la capacidad de cada doctrina de expandirse o ganar adeptos<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> HABERMAS, J., aborda de nuevo la cuestión: «en la medida en que los ciudadanos seculares estén convencidos de que las tradiciones religiosas y las comunidades de religión son, en cierto modo, una reliquia arcaica de las sociedades premodernas que continúa perviviendo en el momento presente, sólo podrán entender la libertad de religión como si fuera una variante cultural de la preservación natural de especies en vías de extinción. Desde su punto de vista, la religión ya no tiene ninguna justificación interna. Y el principio de separación entre la iglesia y el Estado ya sólo puede tener para ellos el significado laicista de un indiferentismo indulgente». La religión en la esfera pública (*cit. nt.* 6), pp. 146-147.

<sup>23</sup> De la prioridad de la igualdad sobre la libertad, propia de los puntos de partida laicistas, tuvimos ocasión de ocuparnos en *Christianisme, sécularisation et droit moderne: le débat de la loi espagnole de mariage civil de 1870 en Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno* (ed, por L. Lombardi-Vallauri y G. Dilcher) Giuffrè, Milano, 1981, t. II, pp. 1099-1140.

<sup>24</sup> Así lo plantea RAWLS, J., tras rechazar, por imposible, una neutralidad procedimental en el ámbito público. *El liberalismo político* (1993) Crítica, Barcelona, 1996, pp. 226-228.

Nadie parece considerar necesario explicar a qué nos referimos cuando hablamos de libertad ideológica, como tampoco parece nada problemático captar el alcance de la libertad religiosa. Sí parece obligado preguntarse si el pluralismo, como valor superior del ordenamiento, sería compatible con una forzada igualdad ideológica, que persiguiera una efectiva parificación de efectos entre las diversas propuestas en juego. Nada menos pluralista que una pluralidad planificada con garantizada igualdad final. Tampoco tendría paralelamente mayor sentido proponer una igualdad religiosa, capaz de garantizar una parificación de los efectos de la actuación de los poderes públicos sobre las diversas confesiones a las que los ciudadanos pueden libremente adherirse. La cooperación, como el pluralismo, no remite a una pluralidad planificada sino a un tener en cuenta las creencias profesadas por los ciudadanos, como expresión de su libre voluntad y con consecuencias previsiblemente desiguales.

Con el paso de la confesionalidad católica del régimen franquista al sistema de cooperación, la Constitución de 1978 se ha convertido en instrumento eficaz para una garantía y promoción de la libertad religiosa en un positivo ambiente de laicidad. No cabe afirmar que la iglesia católica, abrumadoramente mayoritaria en la sociedad española, haya sido la única beneficiaria, aunque sí se ha visto claramente excluida una interpretación laicista del texto constitucional, que perjudicaría a todas las confesiones.

La adecuada relación de los poderes públicos con las confesiones religiosas, para la que nuestro texto constitucional ofrece un marco particularmente positivo, no se ve –a mi juicio– cuestionada por la creciente interculturalidad que, como otros países europeos, experimentamos hoy. Los reparos brotan, más bien, de la interna escisión cultural alimentada desde la óptica laicista entre una Europa de raíz cristiana y otra que sólo habrá nacido cuando los poderes públicos consumaran una peculiar Ilustración negadora de sus propios orígenes. Eso explica que se pretenda encubrir, con extemporáneas actitudes de generosa tolerancia ante las prácticas religiosas ajenas, actitudes que en realidad se resisten a reconocer exigencias derivadas de su carácter de derecho fundamental. Algunos, si me permiten la broma, parecen haber logrado superar con no poca dificultad la rancia idea de que la religión es el opio del pueblo; pero no parecen capaces de ir más allá de una versión sin duda más indulgente: la religión habría de consumirse sin excesos y nunca en ámbitos públicos; como si se tratara del tabaco del pueblo...

# Libertad religiosa: ¿Es posible un diálogo laico con la Iglesia católica?

Por JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA  
Universidad de Zaragoza

## RESUMEN

*La ponencia, más reducida en este artículo, aborda diversos problemas principales que la situación especial de la Iglesia católica en España lleva consigo: a) critica los Acuerdos suscritos por el Estado español con el Vaticano (de manera simultánea a la promulgación de la Constitución española) que ubican a la Iglesia en una situación de privilegio y discriminación de las demás religiones; b) critica también la filosofía de la «superioridad» de la Iglesia, no sometida a ningún otro poder ni control jurisdiccional y fuente de los desequilibrios de cualquier pacto con esa entidad eclesial; c) precisa los conceptos: laico, laicismo y laicidad, y llama la atención sobre la lucha ideológica entablada actualmente por la Iglesia católica contra el laicismo que, sin embargo, hay que diferenciar del anticlericalismo; d) se opone a la postura oficial de la Iglesia católica española con respecto a la memoria de la sociedad civil, que quiere recluir entre la guerra civil y la transición democrática, con olvido completo de la dictadura de Franco y su responsabilidad en ese régimen teocrático y e) propugna otra actitud hacia el Islam diferente de su unilateral versión «yihadista» dada por Benedicto XVI en Ratisbona.*

Palabras clave: Acuerdos-Concordato, laico, laicidad-laicismo, anticlericalismo, cooperación, separación, neutralidad, memoria histórica, «yihadismo».

## ABSTRACT

*The communication, more reduced in this article, approaches diverse main problems that the special situation of the catholic Church in Spain takes with himself: a) criticizes the Agreements subscribed by the Spanish State with the Vatican (of simultaneous way to the promulgation of the Spanish Constitution) that locate to the Church in a privilege situation and discrimination of other religions; b) also criticizes the philosophy of the one Church, put under any other power nor jurisdictional control and source of the imbalances of any pact with that eclesial organization; c) does determine exactly the concepts: lay, laicism and «laïcité», and call the attention at the moment exceeds engaged ideological by the catholic Church against the laicism that, nevertheless, there is to differentiate from anticlericalism; d) is against to the official position of the Spanish catholic Church with respect to the memory of the civil society, that it loves to shut in between the Spanish Civil War and the democratic transition, with complete forgetfulness of the dictatorship of Franco and his responsibility in that theocratic regime and e) advocates another attitude towards the Islam different from its unilateral version «yihad» given by Benedicto XVI in Ratisbona.*

Key words: Agreements-«Concordato», lay, «laïcité-laicism», anticlericalism, cooperation, separation, neutrality, historical memory, Islam-«yihad».

SUMARIO: 1. UNA PERSPECTIVA LAICA.-2. ¿«LAICISMO INTELIGENTE»?  
3. DESACUERDOS SUSTANCIALES EN LA MEMORIA.-4. OTRO ISLAM.

### 1. UNA PERSPECTIVA LAICA

Esta intervención no pretende abarcar todos y cada uno de los problemas de la libertad religiosa en España<sup>1</sup>. Tampoco se aspira lógicamente a hablar aquí con los millones de seres que componen la Iglesia católica<sup>2</sup>. Por otro lado, la dificultad tradicional para reconocer los

<sup>1</sup> Ya he mostrado en diversas publicaciones mi identificación completa con el programa laico expuesto por MARTÍNEZ DE PISÓN, José María, en su *Constitución y libertad religiosa en España*, Prólogo de LACASTA ZABALZA, José Ignacio, Madrid, Dykinson/Universidad de La Rioja, Madrid, 2000. Libro que no es tenido en cuenta ni mentado (y esto no es un reproche sino una constatación) en la monografía de OLLERO, Andrés, *España: ¿Un Estado laico?. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005.

<sup>2</sup> Se han tomado, sin embargo, en consideración tres tipos de opiniones surgidas del catolicismo de hoy: a) algunas de Benedicto XVI y otras de la jerarquía episcopal (sobre todo las contenidas en el documento –que se cita reiteradamente– «Opiniones morales ante la situación actual en España»); b) las del laicado que propugna Andrés Ollero, aunque, a mi juicio, están en general consonancia con las anteriores; c) las de sectores de la Iglesia católica con los que comparto una misma o parecida idea del territorio *laico*, como algo libre, abierto a todas las opiniones filosóficas y religiosas

propios errores por parte de la Iglesia católica no es que facilite precisamente un diálogo dentro y fuera de la propia institución<sup>3</sup>.

¿Se puede hablar, pues, desde la defensa de la perspectiva del *Estado laico* con la jerarquía de la Iglesia católica? Porque la primera dificultad que surge para una comunicación sobre esto se sitúa en el uso del lenguaje. Si se recurre al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se ve que éste afirma sobre la voz *laico* que: «Dícese de la escuela o enseñanza en que se prescinde de la instrucción religiosa»<sup>4</sup>. Lo que no sucede cabalmente en España, pues hasta en las escuelas públicas hay enseñanza religiosa y en los nuevos planes de estudio también. Materia en la que el Gobierno español actual se ha mostrado bastante poco laico, según el Diccionario de nuestra propia lengua. Porque carece de tal virtud el acuerdo para que sea el Estado quien pague a los profesores de Religión y quede en manos de la Iglesia la capacidad de despedirlos<sup>5</sup>. Siempre que la voz *despedir* relativa a un empleo sea lo que indica el citado Diccionario sobre tal verbo: «Alejar, deponer a alguien de su cargo, prescindir de sus servicios»<sup>6</sup>. Ciertamente que el orden normativo español desde su cúspide puede ser bastante ambiguo y contradictorio, pues el artículo 27.5 de la Constitución concierne al derecho a la educación recoge diversas ideologías ya manifestadas en el proceso constituyente, que quedan en

---

desde el respeto a los derechos humanos (entre otros autores se citará a Hans Küng, Leonardo Boff y Juan José Tamayo).

<sup>3</sup> Como la autocrítica no es precisamente el fuerte de la Iglesia católica por diversos motivos, no estaría de más que de vez en cuando escuchase históricamente también la opinión de sus propias víctimas, como la del cristiano erasmista castellano Francisco de Enzinas (1518-1552), preso e interrogado por la Santa Inquisición: «En principio es imposible que quien ha sido instruido en una fe más pura pueda vivir en España sin riesgo grande de su vida. Nadie allí lee nunca los Evangelios, nadie puede proferir una sola palabra sobre la verdad de la religión. Todos ignoran de parte a parte qué significa el Evangelio, cómo opera la redención del Hijo de Dios, cuánto alcanza el favor que nos hizo Cristo, qué es la remisión de los pecados, que es la justificación por la fe. Sólo adoran al Papa de Roma como al Dios verdadero. Están dispuestos a salvar y defender a sangre y fuego sus leyes por más absurdas que sean. Piensan que no hay otra vida religiosa más que la monástica y la llaman “estado de perfección”». Santa Inquisición que poco tenía que ver con el humanismo y racionalismo de origen griego que impregnaba a los erasmistas, y así lo demuestra este sólido libro de ENZINAS, Francisco de, *Memorias*, Edición de SOCAS, Francisco, Madrid, Ediciones Clásicas, 1992, p. 300.

<sup>4</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 2 tomos, Madrid, Espasa-Calpe, Tomo II, 1999, pp. 1225.

<sup>5</sup> Que quienes propugnamos el laicismo institucional no empleamos el mismo léxico que la Iglesia católica, nos lo demuestra a lo vivo y reciente ROMERO CID, Modesto, Director del Secretariado de la Comisión Episcopal de Enseñanza. Para quien no hay despidos de las personas docentes de religión, sino un «número de profesores que los obispos han dejado de proponer». En cuanto a las indemnizaciones correspondientes de los profesores no propuestos fijadas por los Tribunales se trata de «deudas contraídas por el Estado y reconocidas por reiteradas sentencias dictadas a favor de los profesores que habían reclamado sus derechos». *El País*, 8 de diciembre de 2006, «Cartas al Director».

<sup>6</sup> Tomo I, p. 726.

una dimensión relativamente abstracta, desde donde el Tribunal Constitucional ha querido integrar en su jurisprudencia las proposiciones laicas y las defensoras de la enseñanza religiosa. Dentro de lo que Luis Prieto-Sanchís, así mismo buen conocedor del Derecho eclesiástico, ha calificado como verdadero «encaje de bolillos»<sup>7</sup>. Interpretaciones contrapuestas, y posibles, sobre la enseñanza religiosa en los centros docentes públicos a las que da lugar también el articulado (2.3 y núm. 3 del art. 2) de la vigente Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

Pero si se retorna al antes emprendido camino lingüístico, el *laicismo* es: «Doctrina que defiende la independencia del hombre o de la sociedad, y más particularmente del Estado, de toda influencia ideológica o religiosa». Y es ahí precisamente donde se ubica con claridad el inicio del artículo 16.3 de la Constitución española cuando dice: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal». *Laicista* –siempre tras nuestro Diccionario– es: «Partidario del laicismo». Y *Laicizar* es: «Hacer laico o independiente de toda influencia religiosa»<sup>8</sup>. Pues no se trata de esta o aquella creencia religiosa, sino –ha de quedar constancia de ello– de *toda*. Si bien esa afirmación laica por aconfesional del Estado español propia del comienzo del artículo 16.3, se ve debilitada por la mención expresa a la Iglesia católica en el mismo artículo y por el «principio de cooperación» estatal con las confesiones. Cooperación que no es una excepción a la regla, como sucede en el sistema jurídico francés, pero tampoco es algo tan laxo como quiere una nada magra porción de profesores españoles de Derecho eclesiástico y algún filósofo del derecho<sup>9</sup>. Como Andrés Ollero, quien ha titulado uno de los apartados de su monografía: «Contra separación cooperación, con la Iglesia católica al fondo» para que no quepan dudas de esta versión<sup>10</sup>. Cuando la separación de las iglesias, religiones y creencias es un criterio mínimo para el ejercicio de la neutralidad del Estado laico; a partir del cual se puede –y cuando procede, debe– cooperar desde ese Estado.

---

<sup>7</sup> Fruto, escribe PRIETO-SANCHÍS, de un rasgo general de la Constitución de 1978, que «viene a expresar la plasmación de líneas o principios ideológicos heterogéneos y a veces tendencialmente contradictorios que presentan, sin embargo, una idéntica pretensión de validez y de conformación de la sociedad». PRIETO-SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 124.

<sup>8</sup> Tomo II, p. 1225.

<sup>9</sup> «Se descarta pues la inhibida no contaminación sugerida por el laicismo para dar paso a un novedoso ámbito de *cooperación*», opina Andrés Ollero del artículo constitucional 16.3, de forma que el nítido rasgo no confesional o laico con el que se inicia el apartado 3 de esa norma se ve compensado –en sentido favorable a la religión mayoritaria– por lo que viene a continuación, que solamente excluye –a su juicio– «a los creyentes que no han asimilado la doctrina del Concilio Vaticano II, a los creyentes en otras confesiones que se dejen llevar por complejos de inferioridad y a los anticlericales anacrónicos». OLLERO, Andrés, *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2005, pp. 31-32.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Luis Legaz Lacambra publicó en 1972 unas páginas dedicadas a la personalidad jurídica de la Iglesia, que hoy día pueden encerrar un interés que va desde luego más allá del mero recordatorio<sup>11</sup>. Legaz parte de una concepción católica de su Iglesia, real y teológicamente extremada: «fuera de ella no puede realizarse la obra de salvación personal del hombre». Su fundación es divina y no humana. Y su «Sumo Pontífice posee el don de la infalibilidad» sin sumisión a Concilio alguno<sup>12</sup>. «La Iglesia posee personalidad jurídica propia y originaria, no precisada de creación o reconocimiento por ninguna instancia distinta o superior: *moralis habet rationem ex ipsa ordinatione divina*». Si un Estado niega la personalidad jurídica de la Iglesia, ello no afecta para nada a su esencia. Ni si la niega la comunidad internacional, en cuyo caso carecería de personalidad jurídica internacional pero tendría siempre la suya propia. Personalidad jurídica tan indestructible como su jurisdicción, pues ningún Estado o poder de este mundo puede invalidarla dada su raíz divina<sup>13</sup>.

Una institución como la Iglesia *suprema in suo ordine*, no puede tratar de tú a tú (valga la metáfora popular) con nadie. Ni, puede añadirse sin ninguna malevolencia, con el Estado. Su soberanía no está limitada por el espacio, el territorio ni el tiempo al ser ella misma una creación de Dios. Pero, lo que hay que preguntarse en nuestro tiempo y aquí es otra cuestión en relación con todo lo anterior: ¿cuánto ha pervivido, tras la muerte de Franco, esa mentalidad? Porque si no se equipara la Iglesia a nadie será porque sus dirigentes pueden concebirla –al estilo de Legaz Lacambra– como *superior* a toda otra religión y a cualquier otro orden jurídico e institucional establecido. Y porque ha habido y hay dirigentes políticos y gubernamentales que

<sup>11</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 828-833. Tremendas reflexiones teológico-jurídicas de Legaz, que considera al protestantismo (luterano, anglicano, etc.) y las iglesias ortodoxas («cismáticas» para Legaz) carentes de la *universalidad* de la Iglesia católica; pues todo lo más son «Iglesias nacionales» y eso cuando solamente hay una en un territorio. Lo que, de seguir con rigor el razonamiento eclesial de Legaz, privaría de «salvación» a las almas de otras iglesias: *Extra Ecclesiam nulla salus*, que Legaz transcribe en este texto. Y también en este pasaje se niega a distinguir «en la posibilidad de salvación» a través de la pertenencia al «alma» pero no al «cuerpo» de la Iglesia. Lo que viene a coincidir con las doctrinas de Joseph Ratzinger y su documento *Dominus Jesus* de 15 de septiembre del año 2000, en el que también se afirma la «situación gravemente deficitaria» de otras religiones cristianas en orden a la salvación, porque la Iglesia católica es la vía preeminente para alcanzarla y no una más entre otras religiones que definitivamente no son la única y verdadera. BOFF, Leonardo, «El mal ejemplo del Papa», *Diario de Noticias*, 26 de septiembre de 2006.

<sup>12</sup> Ideología infalibilista del Vaticano y la Iglesia que «sigue vigente» según acreditados teólogos. Tiene un alcance expansivo porque, si en principio está acotada «en situaciones bien delimitadas», de hecho se convierte en infalibilidades para «todas las palabras del Papa». Lo que dificulta enormemente una autocrítica racional y la petición de perdón, pues la confesión de un «error» no está permitida por el infalibilismo. BOFF, Leonardo, «El mal ejemplo del Papa».

<sup>13</sup> *Filosofía del derecho*, pp. 828-833.

han participado o participan de esa misma idea nada democrática de la católica superioridad<sup>14</sup>. Lo que no tiene tampoco nada de *laico* y genera sus efectos confesionales para todo acuerdo o concordato suscrito por la Iglesia católica.

Es algo más que una reminiscencia de todo esto lo que se revela en los Acuerdos de 3 de enero de 1979 (la Constitución se promulgó el 28 de diciembre de 1978) suscritos por el Estado español con la Santa Sede. No poca doctrina eclesiasticista considera estos cuatro Acuerdos presididos en un mismo bloque o sistema por el Acuerdo de 1976, éste de indudable carácter preconstitucional<sup>15</sup>. Los Acuerdos limitan negativamente la soberanía del Estado español, que se obliga a la responsabilidad por decisiones de la Iglesia que pueden ir hasta en contra de los derechos de la ciudadanía (como ha pasado con los profesores de Religión). No en vano esos Acuerdos poseen el rango de tratados de Derecho internacional, lo que termina produciendo –sostiene Dionisio Llamazares– «un efecto perverso»; el de, hay que agregarlo, una inconveniente superioridad jerárquica sobre la libertad religiosa y el orden constitucional. El texto de los Acuerdos está inspirado en que la mayoría de la sociedad española es católica y dispone en consecuencia. Todo lo cual supone una efectiva y permanente distorsión confesional que planea sobre lo *laico* y la institución del *Estado laico* en el ordenamiento jurídico español. Distorsión que llega a no ver nuestra sociedad en términos de pluralismo constitucional y rica existencia de muy variadas creencias, religiones o ideas, sino del siguiente modo<sup>16</sup>:

«La población española, como es bien sabido, suscribe de modo abrumadoramente mayoritario la fe católica, sin que falten entre otras minorías significativas las vinculadas a diversas confesiones también cristianas.»

Si la población española fuera «abrumadoramente católica» los partidarios del Estado laico nos sentiríamos realmente abrumados, y no tendrían ningún sentido las quejas constantes contra el laicismo de Benedicto XVI, la Conferencia Episcopal o el mismo profesor Ollero. Aunque hay que insistir en estas líneas en el sentido e interpretación de lo laico. Pues ya de nuevo en la búsqueda de la precisión lingüística y conceptual, fuera de una acepción interna para la Iglesia católica,

<sup>14</sup> Como Marcelino Oreja, entonces Ministro de Asuntos Exteriores y principal valedor gubernamental de esos Acuerdos de 1979, miembro destacado de la Asociación Católica Nacional de Propagandistas o «propagandistas católicos» como también son históricamente conocidos en España. *El País*, 30 de septiembre de 2006.

<sup>15</sup> Así lo critica –y aquí se comparte– LLAMAZARES, Dionisio, en su capítulo «La cuestión religiosa en la Constitución española de 1978», en el libro colectivo coordinado por PECES-BARBA, Gregorio, y RAMIRO, Miguel Ángel, *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 195-221.

<sup>16</sup> OLLERO, Andrés, *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, p. 16

que considera también laico al lego que no tiene órdenes clericales, la palabra quiere decir lo que dice según su utilización acreditada por la Academia de la Lengua<sup>17</sup>. Por su parte, y por recurrir a un ejemplo próximo, el *Dicionário da Língua Portuguesa* asevera que el *laicismo* es una «doctrina que pretende dar a todas las instituciones gubernamentales un carácter no religioso». Sencilla definición derivada del concepto de lo *laico*, que es algo «no religioso»<sup>18</sup>. Carácter que la Constitución portuguesa incorpora desde 1976 y por eso queda fuera de cualquier revisión constitucional el principio de la «separación de las Iglesias del Estado» (que es jurídicamente intocable)<sup>19</sup>. Pese a que todo esto asemeja caminar en cierto sentido contrario con respecto al nuevo Concordato firmado por Portugal con la Santa Sede, que dice tener en cuenta la dimensión «excepcional» de la Iglesia católica en ese país y, al mismo tiempo, sin que «nada entre en contradicción con el orden jurídico portugués»<sup>20</sup>.

Hasta aquí, pues, hay algunas precisiones a realizar sobre el laicismo: *a)* se trata de un proyecto referido a la enseñanza no religiosa en las escuelas, y primordialmente –antes que a las personas y a la sociedad– al carácter no confesional del Estado y de todas las instituciones y *b)* propugna el rasgo «no religioso» de la administración de la docencia y de todos los poderes públicos. Pero la Iglesia católica, fuera de las voces del Diccionario, suele emplear otro vocablo, el de *laicidad*, para contraponerlo al de laicismo. En opinión de Joseph Ratzinger recogida por *La Repubblica*<sup>21</sup>:

«La laicidad justa es la libertad de religión. El Estado no impone una religión, sino que deja espacio libre a las religiones con una responsabilidad hacia la sociedad civil, y por tanto, permite a esas religiones que sean factores en la construcción de la vida social.»

Por el contrario y en la misma entrevista: «El laicismo ya no es aquel elemento de neutralidad que abre espacios de libertad a

---

<sup>17</sup> Laico como «no clerical» y dentro de la Iglesia es la concepción expuesta por el profesor Ollero: «Iglesia clerical es aquella en la que los laicos, meras ovejas del redil, se ven sustituidos en su papel por clérigos metidos a líderes políticos o sindicales». Idea sobre el laicado católico que, al menos así expuesta, posee en mi opinión alguna connotación anticlerical. Lo que se corrobora en su crítica al «clericalismo» entendido como «minoría de edad del laicado» (dentro de la Iglesia), *Ibidem*, pp. 59 y 63.

<sup>18</sup> *Dicionário da Língua Portuguesa*, Fluminense, Lisboa, 1999, p. 604.

<sup>19</sup> Un estudio comparado de los diferentes regímenes constitucionales de «Iglesia e iglesias» en España y Portugal, puede encontrarse en LACASTA ZABALZA, José Ignacio, *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Prefacio de HESPANHA, António, Prensas Universitarias, Zaragoza, 1988, pp. 220-230.

<sup>20</sup> <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>, 27 de diciembre de 2006.

<sup>21</sup> «Entrevista al Cardenal Joseph Ratzinger», *La Repubblica*, 19 de noviembre de 2004. Fuente: *Vatican Information Service*. 27 de diciembre de 2006.

todos»<sup>22</sup>. Es «una ideología que se impone a través de la política y no concede espacio a la visión católica y cristiana, etcétera». Es decir que, para la Iglesia católica, la laicidad propone la neutralidad estatal y el laicismo un programa antirreligioso (especialmente anticatólico y anticristiano). Distinción católica que incluso tiene algún eco en la filosofía del derecho<sup>23</sup>. Neologismo que ha sido aceptado por especialistas en Derecho eclesiástico, y también por el PSOE al hablar del «principio constitucional» de *laicidad* entendida<sup>24</sup>:

«como un marco idóneo y una garantía de la libertad de conciencia donde tienen cabida todas las personas con independencia de sus ideas, creencias o convicciones y de su condición personal o social, siendo por ello *requisito para la libertad y la igualdad*.»

Incluso hay explicaciones plausibles, desde criterios históricos, que dan cuenta convincente de la diferencia entre laicismo y laicidad<sup>25</sup>. Si bien tampoco hay por qué admitir que el laicismo tenga *per se* ese contenido negativo que le adjudica la Iglesia católica, haciéndolo por veces sinónimo de ateo (lo que es una ideología parcial y no neutra como lo laico) cuando no de anticlerical y, de todas formas, presentándolo como algo agresivo y contrario a las religiones<sup>26</sup>. No

<sup>22</sup> *Ibidem*. No está de más examinar el ejemplo de lo que Ratzinger concibe como laicismo: «En Suecia, un pastor protestante que había predicado sobre la homosexualidad basándose en un pasaje de la Escritura, ha pasado un mes en la cárcel».

<sup>23</sup> «Parece que en los últimos tiempos el laicismo está supliendo a la laicidad. Hay una forma excluyente y en cierto modo agresiva respecto al hecho religioso, donde hay un intento de reducirlo en la vida pública y privada». GALLEGO, Elío, profesor de Filosofía del Derecho y Vicerrector de San Pablo CEU de Madrid, entrevista por VILLATE LÓPEZ, Sara, *El Norte de Castilla*, 1 de octubre de 2006.

<sup>24</sup> PSOE, «constitución, laicidad y educación para la ciudadanía», Manifiesto con motivo del XVIII aniversario de la Constitución, <http://www.abc.es>, 9 de diciembre de 2006.

<sup>25</sup> Dionisio Llamazares advierte el origen doctrinal francés, que es el que acuña la distinción entre ambos términos. Indica que su uso indistinto se hace desde ciertas equivalencias conceptuales. Pero que, históricamente, el laicismo nace en una fuerte disputa revolucionaria (la derivada de 1789) contra el poder religioso y los defensores del «origen divino del poder». El programa que postula la soberanía nacional o popular es incompatible con la idea religiosa del poder y la separación entre revelación y razón se convierte en una exigencia inaplazable para las ideas revolucionarias. De ahí que ese laicismo rechace cualquier ingerencia, directa o indirecta, del poder religioso en el ámbito político. En cambio, y es un matiz importante, la laicidad es más bien «el objetivo final de ese movimiento» en el que el Estado se separa de las plurales convicciones de su ciudadanía: «La laicidad así entendida es el fundamento del pacto para la convivencia sobre la base de la aceptación de unos valores comunes y de unas reglas de convivencia democrática, entre ellas la del respeto de lo diferente en cuanto no esté en contradicción con el patrimonio axiológico común». LLAMAZARES, Dionisio, «La cuestión religiosa en la Constitución española de 1978», pp. 195-221.

<sup>26</sup> BENEDICTO XVI, «Laicidad, no laicismo», *Alfa y Omega*, núm. 524/14 de diciembre de 2006, p. 21: «A la luz de estas consideraciones no es ciertamente la expresión *laicidad* la más adecuada, sino su degeneración en *laicismo*» que se define por su «hostilidad» a cualquier «forma de relevancia política y cultural de la religión».

hay, pues, por qué estar de acuerdo con la conclusión del profesor Ollero, en línea con la jerarquía eclesiástica<sup>27</sup>:

«Propugnar el laicismo es sin duda legítimo, tan legítimo, por lo menos, como proponer cambiar la Constitución.»

Planteamiento no muy riguroso, porque no hace falta cambiar la Constitución para nada. Simplemente es preciso desarrollarla en el sentido no confesional del Estado que exige el artículo 16.3 de la misma Constitución. Aunque haya quien piense extrañamente que lo laico no puede ser «lo meramente aconfesional»<sup>28</sup>. Pues también lo es, y la defensa de la necesidad de un *Estado laico*, el laicismo, su aconfesionalidad y neutralidad ante todo tipo de religiones y creencias, no tiene nada de antirreligioso ni –exactamente igual que ante todas las demás religiones– de anticatólico ni anticristiano. Menos de anticlerical, esa ideología tan italiana y española (y no siempre de izquierdas) que Antonio Gramsci calificó justamente como «tabernaria»<sup>29</sup>. Es igualmente el proyecto de un Estado *aconfesional y neutral* ante el hecho religioso. Que *separa*, como quiere la Constitución portuguesa, las Iglesias del Estado. Lo que parecería, en principio, coincidir con esa *laicidad* que asegura postular hoy día el tradicional casuismo de la Iglesia católica.

Monseñor Elías Yanes, hasta hace poco arzobispo de Zaragoza, en un escrito suyo de julio del año 2004, recordaba que «sana laicidad» fue un concepto introducido por Pío XII en su Alocución del 23 de marzo de 1958, y reflexionaba sobre los artículos 16.3 y 27.5 de la Constitución de 1978 con la afirmación siguiente: «Estos textos constitucionales demuestran que el Estado español no es “laico” en el sentido de hostilidad contra la religión»<sup>30</sup>. Y como el laicismo o la laicidad institucional carece de cualquier hostilidad –ni simpatía– hacia los credos religiosos, resulta indudable el carácter constitucionalmente laico –por aconfesional– del Estado español. Otra cosa son las desviaciones de esa línea constitucional que aquí se han criticado y más

<sup>27</sup> *España: ¿Un Estado laico?*, p. 181.

<sup>28</sup> «De lo contrario, acabarían dándonos por laico lo laicista o, en el mejor de los casos, lo meramente aconfesional». *España: ¿Un Estado laico?*, p. 182.

<sup>29</sup> Son indudables los muchos desmanes y crímenes anticlericales de cierta izquierda española durante la guerra civil; pero, por ejemplo, la infame consigna «Tarancón al paredón» (repetida hasta la saciedad en los primeros albores de la democracia) o las cosas que no hace mucho se han dicho del anterior obispo de San Sebastián, Setién, a cargo de periodistas como Alfonso Ussía, pertenecen de pleno derecho a la cultura anticlerical de la ultraderecha también española.

<sup>30</sup> YANES, Elías, «Estado “laico”, “laicismo” y “laicidad”», <http://www.e-libertadreligiosa.net>. 9 de octubre de 2006. Y Benedicto XVI también ha recurrido al concepto de Pío XII: «la sana laicidad comporta que el Estado no considere la religión como un simple sentimiento individual, que se debería confinar sólo al ámbito privado. Al contrario, la religión, organizada en estructuras visibles, tiene que ser reconocida como presencia comunitaria pública». VÁZQUEZ DÍAZ-MAYORDOMO, Juan Luis, «Benedicto XVI, acerca de la sana laicidad», *Alfa y Omega*, núm. 524/14 de diciembre de 2006. p. 21.

adelante se critican. Incluso hay católicos partidarios expresamente del *Estado laico*, ya que<sup>31</sup>:

«es el marco político y jurídico más adecuado para el respeto al pluralismo ideológico, para el reconocimiento de la libertad de conciencia y para la protección de la libertad religiosa.»

Claro que hoy día la Iglesia oficial parece tener una muy otra idea de la laicidad, que resulta finalmente ser una afirmación religiosa sin nada en común con lo laico, esto es: «...un concepto de laicidad que, por una parte, reconozca a Dios y a su ley moral, a Cristo y a su Iglesia, en el lugar que les corresponde en la vida humana, individual y social; y, por otra parte, que afirme y respete la legítima autonomía de las realidades terrenas». Para esta Iglesia incluso no es admisible la laicidad que busque «la exclusión de los símbolos religiosos de los lugares públicos, oficinas, escuelas, tribunales, hospitales, cárceles»<sup>32</sup>. Aspiración eclesial que directamente infringe esa aconfesionalidad estatal exigida por el tantas veces citado artículo 16.3 de la Constitución española.

Etimológicamente, según fuentes francesas, el término *laïcité* –de donde puede finalmente surgir *laicidad*– fue un neologismo inventado en 1871 por Ferdinand Buisson para designar una derivación del adjetivo *laico*. Adjetivo y derivación que no están en la famosa Ley de 9 de diciembre de 1905 sobre la separación de la Iglesia y del Estado. Que significan en la cultura jurídica francesa la *independencia* estatal de la Iglesia, del clero y de «toda confesión religiosa»<sup>33</sup>. De modo que deviene imposible entender a los políticos que repiten que el Estado español es aconfesional pero no laico<sup>34</sup>. Lo que llega a ser una suerte de *ritornello* de las posiciones de Gil Robles y la CEDA ante la Constitución de 1931, al admitir la neutralidad del Estado en materia religiosa pero no su «laicidad»<sup>35</sup>. Si nuestros políticos conservadores dijeran que el Estado español constitucionalmente es aconfesional o laico, aunque en la práctica –y todavía– con muchas mediaciones con-

---

<sup>31</sup> TAMAYO, Juan José, «Estado laico, ¿misión imposible?», *El País*, 9 de diciembre de 2006. Lo que no quita para que el profesor TAMAYO realice una serie de críticas –que aquí en general se comparten– a las serias faltas de laicismo o laicidad y no confesionalidad del Estado español. Que, resumidamente, son: a) los Acuerdos –de dudosa constitucionalidad– del Estado español con la Santa Sede de 1979; b) el privilegio otorgado a la Iglesia católica y la segunda categoría de las religiones de «notorio arraigo» (concepto jurídico bastante indeterminado, dicho sea de paso) en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa; c) el alejamiento de la autofinanciación de la Iglesia, acordada con los Gobiernos españoles en 1979 y 1988, pues «dice TAMAYO– el «catolicismo es la única religión para la que el Estado recauda»; d) el mantenimiento de la «asignatura confesional de religión» en los planes de estudio, según el último borrador de Real Decreto del Gobierno español.

<sup>32</sup> «Benedicto XVI, acerca de la sana laicidad», p. 21.

<sup>33</sup> <http://www.ladocumentationfrançaise.fr/>, 27 de diciembre de 2006.

<sup>34</sup> Mariano Rajoy, entre otros.

<sup>35</sup> *Constitución y libertad religiosa en España*, p. 177.

fesionales, quizá nos acercásemos a un idioma algo común. Pero, en el fondo, a algo también poco comprensible, porque, en la lengua y en el derecho, laico y aconfesional significan exactamente lo mismo. Así que lo único que pone de manifiesto esta discusión es la efectiva discordancia entre la primera propuesta laica del artículo 16.3 de la Constitución española y lo que acontece en la realidad. Y la *neutralidad* del Estado es a su vez condición indispensable para que pueda darse el atributo de esta laicidad y para que se despliegue plenamente la libertad religiosa de su ciudadanía. Lo que hace observar históricamente y *a contrario sensu* que<sup>36</sup>:

«No cabe neutralidad en un Estado confesional donde no hay pluralismo ni libertad ideológica.»

## 2. ¿«LAICISMO INTELIGENTE»?

Pero todo esto no es tan sencillo si se leen las opiniones autorizadas de la Iglesia católica, pues a no clarificar todas estas cosas –jurídica y lingüísticamente elementales– contribuye especialmente el ideario exhibido hoy por la jerarquía eclesiástica española. Así, el cardenal arzobispo de Madrid, Antonio María Rouco Varela, dice que el laicismo es algo muy diferente de lo que aquí se ha expuesto (versión episcopal que, por cierto, no figura en el Diccionario)<sup>37</sup>:

«Ante una fuerte oleada de laicismo, pero también ante una reconciliación amenazada, descubrimos que, en el fondo, hay un dar la espalda a Dios, a Jesucristo, creer que el hombre se basta a sí mismo, desarrollar un egoísmo personal y colectivo que no quiere llegar al fondo ni del conocimiento propio del hombre ni del conocimiento de la vida, ni del conocimiento de la Historia.»

El laicismo –en esta interpretación– resulta palmariamente algo negativo. En lugar de ser un programa de garantía para el ejercicio plural de la libertad religiosa, se convierte en algo antirreligioso y anticristiano; no en lo que es, consistente en propugnar para el Estado y sus órganos la ausencia en él de islamismo, judaísmo, protestantismo, catolicismo, etcétera. Sino que se transforma concretamente en una corriente dirigida contra la religión que concibe a Jesucristo como hijo de Dios. Ya no estamos ante su real significado lingüístico ni ante la primera y decisiva proposición del artículo 16.3 de nuestra Constitución que lo exige con respecto al Estado. Sino ante una versión que se refiere no al Estado, ni a la docencia, ni a las instituciones, sino a la

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 388.

<sup>37</sup> ROUCO VARELA, Antonio María, «El sí a Dios tiene consecuencias en la vida», entrevista de ALONSO SANDOICA, Javier, *Alfa y Omega*, núm. 522/30 de noviembre de 2006, p. 15.

sociedad civil española en general. Donde se confunden dos planos de cuestiones que aquí es preciso separar con nitidez: el estatal y el de la sociedad civil.

Juan Sisinio Pérez Garzón ha estudiado el desarrollo de la instrucción pública en España durante el siglo XIX. Ha cribado los Diccenarios pertinentes y ha deslindado el problema de la *secularización* («hacer secular lo que era eclesiástico») de la instrucción pública, del *laicismo* de demócratas y republicanos, quienes, desde el concordato con el Vaticano de 1851, pugnaban por la «separación de la iglesia y el Estado y la consiguiente aconfesionalidad de todo el sistema educativo»<sup>38</sup>. Concordato mediante el cual la Iglesia aceptó la secularización (el control estatal del sistema educativo) y, a cambio, se reservó la supervisión de la ortodoxia religiosa en la enseñanza. Aspecto este último que es absolutamente opuesto a cualquier laicidad o laicismo. Fenómenos, secularización y laicismo, que en la historia se superponen sociológicamente pero no constituyen un único concepto o proceso de una sola cara.

Que el catolicismo tradicional ha perdido peso en la sociedad española no se puede adjudicar cómoda y engañosamente (con autoengaño eclesial inclusive) al Estado ni a su laicismo. Como la sociedad española es, con todos sus defectos, abierta y libre, allí se encuentran ideas de origen religioso y otras de marchamo laico o sencillamente valores constitucionales que son el mínimo común denominador para personas religiosas y para las que no lo son; todas esas ideas se rozan y relacionan entre sí, y si el resultado es cada vez más laico, esto es, más acorde con esa ética mínima del Estado que son los valores constitucionales, se trata de algo que no ha de extrañar a nadie porque no es otra cosa que la profundización del pluralismo (como valor constitucional) y la democracia.

Que el Estado sea aconfesional no quiere decir que no tenga moral. La dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución), los derechos fundamentales y los valores superiores del artículo 1 forman parte de ese cuerpo ético del Estado. Y, por ejemplo, el matrimonio de las personas homosexuales no hace sino desplegar, hacer más amplios, estos principios y derechos, por mucho que la Iglesia católica critique que no se atienen a su particular moralidad. Lo que ocurre, pues, es que ni el Estado español es religioso, ni católico ni la sociedad tampoco por mucho que se hable de «mayoría católica» o de las religiones de «notorio arraigo»<sup>39</sup>. Sociólogos provenientes precisamente de secto-

<sup>38</sup> PÉREZ GARZÓN, Juan Sisinio, «El Estado educador: la secularización de la instrucción pública en España», en el libro colectivo de SUÁREZ CORTINA, Manuel (editor), *Secularización y laicismo en la España contemporánea*, Santander, Sociedad Menéndez Pelayo, 2001, pp. 95-119.

<sup>39</sup> La casi ausencia de vocaciones religiosas locales, de sacerdotes autóctonos jóvenes, el vaciamiento de los Seminarios, el incumplimiento de los preceptos eclesiales –la asistencia a misa visiblemente– por parte de los fieles, su cicatería a la hora de colaborar económicamente a través de los impuestos con su Iglesia, el uso –a veces

res católicos diagnosticaron este asunto hace muchos años pero, a lo que se ve, la jerarquía de su Iglesia no ha hecho mucho caso de sus muy fundamentados estudios. Ya en 1981, Rafael Díaz-Salazar concluyó que la unidad católica de la dictadura franquista era un espejismo, dado que:

«Ahora surge la problemática que se tenía pendiente desde la II República. Cuál es el lugar y la misión de la Iglesia en una sociedad pluralista, democrática y sin unanimidad católica.»

Este proceso, en términos sociológicos, no supone otra cosa que el encuentro de la Iglesia católica con una realidad mucho más variada de lo que se suponía<sup>40</sup>. La cita es larga, pero suficientemente expresiva de lo que las mentes más lúcidas veían venir desde 1981:

«Todo este pluralismo tiene un efecto secularizador, que incide en la presencia de la Iglesia en la sociedad, ya que algunas de las consecuencias de este fenómeno son la privatización de la religión y el progresivo debilitamiento de la presencia e influencia de la Iglesia en las áreas de la esfera pública, que van siendo dominadas por otras cosmovisiones. Así es típico de este clima que se produzcan fenómenos como la separación Iglesia-Estado, caminos hacia una no asignación económica a las iglesias desde el poder estatal, creciente laicización de las leyes educativas y matrimoniales, pérdida de prepotencia de la Iglesia como foco de la vida social, etc. Es

---

inmoral viniendo de quien ni cree ni cumple— del rito externo sacramental (bodas, bautizos, comuniones, entendidos como una ramplona fiesta social), así como una cierta falta de crédito moral entre sectores de la juventud, revelan una crisis a la que la Iglesia haría bien en mirar cara a cara en lugar de culpar al «laicismo» (tan insuficiente por cierto) del presente Gobierno y de las demás personas que postulamos lo laico como un territorio pacífico de encuentro intelectual. La imagen de la organización eclesial tampoco es buena entre quienes cavilamos que en cualquier institución deben estar presentes las mujeres y participar en las decisiones (piénsese, por ejemplo, en la visión de un Cónclave para elegir Papa, en su viril y gerontocrática composición o en la propia jerarquía y orden sacerdotal de únicos varones en pleno siglo XXI). A mi juicio —y esto solamente tiene el más que módico alcance de una opinión muy personal— la Iglesia católica no se ha adecuado a los tiempos en los que vivimos (pese a creer no pocos de sus dirigentes que es algo así, con todos los respetos, como ese aceite que siempre flota). Por otra parte —según lo señalara Américo Castro y en nuestros días José Jiménez Lozano— la religiosidad católica española puede tener mucho de relumbrón cultivador de las procesiones como manifestación impúdica del poder en simbiosis con el tradicional qué dirán. Hace bien Andrés Ollero —y aquí se participa en la misma idea— al criticar el uso indebido de las procesiones y actos similares, lo que atañe también a no pocas personas que son cargos políticos de la izquierda española: «Cuando el poderoso visualiza lo religioso como poder, no renunciará a encabezarlo; no llegará a entrar en la catedral bajo palio, para evitar comparaciones odiosas, pero encabezará toda procesión que goce del público suficiente, convirtiéndola en ocasión de saludar o ser saludado por el vecindario, y asistirá a toda ceremonia religiosa que pueda ocupar espacio en los medios de comunicación». OLLERO, Andrés, *España: ¿Un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, p. 62.

<sup>40</sup> DÍAZ-SALAZAR, Rafael, *Iglesia, dictadura y democracia. Catolicismo y sociedad en España (1953-1979)*, Madrid, Ediciones HOAC, 1981, pp. 380-417.

cierto que en la sociedad española no se han cumplido todavía todos estos hechos, pero me parece que, a pesar de todas las resistencias, a medida que avance el proceso de pluralismo se irán cumpliendo.»

De manera que no hay que culpar de lo sucedido veinte años después al Estado democrático ni a sus Gobiernos, sino que, con realismo, es preciso constatar la presencia social de personas agnósticas, ateas, protestantes, judías, y no digamos islámicas en nuestras vidas cotidianas. Cientos de miles de seres humanos a quienes se puede ver simplemente si se quiere, como al algo más de un millón de personas musulmanas que hay en España<sup>41</sup>. Proceso que no ha sido promovido por un inventado laicismo beligerante del poder político, sino por los movimientos migratorios y, más que nada, por la variopinta evolución ideológica y religiosa de la propia sociedad ante la que el Estado no debe ser, en lo tocante a las conciencias individuales de su ciudadanía, sino neutro. Pluralidad así recogida por el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de su Tribunal, vinculante para el sistema jurídico español. Norma europea que enuncia: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión». Y, desde un mismo derecho, da tanta relevancia al pensamiento y la conciencia como a la religión. Con libertad plena para cambiar de religión, para manifestar las convicciones individuales de cada cual o para celebrar por medio de diversos cultos las religiones correspondientes. Lo que es debido a «una variedad de credos, incluso en el contexto de los países europeos, tradicionalmente ligados con la religión cristiana». Diversidad de credos y «de convicciones y actitudes morales», cuyo *equilibrio* –como criterio dominante– ha pretendido mantener la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>42</sup>. Jurisprudencia y Convenio Europeo de los Derechos Humanos que consideran manifestaciones de una misma libertad las que alcanzan tanto a la religión como a la conciencia y al pensamiento. Criterio hermenéutico de obligado cumplimiento para nuestro Estado, según el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 sobre los acuerdos internacionales y tratados suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades.

Y ahora de nuevo en lo tocante al confuso y cotidiano lenguaje español, otro eclesial uso indebido de lo laico se lo debemos recientemente al cardenal arzobispo de Sevilla Carlos Amigo Vallejo. Quien ha sostenido en diferentes cadenas de radio y televisión, con respecto a las últimas medidas gubernamentales de financiación de la Iglesia católica, que se trata de un «laicismo inteligente». Inteligente o no,

---

<sup>41</sup> Exactamente 1.064.904 personas componen la población musulmana española, según cifras de la Unión Europea. *El País*, 19 de diciembre de 2006.

<sup>42</sup> URETA GARCÍA, Agustín, «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», en LASAGABASTER, Iñaki, Director del libro colectivo *Convenio de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Thompson/Civitas, Gobierno Vasco, 2004, pp. 328-355.

resulta algo muy discutible<sup>43</sup>. Pero lo que parece fuera de toda duda es que responde a cualquier otra idea menos a la del laicismo o a la de la laicidad. Elevar la cuota de financiación a la Iglesia católica –por parte del Estado– del 0,52% al 0,7% va en contra de otros modelos, como el alemán, donde el creyente paga de su bolsillo a su organización religiosa y el Estado hace simplemente de recaudador. Incrementa el gasto presupuestario en detrimento de otros servicios públicos (desde infraestructuras a programas integradores de la inmigración), lo que injustamente afecta a creyentes y no creyentes. Es contrario también a los compromisos de autofinanciación contraídos en el pasado por la propia Iglesia católica. Va directamente contra el principio de *neutralidad* estatal; aunque haya católicos, y no necesariamente conservadores, que entienden una «cooperación» tan amplia que no deja cabida a la dimensión estatal neutra en materia religiosa<sup>44</sup>. Es discriminatorio para musulmanes, judíos y protestantes, como así lo han manifestado sus más destacados dirigentes religiosos<sup>45</sup>. Molesta a sectores católicos que tienen otras percepciones de su propia religión<sup>46</sup>. Y no permite una necesaria autocrítica de la Iglesia católica, quien sigue creyéndose triunfalmente «mayoritaria» sin querer ver que, según datos de Hacienda, solamente el 22,46% de las personas contribuyentes colocan la cruz en el casillero del IRPF destinado a

---

<sup>43</sup> Me parece, dicho sea de paso, bastante poco inteligente seguir tratando a la Iglesia católica como un «poder fáctico» con capacidad de presión y no como una organización religiosa que merece todo respeto y ningún privilegio. Pues la actitud del Gobierno, ojalá me equivoque, es una invitación a próximas y futuras presiones por parte de la Iglesia católica. Lo que viene a coincidir con lo escrito recientemente por el profesor PECES-BARBA a propósito del Gobierno de Rodríguez Zapatero: «No es un buen augurio para el futuro que tanto el presidente como el ministro de Justicia hayan declarado que no tienen previsto modificar la situación de la Iglesia y que piensan mantener tanto los acuerdos con la Santa Sede como los apoyos económicos. Estas palabras conciliadoras no van a servir para disminuir la tensión ni para avanzar en un consenso real imprescindible; al contrario, van a envalentonar a sus sectores más radicales». PECES-BARBA, Gregorio, *La España civil*, Barcelona, Círculo de Lectores/Galaxia Gutenberg, 2005, p. 79.

<sup>44</sup> Por ejemplo el confuso artículo, defensor de las medidas gubernamentales, de GARCÍA DE ANDOIN, Carlos, titulado con impropiedad «Laicidad incluyente», *El País*, 1 de octubre de 2006. En sentido propiamente laico, DELGADO RUIZ, Francisco, «La sinrazón de un acuerdo», *El País*, 1 de octubre de 2006.

<sup>45</sup> «Estamos cansados de la discriminación» y, con respecto a la financiación de la Iglesia, reprochan «la falta de neutralidad religiosa del Estado español», los líderes religiosos Mariano Blázquez, secretario general de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), Israel Garzón, presidente de la Federación de Comunidades Israelitas de España y Riay Tatari, dirigente de la Comisión Islámica, *El País*, 30 de septiembre de 2006.

<sup>46</sup> «Los grandes perdedores de esta financiación externa de la Iglesia son los creyentes que conocen y viven profundamente su religión, marginados o perseguidos por las burocracias eclesiales, y que ven fortalecido el poder de la jerarquía para cortar de raíz cualquier afán de reforma que les acerque un poco más al mensaje revolucionario de Jesús de Nazaret». SOTELO, Ignacio, «Un cambio de rumbo fallido», *El País*, 12 de noviembre de 2006.

clero y culto católicos. Cuando hasta entre católicos partidarios de este acuerdo no se deja de percibir que «lo previsible a 10 años vista es que vaya a disminuir sustantivamente el número de personas que ponen el aspa en la casilla de la declaración, dada la sociología del creyente español»<sup>47</sup>.

### 3. DESACUERDOS SUSTANCIALES EN LA MEMORIA

La actitud de la jerarquía eclesial española ante nuestro pasado durante el siglo xx, se debate entre los siguientes hitos por ella fijados: *a)* vilipendio de la IIª República y la Constitución de 1931, presentada como un paradigma de anticlericalismo; *b)* la guerra civil en la que la Iglesia se presenta solamente como víctima; *c)* transición democrática en la que quiere destacar su papel exclusivamente positivo. Así que salta a la vista que esta filosofía de la historia carece de perspectivas autocríticas y hace desaparecer cualquier responsabilidad de la Iglesia católica acontecida entre el uno de abril de 1939 y el quince de junio de 1977.

En cuanto a la Constitución de 1931, la jerarquía eclesial española y sus intérpretes (Pío Moa y Víctor Manuel Arbeloa entre otros) no ven más que anticlericalismo, jacobinismo y laicismo (que aquí se utiliza torcidamente como suma o compendio de todo lo anterior)<sup>48</sup>. Pues bien, el texto de 1931, como en sus artículos 25 y 27, contiene loables principios exactamente laicos, que son los más, como la libertad de conciencia, de cátedra, el derecho a profesar cualquier religión, la prohibición de privilegios por ideas o creencias, la enseñanza pública (y sus quince mil nuevas escuelas levantadas para corroborar este principio en una sociedad analfabeta), etcétera. Pero, al lado de estos principios honrosamente *laicos*, se inyectó en el texto republicano una fuerte dosis de anticlericalismo y sectarismo que es, aún hoy, totalmente rechazable. Como lo prueban los ordenancistas preceptos rela-

<sup>47</sup> «Laicidad incluyente».

<sup>48</sup> A.L.I.P., «Hay varias memorias históricas», *Alfa y Omega*, núm. 522/30 de noviembre de 2006, p. 29. Revisionismo del pasado y vilipendio de la República, que parece en esas versiones poseer una maldad intrínseca, alentado por medios católicos oficiales en los que se puede leer esta opinión de Pío Moa, a la que esta revista llama «brillante aportación»: «quizá haya llegado el momento de decir, lisa y llanamente, que una gran parte de la historiografía publicada en los últimos años sobre la Guerra Civil española se basa en una falsificación radical que consiste en la pretensión de que el Frente Popular representaba los valores de la democracia en España». Casi sobra decir que simplemente el Frente Popular ganó las elecciones mediante el ejercicio del sufragio universal (incluido el voto de las mujeres) y que el 18 de julio de 1936 fue un golpe de Estado en toda regla contra ese resultado electoral y democrático. Pero opiniones como la de Moa y otras similares justificadoras del régimen franquista pueden verse regularmente en la revista *Alfa y Omega*; en este caso, en el ya mencionado número 522/30 de noviembre de 2006, p. 29, «Hay varias memorias históricas».

tivos a la disolución de la Compañía de Jesús, a las órdenes religiosas o a las procesiones necesitadas de permiso gubernamental previo (artículos 26 y 27, párrafo segundo). Actitud sectaria no compartida por todos los diputados de izquierda y republicanos, como lo manifiestan las discrepancias de Fernando de los Ríos entonces ministro de Justicia<sup>49</sup>. Constitución de 1931 de la que, finalmente, se puede sostener lo mismo que observa críticamente José Joaquim Gomes Canotilho de la republicana Constitución portuguesa de 1911: pues «un programa laicista no debía confundirse con anticlericalismo»<sup>50</sup>.

Más allá de la Constitución de 1931, en España tenemos un problema que no se ha querido (podido, dicen algunas voces) tratar debidamente y que atañe al papel de la Iglesia católica. Ese problema no es otro que el conocimiento público de la verdad de lo acontecido después de la guerra y durante toda la dictadura franquista. De la guerra civil también se ha de reconocer a las víctimas que no han sido reparadas y hallar los cadáveres no encontrados con el apoyo de todas las instituciones. Pasado bélico que afecta sobre todo –aunque no sólo– a las personas del bando republicano, pues en el lado de Franco ha habido una Causa General y la publicidad suficiente de los –así se decía con sus nombres y apellidos en las paredes de las iglesias– «caídos por Dios y por España». La Iglesia ha llevado a los altares a no pocas personas de los ocho mil clérigos y monjas (es la cifra a la que suele referirse el historiador Julián Casanova), bárbaramente asesinados por gentes de izquierda en nuestra guerra civil. Pero no ha tenido el menor gesto hacia las víctimas del franquismo ni hacia sus propios sacerdotes también asesinados por las tropas de Franco, como el canónigo catalán Muntanyola y el vasco *Aitzol* (José Ariztimuño y Olaso, ordenado sacerdote en 1922). Que no fueron los únicos católicos inocentes fusilados por Franco y los suyos<sup>51</sup>. Es más, a quienes creemos que la

---

<sup>49</sup> Manuel Azaña, también ministro, opinó de la expulsión de las órdenes religiosas que era una «medida repugnante, ineficaz y que sólo encierra peligro», amén de «una acción ininteligente». *Constitución y libertad religiosa en España*, pp. 175-179.

<sup>50</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 162.

<sup>51</sup> Entre otros, fueron asesinados por las tropas militares de Franco los siguientes sacerdotes que como todas las víctimas tienen nombres y apellidos: Adarraga Larburu, José, de Villabona-Guipúzcoa y ordenado sacerdote en 1906, muerto por fusilamiento ante las tapias del cementerio de Hernani el 17 de octubre de 1936; Albisu Vidaur, Gervasio, párroco de Rentería, fusilado en Galarreta el 7 de octubre de 1936; Arin Oyarzábal, José Joaquín, arcipreste de Mondragón, fusilado en las tapias del cementerio de Oyarzun el 25 de octubre de 1936, sin juicio previo ni acusación alguna; Guridi Arrazola, Leonardo, coadjutor en Mondragón, cayó fusilado en el cementerio de Oyarzun el 25 de octubre de 1936; Lecuona Echabeguren, Martín, sacerdote consiliario de la Juventud Obrera Católica, fusilado ante los muros del frontón Galarreta el 7 de octubre de 1936; Iturri-Castillo Aranzábal, Jorge, cura párroco de Marín (Guipúzcoa), fusilado en Oyarzun el 7 de noviembre de 1936; Locus Aramendia, Santiago, de Petillas (Navarra), fusilado en Vitoria en 1936; Marquegui, José, de Deva, fusilado en Oyarzun el 25 de octubre de 1936; Mendicuté Liceaga, Alejandro, guipuzcoano, fusilado en el cementerio de Hernani el 25 de octubre de 1936; Onaindía

ciudadanía española es mayor de edad intelectual y está en condiciones de mirar de frente la verdad de lo acontecido entre 1939 y 1977, la Iglesia nos ha reprochado ejercer una «memoria selectiva»<sup>52</sup>:

«Una sociedad que parecía haber encontrado el camino de su reconciliación y distensión, vuelve a hallarse dividida y enfrentada. Una utilización de la *memoria histórica*, guiada por una mentalidad selectiva, abre de nuevo viejas heridas de la Guerra Civil y aviva sentimientos encontrados que parecían estar superados. Estas medidas no pueden considerarse un verdadero progreso social, sino más bien un retroceso histórico y cívico, con un riesgo evidente de tensiones.»

No hay nada de mentalidad selectiva, sino la necesidad de esclarecer la verdad de lo sucedido. Porque el *perdón* –al que recurre la Iglesia española en ese mismo documento– no puede concederse si no es desde el recuerdo exacto de la ofensa cometida<sup>53</sup>. ¿Desde dónde, si no?, ¿desde la nada? Y aquí cabe apoyarse en las magistrales reflexiones de Paul Ricoeur, él mismo antiguo prisionero de un campo nazi de concentración. Según las cuales se puede concluir que la sociedad española vive con respecto al franquismo en el seno de una conciencia *evasiva*. Hay quien dice incluso que hay que «pasar página» de algo que gran parte de la población –la juventud sobre todo– desconoce. Tampoco faltan quienes mantienen que lo que interesa es el presente y el futuro, nunca el pasado. Pero si se toma en serio la idea del *perdón*, se concluye –con Paul Ricoeur– que: «No se olvida el acontecimiento pasado, el acto criminal, sino su *sentido* y su lugar en la dialéctica global de la conciencia histórica». Por otra parte, es imprescindible saber que el perdón siempre: «Supone la mediación de otra conciencia, la de la víctima, que es la única que puede perdonar»<sup>54</sup>.

Y el actual Gobierno español no ha favorecido precisamente con su proyecto de la memoria el perdón, al intentar dejar en el anonimato a los

---

Zuloaga, Celestino, de Marquina, fusilado en el mismo lugar que el anterior; Otaño Mikélez, José, navarro de Lerga, fusilado en Hernani en compañía de otros siete sacerdotes presos en la cárcel de Ondarreta, en octubre de 1936; Sagarra Uriarte, José, de Zeánuri Vizcaya, el 19 de octubre de 1936 fue fusilado en Amalloa (Vizcaya); etcétera. Fuente: *Eriza 2000*, evitime@euskalnet.net. 27 de diciembre de 2006.

<sup>52</sup> ASAMBLEA PLENARIA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, «Orientaciones morales ante la situación actual de España», *Alfa y Omega*, núm. 522/30 de noviembre de 2006, pp. 20-23.

<sup>53</sup> «Perdón, reconciliación, paz y convivencia fueron los grandes valores morales que la Iglesia proclamó». *Ibidem*. Aunque la idea de «reconciliación» fue una iniciativa bastante anterior del Partido Comunista de España (a fines de los años cincuenta del pasado siglo, si mal no se recuerda aquí), que dio lugar a una intensa polémica en el seno de toda la izquierda española. Y, justo es decirlo, hubo obispos como el vasco Mateo Múgica (quien tempranamente llamó a la guerra civil «cruel guerra fratricida») que se negaron a llamar «Cruzada» a la contienda del 36 y abonaron, como Pildain, obispo de las Palmas, el terreno final de la reconciliación.

<sup>54</sup> RICOEUR, Paul, *La lectura del tiempo pasado: memoria y olvido*, Presentación de GABILONDO, Ángel, Madrid, Arrecife/Universidad Autónoma de Madrid, 1999, pp. 62-64.

causantes directos de las muertes que se intentan reparar, lo que ha sido criticado por el magistrado José Antonio Martín Pallín<sup>55</sup>. Así que, ¿por qué no preguntar primero a los representantes y familiares de las víctimas? Si quedan sin reconocer asesinados o desaparecidos que lo fueron a manos del bando republicano, publíquense los nombres y apellidos de quienes murieron y quienes mataron, y repárese si no se ha reparado ya su causa y la de sus familiares. Si bien el *quid* del asunto no es la guerra civil sino el franquismo. En España somos capaces de indicar a la sociedad chilena lo que tiene que hacer con Pinochet e incluso hubo aquí un intento serio de procesarlo. Pero las cifras de Chile, sus asesinados y torturados, los tres mil y pico muertos y desaparecidos que se atribuyen a Pinochet se quedan en mantillas ante lo que pasó en cualquier provincia española al término de la guerra civil<sup>56</sup>.

En la sociedad española se ha logrado una rara y preciosa casi unanimidad sobre el reconocimiento de todo tipo que merecen las víctimas del terrorismo etarra y yihadista. Los muchos miles de asesinados mediante consejos de guerra sumarísimos, sin ninguna garantía jurídica y por defender derechos fundamentales (como los de asociación y sindicación) o la fidelidad a la Constitución de 1931, que esos tribunales militares franquistas calificaron de manera inicua como delitos de «sedición», «rebelión» o «auxilio a la rebelión», necesitan ser reconocidos como víctimas de una represión ilegítima<sup>57</sup>. Y resulta bastante torpe recurrir a la «seguridad jurídica» para oponerse a la revisión de esos juicios, si se tiene en cuenta que en muchos de ellos se aplicaron leyes, como la de Represión de la Masonería y el Comunismo (que duró de 1940 a 1962), que técnicamente hoy responden a los parámetros jurídicos del genocidio por motivos religiosos e ideológicos. Máxime si quienes les condenaron a muerte y ejecutaron nada tienen que temer, pues se beneficiaron de ese monumento a la impunidad—quizá hasta necesario políticamente en su momento— que fue la Ley 46/1977 de 15 de octubre, que declaró amnistiados los «delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos en las leyes»<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «La sombra de Franco es alargada», *El País*, 19 de diciembre de 2006: «la vergonzante propuesta de ley cuya tramitación se inicia, llega hasta el extremo insólito de vedar la publicación de los nombres de las personas que han intervenido en la comisión de hechos que el Consejo de Europa y el Parlamento europeo han condenado como crímenes de lesa humanidad».

<sup>56</sup> Solamente en las tapias del Cementerio del Este de Madrid hubo 2.663 hombres y mujeres fusilados entre mayo de 1939 y febrero de 1944. No era el único sitio de Madrid donde había ejecuciones, como en todas las ciudades españolas. LACASTA-ZABALZA, José Ignacio, «La idea de la responsabilidad en la actual cultura constitucional española», *Derechos y Libertades*, núm. 10 del 2001, pp. 117-148.

<sup>57</sup> Aunque también es ilegítimo juzgar militarmente a miles de personas —y enviarlas a la cárcel— por ejercer el hoy fundamental derecho de manifestación o por una simple desobediencia a la Guardia Civil o a la Policía Armada (con fuero militar), delito que se llamaba «insulto a centinela» o «insulto a fuerza armada».

<sup>58</sup> *Ibidem*.

Hay quienes creen innecesario (o agrio y desatador de odios) ese recuerdo, e incluso sintonizan con las inquietudes de los obispos (y no solamente desde posiciones de derecha)<sup>59</sup>. Pero parece que es algo de justicia elemental, coraje cívico y madurez social, que se conozcan públicamente las dimensiones de lo actuado contra los derechos humanos y contra la vida de las personas por la dictadura de Franco. Para que también hablásemos un mismo o parecido idioma democrático. Algo que tal vez una ley no pueda lograr (aunque sí desencadenar movimientos en esa positiva dirección) y requeriría un auténtico acuerdo de Estado. No se debiera perder de vista el caso autocrítico de Alemania. Sería deseable en España algo similar a lo que expone Jürgen Habermas<sup>60</sup>. Todo lo cual tiene muchísimo que ver con la Iglesia católica española y su maridaje teocrático con la dictadura de Franco<sup>61</sup>. Institución eclesial que no ha tenido a bien realizar ninguna autocrítica por ese episodio represor de tan larga duración, como si viniera históricamente de la inocencia (tal y como lo han criticado los profesores Martínez de Pisón y Gregorio Peces-Barba en repetidas ocasiones). Pero la Iglesia sí que ejerce su memoria particular para recordarnos que «superando cualquier añoranza del pasado, colaboró decididamente para hacer posible la democracia, con el reconocimiento de los derechos fundamentales de todos, sin ninguna discrimina-

---

<sup>59</sup> PRADERA, Javier, «La dictadura de Franco: amnesia y recuerdo», *Claves de Razón Práctica*, núm. 100 del 2000, pp. 52-61. Sencillamente, no es cierto –como afirma PRADERA– que los críticos de la amnesia y la impunidad en España queramos ser «demócratas puros» (por haber resistido al franquismo) frente a los «impuros» que colaboraron y se beneficiaron de esa dictadura. La única pretensión que nos anima es la reconstrucción de la verdad y su público conocimiento, que incluye la reparación de las víctimas y la aproximación de esta sociedad a una ética elemental: a que en esta vida todos somos responsables de nuestros actos (inclusive la Iglesia católica). Pero también desde miedos injustificables ¡a estas alturas! opina el editorial «Memoria» de *El País*, 17 de diciembre de 2006.

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen, y RATZINGER, Joseph, *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*, Prólogo de RODRÍGUEZ DUPLÁ, Madrid, Leonardo, Encuentro, 2006, p. 34. La construcción en España de ese «patriotismo constitucional» con memoria tendría varias ventajas para toda la sociedad civil: para la derecha política, porque habría roto sus vasos comunicantes con una dictadura violadora de los derechos humanos a gran escala, amén de premoderna; para la Iglesia católica, dado que una sincera autocrítica mejoraría su imagen a los ojos de todo el mundo; para la izquierda, porque así vería realizados en términos exclusivamente democráticos sus ideales de la resistencia antifranquista y su defensa de la República; para las fuerzas de nuestros nacionalismos, porque así sabrían lo mucho que tienen que compartir en una identidad española querida y consentida, etcétera. Pero ya se sabe: España no es hoy por hoy Alemania. Aquí tenemos –aunque suene fuerte– menos valentía cívica y en definitiva menos cultura democrática.

<sup>61</sup> Maridaje incluso represivo, como queda de manifiesto en los escalofriantes documentos que son soporte del libro de CASANOVA, Julián, *La Iglesia de Franco*, Barcelona, Crítica, 2005. Actuación de apología de la dictadura que no se limita a la guerra civil, y explica hechos como la concesión a Franco de la Orden Suprema de Cristo, máxima condecoración del Vaticano, un 25 de febrero de 1954; «La idea de la responsabilidad en la cultura constitucional española», p. 144.

ción». Y «se olvida que la Iglesia y los católicos españoles colaboraron al establecimiento de la democracia y han respetado sus normas e instituciones lealmente en todo momento»<sup>62</sup>.

No está nada mal esa vinculación de la Iglesia con la democracia, que necesita alguna que otra matización<sup>63</sup>. Incluso hubo algún importante sector de personas y varias organizaciones católicas emparentadas directamente con el antifranquismo<sup>64</sup>. Igualmente cualquier antifranquista en España no tiene sino un buen recuerdo del cardenal Tarancón. Muerto Franco, fueron claras las convergencias eclesiales con los gobiernos de UCD (no hay más que repasar las listas de sus ministros propagandistas católicos), por no hablar otra vez de los poco constitucionales Acuerdos del Estado español con la Santa Sede en 1979; luego hubo una coexistencia que tuvo sus más y sus menos con Felipe González, se dio una ulterior convergencia decidida con José María Aznar, y finalmente la franca hostilidad –que incluye a prelados en el legítimo ejercicio del derecho de manifestación en la calle– contra el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero. Porque la jerarquía episcopal española tiene sus propias preferencias políticas<sup>65</sup>:

«Si es verdad que los católicos pueden apoyar partidos diferentes y militar en ellos, también es cierto que no todos los programas son igualmente compatibles con la fe y las exigencias de la vida cristiana.»

Lo que retrotrae a algunas escenas de las buenas películas italianas de los años cincuenta y sesenta, cuando algún sacerdote desde el púlpito pedía en las elecciones a sus fieles los votos para los partidos políticos que fueran «cristianos» y «demócratas» (y la Democracia Cristiana competía entonces por el poder con los partidos de izquierda). Todo cual, ciertamente, es también un animoso ejercicio de la democracia.

#### 4. OTRO ISLAM

Hay una tendencia cultural occidental contra el Islam que ha tomado una deriva ciertamente sostenida y preocupante. Que entre intelect-

---

<sup>62</sup> ASAMBLEA PLENARIA DE LA CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, «Orientaciones morales ante la situación actual de España», pp. 20-23.

<sup>63</sup> Por ejemplo, a algunas personas intensamente preocupadas por el destino de la democracia en España durante la aciaga noche del 23 de febrero de 1981, nos hubiera gustado de veras que la Conferencia Episcopal hubiera tenido –por decirlo finamente– más reflejos a la hora de rechazar aquel intento de golpe de Estado.

<sup>64</sup> Sin ningún ánimo exhaustivo: personas como Alfonso Carlos Comín, organizaciones como las Juventudes Obreras Católicas o las Hermandades Obreras de Acción Católica, al socaire del concilio Vaticano II, fueron claves para la deslegitimación católica del franquismo y un puntal importante en la oposición a la dictadura.

<sup>65</sup> «Orientaciones morales ante la situación actual de España», pp. 20-23.

tuales se alinea con el célebre «choque de civilizaciones» patrocinado por lo más reaccionario del intelecto norteamericano y, en la sociedad, se alimenta de una propaganda claramente hostil procedente de los medios de comunicación y de la alarma real producida por el terrorismo yihadista con sus criminales atentados de New York, Madrid y Londres. Que tiene su profundo caldo de cultivo en la tradicional mirada geopolítica contemporánea de Occidente sobre el mundo árabe e islámico como un todo dominado<sup>66</sup>. Corriente de pensamiento correctamente detectada por Martín Ortega Carcelén en su bien desenvuelta obra *Cosmocracia*<sup>67</sup>:

«Aunque no existen muchos autores que confiesen abiertamente seguir la teoría del choque de civilizaciones, esta idea ha influido poderosamente en políticos, periodistas y expertos europeos que han adoptado la actitud *occidentalista*. Esta posición consiste en destacar los logros de la cultura occidental para reclamar una cierta superioridad frente a otras. Así, se estima que la herencia de la filosofía griega, la religión judeocristiana, el derecho romano, el Renacimiento, el liberalismo británico, la democracia y el arte europeos así como otros avances realizados en Estados Unidos forman una cultura única, que debe ser defendida frente a ataques externos, en particular, de otras civilizaciones que quieren oponerse a esos avances (un caso típico es Oriana Fallaci para quien la civilización islámica es un peligro).»

En el mismo saco cultural arrojado a la inferioridad pueden ir la inmigración considerada «inintegrable», el Islam en su conjunto y todo lo que suene a árabe o musulmán. Declaración de inferioridad que lleva consigo una homogénea manifestación de superioridad cultural de blanca epidermis del mundo cristiano occidental<sup>68</sup>. Dos proposiciones expresadas así por Giovanni Sartori, uno de los máximos exponentes de esta dañosa –para la convivencia pacífica en un Estado laico– corriente intelectual<sup>69</sup>: a) «La religión predicada por Mahoma

<sup>66</sup> «El mundo árabe se sitúa en un espacio afro-asiático que es un espacio agredido por otro agresor: el espacio europeo occidental. Este es un hecho irrefutable y absolutamente comprobable, al margen de que en épocas históricas anteriores la cuestión se planteara de otra manera. No se trata de entrar aquí en una polémica interminable de represalias, acusaciones y reivindicaciones recíprocas, que no conduciría a nada, sino sencillamente de recordar y dejar claramente establecida una larga realidad histórica contemporánea casi oculta, escamoteada u olvidada ya, lamentablemente». Agresión histórica reforzada hoy por el intervencionismo de los USA en ese espacio, según la autorizada opinión de MARTÍNEZ MONTÁVEZ, Pedro, «Nacionalismo e Islamismo en el mundo árabe contemporáneo», *Hermes*, núm. 4 del 2002, pp. 2-10.

<sup>67</sup> ORTEGA CARCELÉN, Martín, *Cosmocracia. Política global para el siglo XXI*, Madrid, Síntesis, 2006, p. 114.

<sup>68</sup> Lo que también son dificultades para percatarse de la real diversidad cultural europea; aspectos puestos convenientemente de manifiesto por LUCAS, Javier de, «Identidad y Constitución europea. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo?», *Pasajes* núm. 13 del 2004, pp. 63-75.

<sup>69</sup> SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica*, Madrid, Taurus, 2002, p. 12.

en el Corán es monoteísta y tan católica (entiéndase universal) como la religión católica romana: pero la primera es mucho más totalitarista, mucho más invasora y omnipresente que la segunda». b) «Y lo cierto es que hoy, y desde hace siglos, el cristianismo se inserta en un contexto laico más amplio que lo circunscribe y lo delimita, separando las cosas de Dios de las cosas que no son de Dios».

Dentro de este movimiento los hay que, incluso, reclaman el origen de la democracia actual en el cristianismo y catolicismo<sup>70</sup>. Y, desde las atalayas más diversas, se coincide en que el cristianismo es adecuado para la sociedad *postcristiana*, en la que presuntamente vivimos, en tanto que el Islam pertenece a una «sociedad cerrada» incapaz de evolucionar<sup>71</sup>. Aunque lo pérfido de toda esta propuesta y sus diversas formas es que se apoya en un sustrato social real donde, de Alemania a Italia, pasando por Inglaterra y España, han crecido las actitudes xenófobas, de manera que altísimos porcentajes de las encuestas promovidas por la Unión Europea indican que el 93% de «los interrogados identificaban islam con represión de la mujer y el 83% con terror» entre los jóvenes alemanes, en tanto que en Italia se les adjudicaban «leyes bárbaras» así como el terrorismo convertido en común denominador para todo lo musulmán. La discriminación laboral, para la consecución de una vivienda y social en general de la juventud musulmana es un hecho, aunque hayan nacido en Europa y sean europeos de pleno derecho. De lo que el Informe más completo de los realizados hasta ahora por la Unión Europea, dirigido por Beate Winkler, ha sacado la siguiente conclusión inquietante<sup>72</sup>:

«Por tanto, la hostilidad contra los musulmanes tiene que situarse en el contexto más general de la xenofobia y el racismo contra emigrantes y minorías.»

---

<sup>70</sup> Lo que ya se vio con motivo de la discusión de las fuentes de la Constitución europea, luego rechazada en Holanda y Francia. Ideas que no son nada nuevas, así como la pretensión de «una historia cristiana» que concibe «el desarrollo espiritual de Occidente hasta la Ilustración, e incluso más allá, como una especie de producto subsidiario de la secularización de una visión judeocristiana de la historia»; en la época de entreguerras, el filósofo católico francés Jean Guitton «llegó a decir que, gracias al judaísmo y al cristianismo, el espíritu europeo se había abierto a las ideas de progreso y libertad». Lo que fue ampliamente rebatido por los historiadores de su tiempo que centraron sus explicaciones en «la evolución social y económica de la baja Edad Media» que produjo la primera formación de las ciudades y de los Estados, así como el nacimiento de la historia profesional legitimadora de esas instituciones. CARRERAS ARES, Juan José, *Seis lecciones sobre historia*, Presentación de FATÁS, Guillermo, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.), Zaragoza, 2003, pp. 14-15. Sirva esta cita de Juan José CARRERAS como pequeño homenaje al amigo –y excelente historiógrafo– recientemente fallecido.

<sup>71</sup> ONFRAY, Michel, *Traité d'athéologie*, Grasset, La Flèche, 2006, pp. 263 y 278.

<sup>72</sup> *El País*, 19 de diciembre de 2006.

Cuando la población musulmana en Europa alcanza la cifra de 13 millones de personas, lo que supone el 3,5% de la europea. Y es en este contexto, tipificado por el «choque de civilizaciones», desmesuradas pretensiones sobre el papel del cristianismo en la elaboración de una Constitución europea, idearios como los de Oriana Fallaci y Sartori, junto al ascenso social del rechazo xenófobo a todo lo que suene a Islam, en el que se produjeron las célebres palabras de Benedicto XVI en la Universidad de Ratisbona. Las que mueven inmediatamente a la crítica y al intento de introducir la autocritica en el seno laico occidental y, si fuera posible, también católico. Benedicto XVI reafirmó sus tesis sobre la vinculación del cristianismo y la filosofía griega de corte racionalista, para recordar la opinión de Manuel II Paleólogo, el antepenúltimo emperador de Bizancio, sobre el Islam de su tiempo<sup>73</sup>:

«Muéstrame también lo que Mahoma ha traído de nuevo, y encontrarás solamente cosas malvadas e inhumanas, como su orden de difundir por medio de la espada la fe que predicaba.»

Esa percepción únicamente negativa del Islam y su vinculación a la guerra santa, asocian la opinión papal a las derivaciones antimusulmanas de intelectuales como los ya citados o acreditados periodistas que vieron así confirmados sus actuales prejuicios sobre todo lo musulmán y el escalón superior en el que pretenden que se encuentran Occidente, el cristianismo y el catolicismo. Hermann Tertsch, tras declarar por su cuenta que no existe ningún Islam moderado y que, en la historia, la «leyenda del idílico Al-Andalus» es nada menos que un «producto ideológico turístico sevillano», aplaude irresponsable la opinión de Benedicto XVI en un periódico de los de campanillas<sup>74</sup>:

«Lamentar los dolores que la verdad produce no significa pedir perdón por expresarla. Ratisbona se perfila ya como el primer gran favor que Benedicto XVI nos hace desde su pontificado a todos, al islam y a Occidente.»

Ciertamente, si no es desde la ceguera intelectual de ese mundo de tópicos iletrados que invade todos los medios de comunicación (hasta los más serios), no se puede comprender en qué beneficia semejante visión unilateral del Papa al Islam ni a Occidente. Pero se hace forzoso recurrir a la historia filosófica y de las religiones para intentar colocar esta envenenada polémica en su lugar correspondiente. Benedicto XVI ha elegido voluntariamente un momento de la historia representado por Manuel Paleólogo II. Es el fin de Constantinopla que está a punto de producirse y cuando el naciente imperio otomano de los selyúcidas tiene cercado lo que queda de Bizancio. Los Paleólogos significan no tanto el término de

---

<sup>73</sup> *El País*, 18 de septiembre de 2006.

<sup>74</sup> TERTSCH, Hermann, «Un favor papal», *El País*, 19 de septiembre de 2006.

una dinastía sino el de todo un imperio<sup>75</sup>. Dicen las crónicas que tenía este emperador una fuerte talla intelectual. Pero, con ella o sin ella, es bastante lógico que fuera muy contrario a un credo religioso que anudaba un poder turco más fuerte militarmente y del que este emperador bizantino terminó siendo vasallo.

Se quiere decir con todo esto que Benedicto XVI podía haber elegido otras circunstancias diferentes que las de un cerco político y militar a Bizancio, así como los testimonios de otros notables pensadores cristianos, de esa u otra época, acerca del Islam y del islamismo. Pero fue a escoger ese texto en ese rebuscado contexto y la metáfora de la difusión de la fe por la espada, lo que no tiene nada de inocente ni casual en un mundo actual atenazado por el pavor al terrorismo yihadista. Una muestra más positiva y menos desagradable de las relaciones entre la cultura cristiana medieval y el Islam la constituye el formidable libro *La Divina Comedia* de Dante Alighieri. Estudiado primorosamente por el sacerdote Miguel Asín y Palacios, gran conocedor de las fuentes árabes y del Islam<sup>76</sup>. En esta obra los pensadores musulmanes Averroes, Avicena, Alfarabi y otros sabios están en el limbo y no en el infierno, porque Dante no los ha condenado<sup>77</sup>. Y eso que se habían situado *scienter et volenter* fuera de la Iglesia católica. Claro que es una época en la que el prestigio de la cultura árabe está ampliamente reconocido durante muchos años, testimonios que Asín y Palacios recaba de San Alberto Magno, Tomás de Aquino, Gundisalvo, San Buenaventura, Raimundo Lulio o Roger Bacon. Inclusive Dante sitúa al averroísta (porque esta doctrina tuvo sus heterodoxos cristianos seguidores) Siger de Brabante «en la esfera celeste del sol» donde moran los teólogos y al lado de su enemigo irreconciliable Tomás de Aquino («en cuya boca pone además –escribe Asín y Palacios– un elogio que es una rehabilitación») <sup>78</sup>.

Asín y Palacios era un sacerdote que no recurría desde luego a los banales lugares comunes sobre el Islam. Por otra parte, Al-Andalus se ve que históricamente no es un engendro del llamado multiculturalismo (idea que de tanto usarla indebidamente ya no se sabe lo que es), sino el lugar desde donde se rehabilita en el medioevo la filosofía clásica griega (Platón, Aristóteles) y se proyecta sobre toda Europa y la

<sup>75</sup> En 1261 los Paleólogos intentaron reparar y reconstruir el viejo Imperio romano desde Constantinopla, lo que duró hasta 1453 y la caída de esa ciudad a manos de los turcos. BAYNES, Norman H., *El Imperio bizantino*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 48.

<sup>76</sup> ASÍN Y PALACIOS, Miguel, *Dante y el Islam*, Prólogo de GÓMEZ GARCÍA, Emilio, Madrid, Editorial Voluntad, 1927, pp. 288-297.

<sup>77</sup> El «Seno de Abraham» ideado por la Biblia y los Santos Padres se convierte en «limbo» en el siglo XIII y no más allá, recuerda el teólogo que también es Asín y Palacios. «Habitan el limbo los infantes que murieron sin bautizar, algunos paganos justos –entre los cuales hay musulmanes como Saladino, Avicena y Averroes– y los ángeles neutrales en la rebelión de Luzbel». *Ibidem*, p. 91.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 296-297.

cristiandad. Así que no está de más un breve recordatorio de dos tesis de Averroes para verificar su interesante antropología y su inspiración decididamente racionalista (sobre la que actúan ciertas tesis platónicas y el concepto aristotélico de imputación)<sup>79</sup>:

«Sin embargo en estas sociedades nuestras se desconocen las habilidades de las mujeres, porque en ellas sólo se utilizan para la procreación, estando por tanto destinadas al servicio de sus maridos y relegadas al cuidado de la procreación, educación y crianza. Pero esto inutiliza sus otras posibles actividades. Como en dichas comunidades las mujeres no se preparan para ninguna de las virtudes humanas, sucede que muchas veces se asemejan a las plantas en esas sociedades, representando una carga para los hombres, lo cual es una de las razones de la pobreza de dichas comunidades, en la que llegan a duplicar en número a los varones, mientras que al mismo tiempo y en tanto carecen de formación no contribuyen a ninguna otra de las actividades necesarias, excepto en muy pocas, como son el hilar y el tejer, las cuales realizan la mayoría de las veces cuando necesitan fondos para subsistir.»

La cita es un poco densa, pero refleja muy bien la claridad de ideas de Averroes sobre un problema también de nuestro tiempo, para cuya resolución recomendaba dar a las mujeres la misma educación que a los hombres, incluso «por medio de la música y la gimnasia». Con razón ha recomendado su lectura el escritor Salman Rushdie. Pues Averroes demuestra que no es cierta la supuesta incompatibilidad intrínseca del Islam con la dignidad de la mujer (cuya subordinación al hombre se ha de criticar siempre y provenga de donde provenga en cualquiera de las tres religiones del libro).

La segunda tesis tiene más enjundia teológica. Y concierne a la responsabilidad de los seres humanos en los actos producidos por ellos mismos. Que no han de adjudicar siempre a Dios ni a sus mandatos haciéndole intervenir en todo tipo de culpas humanas buenas o malas; también es una superchería atribuir el mal a Satanás y los demonios. Menos conveniente resulta vincular nuestros actos con los ángeles y sus formas milagrosas. Si se educa a los jóvenes en esa intervención constante de lo sobrenatural y milagroso, nunca serán responsables de nada agarrotados por miedos y temores. Porque el mal es obra de los seres humanos, condición de la materia, y Dios «es absolutamente bueno y de ningún modo produce el mal en tiempo alguno», sentencia Averroes para la posteridad<sup>80</sup>. Esto no quiere decir que el Islam de Averroes fuera *más que* o *mejor que* el cristianismo. Sino que corrobora que, mal que le pese a Benedicto XVI tan adversario él del «relativismo», las cosas de este mundo son bastante relativas

---

<sup>79</sup> AVERROES, *Exposición de la «República» de Platón*, Edición de CRUZ HERNÁNDEZ, Miguel, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 59 y 60.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 20.

y las llamadas «verdades» también. Sobre todo en lo tocante a la historia del intelecto humano. Nadie duda la fuerza de la *episteme* griega y el uso del razonamiento silogístico en Tomás de Aquino<sup>81</sup>. Pero este mismo filósofo se dedicó igualmente a la tarea nada racionalista de defender el milagro y la intervención cotidiana de lo sobrenatural en lo humano, dentro de lo que era una directa oposición a Averroes y al averroísmo<sup>82</sup>. O dicho de otro modo: el cristianismo no tiene el monopolio en el legado del racionalismo clásico griego. Sin ninguna auto-censura en el empleo de la crítica, el punto de partida de personas laicas o creyentes para relacionarnos con el mundo musulmán (el de fuera de nuestras fronteras y el de dentro) ha de ser otro muy otro. Con buenas dosis de modestia, como las inyectadas por un teólogo católico, Hans Küng, en sus certeras palabras sobre el incidente de Ratisbona<sup>83</sup>:

«La Iglesia católica tardó siglos –hasta el Concilio Vaticano II– en aceptar los derechos humanos y especialmente la libertad de culto, pero al final acabó haciéndolo. El islam también debería ser capaz de ello.»

---

<sup>81</sup> Estudiado recientemente con agudeza por ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 78.

<sup>82</sup> Y a Mahoma, a quien reprochaba que: «No adujo prodigios sobrenaturales, único testimonio adecuado de inspiración divina, ya que las obras sensibles, que no pueden ser más que divinas, manifiestan que el maestro de la verdad está interiormente inspirado». AQUINO, Tomás de, *Suma contra los gentiles*, edición abreviada de ÁLVAREZ GÓMEZ, Ángel, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 58-59. Dentro de la admisión del mal –por parte de Tomás de Aquino– en la acción de la providencia (que no lo excluye), p. 85.

<sup>83</sup> KÜNG, Hans, «El Papa aprende una lección», *El País*, 24 de diciembre de 2006.



## **II**

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



# Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

Universidad de Málaga

«A lawyer without history or literature is a mechanic, a mere working mason; if he possesses some knowledge of these he may venture to call himself an architect». Sir WALTER SCOTT (1771-1832)

Guy Mannering, *or the Astrologer* (1815), Chap. xxxvii

## RESUMEN

*Las intersecciones entre lo jurídico y lo literario resultan en el diverso itinerario y distinta trayectoria de recorrido de cada elemento en el par de relación Derecho/Literatura, y se articulan a través de determinada clase de sintagmas gramaticales, concretamente organizadas mediante tres preposiciones (en, indicando lugar; de, denotando pertenencia; con, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (como, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde lo adyacente hasta la simetría). Desde ellas distingue el Autor tres tipos de intersecciones, respectivamente propuestas como instrumental, estructural e institucional.*

Palabras clave: *Derecho y Literatura. Derecho en la Literatura. Derecho de la Literatura. Literatura jurídica y Bibliografía jurídica. Derecho como Literatura (Estética y Hermenéutica jurídica, Teoría narrativa del derecho), Derecho con Literatura.*

## ABSTRACT

*The intersections between legal and the literary thing are in the diverse itinerary and different trajectory from route of each element in the pair Law/Literature relation, and they articulate to traverse of certain grammar class of sintagmas, concretely organized by means of three you preposition (in, indicating place; of, denoting property; with, expressing the circumstance whereupon something is executed or happened) and a modal adverb (as, it is to say, to way of, according to, in as much that or so that, pointing types of I collate that they go from the adjacent thing to the symmetry). From them it distinguishes the Author three types of intersections, respectively propose like instrumental (in/of), structural (as) and institutional (with).*

*Key words: Law and Literature. Law in Literature. Law of Literature. Legal Literature. Legal bibliography. Law as Literature (Aesthetic and Legal hermeneutics, Narrative theory of Law). Law with Literature.*

**SUMARIO:** 0. GEOMETRÍA DEL JARDÍN.-1. UNA CUESTIÓN DE NOMENCLATURA, PERO ANTE TODO DE ORDEN METODOLÓGICO.-2. INTERSECCIÓN INSTRUMENTAL.-3. INTERSECCIÓN ESTRUCTURAL.-4. INTERSECCIÓN INSTITUCIONAL.-5. MIRADOR AL JARDÍN.

### 0. GEOMETRÍA DEL JARDÍN

Se me ocurre que para describir cuál ha sido, luego de transcurrido cierto tiempo, el resultado de una dedicación académica a las tareas investigadoras bien podría acudirse a la siguiente imagen. En el desenvolvimiento de esa labor va configurándose poco a poco algo como un «parque temático». Tiene esta locución un perfil de especialidad que en mi caso se contrae al índice de materias y problemas propios de la disciplina «Filosofía del Derecho». Si desarrolláramos esa imagen podría decirse también que, como en cualquier parque que se precie, allí habrá largas avenidas arboladas, profundas y umbrías alamedas, y asimismo soleados paseos de florecidas rosaledas, extensos prados en verdes tornadizos, y también parajes apartados que ha mucho no se transitan. El mío contiene todos esos lugares, además de otros más ocultos en cuya espesura se amontona la broza de muchas podas. Y en él hay, por supuesto, un jardín. No es de recreo, sino botánico; esto es, un terreno cercado donde, habiendo permanecido al abrigo del inclemente invierno, adelantan para el estudio brotes de alguna especie difícil, singular o nueva. Sería de proponer que alguien dedicara una reflexión algo más acrecentada que esta mía, sólo germinal, a la seme-

janza del oficio de la investigación científica con arte del cuidado y cultivo de jardines, siquiera por razón de los afanes y desvelos, así como del placer y goce estético que de ambas aplicaciones resulta.

Voy a hablarles de ese jardín que con los años, van ya para quince, me parece haber arreglado con sementeras y planteles, y por medio de esquejes, yemas de injerto y otras técnicas y procedimientos donde la curiosidad instructiva siempre fue compañera de la experimentación intelectual. Es el fértil jardín de la *Teoría literaria del Derecho*. Pero nada diré sin embargo acerca de su flora o variedad de frutos, sino de las diversas veredas que en él formaron los pasos recorridos. Cuanto aquí exponga se ceñirá únicamente a la geometría del jardín, tejida toda ella de intersecciones. Así, pues, no es aquél un jardín de senderos que se bifurcan –como en la borgeana trama del alternativo destino que diseñan varios porvenires– sino atravesado por sendas y caminos que se entrelazan. En mi caso esas andaduras allegaron a una central glorieta, la «teoría y crítica narrativista del Derecho», pero tampoco creo que esta desembocadura interese más que las diferentes travesías y confluencias que entre ellas se producen.

## 1. UNA CUESTIÓN DE NOMENCLATURA, PERO ANTE TODO DE ORDEN METODOLÓGICO

La *Teoría literaria del Derecho* supone que lo *jurídico* y lo *literario* se encuentran en relación. Es significativo que incluso Posner, quien ha mostrado mayores reticencias hacia ella, aunque la precise como «incomprendida»<sup>1</sup> no la niegue. Por tanto, el asunto principal remite a partir de aquí a la manera y mejor forma de conocer el régimen que vincula entre sí los elementos de la relación. Dos proposiciones pueden contribuir a facilitararlo, y son:

- a) Las intersecciones entre lo *jurídico* y lo *literario* resultan de los diversos itinerarios y trayectorias de recorrido, por ambas partes, y
- b) Las intersecciones entre lo *jurídico* y lo *literario* se articulan a través de cierta clase de sintagmas gramaticales que actúan como puente, organizadas concretamente mediante tres preposiciones (*en*,

---

<sup>1</sup> POSNER, R. A.; *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Cambridge, Mass., and London, Harvard University Press, 1988, y *Law and Literature: Revised and Enlarged Edition*, Cambridge, Mass., and London, Harvard University Press, 1998. Asimismo, Id., «What Has Modern Literary Theory to Offer Law?», en 53 *Stanford Law Review*, (2000), pp. 195-208. Sobre la posición de Posner, véanse WHITE, J. B., «What Can a Lawyer Learn from Literature?», en *Harvard Law Review* (1988-1989), pp. 2014-2047, y MARÍ, E. E., «Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja», en *Doxa* 21-II (1998), pp. 251-288. De la 2.ª ed. de *Law and Literature* existe trad. española de P. SALAMANCA y M. MUREGÁN, *Ley y Literatura*, Colegio de Abogados de Valladolid- Eds. Cuatro y el gato, Valladolid, 2004.

indicando lugar; *de*, denotando pertenencia; *con*, expresando la circunstancia con que algo se ejecuta o sucede) y un adverbio modal (*como*, es decir, a modo de, según, en tanto que o tal que, apuntando tipos de cotejo que van desde adyacencia hasta simetría).

De la proposición *a*) se infiere que la eventual distinta línea de aproximación y avance de cada elemento de la relación origina encuentros y contactos diferentes. Lo que se entiende por *jurídico* o por *literario* no es siempre unívoco, de ahí que pudiendo ser diverso el camino por donde marche una determinada idea de Derecho o de Literatura puedan ser también diversos los puntos de intersección que se produzcan.

De la proposición *b*) se infiere que cada posible intersección será diferente de cualquiera otra y que cada una de esas posibles intersecciones se referirá a una relación en sí misma diferenciada de las demás: el Derecho *en* la Literatura, el Derecho *de* la Literatura, el Derecho *como* Literatura. En cualquier caso, aún cuanto todas ellas atañen a cualidades distintivas acerca de la posible relación Derecho y Literatura, coinciden no obstante en descartar la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura), manteniendo pues el distingo entre los elementos que se relacionan. Ciertamente, es porque Derecho y Literatura se relacionan que Derecho y Literatura se distinguen.

Supuesta la proposición *a*) las distintas líneas de aproximación y avance en que respectivamente discurren las relaciones entre lo *jurídico* y lo *literario* conciernen asimismo a tres ideas de distinta índole sobre *Derecho y Literatura*: 1) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de cultura jurídica, y la Literatura de la de cultura literaria, 2) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de regulación normativa, y la Literatura como actividad objeto de regulación normativa por el Derecho, y 3) La que considera el Derecho en cuanto traído de la idea de teoría jurídica, y la Literatura de la de teoría literaria.

Supuesta la proposición *b*) las intersecciones entre Derecho y Literatura son diferentes y cualitativamente distinguibles ya que: 1) El Derecho *en* la Literatura presenta la recreación literaria (tanto de género narrativo, como lírico o dramático) de alguna forma organizativa jurídica (los tribunales de justicia, la profesión jurídica, etc.) o de determinados conceptos y valores jurídicos (ley, la equidad, la justicia, etc.), o lo que es igual, presenta la literatura asociada a temas o asuntos jurídicos, 2) El Derecho *de* la Literatura presenta el fenómeno literario desde el punto de vista jurídico-normativo (propiedad intelectual, *Copyrights* y derechos de autor, contrato de edición, etc., incluyendo asimismo problemas de libertad de expresión), y 3) Derecho *como* Literatura presenta los productos jurídicos como creaciones literarias (literatura legislativa, judicial, de la práctica profesional, de la doctrina científica, etc.) y somete a perspectiva metodológica de canon literario el análisis crítico y comprensión de los discursos, experiencias y actos, criterios interpretativos y construcciones jurídico-dogmáticas.

Lo hasta aquí expuesto como sinopsis y breve desglose analítico tanto sobre la relación Derecho y Literatura como acerca de las tres variables de intersección comúnmente aceptadas<sup>2</sup>, ha de completarse todavía con tres anotaciones.

– Una primera, señalando que en las intersecciones Derecho en la Literatura y Derecho como Literatura se producen efectos de interdisciplinariedad de amplísimo *spectrum*<sup>3</sup>, que sin embargo faltan en el Derecho de la Literatura, si bien tal modalidad de la relación Derecho

---

<sup>2</sup> Además de POSNER, R. A., *Law and Literature* (1988), cit., pp. 319-352, también WEISBERG, R., «The Law-Literature Enterprise», en *Yale Journal of Law & the Humanities*, I, 1988, pp. 1-2; WARD, I., *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge, Cambridge U.P., 1995 (2.<sup>a</sup> ed. 2004), pp. 3 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A., «Breve introducción sobre Derecho y Literatura», en Id.; *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 362; OST, F.; *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 40. Algún trabajo, como el de MORAWETZ, T.; «Ethics and Style: The Lessons of Literature for Law», en *Stanford Law Review*, 45 (1993), pp. 497-499, añade un cuarto punto de intersección conducido a través de la perspectiva histórica (*storian way*), tocante a la forma en que la Literatura ha trasladado determinada imagen del Derecho a la hora de comprender su realidad histórica e influido sobre la opinión pública para identificar ciertos procesos jurídicos, en especial, legislativos. Sobre esta cuestión véanse también FERGUSON, R. A.; *Law and Letter in American Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1984; Brook, T.; *Cross-Examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, New York, Cambridge UP, 1987, y DOLIN, K.; *Fiction and the Law: Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Cambridge UP, Cambridge, 1999. En línea *storian way* mi trabajo «Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España», en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> Época, núm. 12 (2003), pp. 255-270.

<sup>3</sup> Véase OSSORIO MORALES, J.; *Derecho y Literatura*, Universidad, Granada, 1949, (Recogido ahora en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, 2003, pp. 501-524); HINZ, E. J.– ANDERSON, T.– MCGILLIVRAY, A.; *Adversaria. Literature and Law*, Manitoba, University of Manitoba-Winnipeg, 1994; NEVILLE TURNER, J. – WILLIAMS, P. (eds.); *The Happy Couple. Law and literature*, Sidney, The Federation Press, 1994; CHEE DIMOCK, W.; *Residues of Justice. Literature, Law, Philosophy*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1996; ROCKWOOD, B. L. (ed.); *Law and literature perspectives*, New York, Peter Lang, cop., 1996; BALL, M.; «The Future of Law and Literature: Convocations and Conversations», (pp. 107-110), y LEVINSON, S.; «Some (Brief) Reflections About Law and Literature» (pp. 121-123), ambos en 10 *Cardozo Studies in Law and Literature* 2 (1998); MYRSIADES, K.– MYRSIADES, L. (eds.); *Un-disciplining literature. Literature, Law, and Culture*, New York, Peter Lang, cop., 1999; RODRÍGUEZ CHÁVEZ, I.; *Literatura y derecho*, Lima, Perú, Universidad Ricardo Palma, 2002; RYF, J.–P.; *Justice et litterature. Regards croisés*, Anglet, Atlantica, 2004; MEYER, M.; *Literature and law*, Amsterdam, Rodopi 2004; WARD, I.; *Law and Literature: possibilities and perspectives*, cit.; Iván RODRÍGUEZ CHÁVEZ, *Literatura y Derecho*, Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú, 2002; GOODRICH, P.; «Erotic Melancholia: Law, Literature, and Love», 14 *Law & Literature* (2002), pp. 103-129; TORRES MÉNDEZ, M.; *Jurisprudencia literaria y filosófica. (La aplicación del Movimiento «Derecho y Literatura» en la jurisprudencia)*, Lima, Perú, Grijley, 2003; HANAFIN, P.; «Introduction: On Writing: Law and Literature», en Hanafin P. et al.; *Law and Literature*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004 [Journal of Law and Society Special Issues. Issue 4], pp. 1-2. Un repertorio interesante en RAY PAPKE, D.; «Law and Literature: A Comment and Bibliography of Secondary Works», en 73 *Law Library Journal* (1980), pp. 421-437.

y Literatura está adquiriendo en algunos sistemas jurídicos fisonomía científica autónoma. Al propio tiempo, si no parece dudoso que lo entendido por Derecho *como* Literatura comporta evidentes dimensiones metodológicas, también se han apuntado respecto al Derecho *en* la Literatura ciertas virtualidades de método para el estudio jurídico<sup>4</sup>.

– La segunda concierne al planteamiento (Richard A. Posner) que en general enfatiza la esencial divergencia entre Derecho y Literatura con base en las diferentes funciones sociales que corresponden a textos jurídicos y literarios. Es cierto que a primera vista tal afirmación no parece demasiado discutible; las funciones sociales que cumplen al Derecho en cuanto Dogmática jurídica<sup>5</sup> no se registran en la Literatura. Con todo, Derecho y Literatura sí se imbrican a una función social indiscutible y común a través de su fundamento en el Mito (*Mythos*); en ambas creaciones humanas la función mítica se halla presente a través de la vocación instituyente de dar sentido al desorden de la experiencia; la institución jurídica otorga sentido reordenando el conflicto social, la literaria socializa mediante la ficción una «promesa de sentido» frente al desconcierto de la experiencia. Contemplada desde esta perspectiva la relación Derecho y Literatura albergaría una realización suplementaria, fraguada en la oportunidad de contemplar lo jurídico no ya con base en el aprovechamiento de recursos literarios (la Literatura *en* el Derecho) ni tampoco mediante análisis o método de revelación comparativa (Derecho *como* Literatura), sino forjado *con* apropiación de lo literario. Tal apropiación de la Literatura por el Derecho consiste en la traslación/trascrición de formas instituyentes literarias a las jurídicas, y su posibilidad obedece a que, positivamente, ambos comparten socialmente una misma práctica poética.

Y así, el área estricta de la *Teoría literaria del Derecho* comprendería la superficie y volumen ocupados por las intersecciones Derecho *en* la Literatura y Derecho *como* Literatura y Derecho *con* Literatura.

Estas tres intersecciones, que en adelante denominaré respectivamente como *instrumental*, *estructural e institucional*, conforman pues el foco inmediato la *Teoría literaria del Derecho*.

– Finalmente, decir también que nuestro enfoque sobre una *Teoría literaria del Derecho* prescindirá del Derecho *de* la Literatura, por encarnar una acepción demasiado restrictiva de *Derecho*, que va entendido como disciplina jurídica de especialidad, e igualmente de un subtipo implícito en el Derecho *como* Literatura, en concreto la Literatura *del* (contracción de la preposición *de* y artículo *el*) Derecho, ya que ésta se suscita desde una acepción demasiado extensa de *Literatura*, por entendida como conjunto de obras que versan sobre la ciencia jurídica o *Bibliografía jurídica*, al par que demasiado limitada

---

<sup>4</sup> CARRERAS JIMÉNEZ, M., «Derecho y Literatura», en *Persona y Derecho*, 34, 1996, pp. 33-62.

<sup>5</sup> Véase CALSAMIGLIA, A.; *Introducción a la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 129-150.

de *Derecho*, circunscrito al estudio de legislaciones históricas, o *Literatura jurídica* propiamente dicha<sup>6</sup>.

## 2. INTERSECCIÓN INSTRUMENTAL

El Derecho *en* la Literatura plantea una intersección de carácter *instrumental* en recorrido de sentido doble: el Derecho en cuanto recurso literario, y también la Literatura en cuanto recurso jurídico. En ambos sentidos el carácter instrumental de la intersección revierte en utilidades varias.

El Derecho en cuanto recurso literario, es decir, la presencia de lo jurídico en el contexto de la ficción literaria, contribuye a la formación de los juristas a través del entendimiento sociológico y iusfilosófico de las concepciones de la justicia (por ej., ordalías, talión y venganza, justicia retributiva/principio de conciliación<sup>7</sup>) y del Derecho (por ej., derecho natural/derecho positivo). Son así dignas de mención

---

<sup>6</sup> Así los trabajos de TORRES CAMPOS, M. (1850-1918); *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Madrid, Estab. Tip. de Góngora, 1884 [Reprod. facs. Pamplona, Edit. Analecta, 2002] y UREÑA y SMENJAUD, R. (1852-1930); *Sumario de las lecciones dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 98 y siguientes. (Intento de una historia de las ideas Jurídicas en España)*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1897, e *Historia de la Literatura Jurídica Española*, Madrid, Estab. Tip. de Idamor Moreno, 1906, o SANCHO IZQUIERDO, M. (1890-1988); *El Fuero de Molina de Aragón*, Madrid, 1916, Librería General de Victoriano Suárez (Col. Estudios de historia de la literatura jurídica española). Vid. también RIAZA, R. – GARCÍA GALLO, A.; *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934, p. 22; GARCÍA GALLO, A.; *Historia del Derecho español*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 3.<sup>a</sup> ed. 1943, t. I, p. 11; PESET, M. et al.; *Historia del Derecho*, Valencia, Albatros, 1993, pp. 27 y 30. En Literatura jurídica extranjera véase por ej.: HOLDSWORTH, W.S.; *Sources and literature of English law*, with a foreword by Justice Atkin, Oxford, Clarendon Press, 1925; LANSKY, R.; *Grundliteratur Recht*, MÜNCHEN, C.H. Beck, 1978, 2 vols., o NELSON, W. E. – REID, J. Ph.; *The Literature of American legal history*, New York, Oceana, 1985. Mi aportación en punto a bibliografía jurídica son cuatro trabajos: *Prólogo* a VERA DELGADO, A. – GARCÍA RECHE, G.; *Repertorio de Libros Antiguos en el que se recogen las obras publicadas con anterioridad a 1801 que están en la Facultad de Derecho*, Málaga, Universidad de Málaga – Facultad de Derecho, 1990, pp. 7-12, «Notas sobre literatura jurídica y juristas sevillanos del s. XVII: Juan de Ayllón Laynez», en *Archivo Hispalense* (Sevilla), núm. 225, 1991, pp. 233-238, «Notas sobre literatura jurídica y juristas malagueños del s. XVII: Francisco de Amaya», en *Revista de Estudios Antequeranos*, (Antequera. Málaga), 2, 1994, pp. 359-371, y «El derecho escrito. Lectores, lecturas, leyes, lecciones», Presentación a *El derecho escrito. La cultura del libro e impresos jurídicos en las colecciones privadas malagueñas. Siglos XVI-XIX* (3 de febrero-18 de marzo 2005), Málaga, Cedma, 2005, pp. 9-24.

<sup>7</sup> Véase el interesante trabajo de HENBERG, M.; *Retribution: evil for evil in ethics, law, and literature*, Philadelphia. Pa., Temple University Press, 1990. Por mi parte, el trabajo titulado «Medio rural y Justicia. Literatura social-reformista en España, 1914-1925», en FERREIRA DA CUNHA, P. (Coord.); *Direito Natural, Justiça e Política* (II.º Coloquio del Instituto Jurídico Interdisciplinar. Faculdade de Direito da Universidade do Porto), Coimbra, Coimbra Editora, 2005, vol. I, pp. 37-86.

reflexiones como la de Gustav Radbruch exhortando a la lectura de concretas obras en prosa<sup>8</sup> y verso<sup>9</sup>. Por pasiva, esto es, atendiendo a la intersección de lo literario en el Derecho, o Literatura en cuanto recurso jurídico, no carece de oportunidad la referencia a trabajos, ahora clásicos, en los que se destaca el empleo de mecanismos y dispositivos poéticos llevado a cabo por legisladores y jurisconsultos<sup>10</sup>.

No obstante, el beneficio que de ello reporta no sólo aprovecha al tipo de utilidades que Radbruch denominaba genéricamente de «estética del Derecho», o sea, en el rastro de método didáctico y lema de esópica tradición («instruir deleitando»). Lo observamos también allí donde la divisa de la práctica iuspedagógica parecería rezar con emblema opuesto («la letra con sangre entra»); es decir, durante el trámite de la instrucción jurídico-dogmática. Porque ciertamente también aquí se obtienen rendimientos que para la experiencia formativa

<sup>8</sup> RADBRUCH, G. (1878-1949); *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg, 1948, trad. de W. Roces (1951), *Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1974 (4.ª ed), pp. 151-152. (Así, FRANCE, A. (1844-1924); *Crainquebille, Putois, Riquet y otros relatos edificantes*, trad. de L. Ruiz Contreras, Imp. A. Marzo, Madrid, 1908, o TOLSTOI, L. (1828-1910); *Resurrección* (1899), trad. de M. Orta Manzano, Barcelona, RBA, 2005).

<sup>9</sup> Sobre la presencia del Derecho en la poesía es referencia clásica GRIMM, J.; «Von der Poesie im Recht», en *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, II (1816), pp. 25-99. El propio Radbruch ocupó su interés jurídico en poetas como Goethe. Véase RADBRUCH, G.; «Goethe und K.F. Hommel», en Id.; *Elegantiae Juris Criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts*, 2. Auflage, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1950, pp. 176-180 [Karl Ferdinand Hommel (1722-1781) fue profesor de derecho y juez en Leipzig, además de un importante promotor del reformismo penal ilustrado, siendo conocido como el Beccaria alemán, trad de éste en ed. vienesa de 1786]. Consúltese también la recensión a Radbruch de K. GRZYBOWSKI en *American Journal of Comparative Law*, vol. 3, n.º 4 (1954), pp. 603-604. Igualmente, RADBRUCH, G.; «Il diritto nella visione getheana del mondo», en *RIFD*, 1940, pp. 193 y ss. Para otras referencias, como por ejemplo a *Maß für Maß [Medida por Medida]* de Shakespeare, en su obra *Gestalten und Gedanken*, Acht Studien, Koehler & Amelang, Leipzig, 1944.

<sup>10</sup> Véanse los trabajos de Hans Fehr, reunidos en *Kunst und Recht* Festgabe für Hans Fehr, Karlsruhe, C. F. Müller, 1948, 3 t. [I. *Das Recht im Bilde* (1929); II. *Das Recht in der Dichtung* (1931); III. *Die Dichtung im Recht* (1936)]. Para ej. más recientes Barbara JOHNSON, «Anthropomorphism in Lyric and Law», en *Yale Journal of Law and the Humanities*, 10 (1998), pp. 549-574, y en Derecho constitucional, véase HÄBERLE, P.- LÓPEZ BOFILL, H.; *Poesía y derecho constitucional: una conversación*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals, 2004, que también contiene trad. parcial de *La Constitución de los literatos*, de HÄBERLE (*Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, Illustrationen von Bernd Burkhard, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1983). En Derecho penal, GARCÍA OVIEDO, C.; *Ideas jurídico-penales contenidas en el Romancero español*, en *Revista del Centro de Estudios Histórico de Granada y su Reino*, 1912, pp. 223-250, e *infra* n. 19. En historia política, FERREIRA DA CUNHA, P.; «La poésie, signe juridico-politique: l'exemple de l'Al-Andalus Lusitanien. Essais de lecture», en Id.; *Le Droit et les Sens*, Paris-Orléans, L'Atelier de l'Archer, 2000, pp. 106-127. Véase asimismo sobre juristas poetas «Off the Record: An Anthology of Poetry by Lawyers», en 28 *Legal Studies Forum*, 1-2 (2004), íntegramente dedicado a la poesía de juristas, en ed. de J. R. ELKINS.

de los juristas suponen adquisición de conocimientos y desarrollo de habilidades. Lo han comprendido de ese modo quienes en la estela de John Henry Wigmore (1863-1943) y su *A List of Legal Novels* (1908 y 1922)<sup>11</sup> hacen uso de esa prospectiva, renovando la colección de aquel catálogo<sup>12</sup> y ofreciendo y formando ampliadas selecciones y antologías escolares de textos y críticas<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> En *Illinois Law Review*, vol. II (1908), pp. 574-593, y «A List of One Hundred Legal Novels», en id., vol. XVII (1922), pp. 26-41. Wigmore las organiza en cuatro grupos de novelas: 1) las que describen escenas de tribunales; 2) las que muestran rasgos de abogados, jueces, o detallan formas de la vida profesional; 3) las que exponen métodos jurídicos en el proceso y ejecución penales; y 4) las que tratan sobre alguna cuestión jurídica tocante a derechos o conductas de los personajes literarios. Véase también PERGOLES, F.; *Diritto e giustizia nella letteratura moderna, narrativa e teatrale*, Bologna, Zuffi, 1949 p. 25 [reimp. 1956] y VILLIERS GEMMETTE, E.; *Law in Literature. Legal Themes in Short Stories*, New York, Praeger Publishers, 1992 [En espec. Appendix A: «Wigmore's List of Legal Novels», pp. 444-456, y APPENDIX, B: «Weisberg and Kretschman's Expanded List of Law-Related Literary Works», pp. 457-461, y APPENDIX, C: «Fifty Law-Related Films», pp. 463-467]. Asimismo, BREEN, J. L.; *Novels Veredicts: A Guide to Courtroom Fiction*, Metuchen (N.J.), Scarecrow Press, 1984.

<sup>12</sup> Véanse reunidas las diversas ampliaciones KRETSCHMAN, K. L.; *Legal Novels: An Annotated Bibliography*, Austin, University of Texas, 1979 y WEISBERG, R.; *The Failure of the Word: The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, New Haven and London, Yale U.P., 1984. Asimismo la Nota «A New List of Recommended Reading for Prospective Law Students (Faculty of the Michigan Law School)», en *Michigan Law Review*, Vol. 83, n.º 4, 1985 Survey of Books Relating to the Law (Feb., 1985), pp. 663-669.

<sup>13</sup> De textos, entre otras, LONDON, E.; *The World of Law: The Law in Literature*, New York, Simon and Schuster, 1960; SURETSTK, H.; «Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities», en *Rutgers Law Review* 32 (1979), pp. 727-739; THOMAS, B.; *Cross-examinations of Law and Literature: Cooper, Hawthorne, Stowe, and Melville*, New York, Cambridge UP, 1987; VILLIERS GEMMETTE, E. (ed.); *Law in Literature: Legal Themes in Short Stories*, cit.; *Law in Literature: Legal Themes in Drama*, Troy, New York, Whitson Pub. Co., 1995, *Law in literature: legal themes in Novellas*, Troy, New York, Whitson Pub. Co., 1996, y *Law in Literature: An Annotated Bibliography of Law-Related Works*, Whitston Publishing Co., Troy, New York, 1998; WISHINGRAD, J. (ed.); *Legal Fictions: Short Stories About Lawyers and the Law* (reissued ed. Woodstock, Overlook Press, 1994; MORISON, J.- BELL, C. (eds.); *Tall Stories? Reading Law and Literature*, Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1996; MALAURIE, Ph.; *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, Edition Cujas, 1997; SHAPIRO, F. R. - GARRY, J.; *Trial and Error: An Oxford Anthology of Legal Stories*, Oxford, Oxford UP, 1998; HEALD, P. J.; *A Guide to Law and Literature for Teachers, Students, and Researchers*, Durham, North Carolina. Carolinam Carolina Academic Press, 1998. En lengua española FINA SANGLAS, A.; *Justicia y Literatura*, Barcelona, Bosch, 1993, y ALAMILLO SANZ, F. J.; *La Administración de Justicia en el clásicos españoles. De los jueces, escribanos, alguaciles, cuadrilleros, corchetes, procuradores, pícaros, presidiarios y otras gentes de mal vivir*, Madrid, Civitas, 1996.

De análisis críticos, entre otras, FISHER, J.; «Reading Literature/Reading Law: Is There a Literary Jurisprudence?», en *Texas Law Review* 72 (1993), pp. 135-160; LEVINSON, S.- MAILLOUX, S. (eds.); *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*, Evaston, Northwestern UP, 1988; LEDWON, L. (ed.); *Law and Literature: Text and Theory*, New York, Garland Publishing, 1995; ROCKWOOD, B. L. (ed.); *Law and Literature Perspectives*, New York, Peter Lang, 1998; FREEMAN, M.- LEWIS, A.

Sin duda, pues, las guías literarias del Derecho (*a literary guide to Law*) son practiquísimas guías de lectura jurídica (*a reader's guide to Law*), pero poseen además un valor añadido. El cultivo de la intersección Derecho en la Literatura, sea mediante el examen del Derecho en cuanto recurso literario o, a la inversa, de la Literatura en cuanto recurso jurídico<sup>14</sup>, no únicamente asiste a la «educación sentimental del jurista»<sup>15</sup>, sino que fructifica más allá de favorecer en ese plano de la relación Derecho y Literatura una función sólo *estética*, ya que además transforma su provecho en *guía ética*. La inmersión jurídica en las fuentes literarias, y viceversa, actúa con poder de empatía (*power of empathy*) ética. En esta dirección humanista<sup>16</sup> se expresa Nussbaum al opinar que la *imaginación literaria* vale «para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas»<sup>17</sup>. Y, en efecto, el hábito en esas lecturas «brinda intuiciones que —una vez sometidas a la pertinente crítica— deberían cumplir una función en la construcción de una teoría política y moral adecuada; que desarrolla aptitudes morales sin las cuales los ciudadanos no lograrán forjar una realidad a partir de las conclusiones normativas de una teoría política o moral, por excelente que sea»<sup>18</sup>. La imaginación literaria aplicada al Derecho presta servicio de imaginación ético-civil y pública universalizable.

Ahora bien, comparto el parecer de que en el discurso jurídico tal *fabulación literaria*, que desde luego en absoluto tendría por qué no poseer naturaleza lírica (Derecho en la Poesía)<sup>19</sup>, debería presentar en

---

(eds.); *Law in Literature*, London-New York, Oxford UP, 1999. (Nota: Se ha ofrecido por lo general la fecha de aparición, a la que más siguieron numerosas reimpresiones y reediciones). También, aunque en parte, DANOVI, R.; *Tra fantasia e Diritto. List of Novel*, Giuffrè, Milano, 2004. En lengua española el reciente trabajo de TALAVERA, P.; *Derecho y Literatura*, Granada, Edit. Comares, 2006, en esp. caps. II y ss.

<sup>14</sup> Véase ALMOG, S.; «Literature Alongside Law as a Contemporary Paradigm», en *Cultural Dynamics* 13, 1 (2001), pp. 53-65.

<sup>15</sup> Tomo la expresión de LARRAÑAGA, E.; *Derecho y literatura*, México, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), División de Ciencias Sociales y Humanidades, 1987, p. 23.

<sup>16</sup> Así, J. B. BARON califica de «humanistas» a los *law-and-lits*, adeptos al *law and literatura*, que sostienen la conveniencia de que los juristas lean Literatura. Véase su trabajo «Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity», en *Yale Law Journal* 108, 5 (1999), pp. 1059-1085, en esp. p. 1063.

<sup>17</sup> NUSSBAUM, M.; *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life* (1995), *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. Carlos Gardini, Santiago de Chile, Edit. Andrés Bello, 1997, p. 27.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 38. Sobre el alcance de la concepción literaria y aristotélica del juicio práctico en Nussbaum, véase Robert PIPPIN, «Percepire le necessità del tempo. Letteratura, conoscenza morale e Diritto», en *Ars interpretandi* 7 (2002), pp. 87-108, en esp. pp. 97-108.

<sup>19</sup> En este punto, señalo una aportación personal con el estudio de temas jurídico-penales en la poesía popular del flamenco andaluz, entendiendo las tonás de carceras como micro-relatos: véase CALVO GONZÁLEZ, J.; *El Cante por Derecho. Las «Carceleras» y el krausofloclorismo andaluz. (Un estudio de Etnología jurídica y*

presentar en cualquier caso estructura narrativa<sup>20</sup>. Esa empatía ético-civil y pública universalizable se aprecia particularmente tratándose de la *compasión* –algo distinto del pesar o la pena– hacia las víctimas, del discurso jurídico de género (*legal feminism*) y sobre el derecho de las minorías<sup>21</sup>. Y así, me parecen reveladoras propuestas que partiendo de la relación Derecho y Literatura en su intersección Derecho *en* la Literatura, aún admitiendo que no siempre resulte fácil de conseguir la comparación intersubjetiva y la comprensión empática, no obstante promuevan la idea de que Literatura puede contribuir a lograr la promesa moral de trascender nuestra propia condición subjetiva. Es en efecto difícil empatizar con aquellos cuyas experiencias vitales son diferentes a las nuestras. Hay ejemplos clásicos que no han perdido actualidad; v. gr., para un heterosexual es difícil, por ejemplo, *comprender* lo que es *ser* homosexual, para un blanco *comprender* las experiencias de una persona de raza negra. Hay también otros ejemplos más recientes, como que para un nacional resulta difícil *comprender* al inmigrante... En verdad puede ser y es difícil trascender nuestra propia experiencia hasta alcanzar la empatía con la experiencia de «los otros», pero entonces «la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática (...) La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente

---

*Filosofía Penal*), Ilustraciones de Eugenio Chicano, Málaga, Ayuntamiento de Málaga, Área de Cultura, 2003. Extendiendo el argumento y llevándolo hasta su proximidad con la idea jurídico-política rawlsiana de sociedad justa, me permito recomendar el sugestivo libro de CARTA, P.: *Il poeta e la polis. Colpa e responsabilità in Wylan H. Auden*, Padova, CEDAM, 2003.

<sup>20</sup> Véase VAN ROERMUND, B. C. G. J.: «Law is narrative, not Literature», en WITTEVEEN, W. J. (ed.): *Law, Rhetoric and Literature (Special Issue of Dutch Journal for Legal Philosophy and Legal Theory)*, ZWOLLE, TJEENK WILLINK, pp. 221-227. (Recogido ahora en Id., *Derecho, relato y realidad*, trad. de H. LINDAHL, Madrid, Edit. Tecnos, 1997 pp. 13-19).

<sup>21</sup> A título de ej. los trabajos de BANDES, S.: «Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements», en *University of Chicago Law Review* 63 (1996): 361-412; FRANK, S.: «Eve Was Right to Eat the “Apple”: The Importance of Narrative in the Art of Lawyering», en *Yale Journal of Law and Femenism*, 1996, 8, 1, pp. 79-118; HEALD, P. J.: «Introduction. Law and Literature as Ethical Discourse», en Id. (ed.): *Literature & Legal Problem Solving: Law and Literature as Ethical Discourse*, Durham, North Carolina. Carolina Carolina Academic Press, 1998, pp. 3-14, y MELANIE, W.: *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy*, London, Cavendish Publishing Ltd., 2002. Más en general HEINZELMAN, S. S.– WISEMAN, Z.: *Representing women: law, literature, and feminism*, Durham, Duke UP, 1990; GOLDSTEIN, A. B., *Law and literature: representing lesbians*, Austin. Texas, University of Texas at Austin, School of Law Publications, 1992; BACCHILEGA, C.: *Postmodern fairy tales. Gender and narrative strategies*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1997, y HEILBURN, C.– RESNIK, J.: «Convergences: Law, Literature and Feminism», en Jacqueline St. Joan and Annette Bennington McElhiney (eds.), *Beyond Portia: Women, Law, and Literature in the United States*, Boston, Northeastern UP, 1997, pp. 11-52.

nos fue ajeno»<sup>22</sup>. En mi experiencia de lector y propugnador de lecturas coincido en que la narrativa nos permite superar las limitaciones del hombre económico, prevalecer sobre nuestra identidad y apropiarse la identidad del otro y, con todo ello, excitar el deseo y la pasión de conocer y producir comparaciones intersubjetivas de utilidad, aunque éstas no dispensen del sufrimiento, el dolor y hasta la agonía.

Del resto, no ha de obstar a la percepción del *law-and-lits* que ese *elogio de la lectura* declare –en la mejor acepción de Derecho en la Literatura y por relación a la *Literatura en el Derecho*– el valor de la Literatura misma incluso en la *literatura didáctica preparatoria del Derecho*.

En mayo de 1954, Paul Claussen, un muchacho de doce años, escribió a uno de los más renombrados *Justices* norteamericanos, l'inspirateur du tribunal de Nuremberg, el juez Felix Frankfurter, pidiéndole consejo sobre cómo adelantar y mejor prepararse en un futuro estudio del Derecho. El juez le respondió: «May dear Paul», le dijo, «*No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings, in the original or in easily available reproductions, and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously as much possible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career*». Que, por tanto, de momento, se olvidase de estudiar libros jurídicos; el mejor camino para preparar el ingreso en Escuela de Leyes consistía más bien en escuchar la mejor música, contemplar las obras maestras de la pintura y, sobre todo, hacer de su mente un depósito de la buena literatura<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> GILLIGAN, C.; *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard UP, 1982, p. 874.

<sup>23</sup> «My dear Paul,

No one can be a truly competent lawyer unless he is a cultivated man. If I were you, I would forget about any technical preparation for the law. The best way to prepare for the law is to come to the study of law as a well-read person. Thus alone can one acquire the capacity to use the English language on paper and in speech and with the habits of clear thinking which only a truly liberal education can give. No less important for a lawyer is the cultivation of the imaginative faculties by reading poetry, seeing great paintings ... and listening to great music. Stock your mind with the deposit of much good reading, and widen and deepen your feelings by experiencing vicariously as much as possible the wonderful mysteries of the universe, and forget all about your future career.

With good wishes,

*Sincerely yours*»

Véase ELMAN, Ph. (ed.); *Of Law and Men: Papers and Addresses of Felix Frankfurter, 1939-1956*, Brace and Company, New York: Harcourt, 1956, p. 103, o «Felix Frankfurter» (Felix Frankfurter: «Advice to a Young Man Interested in Going into Law» in London, E. (ed.); *The World of Law: The Law as Literature*, New York, Simon & Schuster, 1960, p. 725.

### 3. INTERSECCIÓN ESTRUCTURAL

Cuando denomino intersección *estructural* a la planteada en el Derecho *como* Literatura creo necesario dejar constancia de tres posibles puntualizaciones:

i) Se trata de una intersección que resulta *un-paso-más-allá* de aquella enunciada en términos de Derecho *en* la Literatura y, en consecuencia, donde la formación jurídico-literaria debida a la lectura no es suficiente, ni tampoco el método exegético de comentario.

ii) Se trata de un *como si* (*Als-Ob*) o ficción, y

iii) No se trata de una ficción. El *como* entre Derecho y Literatura no consiste en un *como si*. En el Derecho *como* Literatura la intersección Derecho y Literatura no viene dada por el recurso mental (*Denkbehelf*) a un eficiente medio de conocimiento (*Erkenntnismittel*) que aproxima la comprensión de una parte de la relación que escapa a la certeza racional de compartir un mismo dato empírico<sup>24</sup>, y mediante el cual no obstante se colmaría la necesidad de equivalencia.

La primera de estas puntualizaciones restablece la peculiaridad de la intersección. La segunda y tercera se excluyen mutuamente. Ahora bien, aunque a mi juicio con sostener la segunda se acabaría incurriendo en la irrealidad de la equivalencia<sup>25</sup>, a los fines operativos de descripción aceptaré que *ab initio* potencialmente una no excluya la otra.

Tomado así, resulta que:

a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura ya no nos hallamos *prima facie* en una reposición de la función instrumental, y que

b) Su objetivo de paralelismo apunta –opcionalmente– sea la adyacencia, sea la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias.

La opción primera de paralelismo da cabida a las «hipótesis estéticas», tanto sea la retórico-poética de Benjamín Nathan Cardozo<sup>26</sup>,

---

<sup>24</sup> Véase VAIHINGER, H.; *Die Philosophie des Als-Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig, Felix Meiner Verlag, 1922, p. 19 [1.ª ed. 1920], y MARTÍNEZ GARCÍA, J. I.; *La imaginación jurídica*, Madrid, Edit. Debate, 1992, pp. 95 y ss.

<sup>25</sup> A veces, sin advertirlo. Véase ALPA, G.; «Law & Literature: *Un inventario di questioni*», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, II, 1997, p. 175: «la expresión derecho *como* literatura, es decir, el análisis del texto jurídico *como si* fuera un texto literario». (Nota: la cursiva es mía).

<sup>26</sup> CARDOZO, B. N.; «Law and Literature», en *Yale Law Review*, 14 (1925), pp. 699-718 [Asimismo en reeds. CARDOZO, B. N.; *Law and Literature, and Other Essays and Addresses*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1931, e Id.; «Law and Literature», en HALL, M. E. (ed.); *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, New York, Fal-lon Law Book Co., 1947, y con Pref. de E. W. Patterson, Albany, New York, Matthew Bender, 1967, reimp. 1980]. Véase también WEISBERG, R. H.; «Law, Literature, and Cardozo's Judicial Poetics», en *Cardozo Law Review* 1, 1979, pp. 283-342, y por

sobre vínculos existentes entre la opinión judicial y el arte literario y en torno al estilo de redacción de las sentencias y su rango estético (magisterial o imperativa, lacónica, conversacional, refinada o artificial, demostrativa o persuasiva, y tensorial), como la más hermenéutica de Ronald Dworkin<sup>27</sup>. En ambas la postulación concluye meramente en términos de analogía. Así, pues, Derecho *a modo de* o *según* Literatura.

Algo muy diferente sucede en la segunda opción. Al enfrentar el problema del proceso hermenéutico la moderna (postmoderna) teoría tanto de la Literatura como del Derecho promueve el paralelismo con

---

extenso Id., *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia UP, 1992.

<sup>27</sup> DWORKIN, R.: «Law as Interpretation», en *Critical Inquiry* 9 (1982-1983), pp. 179-200, reimp. como «How is Law like Literature», en Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard UP, 1985, pp. 146-166. Existe trad. de José Manuel POMBO ABONDANO «Cómo el derecho se parece a la literatura», en RODRÍGUEZ, C. (ed.); *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fe de Bogotá (Colombia), Universidad de Los Andes— Siglo del Hombre Editores, 1997, por donde se cita, en espec. pp. 149, 150, 168-169: [A los juristas] «les vendría bien estudiar interpretaciones literarias y artísticas. Puede no parecer un buen consejo —salir de Guatemala para meterse en Guatepeor— ya que los mismos críticos están muy divididos en cuanto a lo que la interpretación literaria es, cosa que no mejora en las otras artes. [...] Para que [los juristas] puedan sacar provecho de una comparación entre lo que es la interpretación jurídica y la literaria, es menester que vean la segunda desde cierta perspectiva. [...] Mi sugerencia aparentemente banal —que he llamado *hipótesis estética*— es la siguiente: lo que la interpretación de un texto literario busca es mostrar qué lectura —o voz o dirección, o actuación— es capaz de revelarnos al texto como una verdadera obra de arte [...] Lo que la interpretación de un texto pretende es mostrar «la obra» como la mejor obra de arte que «puede ser». [...] He dicho que la interpretación literaria busca mostrar cómo la obra en cuestión puede verse en su mejor luz en tanto obra de arte, y por lo tanto —dicha interpretación— debe cuidar de rasgos formales de unidad, identidad y coherencia, así como consideraciones sustantivas de valor artístico. Una interpretación viable de la práctica del derecho debe también, de manera análoga, pasar un examen de doble filo: debe ajustarse a dicha práctica y debe mostrar un valor, un punto. Pero el valor o punto en este caso no puede ser artístico *porque el derecho no es una labor artística*. La ley es una empresa política cuyo asunto más general, de existir alguno, descansa en la coordinación de los esfuerzos del individuo y los de la comunidad, o en resolver disputas tanto sociales como individuales, o en asegurar que se haga justicia entre los ciudadanos y entre ellos y el Estado o cualquier combinación posible entre estos elementos [...]. Así las cosas, la interpretación de cualquier cuerpo o división del derecho debe mostrar el valor de tal cuerpo jurídico en términos políticos, demostrando —o mostrando— el mejor de los principios que dicho cuerpo debe tener para prestar un servicio». (Nota: la cursiva es mía). En cuanto a la bien conocida y ciertamente afortunada metáfora de la *chain novel* (*Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1986, trad. de Claudia FERRARI, *El Imperio de la ley*, Barcelona, Edit. Gedisa, 1992, cap. 7) referida a la idea de coherencia interna del sistema jurídico, ha de ser tenida como ajena a cualquiera pretensión que pudiera exceder su carácter de *analogía*. Véase también RUIZ TAGLE, P.: «La novela legal en serie y el concepto de Derecho: Una teoría de Ronald Dworkin» (1988), en Id., *Derecho, Justicia y Libertad. Ensayos de Derecho Chileno y Comparado*, México D. F., FONTAMARA, 2002, pp. 47-57, y sobre su conexión con la teoría del precedente judicial Lindquist, S. A. —CROSS, F. B.: «Empirical Testing Dworkin's Chain Novel theory: studying the paths of precedent», en *New York University Law Review* 80 (2005), pp. 1156-1206.

la propuesta de la *muerte* del autor/legislador (intención del autor/*voluntas legislatoris*) y la *resurrección* del texto y el lector a través de constructos heurísticos tales que dialogismo intertextual y comunidades interpretativas. Es decir, la estética de la recepción literaria (*Rezeptionsästhetik*) –heredera del viejo y genérico adagio hermenéutico *quidquid recipitur, ad modum recipientes recipitur*– y nueva retórica sobre la interacción texto/lector *como* (*en tanto que o tal que*) teoría de la interpretación –y aplicación– jurídicas<sup>28</sup>. El parangón tiene aquí una intensidad mayor y más penetrante que en la opción precedente, donde el símil no superaba el estadio de comparación parcial o sólo limitada. Lo que ahora se apunta en la trayectoria de los *hermeneutic law-and-lits* es a la simetría. Ello determina, desde mi punto de vista, que la diferencia existente entre ambas opciones no sea de grado, sino de índole, y en consecuencia que si la razón de cotejo en cada una ni es común ni tampoco intercambiable, lo más lógico sería reajustar la opción primera a su propia línea de fuga, ubicándola en el área de una intersección diferente, resultando adecuada la de Derecho *en* la Literatura (dirección Literatura *en* el Derecho).

Por lo demás, deteniéndonos a observar otro de los grandes recorridos que proyecta hacia la intersección Derecho *como* Literatura veremos reproducida una situación relativamente similar a la anterior. Me refiero a la trayectoria seguida por los *narrative law-and-lits*.

Al hablar de Derecho *como* Narración la pertinente puntualización señalaría en este caso lo siguiente<sup>29</sup>:

i) Que en términos de comparación Derecho y Narración van contruidos *como* (*según o a modo de*) una alegoría. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender mediante lo que representa o significa Narración.

<sup>28</sup> WHITE, J.B.; *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Boston Mass, Brown and Company, 1973 (2.<sup>a</sup> ed. 1985) y *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, University of Wisconsin Press, 1985; FISH, S.; «Is Here a text in this Class?», en Id.; *Is Here a text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge Mass. & London, Harvard UP, 1980, pp. 303-321, y *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham and London, Duke UP, 1989; Safford Levinson– Steven Mailloux, *Interpreting, Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, cit.; Douzinas, C.– WARRINGTON, R.– McVEIGH, S.; *Postmodern jurisprudence. The law of text in the texts of law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1991; CALVO GONZÁLEZ, J.; *Comunidad Jurídica y Experiencia Interpretativa. (Un modelo de juego intertextual para el Derecho)*, Barcelona, Edit. Ariel, 1992; BERNIS, S.; *Concise Jurisprudence*, Sydney, The Federation Press, 1993; DOUZINAS, C.– WARRINGTON, R.; *Justice miscarried. Ethics and aesthetics in law*, New York, Harvester Wheatsheaf, 1994, y JULIUS, A.; «Introduction», en Freeman, M.– LEWIS, A. D. E.; *Law and Literature, Current Legal Issues*, Oxford UP, Oxford, 1999, vol. 2, pp. XI-XXV. Más en general MINDA, G.; *Postmodern legal movements : law and jurisprudence at century's end*, New York UP, New York, 1995.

<sup>29</sup> Deduzco una parte del argumento en BINDER, G.– WEISBERG, R.; *Literary Criticisms of law*, Princeton. New Jersey, Princeton UP, 2000, pp. 201 y ss. y 261 y ss.

ii) Que en términos de comparación Derecho y Narración van contruidos *como* una ficción (*como si*).

iii) Que en términos de comparación Derecho y Narración van contruidos *como* (*en tanto que o tal que*) recíprocamente inherentes. En Derecho *como* Narración aquello por lo que el Derecho se interesa se da a entender sin acudir a un tropo o lenguaje figurado, ni a una ficción

Tomado así, resulta que:

a) Ante la intersección Derecho *como* Literatura tampoco aquí nos hallamos *–prima facie–* en una reposición de la función instrumental, y que

b) Su objetivo de paralelismo apunta *–opcionalmente–* sea a la adyacencia, sea a la simetría entre textos jurídicos y creaciones literarias (narrativas).

De las tres puntualizaciones, la primera concierne en su asunto al interés por las tramas narrativas de las historias relatadas entre los diversos operadores (clientes y en general usuarios de la administración de justicia, partes procesales técnico-jurídicas, y jurados y jueces) en la práctica procesal (*courtroom drama*), atendidas de acuerdo a su relevancia persuasiva<sup>30</sup>, pudiendo alcanzar en algún caso a la alegorización narrativa del «gesto judicial» (relato del principio de imparcialidad objetiva y subjetiva)<sup>31</sup> o de determinadas construcciones doctrinales (relato del principio de igualdad)<sup>32</sup>, y desde una versión *passionately* como la de Cover también al sistema y aparato de la jurisdicción como *jurispática* (iuris-patética) y a la eficiencia de los relatos fundacionales frente al *nomos* y derechos actuales<sup>33</sup>. La segun-

<sup>30</sup> Véase BRUNER, J.; *Making stories: law, literature, life*, New York, Farrar, Straus, and Giroux, 2002 (*La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, Buenos Aires, FCE-Argentina, 2003), y VV.AA.; *How to succeed in the courtroom. The secrets of persuasive storytelling*, St. Paul, Minn., Minnesota Continuing Legal Education, 2006.

<sup>31</sup> Lo que se narra es el relato de la imagen y conducta gestual de los jueces. Véase mi trabajo *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Málaga, Edit. Agora, 1996 (2.ª ed. 2002).

<sup>32</sup> Los artículos de BELL, D.; «The final report: Harvard's affirmative action allegory» (pp. 2382-2410) y DELGADO, R.; «Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative», (pp. 2411-2441), ambos en *Michigan Law Review* 87 (1989).

<sup>33</sup> COVER, R. M.; «Nomos and Narrative», en 97 *Harvard Law Review* 4 (1983), pp. 4-68, luego recogido en MINOW, M.–RYAN, M. & SARAT, A. (eds.); *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor, Michigan, The University Michigan Press, 1993, y parte asimismo de COVER R.; *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y destructivo en la interpretación judicial*, trad. y ed. a cargo de Christian Courtis, Barcelona, Edit. Gedisa, 2002 [véase mi recensión en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), XXII, 2005, pp. 445-450]. En la ed. de Minow et al. es particularmente interesante el trabajo titulado «The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction», pp. 173-201. Para el área de Derecho Constitucional merece mención el trabajo de LARUE, L.H.; *Constitutional Law as Fiction: Narrative*

da, que de ordinario parte admitiendo las posibilidades de la Literatura en el Derecho<sup>34</sup>, añade que al contener las teorías jurídicas un componente narrativo (*Teoría narrativista del Derecho. Narrative Jurisprudente*<sup>35</sup>) cabe analizarlas como (*en tanto que o tal que*) Literatura, esto es, sosteniendo una «hipótesis estética», pese a que su capacidad explicativa no resulte completa<sup>36</sup>. Así pues, siendo imperfecta la equivalencia entre Derecho y Narración –pues en el paralelismo de uno con otra aquél mantiene un punto de fuga respecto de ésta– se representa no obstante como si no lo fuera. Y está, por último, la tercera puntualización que, en especial sin abandonar el ámbito jurisdiccional<sup>37</sup> (*litigation*), perfila la relación Derecho y Narración como (*en tanto que o tal que*) *Narrative Criticism of Law*. Su preocupación y alcance explicativo se apoya en la naturaleza narrativa inherente a varios institutos procesales (confesión)<sup>38</sup>, al razonamiento jurídico y

---

*in the Rhetoric of Authority*, University Park. PA., Pennsylvania State University Press, 1995.

<sup>34</sup> Sobre el tratamiento de la dimensión narrativa en el orden de la enseñanza jurídica puede consultarse ELKINS, J. R.: «The Quest for Meaning: Narrative Accounts of Legal Education», en *Journal of Legal Education* 38 (1988), 577-598, y el núm. 40 (1-2) del *Journal of Legal Education*, de 1990 (Pedagogy of Narrative: A Symposium), con trabajos de ELKINS, J. R.: «The Stories We Tell Ourselves in Law», pp. 47-63; MCTHENIA, A. W.: «Telling a Story About Storytelling», pp. 67-76; FRIEDRICH, D. O.: «Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin», pp. 3-18, y BATT, J.: «Law, Science, and Narrative: Reflections on Brain Science, Electronic Media, Story, and Law Learning», 40 *Journal of Legal Education* (1990), pp. 19-46.

<sup>35</sup> ELKINS, J. R.: «Narrative Jurisprudence», en 9 *Legal Studies Forum* (1985), pp. 123-234.

<sup>36</sup> Véase WEST, R.; *Narrative, Authority, and Law*, Ann Arbor. Mich., The University of Michigan Press, 1993. Cap. 8: «Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Moder Legal Theory». pp. 345-418, en esp. p. 410: «Tres diferentes inferencias respecto a la forma en que leemos las teorías jurídicas emergen de nuestro análisis sobre tales teorías como narrativa. Primero, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser completamente entendidas y no deben ser leídas como un puro análisis filosófico. Segundo, si las teorías jurídicas le deben algo a nuestra imaginación literaria no pueden ser debidamente entendidas sólo como un producto de nuestros deseos. Por lo tanto, las teorías jurídicas no deben ser entendidas ni leídas simplemente como una rama de la retórica política. Tercero, debido a que las teorías jurídicas son *en parte* producto de nuestra imaginación literaria deben ser entendidas y leídas *en parte como arte*».

<sup>37</sup> KURZON, D.: «How Lawyers Tell Their Tales: Narrative Aspects of a Lawyer's Brief», en *Poetics*. 14 (1985), pp. 467-481; O'BARR, W. M.– CONLEY, J. M.: «Litigant satisfaction versus legal adequacy in small claims court narratives», en LEVI, J. N.– WALKER, A. G. (eds.); *Language in the Judicial Process*. New York, Plenum Press, 1990, pp. 97-131, y WEISBERG, R.: «Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses», BROOKS, P.– GEWIRTZ, P. (eds.); *Law's Stories. Narrative an rhetoric in the Law*, New Haven, Yale UP, 1994, pp. 75-83.

<sup>38</sup> BROOKS, P.: «Storytelling without fear? Confession in law and literature», en BROOKS, P.– GEWIRTZ, P. (eds.); *Law's Stories. Narrative an rhetoric in the Law*, cit., pp. 114-134, y *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, Chicago, University of Chicago Press, 2000.

las decisiones judiciales<sup>39</sup>, a la praxis tribunalicia en su conjunto<sup>40</sup>, al discurso e interpretación operativa de los hechos<sup>41</sup>, al razonamiento probatorio<sup>42</sup>, a la verdad judicial<sup>43</sup>, al *iudicium facti*<sup>44</sup>, al precedente judicial<sup>45</sup>, etc., asimismo prolongándola y extendiéndola a otros muchos<sup>46</sup>, todo ello como parte de la tarea de construcción de una *Teoría narrativista del Derecho* (*Narrative Jurisprudence*).

Aquí, y en general para Derecho como Literatura, el principal *handicap* sigue estando en el poso de incompreensión –a menudo revestido de superioridad doctrinal– que algún tipo de juristas aún opone a la Literatura, y en la renuencia o resistencia –tantas veces compartida entre todos– a la elaboración interdisciplinaria (*cross-disciplinary*) del conocimiento.

#### 4. INTERSECCIÓN INSTITUCIONAL

El Derecho y la Literatura comparten una misma práctica poética. Ella no es otra que la efectiva capacidad de instituir lo social, de hacer

<sup>39</sup> Véanse trabajos de LEVINSON, S.; «The rhetoric of the judicial opinion» (pp. 196-200), LEVAL, P.N.; «Judicial opinions as literature» (pp. 206-210), y BALKIN, J. M.; «A night in the topics: the reason of legal rhetoric and the rhetoric of legal reason» (pp. 211-224), en BROOKS, P.– GEWIRTZ, P. (eds.); *Law's Stories. Narrative and rhetoric in the Law*, cit., y HOLMES SNEDAKER, K.; «Storytelling in Opening Statements: Framing the Argumentation of the Trial», en *American Journal of Trial Advocacy*, 10 (1986), pp. 15-45 (Recogido también en PAPKE, D. R. (ed.); *Narrative and the Legal Discourse*, Liverpool, Deborah Charles Publications, 1991, cap. 7).

<sup>40</sup> AGUIAR E SILVA, J.; *A prática judiciária entre Direito e Literatura*, Coimbra-Porto, Livraria Almedina, 2001.

<sup>41</sup> Véase JACKSON, B. S.; *Law, fact, and narrative coherence*, Merseyside. Liverpool, Deborah Charles Publications, 1988. También mi trabajo *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Madrid, Edit. Tecnos, 1993 (2ª ed. 1998).

<sup>42</sup> Véase JACKSON, B. S.; «Narrative Models in Legal Proof», en *International Journal for the Semiotics of Law*, I/3 (1988), pp. 225-246 [Recogido también en PAPKE, D. R. (ed.); *Narrative and Legal Discourse A Reader in Storytelling and the Law*, cit., pp. 158-178]. Asimismo mi trabajo «Hechos difíciles y razonamiento probatorio. (Sobre la prueba de los hechos disipados)», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), XVIII, 2001, pp. 13-33.

<sup>43</sup> Véase mi trabajo «La verdad de la verdad judicial. Construcción y régimen narrativo», en Id. (Coord.); *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38. (También publicado en *RIFD* 1, 1999, pp. 27-54).

<sup>44</sup> Véase mi trabajo «Modelo narrativo del juicio de hecho: *inventio* y *rationatio*», en ZAPATERO, V. (ed.); *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, T. II, pp. 93-102.

<sup>45</sup> Mi trabajo «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)», en *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), n.º 33, 1994, pp. 33-43., y YOSHIMO, K.; «Lo Pasado es Prólogo: El Precedente en la Literatura y en el Derecho» en *Revista Derecho y Humanidades* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) 8, 2000-2001, pp. 139-173.

<sup>46</sup> Para un interface derecho, psicología y semiótica WAGENAAR, W.A.– VAN KOPPEN, P. J.– CROMBAG, H. F.–M.; *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, New York, St. Martin's Press, 1993. Véanse asimismo otros varios trabajos contenidos en mi libro *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

pasar de la naturaleza a la cultura, de tipificar actos y procesos de sentido compartido, esto es, institucionalizar *imaginarios sociales*. Desde esa óptica la intersección Derecho y Literatura que en el Derecho *con* la Literatura llamo por ese motivo *institucional* aconseja, si no reclama, al menos tres puntualizaciones a fin de constatar:

i) Que en lo jurídico y lo literario se alojan prácticas sociales instituyentes

ii) Que esa dualidad instituyente puede aprovechar del préstamo de ciertas formas literarias de los cánones de poética jurídica

iii) Que, por lo que aquí particularmente nos ocupa en interés a una *Teoría literaria del Derecho*, el propósito es conocer la apropiación por la práctica jurídica institucional de formas arquetípicas de la poética literaria.

Tomado así, resulta que:

a) La intersección Derecho *con* Literatura no reedita una función instrumental, sea en sentido amplio (v. gr.: el Derecho *de* la Literatura) o estricto (v. gr.: el Derecho *en* la Literatura/Literatura *en* el Derecho)

b) Tampoco reproduce la intersección Derecho *como* Literatura, pues no reincide en paralelos de afinidad mediante estatuto de comparación directa o indirecta

c) En cualquier caso, es ajena a la transposición o compensación sustitutiva (Derecho *por* o *en lugar de* Literatura)

d) Los vectores jurídico y literario de la intersección Derecho *con* Literatura se hallan en una relación (Derecho y Literatura) de *paraigualdad*

De lo anterior y en conjunto, la intersección Derecho y Literatura en el Derecho *con* la Literatura introduce una variante nueva, consistente en la apropiación por lo jurídico de la práctica literaria institucional, así pudiendo distinguirse dos modalidades, de acuerdo a la específica circunstancia con que aquélla se ejecute o suceda: *con* traslación (transporte), o *con* transcripción (reproducción). La oportunidad y marco de discusión de esta intersección institucional tienen como referencia los retos planteados a la Ciencia del Derecho por la crisis del paradigma jurídico de la modernidad<sup>47</sup>, y que en Literatura se remontan al desafío de la interacción texto-lector en las escuelas estructuralistas y las teorías del *Textlinguistik*.

Desde luego, a la interrogante de si los juristas han sido *insiders* de la literatura o más bien *out-siders*, podremos hallar respuesta, en el sentido de haber existido precedentes de apropiación de la Literatura

---

<sup>47</sup> Acerca de ello ZIOLKOWSKI, T.; *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton. New Jersey, Princeton UP, 1997.

por el Derecho, asimismo durante el período en que se originó el actual paradigma en crisis, esto es con el movimiento codificador<sup>48</sup>.

Y, en efecto, fue entonces cuando se produjeron varios fenómenos que, de modo absolutamente genuino y exponencial, ponen en relación Derecho y Literatura precisamente haciendo Derecho *con* Literatura. El legislador apareció allí, como nunca antes, en el papel de lector de la escritura social cuya lectura se trasladaría (*scriptor librarius*, o copista) y transcribiría al texto de la ley (de *legere*-leer) también nunca antes como hasta entonces. El legislador allí, por tanto, como un lector que escribía en una parte lo que estaba escrito en otra, dándolo luego en lectura, pero cuya escritura fijaba de tal manera la comunicación normativa y la transporta a sus destinatarios de un modo tan intenso y penetrante –mucho más que cuando en la Antigüedad esa incisión se realizaba sobre una superficie encerada mediante un instrumento punzante, el *calamus*– que aquella transcripción al texto físico, al objeto físico *texto*, al *caudex*, esto es la corteza del árbol (*liber libri*), o lo que es igual, al *codex* (la tablilla para escribir), se convertía en *código* o libro escrito del Derecho. Ese poderosísimo proceso de textualización jurídica, representado en la reducción a escritura de todo el Derecho, será asimismo, por excelencia, un proceso de objetivación y ordenación sistemática en el que quedará fuera de la realidad social legible (legal) cualquier derecho no escrito (derecho natural), no inscrito en el *Código*. El Código, el lugar de la escritura del Derecho como lectura de la escritura social daba a leer ésta como escritura jurídica, y a su vez ésta se leía como la escritura de ese texto, que era la del Derecho puesto por escrito.

Por tanto, la institución social de la lectura/escritura, práctica literaria, se transformó –*con* traslación (transporte) y *con* transcripción (reproducción)– a través de esa reducción eurocontinental del Derecho al texto escrito (*positum*) de un Código, en práctica fundacional jurídica, y aún más, hizo de la escritura legal institución formal (la forma del Derecho era su escritura pública), y de su disposición prescripta (*prescripta*), el modo de reconocibilidad social cuya expresión categoricial encontraremos en la Constitución, la *Grundnorm*, clausura además del sistema jurídico en su totalidad; cerramiento que, como se sabe, tendrá su corolario gráfico más representativo en la pirámide kelseniana, icono de una teoría de la gradación jerárquica (*Stufentheorie*) útil para describir en imaginal ascenso –reencumbrada hasta una norma hipotética fundamental– o en descenso, el recorrido y la estructura de formación del Derecho válido y la soberanía jurídico-política.

---

<sup>48</sup> Así se advierte en Alemania durante las discusiones sobre la Codificación, cfr. ZIOLKOWSKI, T.; *German Romanticism and its Institutions*, Princeton. New Jersey, Princeton UP, 1990, p. 80. Véase asimismo ENGELL, J.; *The Creative Imagination: Enlightenment to Romanticism*, Cambridge (Mass.), Harvard UP, 1981. También OST, F.; *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, cit.

Pero, en todo caso, lo que ahora importa es evidenciar que, incluso si todavía en gran parte mentalmente condicionados por aquella *imaginación jurídica* decimonónica (concepto, metodología y fuentes del Derecho), la deriva de ese modelo de derecho escrito y textualmente formalizado (positivismo jurídico formalista), denunciada ya desde muy temprano como «fetichismo de la ley escrita y codificada» y «culto supersticioso de la voluntad legislativa»<sup>49</sup>, nos sitúa hoy, desde hace tiempo<sup>50</sup>, frente a su patente e irreversible crisis. La constatación más inequívoca es hallarnos de lleno en *el tiempo de la decodificación*. Y es que la figura piramidal del Derecho se ha truncado. El Derecho de la edad posmoderna se refigura desde ya como una pirámide truncada, o por mejor decir, como una meseta, y aún más, como *mil mesetas*<sup>51</sup>.

El emblema posmoderno de esa geografía jurídica *milmesetaria* es la complejidad, y su signo la red<sup>52</sup>. El rizoma<sup>53</sup>, la iconografía de enredadera, implica reformulaciones acerca de la centralidad y estabilidad jurídico-productivas<sup>54</sup>, y acoger las ideas de multiplicidad de centros y movilidad. También el abandono de la incomunicación de categorías y su reemplazo por principios de concurrencia. Este es el desafío que la relación Derecho y Literatura<sup>55</sup> debe aceptar y asumir en su intersección Derecho *con* Literatura renovando críticamente el enfoque de la vieja textualización jurídica a tres niveles: *relectura, reescritura y oralización* del Derecho.

<sup>49</sup> Véase GÉNY, F.; *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, A. Chevalier–Maresq et Cie, Paris, 1899, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1919, T. I, § 35 p. 70 y § 60 p. 126. [Puede consultarse ed. reciente, reimp. de la versión española de 1925 (2.ª ed.), con Estudio Prel. de J. L. Monereo Pérez, Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 53, 100]. Asimismo HUSSON, L.; «Analyse critique de la méthode de l'exégèse», en *Nouvelles études sur la pensée juridique*, París, Éditions Dalloz, 1974, p. 184.

<sup>50</sup> IRTI, N.; *Letà della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp.16 y ss. (4.ª ed. 1999).

<sup>51</sup> Véase DELEUZE, F.– GUATARI, G.; *Mil mesetas* (1980), trad. de José Vázquez Pérez, Edit. Pre–textos, Valencia, 1994.

<sup>52</sup> OST, F.– van de Kerchove, M.; *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, en *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, 2000.44, pp. 1-82, y *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. Asimismo varios de los trabajos contenidos en el núm. 2202.49 (monográfico «Le Droit en perspective interculturelle. Images réfléchies de la pyramide et du réseau») de la *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques*, destacando: VANDERLINDEN, J.; «Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la reencontré de deux aspirants-paradigmes de la science juridique» (pp. 11-36), y WOODMAN, G.; «Observations sur les limites de la métaphore» (pp. 37-49).

<sup>53</sup> Véase DELEUZE, G.– Guatari, F.; *Rizoma: (introducción)*, trad. de Víctor Navarro et al., Valencia, Edit. Pre-Textos, 2005.

<sup>54</sup> Véase OST, F.– JADOT, B.; *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?* Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1999.

<sup>55</sup> Véase OST, F.; *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001.

Y así pues,

1) En la *relectura* (reinterpretación del sentido del texto), como quiera que los fenómenos de descodificación comportan problemas de comunicabilidad del texto hacia sus destinatarios, se debería recobrar la pragmática de una complejidad donde la legibilidad del código fuera su legética como texto de «derecho que habla a todos»<sup>56</sup>, abriendo a una nueva codificación jurídica (refundación o recreación del Derecho) no reductiva ni epistemológica ni normativamente.

2) Respecto a la *reescritura*, idea de una renovada escritura del Derecho, se integra de varias dimensiones, y son:

– La reescritura como aceptación de las transformaciones operadas en la categorización monopolística del poder-autoría de escritura del texto por la pragmática de la multiplicidad concurrencial de otros poderes-autores. Los textos de *legística*<sup>57</sup> y los textos jurisprudenciales han de aparecer situados a un nivel *paraigral* de escritura jurídica<sup>58</sup>. Reescritura, en consecuencia, de la teoría de las fuentes del Derecho escrito. Asimismo, la apertura del modelo general de la categorización jurídica también a los aportes de semiología<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> «Esta refundación popular del derecho, esta reconciliación del derecho con el pueblo, podría constituir el punto de partida de una nueva «revolución jurídica» (...) si la complejidad sigue siendo un reto para la convivencia humana, no está claro que la respuesta tenga que ser la de su reducción epistemológica o normativa. Quizás al revés. La forma más eficaz de superar los obstáculos de la complejidad sea la de reconstruir instrumentos de conocimiento, de descripción y de normativización también cada día más complejos (...) un derecho para la vida no puede dejar de nacer sino de la irreductiblemente caótica naturaleza de la misma vida». Cf. ESPAÑA, A. M.; «Código y complejidad», in CAPPELLINI, P.– SORDI B. (eds.); *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 148-163, en espec. p. 162. Véase también CORSALE, M.; «La codificazione vista dall'età della decodificazione», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992, pp. 423-37.

<sup>57</sup> Véase PAGANO, R.; *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano, Giuffrè, 2001 (2.<sup>a</sup> ed.), y bibliografía en pp. 369-408)

<sup>58</sup> Véase la defensa de esta tesis en mi trabajo «Jurisdictio como traducción», en *Revista del Poder Judicial*, (Madrid), 39 (septiembre 1995), pp. 381-387. Asimismo incluido en *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, cit., pp. 107-118, y publicado en versión francesa («Jurisdictio comme traduction») en *Eudikia. Revue du Centre International de Philosophie et Theorie du Droit* (Atenas), 5-6 (1999), pp. 115-123. Con posterioridad resoluciones judiciales nacionales [*Sentencia Tribunal Supremo* (España), de 13 de febrero 1999 (Centro de Documentación Judicial 1999/386: cuando una decisión jurisprudencial «es declarada formalmente obligatoria (...) desempeña exactamente el mismo papel que la ley»)] y de la Corte Europea de Derechos del Hombre [*Arrêt Cantón v. France*, de 15 de novembre 1996 26, al sostener que la noción de ley «englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle»].

<sup>59</sup> Véase PAPAUX, A.; «Un modèle dynamique de catégorisation juridique: l'encyclopédie semiotique de U. Eco», en *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, 17, 1, 2004, pp. 1-25.

– La reescritura del género del autor histórico de la escritura del derecho. El texto de las leyes y el de su aplicación judicial se escribió tradicionalmente desde y para el género masculino. Reescritura, en consecuencia, de un «Derecho para dos»<sup>60</sup>.

– La reescritura, por último, como operación material. Las modificaciones de la escritura de los textos producidas con la evolución de la tecnología escritorial han originado importantes consecuencias en la historia de la escritura del Derecho, así en orden jurídico-político (estabilidad de los imperios y el desarrollo de la burocracias), como también para la dominancia hegemónica de un cierto modelo de Derecho (el puesto por escrito en un Código) durante la presencia colonial de potencias europeas, y tras ella, en territorios no occidentales<sup>61</sup>. En la actualidad, la informática interviene en el proceso de escritura de los textos jurídicos generando con el procedimiento de la escritura digital, por influencia epistemológica global y naturaleza virtual de la visibilidad de todo el derecho escrito (positivo), una renovada comprensión de los agentes y funciones codificadoras<sup>62</sup>.

3) Finalmente, en cuanto a *oralización*, su concepto invierte la tradicional relación con el texto cuyo presupuesto era la escritura como ortofonía de la palabra oral. Ahora se trata de la oralización de la palabra escrita. El alcance de este replanteamiento, tanto sea en alteración como en alternativa al modelo de «escriturismo» jurídico, permite descubrir y consignar igualmente diversas manifestaciones:

– La que muestra el tránsito a la oralización de la escritura jurídica, y por tanto un acortamiento de la distancia entre derecho escrito y derecho oral, en las reformas de las leyes procedimentales del sistema

---

<sup>60</sup> Véase PITCH, T.; *Un derecho para Dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (1998), trad. de Cristina García Pascual, Madrid, Edit. Trotta, 2003. Asimismo BERNIS, S.; *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Aldershot, Ashgate Publishing Co., 1999 y recensión de Cristina Monereo Atienza en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XX, 2003, pp. 327-335.

<sup>61</sup> Véase GOODY, J.; *Entre l'oralité et l'écriture*, PUF, Paris, 1994, p. 11, y MARTIN, H.-J.; *Historia y poderes de lo escrito*, trad. de Emiliano Fernández Prado– Ana Rodríguez Navarro, Gijón, Eds. Trea, 1999. Capítulo III. La palabra y la letra. 1. La escritura del derecho: la costumbre y la ley. También STARR, J.; *Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice*, Albany, New York, State University of New York Press, 1992, o MESSICK, B. M.; *The Calligraphic State: Textual Domination and History in a Muslim Society*, Berkeley– Los Angeles, University of California Press, 1993, y «L'écriture en procès: les récits d'un meurtre déviant un tribunal shar'î», en *Droit et Société* 39 (1998), pp. 337-256.

<sup>62</sup> Véase BOURCIER, D.– MACKAY, P.; *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992; THOMASSET, C. et al. (dir.); *Le droit saisi par l'ordinateur*, Cowansville, Éditions Blais, 1993; BOURCIER, D.– THOMASSET, C. (dir.); *L'écriture du droit face aux technologies de l'information*, Paris, Romillat, 1996; BOURCIER, D.– HASSSETT, P.– ROQUILLY, C. (dir.); *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, Romillat, 2000 y BOURCIER, D.; *Inteligencia artificial y Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2003.

de justicia penal y administrativa, con rehabilitación de las habilidades y competencias retóricas y técnicas de litigación adversarial entre las representaciones y defensas técnico-jurídicas participantes en la sustanciación de procedimientos judiciales y, en general, en el conjunto de tareas jurídicas relacionadas con la impartición de la Justicia<sup>63</sup>. Esta tendencia a la oralidad frente al procedimiento escrito, es decir, a sustituir los enjuiciamientos escritos por los juicios públicos orales, es prácticamente global, remonta significativamente al pensamiento ilustrado –(v. gr: Voltaire (*Histoire d'Élisabeth Canning et de Calas*, 1762), y otros como Filangieri, Romagnosi, Pagano y Bentham)– que lo vinculó a los principios de publicidad, inmediatez y transparencia procesal. Significativo es también que por la codificación napoleónica de 1808 se renunciara a esa herencia revolucionaria (Decretos de 1789 y 1791), introduciendo entonces el modelo de procedimiento mixto, es decir, de instrucción escrita y juicio oral en plenario.

– La que contempla los fenómenos relacionados con la oralización dentro de la problemática del análisis del lenguaje jurídico<sup>64</sup>, volcándola sobre la redacción lingüística de productos legislativos<sup>65</sup> y, particularmente, en la escritura de las resoluciones que ponen fin al proceso. Es lo conocido como proyecto «Lenguaje llano» («*Plain Language*»)<sup>66</sup>. En ello, además, se hace fácil advertir la enorme dis-

<sup>63</sup> Véase PEREDA, C.; «Sobre retórica», en HERRERA LIMA, M. (ed.); *Teorías de la interpretación. Ensayos sobre filosofía, arte y literatura*, México, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM–Paidós, 1998, pp. 103-124, y PÉREZ VÁZQUEZ, C.; «Derecho y Literatura», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Instituto Tecnológico Autónomo de México. México), núm. 24/ abril 2006, pp. 135-153, en esp. pp. 144 y ss., y 149-152.

<sup>64</sup> Véase GOODRICH, P.; «The Role of Linguistics in Legal Analysis» en *Modern Law Review* 47, 5 (1984), pp. 523-534; GOPEN, G. D.; «The State of Legal Writing: Res Ipsa Loquitur», en 86 *Michigan Law Review*, 2 (1987), pp. 333-380, y SOLAN, L. M.; *The language of Judges*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, pp. 93-117, y «Judicial Decisions and Linguistic Analysis: Is There a Linguist in the Court?», en 73 *Washington University Law Journal* (1995), pp. 1069-1083.

<sup>65</sup> Véase BARNES, J.; «The Continuing Debate About “Plain Language” Legislation: A Law Reform Conundrum», en 27 *Statute Law Review*, 2 (2006), pp. 83-132.

<sup>66</sup> Véase ATIENZA, M.– RUIZ MANERO, J.; *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht– Boston– London, Kluwer Academic Publishers, 1998; y MALEM SEÑA, J.; «El lenguaje de las sentencias», en *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 7 (2006), pp. 47-63. La sensibilidad y preocupación ante el lenguaje alambicado y el empleo de «palabras reliquia» (latines) es antigua: «Abramos una colección de sentencias y, sin mucho espigar, encontraremos giros barrocos, arcaísmos, defectuosa sintaxis, participios y gerundios sin tasa, repeticiones de los mismos pronombres en la misma línea, cacofonía en «entes» y en «ción» que resuenan a timbal de parche roto. Si ahora leemos escritos de demanda o contestación, la suerte tampoco nos será propicia: algunas veces pobreza de léxico, reiteración de terminologías; otras, las más, atentados a las reglas gramaticales con olvido de las funciones de adverbios, adjetivos y pronombres, con errores en el uso de verbos irregulares y hasta de los regulares, barbarismos y solecismos que tanto afean el decir y el escribir. En documentos públicos y oficiales, dictámenes y actos administrativos, sucede algo análogo», AGÚNDEZ, A.; «Formación literaria del jurista», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), CXIX, 2, 1970, pp. 177-178.

tancia que media entre este punto de intersección y el correspondiente (Derecho *como* Literatura) a las reflexiones de Cardozo en su citado *Law and Literatura*, tan cercanas a una preceptiva literaria del derecho, donde se aducen proximidades y aproximaciones de la construcción del discurso forense o literario.

– La que mediante la metáfora de la «traducción» se interesa por el proceso de oralización del derecho escrito protagonizado por el abogado como figura medial entre diferentes lenguajes; pasa el mensaje desde un lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado) a uno lenguaje legal y/o jurídico (judicial), y nuevamente al lenguaje extra-legal y/o jurídico (del cliente o patrocinado)<sup>67</sup>.

– Finalmente, la que con base en el enfoque narrativo del derecho (*ex fabula oritur ius*<sup>68</sup>) aporta en la metáfora literaria del *rapsoda* (de *rhaptein* o coser, y *oide*, canto, poesía)<sup>69</sup> razón de la tendencia contemporánea a la forma oral de organización y transmisión del pensamiento. La «rapsodia» palia la futilidad del texto jurídico escrito, cuya vertiginosa urgencia (paroxismo normativo, *fast law*) e inflacionaria proliferación productiva («legislación motorizada»)<sup>70</sup> tanto origina archipiélagos textuales como una continua pérdida de fuerza preformativa. Frente al declive del paradigma jurídico-político aún vigente (derecho escrito y voluntad soberana) el jurista-*rapsoda* construiría el Derecho entretejiendo y trenzando (intérpretes-*rapsodas*) los relatos de la tradición jurídica a la búsqueda de potenciar la cualidad y cantidad de posibles relaciones. Hereda y renueva pues esta dirección postulados de la *Rezeptionsästhetik* y *Textlinguistik* aprovechando la hibridación oralidad-escritura presente en dispositivos lógicos paratácticos de algunos conceptos jurídicos (indeterminación, borrosidad, flexibilidad, ductilidad, razonabilidad, «soft», etc.) y cada vez más habituales.

Vale añadir que, en su conjunto, la relación Derecho y Literatura en su intersección Derecho *con* Literatura si planteada y propuesta a partir de la acumulación y combinación de cada uno de los indicados

<sup>67</sup> Véase WHITE, J. B.; *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

<sup>68</sup> OST, F.; «Le droit au miroir de la littérature», en Id. *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, cit., p. 9.

<sup>69</sup> Véase VOGLIOTTI, M.; «La rhapsodie: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001.46, pp. 141-187, y «De l'autour au «rhapsode» pu le retour de «oralité dans le droit contemporain», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2003.50, pp. 81-137.

<sup>70</sup> Véase también GÉRARD, Ph.– OST, F.– VAN DE KERCHOVE, M. (dirs.); *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.); y PEDRÓN, A. P. (dir. adj.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Seminario organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 11 y 12 de noviembre de 2003), Madrid, Edit. Thomson-Civitas, 2004.

niveles de *Relectura*, *Reescritura*, *Oralidad* representa posiblemente el más idóneo enfoque para llevar a cabo un control eficiente de la diversificación reticular cuyas irrevocables fuerzas centrífugas degenerarían en destrucción de la idea de orden jurídico. En general también esta opción supone una ruptura epistemológica y profunda realfabetización jurídica.

## 5. MIRADOR AL JARDÍN

Al interior de los muros de defensa en la fortaleza de La Alhambra (Granada) hay escritos en tacas, pórticos, fuentes y arcos de miradores composiciones epigráficas de varios poetas. Uno de ellos, Ibn Zamrak (1333-1393) acomodó la que puede leerse en la Sala de las Dos Hermanas, de cuyas estrofas extraigo estos versos: «Jamás vimos jardín más floreciente,/ de cosecha más dulce y más aroma».

La hermandad Derecho y Literatura es una constante en el pensamiento jurídico. Recorre transversalmente la mejor inquietud intelectual por la idea de cultura del Derecho y la más fecunda inspiración de las creaciones literarias. Confraternidad estética y crítica.

Otro poema, el labrado en el alfiz del arco de entrada a la terraza de Daraxa, contiene en uno de sus versos la profecía del sentido. Dice: «Cada una de las artes me ha enriquecido con su especial belleza y dotado de su esplendor y perfecciones», y al instante la mirada del observador se regala de una certidumbre: «No estoy sola, pues desde aquí contemplo un jardín admirable».

# El nombre del derecho

Por AMEDEO G. CONTE  
Università degli studi di Pavia

«Dwuznaczno \_ci płodzą wiele znaczeń.»

«Las ambigüedades generan muchos significados.»

STANISŁAW JERZY LEC

[LWÓW 1909-WARSZAWA 1966]

«Gdy dwuznaczniki tracą jedno znaczenie, nie znaczą nic.»

«Cuando las palabras con doble sentido pierden uno de ellos, no significan nada.»

STANISŁAW JERZY LEC

**SUMARIO:** PRÓLOGO.—1. NUEVE CASOS DE *NO-LEXICALIZACIÓN* DE LA DIFERENCIA ENTRE «DERECHO OBJETIVO» Y «DERECHO SUBJETIVO»: 1.0 *Introducción*. 1.1 *Albanés*: “e drejtë”. 1.2 *Checo*: “právo”. 1.3 *Croata*: “pravo”. 1.4 *Finés (suomi)*: “oikeus”. 1.5 *Francés*: “droit”. 1.6 *Italiano*: “diritto”. 1.7 *Latín*: “ius”. 1.8 *Polaco*: “prawo”. 1.9 *Húngaro (magiar)*: “jog”.—2. NUEVE CASOS DE *LEXICALIZACIÓN* DE LA DIFERENCIA ENTRE «DERECHO OBJETIVO» Y «DERECHO SUBJETIVO»: 2.0 *Introducción*. 2.1 *Vasco (eusquera)*: “zuzenbide” vs. “eskubide”. 2.2 *Fārsi (neopersa)*: “qānun”, “hoquq” vs. “haqq”. 2.3 *Griego (neogriego)*: “δ<math>\Leftrightarrow</math>καί</math>ο” (“dikaio”) vs. “δικα<math>\Leftrightarrow</math>ωμ</math>α” (“dikaíōma”). 2.4 *Inglés*: “law” vs. “right”. 2.5 *Islandés*: “lög” vs. “réttur”. 2.6 *Esloveno*: “pravo” vs. “pravica”. 2.7 *Tagalo*: “batás” vs. “karapatán”. 2.8 *Turco*: “hukuk” vs. “hak”. 2.9 *Galés (címbrico)*: “cyfraith” vs. “hawl”.—3. EPÍLOGO.

## PRÓLOGO

*Motto:*

«Das Bekannte überhaupt ist darum, weil es bekannt ist, nicht erkannt.»  
«Lo conocido, precisamente en tanto que conocido, no es reconocido.»

GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL

[Stuttgart 1770-Berlin 1831]

Es justamente en tanto que *conocido* que lo *conocido* no es *reconocido*. Esta advertencia de Georg Wilhelm Friedrich Hegel hace referencia al conocido fenómeno de la disemia (duplicidad de sentido)<sup>1</sup> de los nombres del derecho (“*ius*”, “*diritto*”, “*Recht*”, “*pravo*”,...).

## 1. NUEVE CASOS DE *NO-LEXICALIZACIÓN* DE LA DIFERENCIA ENTRE «DERECHO OBJETIVO» Y «DERECHO SUBJETIVO»

«La cosa y la palabra es uno mismo.»

RAMÓN PÉREZ DE AYALA

[Oviedo 1880-Madrid 1962]

«Il nome è la cosa.»

«El nombre es la cosa.»

LUIGI PIRANDELLO

[Girgenti/Agrigento 1867-Roma 1936]

### 1.0 Introducción

1.0.1 Muchos nombres del derecho, muchos nomónimos [*nomonyms*, *Nomonyme*, *nomonymes*],<sup>2</sup> son disémicos, tienen *dos* sentidos:

(i) el sentido de «derecho objetivo» (en latín: «*norma agendi*»; en inglés: «*law*»: éste es el sentido que el término “derecho” tiene por ejemplo dentro del sintagma “derecho electoral” y dentro del sintagma “derecho *del* trabajo”);

<sup>1</sup> Puesto que los sentidos son *dos*, propongo para esta especie de *polisemia* un neologismo que alude al hecho de que los sentidos son precisamente *dos*: “*disemia*” [“*disemy*”, “*Disemie*”, “*disémie*”] (neologismo formado sul modello di “*dicéfalo*”, “*diodo*”, “*diploma*”).

<sup>2</sup> Los sustantivos “nomónimo”, “*nomonym*”, “*Nomonym*”, “*nomonyme*” se forman sobre el modelo de “topónimo”, “antropónimo”, “hidrónimo”, “zoónimo”.

(ii) el sentido de «derecho subjetivo» (en latín: «*facultas agendi*»; en inglés: «*right*»): éste es el sentido que el término “derecho” tiene por ejemplo dentro del sintagma “derecho *al* voto” y dentro del sintagma “derecho *al* trabajo”).

Esta desconcertante disemia [*disemy*, *Disemie*, *disémie*] del nombre del derecho (el nombre del derecho significa disémicamente tanto «derecho objetivo» como «derecho subjetivo») se encuentra en toda Europa:

(i) no sólo en lenguas *indoeuropeas* (23 ejemplos, en orden alfabético: castellano: “*derecho*”; portugués: “*direito*”; italiano: “*diritto*”; rumano: “*drept*”; catalán: “*dret*”; francés: “*droit*”; albanés: “*e drejtë*”; latín: “*ius*”; bieloruso: “*prava*” “*права*”; búlgaro: “*pravo*” “*право*”; ruso: “*pravo*” “*право*”; serbio: “*pravo*” “*право*”; ucraniano: “*pravo*” “*право*”; checo: “*právo*”; croata: “*pravo*”; eslovaco: “*pravo*”; polaco: “*prawo*”; neerlandés: “*recht*”; alemán: “*Recht*”; sueco: “*rätt*”; danés: “*ret*”; noruego: “*ret*”; lituano: “*teisė*”),

(ii) sino también en lenguas *no-indoeuropeas* (tres ejemplos, en orden alfabético: húngaro: “*jog*”; estonio: “*õigus*”; finés: “*oikeus*”).<sup>3</sup>

1.0.2 He aquí nueve ejemplos de disemia [*disemy*, *Disemie*, *disémie*] de un nombre del derecho, de un nomónimo. De estos ejemplos,

(i) siete proceden de lenguas *indoeuropeas* (en orden alfabético: el albanés, el checo, el croata, el francés, el italiano, el latín, el polaco);

(ii) dos proceden de lenguas *no-indoeuropeas*, y en concreto de dos lenguas *ugrofinesas* (en orden alfabético: el finés y el húngaro).<sup>4</sup>

## 1.1 Albanés: “*e drejtë*”

(i) “*e drejta penale*” «derecho penal» («*penal law*», «*Strafrecht*»)  
vs.

(ii) “*të drejtat e njeriut*” «derechos del hombre», «derechos humanos» («*human rights*», «*Menschenrechte*»)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> La disemia de “*ius*” es ya explícitamente denunciada por el filósofo alemán Samuel von Pufendorf [Dorf-Chemnitz (Sachsen) 1632-Berlin 1694], *De iure naturae et gentium libri octo*. Londini SCANORUM [Lund, Svezia], 1672. Cfr. Paolo di LUCIA, *Il termine “diritto”*. In: Amedeo G. CONTE/Paolo di LUCIA/Antonio INCAMPO/Giuseppe LORINI/Wojciech ŻELANIEC, *Ricerche di Filosofia del diritto*. A cura di Lorenzo Passerini Glazel. Torino, Giappichelli, 2007, pp. 13-23, alle pp. 12-13.

El nombre latino del derecho, “*ius*”, genitivo “*iuris*” (“*iūs*”, “*iūris*”) tiene un homónimo: “*ius*”, genitivo “*iuris*” (“*iūs*”, “*iūris*”) «caldo».

<sup>4</sup> Transcribo a continuación otros nueve nomónimos que no trataré en el presente ensayo: armenio: “*irawownkh*”; chino: “*falù*”, “*quànli*”; japonés: “*hōritsu*”, “*kénri*”; letón: “*itiesības*”; lituano: “*teisė*”; maltés: “*ligi*”; sánscrito: “*dharma*”. Respecto al armenio, muestro mi agradecimiento a Walter Belardi.

<sup>5</sup> Los crípticos monosílabos “*e*” (en “*e drejtë*” y en “*e drejta*”) y “*të*” (en “*të drejtat*”) son, simplemente, artículos preposicionales.

## 1.2 Checo: “právo”

(i) “*mezionárodní právo*” «derecho internacional» («*international law*», «*Völkerrecht*»)

vs.

(ii) “*autorské právo*” «derecho de autor» («*copyright*», «*Urheberrecht*»).

## 1.3 Croata: “pravo”

(i) “*građansko pravo*” «derecho civil» («*civil law*», «*bürgerliches Recht*»)

vs.

(ii) “*ljudska prava*” «derechos del hombre», «derechos humanos» («*human rights*», «*Menschenrechte*»)<sup>6</sup>.

## 1.4 Finés (suomi): “oikeus”

(i) “*rikosoikeus*” «derecho penal» («*penal law*», «*Strafrecht*»)<sup>7</sup>

vs.

(ii) “*äänioikeus*” «derecho al voto» («*right to vote*», «*Wahlrecht*»)<sup>8</sup>.

## 1.5 Francés: “droit”

(i) “*droit pénal*” «derecho penal» («*penal law*», «*Strafrecht*»)

vs.

(ii) “*droits de l’homme*” «derechos del hombre», «derechos humanos» («*human rights*», «*Menschenrechte*»).

## 1.6 Italiano: “diritto”

(i) “derecho electoral”

vs.

(ii) “derecho al voto”<sup>9</sup>.

---

Respecto a los ejemplos en albanés, muestro mi agradecimiento a Domenico Corradini y a Enea Visoka.

<sup>6</sup> Una sugerente pareja minimal de oposición [minimales Oppositions paar] es la siguiente:

“*izborno pravo*” «derecho electoral»

vs.

“*pravo glasa*” «derecho al voto» («*right to vote*», «*Stimmrecht*», «*Wahlrecht*»).

<sup>7</sup> En finés: “*rikos*” «delito», «crimen».

<sup>8</sup> En finés: “*ääni*” «voto».

<sup>9</sup> Otro ejemplo análogo: “derecho *del* trabajo” vs. “derecho *al* trabajo”.

### 1.7 Latín: “*ius*”

- (i) “*ius civile*” «derecho civil»  
 vs.  
 (ii) “*ius civitatis*” «derecho de ciudadanía».

### 1.8 Polaco: “*prawo*”

- (i) “*prawo cywilne*” «derecho civil» («*civil law*», «*bürgerliches Recht*»)  
 vs.  
 (ii) “*prawo do strajku*” «derecho a la huelga» («*right to strike*», «*Streikrecht*») <sup>10</sup>.

### 1.9 Húngaro (magiar): “*jog*”

- (i) “*Nemzetközi*” «derecho internacional» («*international law*», «*Völkerrecht*») <sup>11</sup>.  
 vs.  
 (ii) “*Az emberi jogok*” «los derechos del hombre», «los derechos humanos» («*human rights*», «*Menschenrechte*») <sup>12</sup>.

## 2. NUEVE CASOS DE LEXICALIZACIÓN DE LA DIFERENCIA ENTRE «DERECHO OBJETIVO» Y «DERECHO SUBJETIVO»

«*Je ne cherche pas, je trouve.*»  
 «No busco; encuentro.»

PABLO PICASSO  
 [Málaga 1881-Mougins 1973]

«*Trouver d’abord, après chercher.*»  
 «Primero encontrar; después buscar.»

JEAN COCTEAU  
 [Maisons-Lafitte 1889-Milly-la-Forêt 1963]

<sup>10</sup> Otro ejemplo en el que “*prawo*” significa (no «*law*», sino) «*right*»: el sintagma “*prawa i obowiązki obywateli*” «derechos y deberes del ciudadano». (En polaco: “*obowiązek*” «deber».)

<sup>11</sup> En húngaro: “*nemzet*” «nación».

<sup>12</sup> En húngaro: “*ember*” «hombre».

## 2.0 Introducción

La disemia de los nombres del derecho es un fenómeno extendido (lo demuestran mis *nueve* ejemplos del §.1. (1.1 albanés: “*e drejtë*”; 1.2 checo: “*právo*”; 1.3 croata: “*pravo*”; 1.4 finés: “*oikeus*”; 1.5 francés: “*droit*”; 1.6 italiano: “*diritto*”; 1.7 latín: “*ius*”; 1.8 polaco: “*prawo*”; 1.9 húngaro: “*jog*”), pero *no* universal.

La tesis según la cual la disemia de los nombres del derecho es un fenómeno universal choca con al menos *nueve* ejemplos contrarios o contraejemplos, con al menos *nueve* *exempla contraria*. Si no estoy equivocado, en al menos *nueve* lenguas la distinción entre «derecho objetivo» y «derecho subjetivo» está lexicalizada: para «derecho objetivo» y para «derecho subjetivo»

(i) no hay *un único* lexema disémico, es decir *un único* término con *más* de un sentido (como en el caso del albanés “*e drejtë*”, del checo “*právo*”, del croata “*pravo*”, del finés “*oikeus*”, del francés “*droit*”, del italiano “*diritto*”, del latín “*ius*”, del polaco “*prawo*”, del húngaro “*jog*”: cfr. § 1.1.-1.9.),

(ii) sino que hay *dos* lexemas distintos, cada uno de los cuales tiene *un único* sentido.

De estas nueve lenguas (en orden alfabético: el fārsi (el neopersa); el galés (el cimbriico, la lengua céltica de Gales, Gran Bretaña), el griego (neogriego); el inglés; el islandés; el esloveno; el tagalo; el turco; el vasco (*euskara*) en las que *no* hay disemia,

(i) seis son lenguas *indoeuropeas*:

- (i.i) el fārsi (el neopersa);
- (i.ii) el griego (neogriego);
- (i.iii) el inglés;
- (i.iv) el islandés;
- (i.v) el esloveno;
- (i.vi) el galés (el cimbriico, la lengua céltica de Gales, Gran Bretaña);

(ii) tres *no* son lenguas *indoeuropeas*:

- (ii.i) el vasco (*euskara*);
- (ii.ii) el tagalo;
- (ii.iii) el turco.

### 2.1 Vasco (*euskara*): “*zuzenbide*” vs. “*eskubide*”

2.1.1 En vasco (*euskara*), lengua *no-indoeuropea*:

(i) para «derecho objetivo» («*law*») hay el término “*zuzenbide*”;

(ii) para «derecho subjetivo» («*right*») el término “*eskubide*”.

### 2.1.2 Ejemplo:

(i) “*nazioarteko zuzenbidea*” «derecho internacional» («*international law*», «*Völkerrecht*»)

vs.

(ii) “*giza eskubideak*” «derechos del hombre», «derechos humanos» («*human rights*», «*Menschenrechte*», «*derechos humanos*»)<sup>13</sup>.

## 2.2 Fārsi (neopersa): “*qānun*”, “*hoquq*” vs. “*haqq*”

2.2.1 En fārsi (neopersa), lengua *indoeuropea*:

(i) para «derecho objetivo» («*law*») hay *dos* términos: “*qānun*” (transcripción alternativa: “=*ānun*”), “*hoquq*”;

(ii) para «derecho subjetivo» («*right*») hay el término “*haqq*” (transcripción alternativa: “*ha==*”).

### 2.2.2 Ejemplo:

(i) “*hoquq-e keyfari*”, “*hoquq-e jezāli*” «derecho penal»

vs.

(ii) “*haqq-e ra'i*” «derecho al voto»<sup>14</sup>.

## 2.3 Griego (neogriego): “ $\delta\leftrightarrow\kappa\alpha\iota\omicron$ ” (“*dikaio*”) vs. “ $\delta\iota\kappa\alpha\leftrightarrow\tau\omicron\mu\alpha$ ” (“*dikaíōma*”)

2.3.1 En griego (neogriego), lengua *indoeuropea*:

(i) para «derecho objetivo» («*law*») hay el término “ $\delta\leftrightarrow\kappa\alpha\iota\omicron$ ” (“*dikaio*”);

(ii) para «derecho subjetivo» («*right*») hay el término “ $\delta\iota\kappa\alpha\leftrightarrow\tau\omicron\mu\alpha$ ” (“*dikaíōma*”).

### 2.3.2 Ejemplo:

(i) “ $\Rightarrow\delta\iota\omicron\tau\iota\kappa\ \delta\leftrightarrow\kappa\alpha\iota\omicron$ ” (“*idiotikó dikaio*”) «derecho privado» («*private law*», «*Privatrecht*»)

vs.

(i) “ $\delta\iota\kappa\alpha\leftrightarrow\tau\omicron\mu\alpha\ \Rightarrow\delta\iota\omicron\kappa\tau\eta\sigma\leftrightarrow\alpha\omega$ ” (“*dikaíōma idioktēsías*”) «derecho de propiedad» («*ownership*», «*Eigentumsrecht*»).

<sup>13</sup> En vasco (euskara): “*gizon*» «uomo» («*hombre*»).

<sup>14</sup> Para los ejemplos en fārsi, expreso mi agradecimiento a Domenico Parrello (Roma, Tehrān).

## 2.4 Inglés: “law” vs. “right”

2.4.1 En *inglés*, lengua *indoeuropea*:

- (i) para «derecho objetivo» hay el término “law”<sup>15</sup>;
- (ii) para «derecho subjetivo» hay el término “right”<sup>16</sup>.

2.4.2 Ejemplo:

- (i) “common law”  
vs.
- (ii) “human rights” «derechos del hombre», «derechos humanos» («Menschenrechte»)<sup>17</sup>.

## 2.5 Islandés: “lög” vs. “réttur”

En *islandés*, lengua *indoeuropea*:

- (i) para «derecho objetivo» («law») hay el término “lög”;
- (ii) para «derecho subjetivo» («right») hay el término “réttur”.

## 2.6 Esloveno: “pravo” vs. “pravica”

2.6.1 En *esloveno*, lengua *indoeuropea*:

- (i) para «derecho objetivo» («law») hay el término “pravo”;
- (ii) para «derecho subjetivo» («right») el término “pravica”<sup>18</sup>.

2.6.2 Ejemplo:

- (i) “mednarodno pravo” «derecho internacional» («international law», «Völkerrecht»)  
vs.
- (ii) “lastninska pravica” «derecho de propiedad» («ownership», «right of ownership», «proprietary right», «Eigentumsrecht»)<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> El sustantivo “law” es de origen escandinavo (cfr. sueco “lag”, islandés “lög”), y es etimológicamente afín al verbo inglés “to lay” «poner» y al verbo alemán “legen” «poner».

<sup>16</sup> El sustantivo “right” es etimológicamente afín al danés “ret”, al islandés “réttur”, al neerlandés “recht”, al noruego “ret”, al sueco “rätt”, al alemán “Recht”.

<sup>17</sup> En algunos contextos, “right” puede tomar el lugar de “law”: por ejemplo, lo que sucede en el título de la primera traducción inglesa del libro: Georg Wilhelm FRIEDRICH HEGEL [Stuttgart 1770-Berlin 1831], *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Berlin, In der Nicolaischen Buchhandlung, 1821. La traducción inglesa se titula (no: *The Philosophy of Law*, sino) *The Philosophy of Right* (Georg Wilhelm FRIEDRICH HEGEL, *The Philosophy of Right*. Translated and edited by T. M. Knox. Oxford, Clarendon Press, 1942).

Pero al revés no ocurre: en ningún caso el sintagma “human rights” podría ser sustituido por el sintagma “human laws”.

<sup>18</sup> El sustantivo femenino “pravica” es parásitono: se pronuncia “pravítsa”.

<sup>19</sup> Otro ejemplo con “pravica” «diritto soggettivo» («right»): el sintagma “prave in dolžnosti” «derechos y deberes» («rights and duties», «Rechte und Pflichten»).

## 2.7 Tagalo: “*batás*” vs. “*karapatán*”

2.7.1 En tagalo, lengua *no-indoeuropea*:

- (i) para «derecho objetivo» («*law*») hay el término “*batás*”;
- (ii) para «derecho subjetivo» («*right*») el término “*karapatán*”.

2.7.2 Ejemplo:

- (i) “*batás pangpenal*” «derecho penal» («*criminal law*», «*Strafrecht*»)  
vs.
- (ii) “*karapatáng bumoto*” «derecho al voto» («*right to vote*», «*Wahlrecht*») <sup>20</sup>.

## 2.8 Turco: “*hukuk*” vs. “*hak*”

2.8.1 En turco, lengua *no-indoeuropea*:

- (i) para «derecho objetivo» («*law*») hay el término “*hukuk*”;
- (ii) para «derecho subjetivo» («*right*») hay el término “*hak*”.

2.8.2 Ejemplo:

- (i) “*medeni hukuk*”: «derecho civil» («*civil law*», «*bürgerliches Recht*»)  
vs.
- (ii) “*oy hakki*” «derecho al voto» («*right to vote*», «*Wahlrecht*») <sup>21</sup>.

## 2.9 Galés (címbrico): “*cyfraith*” vs. “*hawl*”

2.9.1 En galés [en címbrico: la lengua céltica de Gales, Gran Bretaña] <sup>22</sup>, lengua *indoeuropea*:

- (i) para «derecho objetivo» («*law*») hay el término “*cyfraith*”;
- (ii) para «derecho subjetivo» («*right*») hay el término “*hawl*”.

2.9.2 Ejemplo:

- (i) “*cyfraith fasnachol*” «derecho mercantil» («*commercial law*»  
vel «*mercantile law*», «*Handelsrecht*»)  
vs.
- (ii) “*hawliau dynol*” «derechos del hombre», «derechos humanos» («*human rights*», «*Menschenrechte*») <sup>23</sup>.

<sup>20</sup> En tagalo: “*bumoto*” «voto».

<sup>21</sup> Otro ejemplo con “*hak*”, «diritto soggettivo» («*right*»): el sintagma “*İnsan Hakları Beyannamesi*” «Declaración de los derechos del hombre» («*Declaration of Human Rights*»). [En turco: “*insan*” «humano» («*human*»); “*beyannamesi*” «declaración» («*declaration*»)].

<sup>22</sup> Capital de Gales es Caerdydd (Caerdydd en galés; en inglés: Cardiff).

<sup>23</sup> En galés: “*dyn*” «hombre» («*man*»).

Otro ejemplo con “*hawl*”, «derecho subjetivo» («*right*»): el sintagma “*hawl ateb*” «derecho de réplica», «*right to reply*».

## EPÍLOGO

«In unserer Sprache ist eine ganze Mythologie niedergelegt.»

«En nuestro lenguaje se deposita toda una mitología.»

LUDWIG WITTGENSTEIN

[Wien 1889-Cambridge (Gran Bretaña) 1951]

«Wer nichts der Sprache vergibt, vergibt nichts der Sache.»

«La intransigencia en las comparaciones del lenguaje es intransigencia en las comparaciones de la cosa en sí misma.»

KARL KRAUS

[Gitschin/Jičín (República Checa) 1874-Wien 1936]

Es falso que *todos* los nombres del derecho (los nomónimos) sean disémicos, que *todos* signifiquen (disémicamente) tanto «derecho objetivo» como «derecho subjetivo»:

(i) sí es verdad que en *algunos* casos (de los que he enumerado nueve: §§ 1.1.-1.9.), *hay* disemia (los nueve casos son: 1.1 albanés: “*e drejtë*”; 1.2 checo: “*právo*”; 1.3 croata: “*pravo*”; 1.4 finés: “*oikeus*”; 1.5 francés: “*droit*”; 1.6 italiano: “*diritto*”; 1.7 latín: “*ius*”; 1.8 polaco: “*prawo*”; 1.9 húngaro: “*jog*”);

(ii) *pero* en al menos nueve *otros* casos (§§ 2.1.-2.9.), *no* hay disemia (los nueve casos son: 2.1 vasco: “*zuzenbide*” vs. “*eskubide*”; 2.2 fārsi: “*qānūn*” (=“*ānūn*”) vs. “*haqq*” (‘*ha*==’)); 2.3 griego (neogriego): “*δ↔καιο*” vs. “*δικα↔νομια*”; 2.4 inglés: “*law*” vs. “*right*”; 1.5 islandés: “*lög*” vs. “*rettúr*”; 2.6 esloveno: “*pravo*” vs. “*pravica*”; 2.7 tagalo: “*batás*” vs. “*karapatán*”; 2.8 turco: “*hukuk*” vs. “*hak*”; 2.9 galés: “*cyfraith*” vs. “*hawl*”).

Esta conclusión suscita tres nuevas preguntas *filosóficas*:

(i) ¿*Por qué* en algunas lenguas (albanés, checo, croata, finés, francés, italiano, latín, polaco, húngaro) un único y mismo término (“*e drejtë*”, “*právo*”, “*pravo*”, “*oikeus*”, “*droit*”, “*diritto*”, “*ius*”, “*prawo*”, “*jog*”) significa (disémicamente) tanto «derecho objetivo» como «derecho subjetivo»? ¿Existe una razón?

(ii) Y, si existe: ¿*Por qué* esa misma razón *non* concurre *también* en los otros casos (vasco, fārsi, griego (neogriego), inglés, islandés, esloveno, tagalo, turco, galés)?

(iii) Derecho objetivo, derecho subjetivo: ¿cuál es el *prius* en la génesis (en la nomogénesis) del derecho?

La festiva e inesperada emergencia de preguntas nuevas (de tres nuevas preguntas) demuestra la verdad de una aparente paradoja

(sobre la dialéctica de *preguntas y respuestas*) formulada por el eminente aforista polaco Stanisław Jerzy Lec:

«*Niektóre pytania rodzą się dopiero po odpowiedziach.*»  
«*Algunas preguntas sólo nacen después de las respuestas.*»

Traducción española de Carlos ALARCÓN CABRERA



# El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA  
Universidad del País Vasco

## RESUMEN

*Es un presupuesto del pensamiento jurídico sostener que el derecho es un sistema. Sin embargo, tras esta afirmación se esconden concepciones muy diversas acerca de qué es lo que da al derecho ese carácter sistemático. Aquí expongo tres concepciones diferentes de esta idea: sistema como sistema formal, sistema en el sentido de sistema axiológico y sistema como sistema de delegaciones del poder de creación de normas. Cada una de ellas plantea problemas diversos. En el caso de la última, pongo de relieve algunas cuestiones que afectan a la teoría del derecho como son la relativa a la identificación de los enunciados que forman parte del derecho y la que tiene que ver con la separación entre derecho y moral.*

Palabras clave: *sistema jurídico, sistema axiológico, sistema formal, sistema dinámico, positivismo jurídico, derecho y moral.*

## ABSTRACT

*It is usually contended that the Law is a system. Nevertheless, this standpoint hides very different conceptions about what gives the Law that systematic character. In this paper I offer three approaches to this issue: system as a formal system, system in the sense of axiological system, and system as delegation system of the faculty for producing norms. Each of them involves problems. About the latter one, I remark some key questions on the Theory of Law: the recognition of the statements of Law, and the separation between Law and Morals.*

Key words: *legal system; axiological system; formal system; dynamical system; legal positivism; law and morals.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. SISTEMA COMO SISTEMA FORMAL. 3. SISTEMA COMO SISTEMA AXIOLÓGICO.—4. SISTEMA COMO SISTEMA DINÁMICO.—5. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS ANTERIORES MODELOS DE SISTEMA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La noción del sistema jurídico es uno de los temas centrales de gran parte de la filosofía del derecho moderna<sup>1</sup>, a la vez que un concepto clave en la teoría del derecho. Que el derecho es un sistema —escribe Barberis— parece ser uno de los presupuestos menos discutidos del pensamiento jurídico contemporáneo. Para cualquier jurista contemporáneo de cultura europeo-continental, que el Derecho es un sistema es menos una tesis a demostrar que un presupuesto indiscutible<sup>2</sup>.

El objeto de estas páginas es exponer tres versiones diferentes, que considero paradigmáticas, de la idea del derecho como sistema y, realizar algunas reflexiones sobre las mismas. La primera (sistema como sistema formal) sostiene que el carácter sistemático del derecho viene dado por la presencia de características formales como la completitud, la coherencia, etc. La segunda (sistema como sistema axiológico) con-

---

<sup>1</sup> Esto no significa que la idea de sistema o el intento de sistematización del derecho sea actual, cfr. LOSANO, M. G., *Sistema e struttura nel diritto. Vol. I.*, Giuffrè, Milano, 2002, sino que como dice BOBBIO, N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 160 «el estudio en profundidad del ordenamiento jurídico es relativamente reciente... Mientras existen muchos estudios particulares sobre la naturaleza de la norma jurídica, no existe hasta hoy, si no estamos equivocados, ni un solo tratamiento completo y orgánico acerca de todos los problemas que conlleva la existencia de un ordenamiento jurídico».

<sup>2</sup> BARBERIS, M., «Conjunto y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin», *Doxa*, núm. 20, 1997, pp. 23-24.

«El concepto de sistema —dice GARCÍA AMADO— se muestra cada vez con más claridad como un concepto clave en la teoría jurídica. Referencias a la idea de sistema, cualquiera que sea la noción de derecho subyacente al calificativo, aparecen con suma frecuencia en prácticamente todos los posibles campos de estudio de una Filosofía o una Teoría general del Derecho. Lo vemos si hablamos de Derecho Natural o de valores jurídicos, de Teoría de las normas, de Teoría de la legislación, de Lógica jurídica, de metodología, etc. Y, en el marco del derecho positivo, se ha de notar que a todo derecho codificado le es inmanente una idea de sistema, más o menos explícita, que condiciona en buena medida su tratamiento práctico», GARCÍA AMADO, J. A., «Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. II, 1985, p. 297.

«Es casi un lugar común del pensamiento jurídico, que las normas jurídicas que integran el derecho de un país constituyen un conjunto unitario al que cabe atribuir el carácter de sistema. Así, no debe extrañar pues, que casi todos los filósofos del derecho, desde Bentham y Austin hasta Kelsen y Hart, hayan dedicado gran parte de sus esfuerzos a este tema, que constituye uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica moderna» BULYGIN, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, núm. 9, 1991, p. 257.

sidera que el carácter sistemático lo proporciona el contenido del derecho en la medida en que este es expresión de ciertos valores que dotan de coherencia a todo el conjunto de normas. La tercera, sistema dinámico, deriva el carácter sistemático del derecho de una determinada relación entre las normas, la «cadena de validez», específica de los ordenamientos jurídicos.

## 2. SISTEMA COMO SISTEMA FORMAL

La idea de sistema como sistema formal está directamente relacionada con los tres significados que según Bobbio<sup>3</sup> tiene la noción de sistema en el ámbito del derecho. El primero es el de sistema como *sistema deductivo*, según el cual un ordenamiento jurídico es un sistema si las normas que lo componen son deducibles de algunos principios generales. Históricamente este es el método propuesto por los iusnaturalistas racionalistas, tomando como referente la geometría euclidea y las reglas de la lógica. Una segunda acepción es la de *sistema inductivo*: los romanistas alemanes –dice Bobbio– llamaban sistema a un ordenamiento de la materia realizado a través del procedimiento inductivo, es decir, partiendo del contenido de las singulares normas a fin de construir conceptos siempre más generales, clasificaciones y partes en el interior de la materia. En tercer lugar, sistema equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad entre normas.

En términos generales, un sistema formal consta de axiomas (puntos de partida indiscutibles) y de teoremas (conclusiones obtenidas de los axiomas aplicando las reglas de la lógica). Los requisitos de los axiomas de un sistema son la coherencia, la completitud y la independencia, a los que suele añadirse la necesidad. La coherencia significa que los axiomas deben ser compatibles, es decir no deben contradecirse; mientras que la completitud implica que del subconjunto de los axiomas se pueden deducir todos los teoremas del sistema y, simétricamente, que no es admisible un teorema no deducible de un axioma del sistema (la completitud se refiere sólo a los axiomas, no es necesario que de ellos se deduzcan necesariamente todos los posibles teoremas). La independencia de los axiomas requiere que cada axioma no sea reducible a otro axioma; se trata de un corolario de la definición de axioma: un axioma deducible de un axioma es de hecho un teorema. Por último, la necesidad de los axiomas equivale a decir que estos deben ser sólo los necesarios para deducir el subconjunto de teoremas<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> BOBBIO, N., *Teoria generale del diritto*, op. cit., p. 206.

<sup>4</sup> LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto*, op. cit., p. 195. VAN DE KERCHOVE-OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, pp. 64-89 hablan

Uno de los ejemplos más relevantes de sistema formal en la teoría del derecho es el formulado por Alchourrón y Bulygin. Los filósofos argentinos ponen de relieve el cambio en la concepción del sistema jurídico que tuvo lugar en el siglo XIX debido, entre otros factores, al abandono de las doctrinas del Derecho Natural y a una nueva concepción de sistema jurídico que cristaliza en la dogmática jurídica; «el positivismo de la nueva ciencia del derecho consiste en la aceptación “dogmática” de las normas creadas por el legislador positivo; los axiomas del sistema jurídico no son ya principios evidentes e inmutables del Derecho Natural, sino normas contingentes, puestas por el legislador humano»<sup>5</sup>. Y sostiene que una de las principales funciones de la dogmática jurídica, en cuanto ciencia racional, es el análisis de las propiedades formales del sistema, como la coherencia, la completitud y la independencia de sus axiomas.

Partiendo de la definición de Tarski de sistema deductivo, definen el sistema normativo como «sistema deductivo que tiene consecuencias normativas», y el sistema jurídico como un conjunto de enunciados jurídicos (que constituyen la base axiomática del sistema) que contiene todas sus consecuencias lógicas. Para que dicho sistema sea normativo los enunciados de la base deben contener algunos enunciados que correlacionen casos (circunstancias fácticas) con soluciones (consecuencias normativas) (no es necesario que todos los enunciados de la base sean normativos puesto que en los textos legales al lado de enunciados normativos se encuentran otros que no lo son).

Alchourrón y Bulygin parten de la idea de que la sistematización de las disposiciones jurídicas es tradicionalmente considerada como una tarea importante, tanto del legislador (codificación del derecho) como del científico (dogmática jurídica). «Las ideas de coherencia, completitud e independencia, así como la noción de sistema jurídico, ofrecen un fundamento intuitivo adecuado para el tratamiento analítico (reconstrucción racional) de tales conceptos. Ese análisis es el objetivo principal de la primera parte de este libro»<sup>6</sup>.

En la segunda parte del libro emprenden la tarea de aplicar el esquema conceptual elaborado en la primera parte a algunos proble-

---

en estos términos: Un sistema formal se define por tener carácter deductivo, formalizado y axiomatizado. A la vez, por tener las propiedades de independencia, completitud, coherencia y decidabilidad. Un sistema deductivo es un conjunto de proposiciones que contiene todas sus consecuencias, es decir, que comprende las proposiciones derivadas de las primeras. Un sistema es formalizado cuando las operaciones para su construcción pueden determinarse señalando únicamente la forma gráfica de los signos empleados y su disposición en el espacio. Un sistema está axiomatizado cuando se enuncian de forma explícita, a título de axiomas, las proposiciones que posteriormente se invocan como fundamento de las demostraciones.

<sup>5</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 90.

<sup>6</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, cit., p. 22. Vid. también *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

mas específicos de la ciencia jurídica. Sostienen la tesis de que muchos de los problemas tradicionales de la ciencia jurídica pueden *reconstruirse* como cuestiones referentes a la sistematización de los enunciados de derecho. «Las ideas de completitud, coherencia e independencia, desempeñan aquí un papel muy importante. El proceso de sistematización del derecho comprende varias operaciones que tienden no sólo a exhibir las propiedades estructurales del sistema y sus defectos formales (contradicciones y lagunas), sino también a *reformularlo* para lograr un sistema más sencillo y económico. La búsqueda de los llamados *principios generales* del derecho, y la construcción de las «*partes generales*» de los códigos –tareas que suelen considerarse propias de la dogmática jurídica– forman parte de la misma exigencia de simplificación del derecho que va ligada a la idea de independencia»<sup>7</sup>.

Para Alchourrón y Bulygin son dos las tareas principales del jurista: la sistematización y la reformulación del sistema. Para la labor de sistematización parten de que la tarea más importante de la ciencia jurídica consiste en la «descripción» del derecho positivo y su «presentación» en forma ordenada y sistemática; descripción del derecho que no consiste en la mera transcripción de las leyes y normas jurídicas, sino que comprende además la *interpretación*, es decir, la determinación de las consecuencias que se derivan de tales normas. «Buena parte de lo que los juristas llaman interpretación –dicen– puede ser reconstruido como «determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados de derecho para un problema o una materia determinada. Y esto, en nuestra terminología, no es otra cosa que *la construcción de un sistema deductivo axiomático* que adopta dichos enunciados como axiomas»<sup>8</sup>. La labor del científico del derecho es descriptiva, puesto que el jurista no crea los elementos del sistema. Estos (la materia, los enunciados de la base y las reglas de inferencia) determinan el contenido del sistema y «la labor del científico consiste en *formularlo explícitamente* y, a lo más, en *reorganizarlo*. Esto refleja la idea de que la ciencia no crea, sino sólo conoce o describe el derecho»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, op. cit., p. 24 (cursivas mías).

<sup>8</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 114.

<sup>9</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 114, 126.

La determinación de las consecuencias normativas para una materia presupone la presencia de ciertos elementos a partir de los cuales el jurista emprende su tarea sistematizadora. Estos elementos son: 1. un problema o grupo de problemas (*materia*) cuya regulación por el derecho interesa al jurista, 2. un *conjunto* de enunciados de derecho que regulan dicha materia, y 3. un conjunto de *reglas de inferencia* para la derivación de las consecuencias.

Por otra parte, respecto de los problemas antes mencionados señalan que la incompletitud y la incoherencia afectan al sistema mismo, en el sentido de que su

La segunda tarea del jurista es la reformulación del sistema. La sistematización muestra el contenido del sistema, poniendo de manifiesto sus defectos: lagunas, incoherencias y redundancias. Pues bien, la finalidad de la reformulación es eliminar los defectos del sistema. Si un sistema tiene lagunas o incoherencias, la única manera de eliminarlas es construyendo un nuevo sistema distinto del anterior; sin embargo, para eliminar las redundancias no hay que modificar el sistema sino que basta con modificar la presentación o formulación del sistema, modificación que no afecta al sistema mismo, sino sólo a su presentación. Las posibilidades del científico frente a los defectos del sistema mencionado son diferentes: «el científico no puede por sí solo modificar el sistema impuesto por el legislador, razón por la cual no puede eliminar las lagunas y las incoherencias: Sólo puede formular *propuestas* para su eliminación. En cambio sí puede eliminar las redundancias y el casuismo; lo puede hacer *reformulando* la base del sistema. Y puede hacerlo sin extralimitarse de su función de científico, siempre que la nueva base sea normativamente equivalente a la anterior»<sup>10</sup>.

Por último, otra de las tareas del jurista es la elaboración de las partes generales de las distintas materias y la extracción de principios generales del derecho. Los filósofos argentinos entienden que esta actividad es muy similar a la de sistematización: «Lo que hemos dicho acerca de la reformulación se aplica por igual a la elaboración de las partes generales de las distintas materias y a la extracción de los llamados *principios generales del derecho*»<sup>11</sup>.

Para explicar cuál es el carácter de la ciencia jurídica se plantean la siguiente cuestión: ¿cuál es la naturaleza lógica de la operación mediante la cual el jurista transforma una pluralidad de normas en una norma de mayor generalidad? Es decir, se trata de ver si la inducción jurídica (la generalización a partir de todos los casos de un género) es una inferencia lógicamente válida. Pues bien, después de diversas precisiones concluyen que «La inducción jurídica es legítima solamente en la medida en que el principio general es extraído de la totalidad de los preceptos inferiores, y la operación es posible, porque la serie de estos últimos es siempre limitada»,... «en el ámbito jurídico se cumple –por lo menos para el derecho positivo– la condición de finitud, necesaria para la validez lógica del razonamiento por casos. La inducción jurídica es, por lo tanto, una inferencia deductiva (lógicamente

---

eliminación requiere una modificación del sistema. En cambio la redundancia y el casuismo no afectan al sistema, sino a la presentación o la formulación de él.

<sup>10</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 127.

<sup>11</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 129.

válida) del mismo tipo que la que se usa en las ciencias formales: la lógica y la matemática»<sup>12</sup>.

### 3. SISTEMA COMO SISTEMA AXIOLÓGICO

Un significado de sistema completamente diverso al anterior es el que entiende que el carácter sistemático proviene de la concepción del ordenamiento jurídico como ordenamiento axiológico o teleológico. Voy a poner dos ejemplos: la teoría de Canaris para quien el ordenamiento jurídico está dirigido a la realización de fines y valores y la de Dworkin quien entiende el sistema jurídico como coherencia de valores morales y políticos que subyacen al derecho.

3.1. Canaris empieza señalando que hay un acuerdo básico sobre el concepto general de sistema que son las ideas de *orden y unidad*. Estos conceptos se corresponden tanto con definiciones filosóficas (como las de Kant y Eisler), así como con las de la literatura jurídica (Savigny, Stammler, Binder). El orden significa una coherencia interna racionalmente captable, es decir, fundada en la cosa misma. La unidad supone que es posible reconducir las diferentes unidades individuales y desconectadas a unos pocos y determinantes principios básicos.

El orden interno y la unidad del derecho son bastante más que meros presupuestos del carácter científico de la Jurisprudencia y que postulados de la metodología jurídica; pertenecen a las más fundamentales exigencias ético-jurídicas y se enraízan en última instancia en la idea misma de derecho. Tanto la idea de orden como la de unidad del ordenamiento no son sólo postulados lógico-jurídicos, sino que se derivan de la idea de justicia. «Lejos de ser un despropósito, como afirman los críticos del pensamiento sistemático, la idea de sistema jurídico se puede, pues, justificar sobre la base de uno de los más altos valores jurídicos, concretamente del mandato de justicia y sus concreciones en el principio de igualdad y en la tendencia a la generalización»<sup>13</sup>. El pensamiento que se adecua a la jurisprudencia no es el pensamiento lógico-formal, sino el axiológico y teleológico<sup>14</sup>. La idea de sistema no es un mero postulado, sino que es presupuesto de todo derecho y de todo pensamiento jurídico (por mucho que esa coherencia y unidad a menudo sólo puedan realizarse de modo fragmentario). La tarea del concepto de sistema es «*presentar y realizar la*

---

<sup>12</sup> ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 132-133.

<sup>13</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1988, p. 24.

<sup>14</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., p. 54.

*coherencia valorativa y la unidad interna del ordenamiento jurídico»*<sup>15</sup>.

Para Canaris un sistema teleológico no es algo que resulte obvio, «el sistema en el sentido que aquí lo comprendemos es *ex definitione* meramente la aprehensión racional de la coherencia de un entramado jurídico de valoraciones, «en consecuencia se debe afirmar, al menos como hipótesis, la posibilidad de un sistema axiológico o teleológico, si no se quiere negar radicalmente el modo habitual de entender la Jurisprudencia como empresa metódicamente orientada y referida a la argumentación racional». Canaris toma de Binder la idea kantiana de que no hay que preguntarse si hay una ciencia de la naturaleza, sino que hay que *presuponerla* y tratar de aprehenderla; se debe partir «de que existe una ciencia del derecho y preguntar solamente cuál es su sentido y en que fundamenta su pretensión de cientificidad»<sup>16</sup>. El pensamiento que se adecua a la jurisprudencia no es el pensamiento lógico-formal, sino el axiológico y teleológico. La tarea del pensamiento teleológico no es la de hallar el contenido *a priori* de una «correcta» regulación (p. ej. en el sentido del derecho natural o de la doctrina del derecho justo), sino únicamente el pensar hasta sus últimas consecuencias una valoración (primaria) previamente sentada, trasladarla a casos comparables, eliminar contradicciones a la hora de establecer nuevas valoraciones»<sup>17</sup>.

Puesto que el mandato de justicia es de naturaleza *valorativa*, también el sistema que le corresponde sólo puede ser un ordenamiento axiológico o teleológico (en el sentido de realización de fines y valores). Por tanto se debe afirmar, al menos como *hipótesis*, la posibilidad de un sistema axiológico o teleológico. Por mucho que su estructura no haya sido aún suficientemente aclarada, puede decirse que «la hipótesis de que la coherencia del pensamiento axiológico-jurídico o teleológico es de tipo racional y, por consiguiente, racionalmente fundamentable, y de que con ello se puede abarcar en un correspondiente sistema, está suficientemente corroborada como para que pueda ser útil como premisa científica»<sup>18</sup>.

De otro lado, la característica principal de la idea de unidad consiste en la reconducción de la diversidad de lo particular a unas pocas ideas básicas determinantes. Se ha de penetrar en las valoraciones *básicas* que radican más profundamente y por tanto en los *principios generales* de un ordenamiento jurídico; se trata de rastrear la *ratio iuris* subyacente más allá de la *lex* y de la *ratio legis*; sólo así se alcanzará aquel nivel de generalidad en que se hace patente la *unidad* interna del ordenamiento jurídico. Por tanto, «*el sistema* se puede definir como *un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del*

<sup>15</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., p. 26.

<sup>16</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., pp. 50, 52, 53.

<sup>17</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., p. 54.

<sup>18</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., p. 54.

*derecho*, donde con la nota de orden teleológico se alude más al elemento de la coherencia valorativa y con la nota de los principios generales se alude más a la unidad interna»<sup>19</sup>. El modo de operar de los «principios generales del derecho» en la formación del sistema es el siguiente. Una vez elegidos los principios generales del derecho, la tarea ulterior es *explicar la manera en que los principios cumplen esa función de sostén del sistema*. A este respecto, para Canaris se pueden destacar *cuatro características*: los principios no rigen sin excepción y pueden entrar entre sí en contraposición o contradicción; no comportan la pretensión de exclusividad; despliegan su verdadero contenido de sentido en un intercambio de recíproca complementación y limitación; y para su realización necesitan la concreción mediante principios subordinados y valoraciones singulares con contenido material propio<sup>20</sup>.

3.2. La idea de sistema jurídico de Dworkin gira sobre el concepto de coherencia, concepto que se basa en su teoría del derecho como integridad<sup>21</sup>. Dworkin utiliza «integridad» en dos sentidos. En el primero, integridad equivale a «totalidad»: describir, interpretar o aplicar una norma jurídica significa dar cuenta de todo el derecho de una comunidad. Cada expresión singular del derecho, por muy particular o específica que nos parezca, ha de ser contemplada como la expresión del espíritu integral del sistema. Dworkin lleva esto hasta sus últimas consecuencias al presumir que el sistema puede ser reducido a un orden de coherencia único, y éste subyace en cada razonamiento jurídico<sup>22</sup>. La integridad en la adjudicación –dice Dworkin– «requiere que nuestros jueces, ..., traten nuestro actual sistema de normas públicas como si respetara y expresara un grupo coherente de principios y, con ese fin, que interpreten estas normas para hallar normas implícitas entre y debajo de las explícitas»<sup>23</sup>. En el segundo sentido, referido a la moral y al derecho, entiende la coherencia como la totalidad de los principios morales. La integridad es un principio de justificación de todo el sistema jurídico y marca un ideal o meta que debe guiar la práctica jurídica y la actividad de sus participantes. No se trata de un principio empírico sino que la integridad impone que entendamos el ordenamiento como si estuviese presidido por una coherencia global y por tanto exige del juez que reconstruya una interpretación capaz de conciliar ambos sectores del ordenamiento<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., pp. 55-56.

<sup>20</sup> CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, op. cit., p. 62.

<sup>21</sup> Voy a seguir aquí a PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

<sup>22</sup> PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico*, op. cit., pp. 135-137.

<sup>23</sup> DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 159.

<sup>24</sup> DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, op. cit.; cfr. PÉREZ BERMEJO, M., *Coherencia y sistema jurídico*, op. cit., p. 138.

La coherencia de todo el sistema jurídico depende de la coherencia de sus núcleos fundamentales, es decir, de los principios o valores morales y políticos que la comunidad reconoce como propios. La integridad es la coherencia de tres valores o virtudes características de la vida política y social: la equidad, el procedimiento debido y la justicia; y la interpretación jurídica se va a traducir en la medición y ponderación de esos tres valores.

Para dar cuenta de la idea de sistema jurídico hay que ponerse —dice Dworkin— en el papel del intérprete que se propone resolver un caso. El proceso de interpretación se verifica en tres estadios: el estadio pre-interpretativo, el interpretativo y el post-interpretativo<sup>25</sup>. El estadio pre-interpretativo sirve para identificar las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. Si el intérprete no está satisfecho con la solución que se vislumbra debe cuestionar los puntos de partida provisionales y arrojar una mirada más comprensiva sobre su sistema jurídico, de manera que se entra así en la segunda fase: el estadio interpretativo. En este estadio el juez debe arrojar una mirada más comprensiva sobre su sistema jurídico (actividad que Dworkin denomina «interpretación» del Derecho). Interpretar es una operación constructiva que consiste en atribuir un sentido o un propósito al objeto mismo, de tal forma que pueda ser ofrecido desde su mejor luz, es decir ordenado o reconstruido para que exhiba el mejor perfil posible<sup>26</sup>.

El juez o el intérprete deben realizar varias lecturas del texto y elegir aquella que permita ofrecer la mejor imagen posible del ordenamiento jurídico como un todo. La interpretación tiene dos dimensiones: a) la de consistencia, esto es la concordancia o adecuación a las prácticas del pasado y, b) la de justificación, en la que el intérprete profundiza en los principios de justicia más arraigados que fundamentan e informan el contenido del derecho. La dimensión de consistencia la explica Dworkin con las siguientes palabras: «Razonando desde la consistencia, tratamos de representar los principios y las soluciones jurídicas a los que podemos reconocer aplicación o asentamiento en nuestra historia y nuestra cultura jurídicas, rasgos estables y abstractos de nuestra práctica y nuestra tradición; a nivel constitucional la consistencia nos impone aducir en primer término los principios que han desempeñado un papel «en la retórica del autoexamen y del debate nacional». La dimensión de la consistencia persigue la reconstrucción del sentido de nuestra práctica y de nuestro sistema jurídico a través de los principios o valores que se hallan explícitos o implícitos en las decisiones del pasado, los más habitualmente expresados e influyentes en las declaraciones de nuestra práctica. La dimensión de justificación entra en juego cuando el intérprete se muestra insatisfecho con la solución más consistente o debe desempatar entre varias:

---

<sup>25</sup> DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, op. cit., pp. 57-58.

<sup>26</sup> PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico*, op. cit., pp. 141, 146.

entonces se necesitan nuevos argumentos que ya no pueden encontrarse en las convenciones y prácticas habituales. El estadio post-interpretativo es el estadio de reforma de la práctica: «Una vez que se ha reconstruido el orden más coherente del sistema y la interpretación más cabal a partir de un caso concreto, procede ahora a aplicar dicha interpretación a las demandas del mismo e imponer verdaderamente la coherencia en el sistema. Esta fase puede expresar una concepción política nueva, introducir un nuevo principio básico o expandir o extender las prácticas comunitarias hacia áreas hasta entonces no cultivadas»<sup>27</sup>.

#### 4. SISTEMA COMO SISTEMA DINÁMICO

En esta tercera acepción de sistema me refiero a la noción kelseniana, según la cual un sistema jurídico es un ordenamiento dinámico caracterizado por el hecho de autorregular su propia producción a través de una serie de delegaciones del poder de producir normas. El sistema kelseniano está lejos de las nociones de sistema mencionadas y tiene que ver más con un concepto más débil que es el de *unidad*. La unidad sugiere la idea de que la existencia de un conjunto (el ordenamiento jurídico) cuyos elementos no están inconexos sino que tienen una determinada *relación*, que es específica de los ordenamientos jurídicos<sup>28</sup>. Esa relación consiste en el «entramado de delegaciones» o «cadena de validez».

La relación entre las normas de un ordenamiento jurídico se ha explicado a través de la distinción entre sistema estático y dinámico. «Las normas de un orden del primer tipo [estático] valen por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo

---

<sup>27</sup> PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico, op. cit.*, pp. 151, 168-169, 186.

<sup>28</sup> Lo que habilita a formar una clase es la tesis adicional según conjuntos comparten una estructura peculiar, o lo que es lo mismo, que se puede indicar un tipo o tipos de relaciones entre normas que son distintivas de los sistemas jurídicos, CARACCILO, R. «Sistema jurídico», GARZÓN VALDÉS, E.-LAPORTA, F.J. (eds.) *El derecho y la justicia*, Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996, p. 161. RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986, pp. 220-221 señala que hay que distinguir dos tipos de estructuras de sistemas jurídicos: una relación genética y una relación operativa (distinción que —dice— es análoga en ciertos aspectos a la distinción de Kelsen entre las teorías estática y dinámica). En cuanto a la primera dice: «La relación fundamental de la estructura genética es la relación genética, a saber, la relación entre una disposición jurídica que autoriza la existencia de otra. Las relaciones genéticas deben ser subdivididas, tomando en cuenta algunos otros factores que hasta ahora han sido pasados por alto. Entre estos factores se encuentran: 1. la fecha de creación de una disposición jurídica (cuando tal fecha pueda ser determinada). 2. la función y la competencia general del órgano que crea el derecho... Una teoría completamente desarrollada de la estructura genética de un sistema establecerá una jerarquía de “resistencia al cambio” entre disposiciones jurídicas».

contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal». «El tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, sólo contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica». Para Kelsen el sistema normativo tiene esencialmente carácter dinámico: «Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta; sino por haber sido producida de una determinada manera y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta». «De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho», «la unidad del sistema dinámico es la unidad de un entramado de delegaciones»<sup>29</sup>. Es la determinación del órgano el mínimo de lo que debe estar establecido en la relación entre norma superior e inferior y, lo que hace que la norma dictada sea válida es que el órgano que la dicta sea el competente con arreglo a la norma superior habilitadora (no que el contenido de la norma inferior concuerde con las prescripciones de contenido que la norma superior le hace)<sup>30</sup>. De ahí la necesidad de Kelsen de elaborar la idea de la «cláusula alternativa tácita» ante la existencia de normas contradictorias.

Aunque predomina el aspecto formal, Kelsen también reconoce (si bien esporádicamente) que las normas superiores pueden no solamente determinar el órgano y procedimiento sino también el contenido de las normas. «En lo anterior repetidas veces se apuntó la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acaecer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo —y hasta cierto grado— también se determine el contenido de la norma producida». «La Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el *contenido* de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos»<sup>31</sup>.

La norma básica es la que constituye la unidad del sistema jurídico. Como señala García Amado la norma fundamental opera como criterio de pertenencia de todas las normas al sistema, o, lo que es lo mismo la norma fundamental tiene la función de constituir el sistema,

<sup>29</sup> KELSEN, H., *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* (2.ª ed.), Losada, Buenos Aires, 1986, pp. 203-205.

<sup>30</sup> Sobre este aspecto *vid.* los comentarios de GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 24-25.

<sup>31</sup> KELSEN, H. (1986): *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, op. cit.*, pp. 232, 234, *vid.* también p. 242.

pues «todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo». A su vez la norma fundamental es «la base y razón de la unidad del Estado y de su soberanía»; y la unidad de esos elementos (población, territorio) bajo un mismo Estado es enteramente dependiente de la unidad del sistema jurídico que constituye ese Estado y que se reconduce a la norma fundamental común de todo él<sup>32</sup>.

A partir de esta idea, Wróblewski, por ejemplo ha señalado que el sistema jurídico es un sistema complejo dinámico-estático, enfatizando la idea de que las relaciones entre las normas son tanto formales como de contenido. Wróblewski<sup>33</sup> distingue cinco tipos de sistemas: *a*) sistema dinámico (DS), *b*) sistema estático (SS), *c*) sistema dinámico complejo (CDS), *d*) sistema estático-dinámico (DSS), y *e*) sistema complejo dinámico-estático (CDSS); e incluye al sistema jurídico dentro de este último. DS se caracteriza porque sólo se dan relaciones formales entre las normas; es decir los sucesivos niveles normativos sólo requieren actos de promulgación de autoridades competentes pero estas no están obligadas a realizar esta actividad. SS se caracteriza porque la validez de las normas está determinada por el contenido de las mismas según reglas de inferencia admitidas. CDS es una combinación de los dos anteriores, es decir en cada nivel normativo hay el deber de seguir una norma promulgada y el deber de promulgar una norma (no sólo la competencia). La relación entre las normas es formal, como en DS. DSS es una modificación del sistema dinámico en el sentido de que el deber de seguir una norma está condicionado por el contenido de dicha norma. CDSS añade normas de promulgación a (DSS) en el sentido de que el deber de seguir y el deber de promulgar unas normas están condicionados por el hecho de que tanto la norma que debe ser seguida como la que debe ser promulgada tienen un determinado contenido.

## 5. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS ANTERIORES MODELOS DE SISTEMA

Voy a realizar algunas reflexiones acerca de los tres modelos de sistema descritos con el objeto de poner de relieve las diferencias entre los mismos, así como los problemas que en mi opinión presentan los dos primeros modelos.

5.1. Por lo que se refiere al modelo del Alchourrón y Bulygin, el carácter del sistema va referido no al derecho como objeto (sistema

<sup>32</sup> GARCÍA AMADO, J. A. (1996): *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, pp. 75-76.

<sup>33</sup> WRÓBLEWSKY, J. (1972): «Systems of Norms and Legal System», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, pp. 224-229.

interno) sino a la ciencia del derecho (sistema externo). Tomando sus palabras, una de las finalidades de la ciencia del derecho es precisamente suministrar un «modelo» que ponga de relieve los defectos sistemáticos (lagunas, contradicciones y redundancias) de un conjunto determinado de normas jurídicas; y el modelo que dichos autores toman como referente es el modelo axiomático.

Cabe cuestionar la validez del modelo axiomático como modelo elegido para la ciencia jurídica. Un modelo axiomático debe cumplir con los siguientes requisitos: *a)* superioridad jerárquica de algunas proposiciones sobre todas las demás; *b)* estructura piramidal; *c)* nexo lógico-deductivo, y *d)* tendencia a la autofundamentación y a la auto-producción<sup>34</sup>. Pues bien, independientemente de otras cuestiones<sup>35</sup>, los dos últimos requisitos difícilmente pueden pretenderse de una ciencia del derecho descriptiva (tal como la califican Alchourrón y Bulygin) por la siguiente razón.

Si reducimos las cuestiones de la ciencia jurídica a las señaladas por Alchourrón y Bulygin, ellos mismos reconocen que la resolución de las contradicciones y lagunas implica la modificación del sistema jurídico. Por tanto si la labor del científico es descriptiva –como ellos afirman–, de los problemas por ellos indicados su tarea se limita a eliminar las redundancias. De otro lado, señalan los filósofos argentinos de que «la búsqueda de los principios generales, y la construcción de las partes generales de los códigos forman parte de la exigencia de simplificación de los códigos que va ligada a la idea de independencia». Frente a esta idea considero que no se trata de una tarea de «mera simplificación», sino de *construcción*, que bien puede corresponder a la dogmática jurídica siempre que se reconozca su carácter *creativo*.

Por otro lado, si bien en un sistema axiomático, las contradicciones y lagunas son un problema formal; en el derecho, puede decirse que tienen una doble vertiente: formal, en cuanto que son defectos lógicos, y material, en cuanto que su constatación no es tarea lógica (no se trata de la verificación de la existencia en el ordenamiento de un enunciado que afirme «p» y otro que afirme «no p» puesto que muy raramente dos enunciados jurídicos se contradicen literalmente), sino de dos enunciados jurídicos que, sólo después de su interpretación, se consideran contradictorios por un intérprete (a la vez que pueden ser tenidos como perfectamente compatibles por otro). Por tanto, mientras que en lógica la contradicción se da entre enunciados, en el derecho se produce entre proposiciones. Algo similar puede decirse de las

---

<sup>34</sup> VIOLA, F., *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 416.

<sup>35</sup> GÖDEL, K. F., ha puesto recientemente de relieve los problemas que presenta un sistema axiomático, referidos concretamente a su capacidad de demostrar la coherencia del sistema axiomático y garantizar que su uso no lleve a contradicciones, y que ello no puede realizarse permaneciendo en el interior del sistema, cfr. MATHIEU, V., «Sistemi logici e sistema giuridici. Impossibilità di autofondazione formale», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1970, pp. 225-231.

lagunas: en muchos casos no se trata de una cuestión lógica entre otras por dos razones: primero, porque la determinación de la existencia de una laguna requiere la previa interpretación de los enunciados relativos a la materia en cuestión (en el que el argumento *a contrario* puede jugar un papel importante en dicha interpretación) y, *b)* porque implica asumir o no principios como «lo no prohibido está permitido» u otras reglas de clausura del ordenamiento o partes del mismo.

Respecto de la resolución de ambos problemas, en muchas ocasiones no se encuentra en el ordenamiento, sino que requiere una tarea creadora por parte de la dogmática: en cuestión de contradicciones, si bien hay casos relativamente sencillos (p. ej., contradicción entre normas de distinto nivel jerárquico), hay otros en que el problema es más complejo (contradicción entre normas del mismo rango, promulgadas en el mismo momento y del mismo grado de especialidad o generalidad). Por su parte, la solución de los casos de lagunas, sea a través de la aplicación de la analogía, de los principios generales del derecho o de otro esquema argumentativo requiere la realización de valoraciones. Ello significa que la autofundamentación y autoproducción están lejos de cumplirse en el caso del sistema jurídico.

En otro orden de cosas, el modelo axiomático y en general la propuesta de Alchourrón y Bulygin implican la aceptación de la lógica como instrumento para establecer relaciones entre las normas y, lo que es más importante, para asumir que forman parte del sistema jurídico no sólo los enunciados expresamente promulgados, sino también las consecuencias lógicas de los mismos. Así Alchourrón y Bulygin<sup>36</sup> consideran como derecho no sólo los enunciados identificados como válidos de conformidad con los criterios de identificación vigentes, sino también los enunciados que son *consecuencia* de tales enunciados. Así escriben: «Una regla de admisión que instituye la legislación (en sentido amplio) como fuente de enunciados válidos, puede tener (y frecuentemente tiene) la siguiente forma: *a)* Todos los enunciados que pertenecen al conjunto C (vgr. una Constitución) son válidos. *b)* Si existe un enunciado válido que autoriza (permite) a una autoridad normativa *x* formular el enunciado *p*, y *x* ha formulado *p*, entonces *p* es válido. *c)* Todos los enunciados que son consecuencias (se infieren) de los enunciados válidos, son válidos. Las reglas *a)* *b)* y *c)* constituyen, conjuntamente, una definición recursiva de «enunciado válido»<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E. (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 115-116, y 120.

<sup>37</sup> CARACCILO expresa esto cuando señala como criterios de pertenencia de las normas los dos siguientes: el «criterio de deducibilidad» (C1) y el «criterio de legalidad» (C2). Según C1 «las consecuencias lógicas de normas válidas en un sistema S, en conjunción o no con otro tipo de enunciados, son también normas válidas en S». «En el modelo M1, el criterio C1, esto es, el que se define por la relación de deducibilidad o de inferencia, indica una condición necesaria y suficiente de pertenencia de normas dependientes. Esto significa que sólo se admiten en S aquellas que constitu-

Sin embargo son varios los problemas que presenta admitir el criterio *c*) como parte del criterio de validez. Además de otras cuestiones (si dicha lógica tiene por objeto los enunciados o las proposiciones jurídicas; o cómo se resuelve el problema de la imposibilidad de aplicar a las normas el del valor de verdad de las proposiciones), creo que las principales objeciones tienen que ver con dos caracteres de la lógica. De un lado, con el carácter *global* (esto es, que la lógica se aplica con independencia de cual sea el objeto sobre el que versan sus enunciados –la física, la astronomía, o el derecho–). En otras palabras, ¿son suficientes los axiomas y reglas de inferencia de la lógica clásica o si ésta debiera incorporar algunas reglas específicas de los ordenamientos jurídicos (p. ej. la regla de clausura «lo no prohibido está permitido» sólo al ámbito sancionatorio y al de atribución de competencias a los poderes públicos)?<sup>38</sup>. De otro, con el carácter *bivalente*: la lógica tiene únicamente dos valores: verdad y falsedad. Frente a esto, la filosofía de la lógica habla desde hace algunas décadas de lógica plurivalente en dos sentidos: de un lado, en el sentido de que debe abandonarse el principio de bivalencia y añadir por tanto un tercero o, en el de no abandonar el principio de bivalencia, sino entender que puede haber variantes epistemológicas de «verdadero» y «falso». En la medida en que el discurso jurídico está compuesto por proposiciones jurídicas que no son mera descripción de los significados de los enunciados jurídicos, quizá la dicotomía verdadero/falso resulta insuficiente.

5.2. El modelo de sistema como sistema axiológico parte de que el carácter de sistema es inherente al derecho (sistema interno) y el objeto de la ciencia del derecho es «descubrir» dicho carácter. El carácter sistemático no deriva aquí de propiedades formales, sino valorativas y es esa coherencia valorativa o esas normas implícitas las que ha de «deducir» o «encontrar» la ciencia del derecho.

---

yan consecuencias lógicas de S, inversamente, todas las consecuencias S pertenecen a S, es decir, son normas válidas. Como es claro, la reconstrucción conforme a este modelo supone que se admita la posibilidad de relaciones lógicas entre normas y en este caso, la noción de “consecuencia lógica” depende de un sistema de lógica deóntica. No obstante, aún cuando se negara esa posibilidad, este modelo es viable si el “sistema normativo” es definido, con arreglo a la concepción expresivista, como un conjunto de proposiciones “ordenadas” entre las que existen relaciones lógicas», CARACCILO, R. A., *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 57, 59.

<sup>38</sup> Como han señalado ALCHOURRÓN, C. E.-BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 116. «Los juristas rara vez se detienen a analizar las reglas de inferencia que usan de hecho, y muchas veces ni siquiera son conscientes de su existencia. Es que la filosofía del derecho tradicional no se ha ocupado de esta cuestión; sólo muy recientemente los filósofos del derecho han empezado a interesarse por este problema, que encaran generalmente bajo el rótulo de “lógica jurídica”. Este atraso no es mayormente asombroso; la lógica del discurso normativo (que estudia las inferencias normativas) no ha sido objeto de preocupación hasta hace muy poco».

Es obvio que los actuales ordenamientos jurídicos plasman una serie de valores, valores que son múltiples, y potencialmente contradictorios. Ahora bien, que esos valores *constituyan* un sistema puede calificarse como un «modelo imaginario», es decir un conjunto de asunciones sobre un objeto que muestran lo que debería ser si satisficiera determinadas condiciones que, de hecho no, satisface<sup>39</sup>. El carácter de sistema sólo se predica del derecho *en cuanto observado* como conjunto de normas unidas por unos valores comunes<sup>40</sup>. No creo (utilizando terminología de Dworkin) que «el sistema puede ser reducido a un orden de coherencia único» o que esté presidido por una «coherencia global» que pueda ser descubierta a través del proceso interpretativo. Aquí cabría decir que cuando un conjunto de normas pasa de ser un conjunto caótico a un conjunto ordenado, es fruto de la *actividad sistematizadora* de los juristas y/o de los jueces<sup>41</sup> y no del propio derecho.

5.3. La última concepción de sistema es la más adecuada para dar cuenta de relación existente entre los distintos elementos que conforman los ordenamientos jurídicos. La idea de sistema aquí más débil que en las dos concepciones anteriores pues no se refiere a ninguna propiedad formal (como la coherencia y la completitud), ni material (reconducción a valores comunes), sino que es una relación propia de los ordenamientos jurídicos que se explica a través de la idea de «cadena de validez» y que remite en última instancia a la cuestión de la identidad de los sistemas jurídicos.

Respecto de esta concepción, hay que poner de relieve que la relación, si no de sistema si de unidad, que sugiere la idea kelseniana de «cadena de validez» es más débil de lo que normalmente se presupone si lo analizamos a la luz de la realidad de los ordenamientos jurídicos. Algunas de las razones son las siguientes.

En primer lugar, habría que preguntarse si la transmisión de validez tiene por objeto enunciados jurídicos (disposiciones) o proposiciones jurídicas (normas); en función de una u otra opción el sistema jurídico se compondrá de enunciados jurídicos o de proposiciones jurídicas.

Desde un punto de vista empírico, los ordenamientos jurídicos se presentan como conjuntos de enunciados jurídicos, de textos jurídi-

<sup>39</sup> A diferencia de un «modelo teórico» que consiste en un conjunto de asunciones que permiten atribuirle una estructura interna. Cfr. HESSE, M., *Modelli e analogia nella scienza*, Milan, Fetrinelli, 1980, pp. 7-9.

<sup>40</sup> TARELLO, G., «Sistema giuridico, "Ordinamento giuridico"», CASTIGNONE, S. -GUASTINI, R. -TARELLO, G., *Introduzione teorica allo studio del diritto*, ECIG, Genova, 1984, p. 79. Sobre la diferencia entre sistema interno y sistema externo cfr. LOSANO, M. G., *Sistema e struttura nel diritto*, op. cit.; LAZZARO, G., «Sistema giuridico», *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVII, 1970, pp. 459-464; *L'interpretazione sistematica della legge*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 7-21.

<sup>41</sup> GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 144.

cos, susceptibles luego de interpretación y aplicación. Es decir, los actos jurídicos legislativos crean enunciados jurídicos, susceptibles:

- a) de interpretaciones múltiples desde el punto de vista sincrónico, y
- b) de interpretaciones cambiantes desde el punto de vista diacrónico.

Con una doble consecuencia:

i) el conjunto de proposiciones jurídicas que componen un ordenamiento es un conjunto en parte indeterminado, al menos en la medida en que distintos intérpretes pueden atribuir a los enunciados jurídicos una pluralidad de significados alternativos y contradictorios.

ii) el conjunto de proposiciones jurídicas que componen el sistema jurídico está destinado a cambiar por la interpretación dominante o consolidada sin que cambien las fuentes del derecho<sup>42</sup>.

En segundo lugar, porque la imagen que la «cadena de validez» sugiere es que los ordenamientos están compuestos por normas válidas, cada una de las cuales trasmite la validez a la siguiente. Sin embargo, los ordenamientos están compuestos de normas existentes. Dentro de esta categoría se incluyen (entre otras):

- a) las normas que no son ni válidas ni inválidas, como las normas últimas (Constitución);
- b) normas inválidas, es decir, aquellas que contradicen una norma sobre la producción jurídica, y que aún no ha sido declarada inválida por el órgano competente;
- c) la representación de los ordenamientos como conjunto de normas válidas no es totalmente conciliable con aquellos sistemas en que no puede conocerse totalmente cuales son las normas válidas. Esto sucede en los ordenamientos en los que los actos de convalidación (p. ej. una sentencia del Tribunal Constitucional) no tiene eficacia *erga omnes*.

En tercer lugar, porque el juicio de validez acerca de un enunciado jurídico implica muchas veces la realización de juicios de valor. La transmisión de validez supone la conformidad de un enunciado jurídico, *norma de producción (NP)* con la *norma producida (np)*<sup>43</sup>. Se trata de realizar un «juicio de validez» para lo cual es necesario interpretar tanto *NP* como *np*. Si se tienen en cuenta las distintas normas sobre la producción jurídica, hay algunas que se refieren a requisitos formales y otras a requisitos de contenido. Todas las normas de pro-

<sup>42</sup> GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, op. cit., pp. 138-139.

<sup>43</sup> No se puede aludir (como se hace habitualmente) a la relación entre *NP* y *np* como relación entre norma superior e inferior puesto que no siempre es así ya que *NP* y *np* pueden tener del mismo rango, cfr. ITURRALDE, V., «Sobre el concepto de jerarquía normativa», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 33, 1998, pp. 261-277.

ducción pero sobre todo estas últimas hacen que *NP* y *np* sean *enunciados* susceptibles de dos o más interpretaciones.

Por tanto, todo juicio de validez es un juicio relativo a una determinada interpretación. Por tanto, la relación de validez no es una relación entre enunciados jurídicos sino entre *proposiciones jurídicas* producidas no por el legislador sino por juristas y jueces. En este sentido cuando Ferrajoli<sup>44</sup> se refiere a la noción de positividad del derecho indica que esta debe ser considerada bajo dos perfiles diversos, cuya configuración teórica requiere el empleo de dos predicados distintos y separados y que corresponden a dos fases diferentes del proceso de positivización: la primera es aquella en la que la norma, en cuanto puesta por un acto normativo formal, alcanza un primer estadio de existencia (el vigor de la norma); la segunda es aquella en la que la norma en vigor viene sometida a juicios que tienden a determinar la conformidad de su contenido significativo con lo establecido por las normas de grado superior. Estos juicios expresan en buena parte una apreciación de carácter ético-político sobre la conformidad del contenido de las normas respecto a los valores postulados por los principios constitucionales.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ATIENZA, M. - RUIZ MANERO, J., «Dejemos atrás el positivismo jurídico», J. A. Ramos Pascua-M. A. Rodilla (eds.) *El Positivismo Jurídico a examen*. Eds. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BARBERIS, M., «Conjunto y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin», *Doxa*, núm. 20, 1997, pp. 23-52.
- BOBBIO, N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.
- BULYGIN, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 257-279.
- CANARIS, C-W., *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- CARACCILO, R. A. «Sistema jurídico», E. Garzón Valdés-F. J. Laporta (eds.) *El derecho y la justicia*, Trotta-CSIC-BOE, Madrid, 1996, pp. 161-176.
- *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, L., «La semántica della teoria del diritto», SCARPELLI, U., (a cura di) *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

- FERRAJOLI, L., «La semántica della teoria del diritto», U. Scarpelli (a cura di) *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.
- *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho», *Anuario de Filosofía del derecho*, T. II, 1985, pp. 297-316.
- *Hans Kelsen y la teoría de la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HESSE, M., *Modelli e analogia nella scienza*, Fetrinelli, Milano 1980.
- ITURRALDE, V., «Sobre el concepto de jerarquía normativa», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 33, 1998, pp. 261-277.
- KELSEN, H., *La Teoría Pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho (2.ª ed.)*, Losada, Buenos Aires, 1986.
- KERCHOVE, M. VAN DE - OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988.
- LAZZARO, G., *L'interpretazione sistematica della legge*, G. Giappichelli, Torino, 1965.
- «Sistema giuridico», *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVII, 1970, pp. 59-464.
- LOSANO, M. G., *Sistema e struttura nel diritto*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2002.
- MATHIEU, V., «Sistemi logici e sistema giuridici. Impossibilità di autofondazione formale», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1970, pp. 225-231.
- PÉREZ BERMEJO, J. M., *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986.
- TARELLO, G., «“Sistema Giuridico”, “Ordinamento Giuridico”», CASTIGNONE, S.-GUASTINI, R.-TARELO, G., *Introduzione teorica allo studio del diritto*, ECIG, Genova, 1984, pp. 77-107.
- VILLA, V., *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 1993.
- VIOLA, F., *Autorità e ordine del diritto*, Giappichelli, Torino, 1987.
- WRÓBLEWSKI, J. «Systems of Norms and Legal System», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1972, pp. 224-245.

# Derecho versus utopía (*Ubi societas ibi ius*)

Por LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN  
Universidad de Oviedo

## RESUMEN

*En este trabajo se analizan dos cuestiones: Una «el papel del Derecho en las Utopías», y otra «el papel de la Utopía en el Derecho». Para desarrollar la primera, por una parte, se distingue entre «Sociedades Ideales» y «Utopías», y se estudia la función del Derecho en cada una de ellas; y, por otra, se compara el papel jugado por las leyes y por la economía en las sociedades utópicas y en la actualidad. La conclusión es: el mayor predominio del poder político sobre el económico en las Utopías y del poder económico sobre el poder político en la actualidad. En cuanto al «papel de la Utopía en el Derecho», se pone de manifiesto el carácter incierto e inalcanzable –utópico– del Derecho. En este sentido todas «las exigencias irrenunciables» del Estado de Derecho, recogidas solemnemente en nuestra Constitución, son exigencias, a la vez que imprescindibles, utópicas.*

*Palabras clave: Carácter imprescindible del Derecho en la Utopía y de la Utopía en el Derecho.*

## ABSTRACT

*In this work two basic questions are analysed. The first one is the «Role of law in Utopias» and the other one the «Role of Utopias in law». To develop the former it is necessary to distinguish between «Ideal Societies» and «Utopias» and to study the role of Law in each of them. On the other hand, the role which is developed by Law and Economy in Utopian societies and nowadays is compared. The main conclusion could be that in Utopias, politi-*

*cal power dominates the economic one, whereas nowadays economic power prevails over the political one. As regards the role of «Utopia in Law» the uncertain and unattainable carácter of Law is pointed out. In this sense, all the inalienable exigencies of democracy which have been solemnly included in our Constitution are essential and utopian exigencies.*

Key words: *Essential carácter of Law in Utopia and of Utopia in Law*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES IDEALES.—III. EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES UTÓPICAS.—IV. LAS LEYES Y LA ECONOMÍA EN UTOPIA.—V. LA ECONOMÍA Y LAS LEYES EN LA ACTUALIDAD.—VI. EL PAPEL DE LA UTOPIA EN EL DERECHO.

## I. INTRODUCCIÓN

Era mi intención, al titular este trabajo, que en el título apareciese algún término que expresase ese enfrentamiento y contrariedad, que, a mi juicio, hay entre el Derecho y la Utopía, y al mismo tiempo significase también todo lo contrario, es decir, el carácter propicio y favorable del Derecho para el desarrollo de la utopía, y de la utopía para el desarrollo y perfección del Derecho, que también creo se da en esta bipolaridad.

La dificultad no era menor, pero pensé que se podría superar con el término «versus», siempre y cuando se añadiese una pequeña y a la vez necesaria explicación: Hoy día, siguiendo un uso anglosajón, se viene entendiendo «versus» como participio del verbo «verto» que parece tener un significado de «volverse contra el enemigo y hacerlo huir», con lo que recoge esa idea de adversidad y de contrariedad. Pero también «versus» puede entenderse —y es el sentido latino más normal— como preposición de acusativo que significa «a», «hacia» o «en la dirección de...» con lo que hace referencia a algo favorable, que ayuda a ir a un determinado lugar o a conseguir un determinado objetivo.

En cualquier caso, con este título he querido expresar las múltiples interrelaciones, favorables unas y contrarias otras, existentes entre Derecho y Utopía, y que se dejan ver a poco que echemos un vistazo al desarrollo histórico de ambos conceptos. Y es que, cuando se trata de conceptos tan complejos, tan ambiguos y tan emotivos como el Derecho, o con contornos tan borrosos como es el caso de la Utopía, no es nada difícil apreciar aristas que propicien ese fuerte antagonismo.

En este trabajo pretendo demostrar, tal como figura recogido en el subtítulo, que el Derecho es necesario en toda sociedad humana. Que

es imposible vivir en sociedad sin unas reglas que ordenen la convivencia. Que, tal como dicen Ralph y Piggy en el *Señor de las Moscas* de William Golding<sup>1</sup>, si no hay unas normas hay que inventárselas, pues somos personas racionales y no salvajes, y es mejor tener reglas y obedecerlas que no estar constantemente luchando unos contra otros. Lo que sucede es que estas normas han de venir respaldadas por un poder soberano que pueda imponer su cumplimiento de forma coactiva, pues, en caso contrario, puede que alguien (en la novela antes citada sería Jack) esté dispuesto a desobedecer o a destruir los símbolos de funcionamiento democrático (la caracola, cuya posesión, concedía el uso de la palabra) y en definitiva a pretender arrebatar el poder.

Esta necesidad del Derecho se ve en todas las sociedades humanas, ya sean reales o utópicas. Sin embargo hoy día, y dentro de la literatura utópica, se ha venido distinguiendo, por un lado, las auténticas «Utopías», y por otro lado, las llamadas «Sociedades Ideales»<sup>2</sup>, haciendo ver que el Derecho solamente tiene sentido en las primeras –utopías– y no en las segundas –sociedades ideales.

Pero conviene tener en cuenta que las Utopías son auténticas sociedades humanas –formadas por seres humanos–, cuya perfección pretende alcanzarse, aunque en grado utópico, mediante las estructuras jurídico-políticas. Por el contrario, las «Sociedades Ideales» no son nunca sociedades humanas; sino que son sociedades en las que se transforma la realidad humana en una realidad angelical o divina, y se convierte al mundo en una realidad paradisiaca. Son más bien «sueños angelicales» mediante los cuales los hombres pretenden evadirse de los problemas típicos de toda sociedad y de toda condición humana. Estas «Sociedades Ideales», como tendremos ocasión de ver más adelante, son sociedades «anómicas», que entienden que la perfección humana hay que lograrla haciendo desaparecer todo tipo de Derecho.

En cualquier caso, centrándonos en las sociedades utópicas, vemos que las relaciones farragosas y confusas entre Derecho y Utopía se deben sin duda al carácter emotivo y oscuro de ambos conceptos. Con el término Derecho pretendemos defender nuestros intereses o expresar y describir algo que está configurado y es reflejo de nuestros esquemas filosóficos e ideológicos. Y en el caso de la Utopía, a pesar de estar hoy día tan de moda este concepto, si intentamos conocer con cierta precisión su significado nos encontramos, como señala Arnheim Nausüss<sup>3</sup>, con un muro enmarañado, complejo y ambiguo de teóricas

<sup>1</sup> Cfr. WILLIAM HOLDING *El Señor de las Moscas*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 51 y ss. y 212 y ss.

<sup>2</sup> Vid. DAVIS, J. C. *Utopía y la Sociedad Ideal. Estudio de la literatura utópica inglesa 1516-1700*, traducción de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1985. Y RAMIRO AVILES, M. A. *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

<sup>3</sup> ARNHEIM NEUSÜSS, *Utopía*, Barcelona, Barral Editores, 1971, en la p. 9 dice: «Actualmente la palabra utopía está extraordinariamente en boga. Pero aquel que intente saber con mayor exactitud lo que con ella se pretende decir en cuanto al con-

apreciaciones, que precisamente hacen de ella, una especie de comodín que sirve para tratar los temas más variados. Tal vez por ello sea un término tan actual y tan utilizado<sup>4</sup>.

Dicho esto, y en orden a ir estableciendo diferencias, hay que advertir que el Derecho históricamente ha destacado siempre por su carácter conservador, es decir, como instrumento que el poder soberano ha venido utilizando para realizar una determinada ideología y para mantener las estructuras sociales y económicas existentes que son las que benefician a quienes detentan ese poder. Así ha sido puesto de manifiesto principalmente por el pensamiento marxista que abogaba por la desaparición de ese derecho y del poder que le respalda.

Pero este carácter conservador del Derecho ha sido defendido también desde otras vertientes del pensamiento jurídico-político, que nada tienen que ver con el pensamiento marxista, en base a ideas tales como la seguridad jurídica, la idea de *prudentia iuris*, o el concepto absoluto y dogmático de justicia como algo totalmente objetivo e inmutable. Y ésta es la idea que ha prevalecido en el tiempo, a pesar del llamado, allá por los años sesenta, «uso alternativo del Derecho», y a pesar de que el poder legislativo, en un sistema democrático, pueda introducir cambios importantes que serían reflejo de las corrientes de opinión dominantes, y de que el poder judicial tenga una enorme capacidad para propiciar el cambio, aunque también para impedirlo, y tal vez éste haya sido el rasgo más destacado.

Frente a esto la utopía es imaginación, es capacidad de inventar situaciones en las que el hombre pueda ser feliz o más feliz, situaciones donde la salud y el bienestar puedan ser totales y prolongados. Ernst Bloch, en su obra *El Principio Esperanza* (2)<sup>5</sup>, calificada por algunos como la «Enciclopedia de las Utopías» (médicas, sociales, técnicas, arquitectónicas y geográficas), nos dice que «los dos deseos favoritos más extendidos entre los hombres son el de permanecer joven y el de vivir largo tiempo. Y un tercer deseo es lograr ambos, no por medio de rodeos dolorosos, sino de modo sorprendente, como un cuento de hadas».

---

tenido, encontrará dificultades. Se verá ante un conglomerado de variadísimos intentos de definición, de apreciaciones teóricas heterogéneas –si bien estas últimas son poco frecuentes–, y de aplicaciones del término apenas relacionadas entre sí, pero que han ido desarrollándose de manera sucesiva y paralela».

<sup>4</sup> Comparto, pues, la opinión de Cristina MONEREO ATIENZA, cuando en su artículo «Utopía y derecho. Una ocasión para el debate sobre derechos sociales», recogido en *el AFD*, T. XXI, año 2004, p. 429, dice que «la utopía es un tema desarrollado desde los más diversos ámbitos de conocimiento y sirve de comodín y centro de referencia para tratar asuntos dispares. El resultado es la ambivalencia en el término «utopía» que no solo pasa a formar parte del lenguaje coloquial sino que también adquiere los más diversos significados en ámbitos técnicos».

<sup>5</sup> BLOCH, E. *El Principio Esperanza* (2), Madrid, Editorial Trota, 2006, p. 13.

Pero esta capacidad de soñar un futuro mejor<sup>6</sup> presupone necesariamente una actitud de crítica y, en consecuencia, de cambio en relación con un presente, que no solo dista mucho de ese mundo mejor, sino que además impide por todos los medios que ese mundo llegue, destacando su carácter irrealizable, e intentando de ese modo perpetuarse él mismo. Esto se ve claramente en el pensamiento de Karl Mannheim, con quien estamos totalmente de acuerdo, cuando nos dice que «solo se designarán con el nombre de utopías aquellas orientaciones que transcienden la realidad cuando, al pasar al plano de la práctica, tiendan a destruir, ya sea parcial o completamente, el orden de cosas existente en determinada época»<sup>7</sup>.

El Derecho es, pues, más conservador, la utopía, por el contrario, es más revolucionaria, no está de acuerdo con la situación actual y pretende cambiarla, por lo tanto la utopía y el Derecho, en principio y grosso modo, son dos conceptos opuestos o que pretenden fines distintos.

Dentro de este contexto, a lo largo de este trabajo, pretendo analizar, en primer lugar, la ausencia del Derecho en las «Sociedades Ideales», y también el papel jugado por el Derecho en las Sociedades Utópicas. A continuación veré hasta qué punto ese horizonte utópico de las Utopías clásicas puede servirnos de ejemplo para criticar y transformar la realidad social actual. Para ello analizaré la importancia que tienen en Utopía dos factores: uno de ellos es la economía, y el otro el carácter abstencionista del Derecho con pocas leyes, breves y claras. Todo esto lo compararé con la importancia del factor económico en la actualidad, y sobre todo, con la proliferación normativa que hace tambalearse la Soberanía del Estado y en consecuencia la seguridad jurídica. Finalmente terminaré haciendo ver no ya el papel del Derecho en la Utopía, sino el papel de la Utopía en el Derecho. Y en este sentido entiendo que todo lo que rodea al Derecho y todo lo que el Derecho persigue es utópico en un doble sentido: primero en cuanto que todo ese mundo funciona como horizonte utópico al que debemos pretender acercarnos, pero sabiendo que es inalcanzable (utópico); y en segundo lugar, en cuanto que todo ese mundo es incierto (utópico) y cada uno lo configura de manera diferente.

## II. EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES IDEALES

Hay dos cosas que llaman la atención: La primera es que en las llamadas «Sociedades Ideales», tal como las he caracterizado al principio de este trabajo, esta oposición con el derecho es absoluta y total;

<sup>6</sup> Cfr. RAMIRO AVILÉS, M. A., *Utopía y Derecho. El Sistema jurídico en las sociedades ideales*, Madrid, Marcial Pons, 2002, sobre todo las pp. 435 y ss.

<sup>7</sup> MANNHEIM, K. *Ideología y Utopía, introducción a la sociología del conocimiento*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 169.

y la segunda es que en los modelos utópicos la relación de la Utopía con el Derecho es ambivalente, crítica, paradójica y de necesidad<sup>8</sup>.

En relación con el primer supuesto antes apuntado hay que señalar que todos los modelos de sociedad ideal son totalmente anómicos. Entienden que, para llegar a conseguir esa situación ideal de bienestar y de felicidad, una de las condiciones es prescindir del Derecho y de toda la complejidad de la institución jurídica: no solo de las normas, sino también y sobre todo de los abogados, de los jueces, y en general de todo posible intérprete y manipulador de esas normas, etc.

En este sentido, J. C. Davis<sup>9</sup> nos habla de cuatro tipos de sociedades ideales anómicas, que él denomina: La tierra de Cucaña; Arcadia; La República Moral Perfecta y el Milenario<sup>10</sup>.

En todas ellas se pretende conseguir esa situación idílica, de bienestar y de felicidad partiendo de la supresión de las normas y de todo elemento jurídico, y luego después acudiendo o imaginando, en cada caso, distintos recursos o situaciones que puedan proporcionarnos esa total felicidad.

En estos cuatro modelos de sociedad se dice que la supresión de todo elemento jurídico se debe a que el Derecho es malo, a que el Derecho esclaviza y niega la libertad; a que la seguridad jurídica que dice proporcionar es una pura ilusión; a que las normas sirven al poder para la opresión y explotación del más débil; a que consagra la propiedad privada que es el origen de todo tipo de problemas; a que las normas necesitan siempre de una interpretación que no solo depende del juez, sino también de la capacidad argumentativa y, a veces, torticera de los abogados; y en definitiva, a que la justicia que pretenden alcanzar esas normas es lenta y no igual para todos, etc.

El primer modelo de «Sociedad Ideal» que nos presenta Davis es la tierra de Cucaña. En Cucaña se prescinde totalmente del Derecho, y se pretende solucionar todos nuestros problemas personales y sociales mediante la abundancia más absoluta de todo aquello a lo que el hombre pueda aspirar o pueda necesitar para satisfacer todos sus apetitos.

<sup>8</sup> Utilizando términos de RAMIRO AVILES, M. A., aunque en un sentido no totalmente coincidente *op. cit.* p. 444. En la página 434 del artículo «La utopía de Derecho», publicado en *AFD*, T. XIX año 2002, nos dice que «la relación que mantiene el Derecho con los diferentes modelos de sociedad ideal está caracterizada por cuatro notas: Ambigüedad o ambivalencia, crítica, necesidad y paradoja». Yo creo que esta es la relación que mantiene con la Utopía, pero no con los demás modelos de sociedad ideal donde la relación con el Derecho es muy clara y de total negación.

<sup>9</sup> Cfr. DAVIS, J. C., *Utopía y la Sociedad Ideal. Estudio de la literatura utópica inglesa, 1516-1700*, traducción de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 29 y ss.

<sup>10</sup> Vid. RAMIRO AVILES, M. A. en su obra *Utopía y Derecho. El sistema Jurídico en las sociedades ideales*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 88 denomina a estos cuatro tipos de sociedad con los nombres de: Abundancia; Moralía; Millennium y Naturalía. Y en su artículo titulado «La Utopía de Derecho» recogido en el *AFD* T. XIX, año 2002, en la nota 1 de la página 431 nos dice, refiriéndose a la clasificación de Davis: «Deliberadamente he alterado los nombres de cada sociedad ideal, a pesar de que amablemente el profesor Davis me ha comentado su desacuerdo con algunos».

De esta forma los conflictos se eliminan sin necesidad alguna de acudir a estructuras jurídicas. Simplemente el conflicto no puede surgir, pues no se carece de nada que pueda ser apetecido por el hombre.

En Cucaña:  
 Gansos asados en el horno vuelan,  
 –¡viva Dios!– hasta el lugar,  
 Graznando: «¡Gansos calientes!»,  
 Sazonado cada uno en ajo.  
 Y las alondras, tan melindrosas  
 Volando van a las bocas de los hombres,  
 Preparadas en estofado, y por allí  
 Pilas de canela en polvo.  
 Cada quien puede beber hasta se hartar  
 Sin ni aún pensar en la cuenta a pagar

Y exactamente igual en todo aquello que el hombre pueda apetecer o disponer. Hay abundancia de todo para que no se de ninguna situación de conflicto: Por ejemplo, en Cucaña «las mujeres siempre son sexualmente promiscuas y los hombres pueden quedarse para siempre en la edad de treinta años, bebiendo de las fuentes de la juventud»<sup>11</sup>.

Arcadia es otro tipo de sociedad ideal, también anómico y, en consecuencia, también partidario de la no existencia del Derecho y de toda su estructura, la única diferencia, con respecto a Cucaña, es que busca la felicidad en ese equilibrio entre dos elementos: por una parte, la benévola generosidad de la naturaleza, y por otra, la moderación de los deseos y apetitos humanos<sup>12</sup>.

Los dos últimos modelos de «Sociedad Ideal» propuestos por Davis son la República Moral perfecta y el Milenarismo. En ambos el problema de la colectividad quedaba resuelto no por la mayor o menor perfección de las estructuras sociales o jurídicas, sino por la perfec-

<sup>11</sup> Textos de los que DAVIS, J. C., se hace eco en su obra ya citada, recogiendo pasajes de obras y autores que conforman la tradición de lo que fue la tierra de Cucaña en la Europa de fines del medievo. Véase en concreto las pp. 30 y ss.

<sup>12</sup> DAVIS, J. C. recoge un texto de «los trabajos y los días» de Hesiodo donde se deja ver esta abundancia: Cuando al mismo tiempo nacieron los Dioses y los hombres mortales, primero los Inmortales que tienen moradas olímpicas crearon la Edad de Oro de los hombres que hablan. Bajo el imperio de Cronos, que mandaba en el Urano, vivían como dioses, dotados de un espíritu tranquilo. No conocían el trabajo, ni el dolor, ni la cruel vejez; guardaban siempre el vigor de sus pies y de sus manos, y se encantaban con festines lejos de todos los males, y se morían como se duerme. Poseían todos los bienes: la tierra fértil producía por si sola en abundancia, y en una tranquilidad profunda, compartían estas riquezas con la muchedumbre de los demás hombres irreprochables». Esta abundancia se cumplimentaba con la moderación de los apetitos de los hombres: «Aún se hallan en este feliz estado de desear solo lo que sus necesidades naturales exigen; todo lo demás es superfluo para ellos; no les falta nada de lo necesario, ni siquiera esa gran cosa, el conocimiento de cómo disfrutar felizmente de su condición y contentarse con ella». DAVIS, J. C. en su obra citada, recoge textos de distintos autores, como M. De Montaigne o Northrop Frye y otros, para ilustrarnos de las características de la Arcadia. Véase en concreto las páginas 32 y 33.

ción moral del individuo. La regeneración de la sociedad viene dada por el hecho de que el individuo llegue a un grado de perfección similar al que se refería y tenía presente Lutero cuando decía que «si todo el mundo estuviera compuesto de verdaderos cristianos no se necesitaría ningún príncipe, rey, señor ni espada»<sup>13</sup>. Todo se basaba en la competencia de la caridad cristiana que producía una pugna por hacer bien las cosas.

De esta forma la moral hace innecesaria toda estructura jurídico-social, ya no será necesario el Derecho y ya no serán necesarios legisladores, abogados ni jueces, todo se solucionará por la perfección moral del individuo y por el cumplimiento de ese principio sagrado: «no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti».

Todos esto puede ser predicado, salvo pequeños matices, tanto de la Republica Moral Perfecta como también del Milenarismo. Este último busca la transformación y la perfección de la sociedad, no por medio de los esfuerzos humanos y mediante las estructuras jurídico-políticas, sino por medio de un evento religioso, es decir, con la venida de Cristo y el establecimiento del Reino de Dios en la tierra. Todo esto transformará radicalmente la vida en la tierra y traerá la salvación colectiva de la sociedad.

Después de todo lo analizado hasta aquí, me imagino que el lector estará perplejo ante este mundo idílico que se le está presentando. Y estará perplejo ante esta capacidad de soñar con mundos de felicidad, y sobre todo ante esa capacidad de evasión de la condición humana y de sus problemas, presentando las cosas como no son en realidad.

Todos estos modelos anómicos analizados hasta ahora, que pretenden la perfección del hombre y de la vida en sociedad, son modelos totalmente irreales que tienden a destruir al ser humano al buscar su perfección. Buscan la perfección del hombre y de la sociedad cambiando esencialmente al hombre y a la sociedad y convirtiendo todo lo humano en algo angélico, divino y trascendental. No parten de la realidad humana y social tal cual es para intentar mejorarla, sino que la sustituyen por una sociedad angélica. Ramiro Aviles<sup>14</sup> cree que estos modelos buscan la mejor forma de gobierno mediante la idealización y la perfección de la naturaleza humana, yo por el contrario, entiendo que lo que buscan es la destrucción y la transformación del hombre y de la sociedad, y en consecuencia la aniquilación de toda forma de gobierno por innecesaria.

Eduardo Galeano<sup>15</sup>, hablando de la fuerza ejemplarizante de la Utopía, viene a decirnos que la utopía está en el horizonte, que cuanto más nos acercamos ella más se aleja, que por mucho que caminemos

---

<sup>13</sup> DAVIS, J. C. *op. cit.*, p. 41.

<sup>14</sup> RAMIRO AVILES, M. A. *op. cit.*, pp. 159 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. GALEANO, E. *Las palabras andantes*, Madrid, Siglo XXI, 2001, pp. 309 y ss.

nunca la alcanzaremos... pero, precisamente, dice, sirve para eso, para enseñarnos a caminar.

Sin embargo, estos modelos ideales que acabamos de examinar ni siquiera sirven de faro para poder caminar hacia un futuro mejor. Personalmente no veo en ellos nada positivo: no creo que sirvan de elemento ejemplificador, ni de horizonte utópico al que intentar acercarnos, ni de punto de referencia para proceder a una crítica y a una transformación de la sociedad actual, más bien al contrario, me parecen una forma de soñar totalmente inútil e irreal, propias de personas que se evaden de los problemas de forma pusilánime y a la vez conformista.

No hace mucho, el decano de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad de Besançon (Francia), en una mesa redonda sobre inmigración organizada en la Universidad de Oviedo, decía: «Un mundo perfecto sería lo peor: el fin de la historia».

Sinceramente creo que no es este el mundo del Derecho, el mundo del Derecho *–ubi lex, ibi praevaricatio–* es la imperfección, es la desobediencia, es el desear lo ajeno, es el mal uso de la libertad, etc., etc. En definitiva, el mundo del Derecho es el mundo del hombre. Y este mundo no podemos cambiarlo, podemos soñar con perfeccionarlo o mejorarlo, pero no a base de su destrucción. Tal vez la razón última o primera de la existencia del Derecho sea la desobediencia del mismo. Si realmente no se desobedeciesen las normas *–no se piense solo en la libertad como la posibilidad de desobediencia–* no tendría sentido alguno la existencia de las mismas. El Derecho se da no para que se desobedezca, pero sí porque se desobedece. En un país en el que nadie incumpliese las leyes no habría necesidad ni de leyes ni de abogados y magistrados que las aplicasen.

En estas «sociedades ideales» tiene pleno sentido el argumento que Luciano esgrimía en contra de la República de Platón y que recoge Campanella en la «Ciudad del Sol»: «Es ocioso y vano ocuparse de lo que nunca ha existido, existirá ni es de esperar que exista. Ahora bien, tal género de vida en común, totalmente exenta de delitos, es imposible; nunca se ha visto ni se verá. Por tanto, hemos perdido el tiempo al ocuparnos de ella»<sup>16</sup>.

A estas palabras de Luciano contesta Campanella diciendo que «no por ser imposible de realizar exactamente la idea de tal República, resulta inútil cuanto hemos escrito, pues en definitiva hemos propuesto un modelo que ha de imitarse en lo posible». Sin embargo, la contestación de Campanella valdría para las Utopías, pero no para las «sociedades ideales», pues no tienen ningún efecto ejemplificador.

Estos modelos anómicos nada demuestran, pues, en contra del «*ubi societas ibi ius*» que figura en el título de este trabajo, simplemente lo reafirman al negar las dos partes de ese binomio (donde no hay sociedad tampoco hay Derecho). La ausencia de normas que predicen las

<sup>16</sup> CAMPANELLA, T. «La imaginaria Ciudad del Sol» recogida en el libro *Utopías del Renacimiento*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, p. 204.

«sociedades ideales» pasa por destruir al hombre y a la sociedad y sustituirla por algo completamente distinto.

### III. EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES UTÓPICAS

No hay la menor duda de que donde hay una sociedad humana habrá un Derecho, y de que si queremos perfeccionar esa sociedad humana debemos contar con el Derecho, sobre todo si queremos hacer verdaderas sociedades utópicas que puedan servir de ejemplo para criticar, mejorar y transformar la realidad presente.

Precisamente por esto, en los modelos de sociedad llamados Utopías, como pueden ser las llamadas Utopías del Renacimiento (La Utopía» de 1516 de Tomas Moro; «La Ciudad del Sol» de 1623 de Tomaso Campanella; «La Nueva Atlántida» de 1627 de Francis Bacon, etc.), el Derecho sí juega un papel muy importante, aunque guarda con ellas, como ya hemos señalado, una relación ambivalente, crítica, paradójica y de necesidad.

Ramiro Aviles, en sus distintos trabajos, pretende mostrarnos que el Derecho solo tiene sentido en las sociedades utópicas y no en las otras cuatro sociedades ideales. Así es, pero es que las sociedades utópicas, como ya hemos señalado, son auténticas sociedades humanas, participadas por personas imperfectas y que necesariamente han de contar con estructuras jurídicas (*Ubi societas ibi ius*). Los otros modelos de sociedades ideales no son sociedades humanas sino algo completamente desnaturalizado y distinto.

En Utopía no se pretende resolver los problemas mediante la idealización o transformación de la naturaleza del hombre, sino que la solución a esos problemas viene dada por la educación y sobre todo por el Derecho. El Derecho es bueno, y el ajustarse a él y obedecerlo es beneficioso para la sociedad y para conseguir unos valores sociales importantes. Mientras los hombres obedecen esas leyes, prosperan, y cuando se dejan de obedecer, se retrocede.

El Derecho es algo fundamental para estructurar y conseguir esa sociedad utópica. Tanto es así que el Derecho en Utopía es intervencionista y reglamentista, es decir, regula minuciosamente todos los aspectos de la vida en sociedad: El trabajo, el descanso, los hospitales, la enfermedad, el reparto de alimentos, la edad núbil, la distribución de hombres, mujeres y niños en distintos lugares, la propiedad<sup>17</sup>, la elección del cónyuge<sup>18</sup>, las

---

<sup>17</sup> Es de reseñar que en todas estas sociedades utópicas se regula la propiedad colectiva y no se admite, por considerarla origen de muchos males, la propiedad privada.

<sup>18</sup> «La prometida, ya sea virgen o viuda, es expuesta desnuda a los ojos del pretendiente, por alguna matrona grave y honesta; a su vez el novio es presentado ante la muchacha igualmente desnudo, por un hombre respetable», TOMÁS MORO

relaciones sexuales dentro y fuera del matrimonio<sup>19</sup>, etc. Precisamente para Ernest Bloch<sup>20</sup>, en la Ciudad del Sol de Campanella, el momento del coito viene determinado por los astrólogos, que se han transformado en técnicos de la procreación y expertos en la época de celo. En este mundo utópico la felicidad se consigue mediante un orden previsto hasta sus últimos detalles<sup>21</sup>.

En la Utopía de Tomás Moro, exactamente igual que en las demás utopías, el Derecho está omnipresente en toda la vida en sociedad. La instancia jurídica representa la máxima autoridad a la que todos los hombres se someten, y este sometimiento al Derecho es lo que les protege de la voluntad despótica y autoritaria del Soberano. Precisamente por defender esto, Tomás Moro se convierte en una persona peligrosa y por ello será encarcelado en el año 1534 y un año más tarde será decapitado. Su único delito fue el defender en la sociedad una instancia de poder superior a la voluntad del Soberano, a la que todo el mundo, incluido el mismo Soberano, debía de someterse y obedecer.

En Utopía el perfeccionamiento y la felicidad se buscan no a través de una naturaleza humana idealizada, sino a través de mejorar las estructuras jurídicas en orden a proporcionar el bienestar individual. En consecuencia, el Derecho es bueno y puede ayudar a proporcionar el bienestar y la felicidad del ser humano. Precisamente hoy día, Bruno Frey y Alois Stutzer<sup>22</sup> señalan que «el primer grupo de factores que influyen en el bienestar se relacionan con las condiciones institucionales (o constitucionales) que existen en una sociedad y su economía de las cuales la democracia es uno de los factores más importantes». Sucede algo similar a lo que sucedía en la república ideal de Moisés: Mientras los hombres se ajustaron a las normas prosperaron, pero cuando dejaron de guardar las leyes comenzaron a decaer. El rigor de la ley tiende a destruir los vicios y obliga al hombre a redimir el posible daño que haya podido causar desobedeciéndola<sup>23</sup>.

---

«Utopía», en *Utopías del Renacimiento*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 110.

<sup>19</sup> «La unión carnal se realiza cada dos noches, después de haberse lavado bien ambos progenitores ...las mujeres robustas y bellas se unen a hombres fuertes y apasionados; las gruesas a los delgados ...la unión sexual no puede realizarse nunca antes de haber hecho la digestión ...a la hora propicia para la unión carnal la Matrona se levanta y abre por fuera la puerta de las habitaciones ocupadas por los hombres y las mujeres». TOMASO CAMPANELLA «La ciudad del sol» recogido en *Utopías del Renacimiento*, *edi. cit.* p. 161.

<sup>20</sup> Cfr. BLOCH, E. *El Principio esperanza (2)*, Madrid, Editorial Trota, 2006, pp. 17 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. BLOCH, E. *El Principio Esperanza (2)*, *edi. cit.* pp. 36 y ss.

<sup>22</sup> FREY, Bruno, y STUTZER, Alois, «Cuales son las fuentes de la felicidad», recogido en el libro *Felicidad. Un enfoque de Derecho y Economía*, compilado por Andrés Roemer, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 4.

<sup>23</sup> Cfr. MORO, Tomás «Utopía», recogida en *Utopías del Renacimiento*, *edi. cit.* sobre todo las pp. 59 y ss.

Sin embargo, la relación de todo este movimiento utópico con respecto al Derecho hemos dicho anteriormente que era una relación ambivalente (de amor-odio), paradójica (de contradicción), de crítica por una parte y a la vez de necesidad en cuanto que el Derecho es un elemento imprescindible para realizar la reforma social (*ubi societas ibi ius*) (*ubi reformatio ibi ius*).

Esta relación ambivalente y de contradicción se ve en el hecho de que en las sociedades utópicas –Utopías–, que estamos viendo, y a pesar de que en ellas se hace uso de una regulación jurídica pormenorizada, sin embargo, nunca se da una gran relevancia al Derecho, ni se hace una manifestación laudatoria del mismo, sino que más bien se ha hecho todo lo contrario, es decir, una crítica del Derecho y de las instituciones jurídicas en general, y en concreto de los jueces y de los abogados.

Desarrollando esta idea, y dentro de este apartado del «Derecho en Utopía», hay dos ideas que me gustaría analizar a continuación: la primera sería el carácter reglamentista o abstencionista del Derecho en Utopía, es decir, si se prefieren muchas leyes o, por el contrario, pocas, breves y claras, destacando así la muy alta función del Derecho como sistema de seguridad colectiva. La segunda se centraría en el papel jugado en Utopía por la economía.

#### IV. LAS LEYES Y LA ECONOMÍA EN UTOPIÍA

En Utopía se critica al modelo jurídico formado por muchas leyes, oscuras, incoherentes y necesitadas de interpretación, y por el contrario se dice, tal como señala Campanella, que «las leyes de la ciudad del sol son pocas, breves, claras y están escritas en una tabla de bronce, colgada de los huecos del templo, es decir, entre las columnas. Cada una de ellas contiene en estilo metafísico y breve las definiciones de las esencias de las cosas, o sea, qué es Dios, los ángeles, el mundo, las estrellas, el hombre, la fatalidad, la virtud, etc.»<sup>24</sup>. Igualmente en la Utopía de Moro se dice tener «muy pocas leyes, pero suficientes para gobernar», y se dice también que «la ley se promulga para que todos sepan cual es su deber; si se la interpretase demasiado sutilmente sólo serviría, en realidad, para unos pocos capaces de entenderla, mientras que siendo clara y sencilla, estará al alcance de cualquiera»<sup>25</sup>.

No cabe duda que este deseo de pocas leyes y claras se debe al hecho de que muchas leyes esclavizan y coartan la libertad y sobre todo no pueden ser debidamente conocidas por los ciudadanos, o sea

<sup>24</sup> CAMPANELLA, T., «La ciudad del Sol», recogido en el libro *Utopías del Renacimiento*, *edi. cit.*, p. 185.

<sup>25</sup> MORO, T., «Utopía», recogida en *Utopías del renacimiento*, *edi. cit.*, p. 113.

que lo que se busca es esa mínima seguridad del ciudadano en cuanto valor fundamental.

Pero es curioso que también en esto se ve esa relación ambivalente entre Derecho y Utopía, que señalaba al principio de este trabajo con el término «versus». Pues, por una parte, se predica la conveniencia de tener pocas leyes, breves y claras –que sería lo mínimo exigido por cualquier técnica legislativa– y, a la vez, se entiende que el Derecho es necesario para conseguir una sociedad de bienestar y, en consecuencia, se pretende regular de forma minuciosa todos los más insignificantes aspectos de la vida en sociedad. Es imposible que queriendo que todo esté reglamentado por el Derecho, y queriendo además que la norma recoja hasta las esencias de las definiciones de las cosas o de Dios o del mundo o de las estrellas o de la virtud, etc., encima luego exijamos que sean pocas las normas<sup>26</sup>. Precisamente este mayor intervencionismo ha sido una de las notas o características del tránsito de las sociedades anómicas a las sociedades nómicas (utópicas). En este sentido Monereo Atienza nos dice que «el cambio que lleva de las sociedades anómicas a las sociedades nómicas (utopías) podría ser interpretado como tránsito de una concepción liberal del Estado y del Derecho, como recursos jurídicos mínimos que no deben entorpecer la libertad de las personas, a una concepción social de los mismos»<sup>27</sup>.

Pero lo que no es compatible es buscar un intervencionismo reglamentista por entender que el Derecho es bueno, mediante un abstencionismo por entender que el Derecho es malo, porque esto sencillamente es una auténtica contradicción.

Lo que sucede es que, por un lado, en utopía el Derecho se valora muy positivamente como elemento necesario para conseguir la seguridad, la libertad y en definitiva para poder realizar la transformación social en grado utópico. Por otro lado, y a la vez, se hace una crítica muy fuerte de un Derecho dictador y opresivo en manos del poderoso. En definitiva se critica el mal uso que del Derecho se ha hecho por parte del poder legislativo, pretendiendo multiplicar las normas para amparar sus volubles intereses económicos e ideológicos. También por parte de los abogados torticeros, y de los jueces que tienen la difícil tarea de administrar justicia y que en ocasiones no han sabido utilizar correctamente el margen de discrecionalidad interpretativa del que disponen. Por todas estas razones, en Utopía, se critica al Derecho por oposición a la justicia, compartiendo posiciones tan negativas como la de Ganivet

<sup>26</sup> RAMIRO AVILES, M. A. «La Utopía de Derecho» recogido en el *AFD*, T. XIX, 2002, dice en la página 435 que «La paradoja se muestra en este modelo de sociedad ideal porque se buscan dos objetivos que, en apariencia, son contradictorios: La reducción del número de normas que componen el código legal utópico y el establecimiento de un sistema legal comprensivo que gobierne todas las acciones que son posibles realizar por las personas».

<sup>27</sup> MONEREO ATIENZA, C. «Utopía y Derecho. Una ocasión para el debate sobre derechos sociales», recogido en *AFD*, T. XXI, año 2002, p. 435.

que entendía que «las leyes no servían para nada» o la de Unamuno que llegó a decir «que aborrecía el derecho con toda su alma»<sup>28</sup>.

En definitiva se critica el Derecho porque puede obstaculizar la seguridad y coartar la libertad, con muchas normas y además inciertas, incoherentes y con márgenes de interpretación tan borrosos que todo depende de la discrecionalidad interpretativa de los operadores jurídicos.

En cuanto al papel jugado por la economía en las sociedades utópicas, vemos que en utopía el factor económico no cuenta absolutamente para nada, en utopía no existe nada privado solamente se mira a la común utilidad<sup>29</sup>, incluso las casas son comunes y se cambian cada diez años. El carácter reglamentista e intervencionista del Derecho que se puede ver en Utopía va dirigido precisamente no a regular, fomentar y favorecer el factor económico, sino a suprimir todo tipo de enriquecimiento personal. Campanella, citando al Papa San Clemente, nos dice que «el uso de todas las cosas que hay en este mundo debía ser común, pero injustamente uno se apropió esta cosa; el otro, la de más allá, etc., y dice que los apóstoles enseñaron y vivieron de manera que todo, incluso las mujeres, era común»<sup>30</sup>.

Precisamente en la supresión de la propiedad privada, y en general, en la desaparición de toda relación económica, se fundamenta principalmente la felicidad y el bienestar de los hombres: «¿hay mayor riqueza, se dice en Utopía, que vivir con ánimo alegre, tranquilo, desposeído de cuidados, sin tener que preocuparse del sustento, ni aguantar las quejumbrosas peticiones de la esposa, ni temer la pobreza para el hijo, ni buscar ansioso la dote de la hija, sintiéndose seguro del porvenir de los suyos, mujer, hijos, nietos, biznietos, tataranietos y de toda una descendencia aún más dilatada?»<sup>31</sup>.

Visto todo esto desde nuestras estructuras sociales y culturales la verdad es que nos resulta un tanto extraño, seguramente por utópico. Pero a la vez entendemos que ese horizonte utópico propuesto podría hoy día seguir siendo un elemento ejemplarizante en orden a caminar hacia él y en orden a criticar, transformar y mejorar la sociedad actual.

## V. LA ECONOMÍA Y LAS LEYES EN LA ACTUALIDAD

Si comparamos el rótulo de este epígrafe con el anterior vemos que se ha invertido el orden de los términos «economía» y «leyes». En el epígrafe anterior rezaba «las leyes y la economía en Utopía», y en este

<sup>28</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, La Ley y el Juez*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1997, pp. 74 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. MORO, T., «Utopía», recogida en la obra *Utopías del Renacimiento*, *edi. cit.* p. 135.

<sup>30</sup> CAMPANELLA, T., «La Ciudad del Sol», recogida en la obra *Utopías del Renacimiento*, *edi. cit.*, p. 212.

<sup>31</sup> MORO, T., «Utopía», recogida en *Utopías del Renacimiento*, *edi. cit.* p. 135.

figura primero la economía y luego las leyes. La única razón es destacar en cada caso, y dentro de esa dualidad, el elemento más fuerte, más condicionante y de mayor importancia. Sin duda en Utopía era más fuerte el poder político que el poder económico –que no existía–, y hoy día creo que el poder económico condiciona y configura en gran parte al poder político.

Parece que en la actualidad el modelo propuesto por las Utopías del Renacimiento no es el modelo seguido en la configuración de la sociedad. A lo largo de la historia, pero en nuestros tiempos tal vez más y de forma más virulenta, la diosa economía se ha erigido en factor preponderante que controla la vida de los individuos y gobierna el mundo. Hoy día, la sociedad, en sus distintos aspectos jurídicos, políticos o sociales en general se configura en torno al factor económico y desde el factor económico. Hasta la ética o incluso la moral adquieren formas económicas: Se han venido tomando como ejemplo de buenos ciudadanos, de ciudadanos honrados, trabajadores y virtuosos a quienes encarnaban con éxito determinados modelos de vida económica. Posteriormente en muchos casos la misma economía, desde modelos distintos, los ha defenestrado y convertido en ejemplo de todo lo contrario.

Desde mediados de la década de los ochenta ha surgido con fuerza el fenómeno de la globalización, que ha pasado a ser un elemento omnipresente en toda reflexión teórica que pretenda dar cuenta de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de hoy día.

Yo creo que este fenómeno de la globalización se circunscribe principalmente al aspecto económico, aunque necesariamente también tiene su reflejo en todos los demás aspectos culturales e ideológicos de la humanidad, y, en concreto, en la política, en el Derecho y, por tanto, en la seguridad jurídica.

En principio, pues, la globalización se caracteriza como una tendencia «reducida prácticamente a un único aspecto, el económico, concebido en forma lineal como la existencia de un mercado libre globalizado que favorecería una permanente circulación de capitales y mercancías incluso en las zonas más recónditas del planeta»<sup>32</sup>. Esta idea se complementa con la globalización entendida como «ideología destinada a justificar la extensión del capital a distintos ámbitos geográficos bajo las reglas y en interés de un puñado de poderes privados, y por lo tanto, sin regulaciones públicas democráticas»<sup>33</sup>.

Los mercados competenciales comienzan a moverse en un plano internacional y precisan de una interrelación y de una interdependencia entre los distintos Estados. Todo ello provoca cambios acelerados

<sup>32</sup> DEL CABO, A. y PISARELLO, G. *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Universidad de Alicante, 2000, p. 24.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 24.

de forma inusual e imprevista, sirviéndose de las nuevas tecnologías de la información, de la computación, del viaje aéreo, etc.

Esta interrelación conlleva también de forma inevitable un flujo de capitales, de mano de obra y de centros de gestión y de producción. Todo ello produce, entre otras cosas, un fenómeno migratorio de gran importancia en el ámbito cultural, y en la vida de las personas.

Posiblemente todo este fenómeno haya conseguido algo positivo para la humanidad<sup>34</sup>, pero no cabe duda también que ello ha traído guerra, hambre, enfermedades, explotación, terrorismo internacional, drogas, etc., ante el que el ciudadano siente miedo e inseguridad. «Solo tomando en consecuencia el producto de tráfico de drogas, las ventas ilícitas de armas, el contrabando de materiales nucleares o las ganancias de actividades controladas por las mafias (prostitución, juego, mercado negro, divisas), Naciones Unidas ha denunciado que los ingresos mundiales anuales de las organizaciones criminales transnacionales equivalen al PNB de los países de ingreso débil (según la categorización de la banca mundial) y de sus tres mil millones de habitantes»<sup>35</sup>.

Se ha intentado crear riqueza a grandes niveles, utilizando técnicas y medios de control mundial. Se ha repartido esa riqueza de forma totalmente desigual entre las personas y entre los pueblos, pero lo más grave es que al crear esos niveles de riqueza se han originado unos niveles importantes de riesgo y de inseguridad que, aunque de forma desigual, también habrá que repartir.

La desigualdad en el reparto de riqueza ha sido alarmante. Según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su reciente informe anual sobre el desarrollo humano, informe que incluye los índices que determinan el desarrollo de cada nación, y que fue presentado en la localidad sudafricana de Ciudad del Cabo, cerca de 416 millones de las personas más pobres de todo el mundo tienen unos ingresos totales parecidos a los que reciben las 500 personas más ricas; casi un total de mil millones de personas viven con menos de un dólar diario; más de 15 millones de personas mueren al año por carecer de agua y de alimentos; el número de enfermos de SIDA ha aumentado considerablemente; más de 850 millones de personas son analfabetas; y más de 17 millones de personas mueren al año víctimas de enfermedades infecciosas por no poder adquirir los medicamentos adecuados<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> DE SEBASTIÁN, L. en su artículo titulado «Algunas sorpresas de la globalización», recogido en la *Revista Claves* núm. 167 de 2006, p. 31, nos dice que «hasta ahora, si se quita un pequeño aumento de la criminalidad debido a algunos pocos inmigrantes, el balance de la emigración en España ha sido netamente positivo».

<sup>35</sup> DEL CABO, A. y PISARELLO, G. *op. cit.* p. 29.

<sup>36</sup> Cfr. FERRAJOLI, L. *Razones Jurídicas del pacifismo*, Madrid, Editorial Trota, 2004, p. 145.

A esta realidad estremecedora hay que unir los riesgos que conlleva el desarrollo económico moderno y el necesario reparto de esos riesgos, que sin duda han de afectar también a los más ricos y los más poderosos.

Ulrich Beck, en una obra titulada precisamente «*La sociedad del riesgo*» nos dice que «los riesgos que se generan en el nivel más avanzado del desarrollo de las fuerzas productivas (con ello se refiere sobre todo a la radiactividad, que se sustrae por completo a la percepción humana inmediata, pero también a las sustancias nocivas y tóxicas presentes en el aire, en el agua y en los alimentos, con sus consecuencias a corto y largo plazo para las plantas, los animales y los seres humanos) se diferencian esencialmente de las riquezas. Estos riesgos causan daños sistemáticos y a menudo irreversibles, suelen permanecer invisibles, se basan en interpretaciones causales, por lo que solo se establecen en el saber (científico o anticientífico) de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición»<sup>37</sup>.

Estos son los riesgos propios de la modernización que tarde o temprano terminan afectando también a quienes los producen o se benefician de ellos al crear riqueza. Los ricos y los poderosos también están afectados por los riesgos en cuanto peligros para la salud y, lo que es económicamente más importante, en cuanto peligros para la legitimación de la propiedad y la ganancia.

Parece, pues, que la importancia del factor económico en la configuración de la sociedad actual es fundamental. Hoy día, según indica Joaquín Estefanía<sup>38</sup>, «El poder se ha movido en la fotografía. Se ha desplazado de lo político, espacio dominante en la mayor parte del siglo xx, hacia otros lugares más impersonales, opacos, sin rostro. Tienen más poder los gerentes de los fondos de inversión que un día deciden abandonar un país, que los políticos del mismo. Eso es lo que ocurrió en México a principios del año 1995... que quedó en la ruina en 24 horas al abandonar su economía la mayor parte de los capitales extranjeros que habían entrado hasta entonces de modo masivo». «El mapa, continúa J. Estefanía, se ha difuminado, se ha hecho borroso y cuando el objetivo de la cámara lo enfoque de nuevo presentará la nueva realidad del poder: la globalización implica la emergencia de nuevos actores, todopoderosos, y la reducción de otros a simples metáforas del poder más clásico. El poder político no es ya sino el tercer poder en determinadas coyunturas; antes de él emergen los verdaderos poderes fácticos de hoy: los mercados y el poder mediático.

<sup>37</sup> ULRICH, B., *La Sociedad del Riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 28.

<sup>38</sup> ESTEFANÍA, J. en su obra, *La mano invisible. El gobierno del mundo*, Aguilar, Madrid 2006, p. 63. Véase también a DE SEBASTIÁN, L., en su artículo «Algunas sorpresas de la globalización», recogido en la Revista *Claves*, núm. 167, noviembre 2006, pp. 28 y ss.

Cuando se poseen éstos, hacerse con el poder de la política no es más que una formalidad, como demostró Silvio Berlusconi en Italia»<sup>39</sup>.

No hay duda que con la globalización se debilita el poder y la soberanía del Estado y, en consecuencia, comienza a hablarse de la crisis del Estado, que en esencia es la crisis de la idea tradicional de la soberanía estatal y de la ley como norma suprema e incondicionada. En nuestros días, la Organización Mundial del Comercio; El Fondo Monetario Internacional; La OTAN, o en el plano europeo, el Consejo de Europa o la Comisión Europea se imponen con toda normalidad a la legislación nacional a pesar de no tener ningún tipo de representatividad.

Esta falta de representatividad dentro de la Comunidad Europea se pretende subsanar con la formación y aprobación de una Constitución europea que legitimaría ese desplazamiento de la soberanía de los Estados a favor de la Unión Europea. Pero de momento todos conocemos las dificultades por las que está pasando este proceso integrador.

Además a ese fenómeno de la supraestatalidad normativa se une el de la infraestatalidad normativa que surge de las Comunidades Autónomas dentro de cada Estado. Mucho se ha diversificado el origen del legislativo y mucho se ha debilitado el poder legislativo del Estado.

Al principio de este trabajo, comentando la novela «*El Señor de las Moscas*», decía que el Derecho debía venir respaldado por un poder soberano, era lo único que garantizaba su eficacia a la hora de proteger y garantizar la seguridad, la libertad la igualdad y los demás valores. No tiene mucho sentido hablar de Derecho cuando la soberanía disminuye o se comparte, porque en este caso deja de ser soberanía.

Esta soberanía compartida debilita el Derecho, e incide en el excesivo aumento de la producción legislativa (inflación, hipertrofia, marea, polución, etc.), de tal manera que esas crisis del Estado tienen un reflejo directo en la «crisis del Derecho» y esta «crisis del Derecho» se refleja directamente en la seguridad jurídica, ya se entienda como «principio de seguridad» (certeza o conocimiento), al que se refiere nuestra Constitución en el artículo 9.3, o como derecho fundamental, regulado en el artículo 17.1 de nuestro texto constitucional.

Efectivamente ambos fenómenos, expansión e importancia de la economía y proliferación normativa han surgido de la mano en este mundo globalizado. El desarrollo de esa macroeconomía, entre otros factores, ha originado precisamente esa «multinomia» o proliferación normativa que todavía hoy día sigue siendo una de las causas más directas de la defectuosidad de las normas, de su imprecisión técnica, de su posible incoherencia, y en general de todo aquello que Viander ha llamado «la crisis de la legislación». En esta línea, hoy día son

---

<sup>39</sup> *Ibidem* pp. 63-64.

muchos los autores que abogan por una sistematicidad legislativa que evite todo tipo de lagunas, contradicciones y redundancias en las normas<sup>40</sup>.

## VI. EL PAPEL DE LA UTOPIÍA EN EL DERECHO

En definitiva creo que el horizonte utópico propuesto por las sociedades utópicas nos podría ser de gran utilidad en orden a transformar la sociedad actual en otra más feliz. Lo que sucede es que el desarrollo de este factor económico ha originado un cambio de ideología de tal forma que el horizonte utópico propuesto en las Utopías del Renacimiento tal vez no sea el horizonte utópico que hoy día nos proponemos como ejemplo de una sociedad feliz y de bienestar. El problema es poder delimitar con objetividad y con carácter general esas sociedades utópicas que transformarían la sociedad actual y traerían el bienestar. Cada uno, desde su cosmovisión, ideología o filosofía, con la influencia importante de todo el elemento económico, describe su mundo más o menos ideal: Con propiedad privada o con propiedad colectiva; con una propiedad privada absoluta o sometida más o menos a los intereses generales; con mayor o menor libertad en el mundo de la empresa; con mayor o menor separación de la Iglesia y del Estado; con mayor o menor intervención estatal; más o menos sometido al poder económico; con mayor o menor incidencia y preponderancia de la institución familiar, etc.

Para algunos, toda la legislación sobre matrimonios de gays y lesbianas sería un eslabón más en el acercamiento y la realización de esa utopía de igualdad, mientras que para otros toda esta legislación supondría un paso atrás en cuanto que lesionaría la esencia misma del matrimonio. También la ley de identidad de género, aprobada por el Congreso el 1 de marzo de 2007, que permite a los transexuales con «disforia de género» cambiar de nombre y de sexo, puede entenderse como un paso más en la realización y en el acercamiento a esa utopía de libertad y de igualdad, o puede entenderse, por el contrario, como un grave atentado a la misma naturaleza.

Tal vez por ello, el mundo del Derecho sea un mundo inmerso inevitablemente dentro de unas estructuras utópicas. El ideal que nos pre-

---

<sup>40</sup> MENÉNDEZ, A. en su trabajo «La Comisión General de Codificación de las leyes», recogido en el libro *Seguridad Jurídica y Codificación*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, en la página 22 dice que: «esta abundancia de normas, unida a otros factores que descuidan su adecuada elaboración, está provocando una considerable pérdida de calidad de las leyes, tanto en su técnica, como en su coherencia sistemática, como en fin, en su contenido ordenador. No se trata solo de los males que acarrea la proliferación de las normas, sino del peligro de lagunas, fragmentaciones y discordancias derivado de la pluralidad de instancias o competencias en la iniciativa legislativa».

senta el Derecho como alcanzable, ese mundo de libertad, de seguridad, de justicia y de bienestar, que vemos recogido en nuestra Constitución, funciona como horizonte utópico. Nuestros esfuerzos han de ir encaminados a que nuestra realidad presente se acerque lo más posible a ese horizonte utópico. Pero se trata de un mundo que sirve de punto de referencia para caminar hacia él, sabiendo que en su totalidad es inalcanzable.

Incluso la realidad jurídico-política del llamado Estado de Derecho tiene bastante de utopía irrealizable. Las llamadas por Elías Díaz<sup>41</sup> «exigencias imprescindibles» del Estado de Derecho, que él concretaba en cuatro: Imperio de la ley; Separación de poderes; Legalidad de la Administración y Garantía y realización de los Derechos Fundamentales, son exigencias, a la vez que imprescindibles, utópicas.

Hoy día, frente al «Imperio de la ley», en cuanto mandato general y abstracto, y en cuanto expresión de la voluntad general, según era entendida por los liberales de la Ilustración y en concreto por autores como Lock, Rousseau o Kant, se habla de la llamada «crisis de la ley»<sup>42</sup>. La ley, dice Zagrebelsky<sup>43</sup>, «ya no es la expresión pacífica de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, constitucionales del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares».

Esa confianza en la ley en cuanto criterio razonable y justo frente a la voluntad despótica del dictador, se ha tornado en radical desconfianza por entender que «la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes»<sup>44</sup>.

La misma configuración y estructura del Derecho, con el paso del tiempo y los avances culturales y científicos, va mostrando sus imperfecciones y lo por él propuesto se nos muestra como algo desacertado, difícil y, en muchas ocasiones, utópico.

Los motivos de esta desconfianza son muchos y muy complejos, pero pueden sintetizarse, siguiendo a Liborio Hierro<sup>45</sup>, en cuatro tipos: la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos

---

<sup>41</sup> Cfr. DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Cuadernos para el Dialogo 1966, sobre todo las pp. 18 y ss.

<sup>42</sup> Vid. mi artículo «El Derecho y la Crisis de la Ley», recogido en la Revista *Derechos y Libertades*, núm. 13, año 2005, pp. 109-147.

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trota, 1995, p. 38.

<sup>44</sup> BACHOF, O. *Jueces y Constitución*, Madrid, Taurus, 1963, p. 38.

<sup>45</sup> HIERRO, Liborio, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, México, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 23.

tipos de leyes; la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los Estados; la expansión de la fuerza normativa de las Constituciones; y la expansión de la fuerza normativa de los principios.

Por otra parte, si nos detenemos en la «separación de poderes», formulada por Montesquieu en 1748, vemos que este principio, que desde el siglo XVIII ha venido siendo un lugar común dentro de la cultura jurídica<sup>46</sup>, sin embargo, hoy día es algo que se tambalea. Y es que tiene razón E. Buligyn<sup>47</sup> cuando dice que «la separación entre el poder legislativo como poder político por excelencia, ejercido por el Parlamento compuesto por los representantes del pueblo, encargado de la creación del derecho y el poder judicial, un poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales, cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo es uno de los puntos centrales de las propuestas de los teóricos de la Ilustración del Estado para la organización política y jurídica».

Precisamente se ha venido entendiendo la «separación de poderes» como una de las garantías básicas y fundamentales para poder desarrollar y alcanzar la libertad. La interdependencia entre el principio de libertad y la separación de poderes nunca ha sido formulada con tanta precisión como se hace en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los Poderes carece de Constitución».

Sin embargo toda esta doctrina tradicional comienza a ser cuestionada por autores como Kelsen, que sostiene que todos los actos jurídicos son a la vez actos de aplicación y de creación, excepto la primera Constitución, que es pura creación, y la ejecución de sentencia, que es pura aplicación.

Añádase a esto que el juez a la hora de fijar la norma aplicable, a la hora de interpretarla desde la valoración del supuesto de hecho concreto, o desde su cultura, ideología o filosofía, no solo aplica Derecho sino que también está creando Derecho, pues la intromisión de aspectos subjetivos es siempre inevitable en toda decisión judicial. Por esta vía se llega hoy día a la idea de que «la separación tajante entre la función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible»<sup>48</sup>. Pasamos así del llamado Estado de Derecho al Estado Judi-

<sup>46</sup> Vid. PÉREZ SERRANO, N. «Antecedentes del problema» y RUIZ DEL CASTILLO, C. y CATALAN DE OCÓN «La doctrina de Montesquieu. Valor actual», recogidos en el libro *El principio de la separación de poderes*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1951.

<sup>47</sup> BULIGYN, E. «Creación y aplicación del Derecho», recogido en la obra *Laguas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 29.

<sup>48</sup> BULIGYN, E. *op. cit.*, p. 43.

cial (tal como diría René Marcic) o al Estado de la Justicia, en terminología del prof. De Heidelberg Ernest Forsthoff<sup>49</sup>.

En conclusión, al contemplar actualmente el Derecho se puede comprobar que algunos principios propuestos por el Estado de Derecho, como por ejemplo el «imperio de la ley», la «separación de poderes», o la «legalidad de la Administración», no deben ser aceptados de forma absoluta y dogmática, pues no deben ser propuestos en su totalidad. Sin embargo, otros requisitos básicos del Estado de Derecho, como la defensa, garantía y protección de los Derechos Fundamentales, vienen funcionando como horizonte utópico al que debemos ir acercándonos cada día más, pero siendo conscientes que esos ideales de justicia, de libertad, de igualdad, etc., en su totalidad son absolutamente utópicos e inalcanzables.

Y es que, en realidad, la mayoría de las metas que se propone nuestra Constitución, como, por ejemplo, el artículo 117, que habla de jueces y magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley; o la garantía que se nos da de libertad (art. 16), de igualdad (art. 14); y de seguridad (arts. 17 y 9.3), etc., son todos deseos muy lejanos que actúan como metas para enseñarnos a caminar y a las que, en cada momento histórico, nos acercamos (y debemos acercarnos) un poquito más. En definitiva, y en su totalidad, son algo completamente utópico, no solo porque ese horizonte es muy difícil de alcanzar, sino también porque no sabemos muy bien en qué consiste o porque cada uno de nosotros lo entiende y lo configura de forma distinta.

---

<sup>49</sup> Cfr. BACHOF, O. *Jueces y Constitución*, Madrid, Taurus 1963. pp. 15 y ss.

# Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer\*

Por VÍCTOR MERINO SANCHO  
Instituto Universitario de Derechos Humanos  
(Universidad de Valencia)

## RESUMEN

*El sistema de Naciones Unidas nace con la condición de garante de los derechos humanos. La violencia contra las mujeres empezó a considerarse una cuestión de derechos humanos recientemente. La comunidad internacional adoptaba una serie de medidas encaminadas a erradicar dicha violencia. El nombramiento de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, fue uno de los mecanismos que más ha contribuido a la lucha por la eliminación de esta violencia y la promoción y protección de los derechos humanos. Sus aportaciones conceptuales deben ser tenidas en cuenta por su función interpretativa de los documentos internacionales, especialmente de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, reconstruyendo conceptos como el de igualdad, violencia o la norma de debida diligencia.*

Palabras clave: ONU, derechos humanos, igualdad, violencia contra las mujeres, debida diligencia.

## ABSTRACT

*United Nations has shaped Human Rights system since its creation. Violence against women started to be considered as a human rights question*

---

\* Este texto se inscribe en el proyecto de Investigación «Mujeres, derechos y ciudadanía» 150/05 del Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

recently. International community started adopting a series of measurements directed to eradicating the above mentioned violence. The appointment of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on violence against women, its causes and consequences, was one of the mechanisms they have more contributed to the struggle for the elimination of this violence and the promotion and protection of women's human rights. Her conceptual contributions must be in mind for her interpretive function of the international documents, specially the Declaration on the elimination of violence against women, She has introduced in the international community workplan and human rights law a new point of view on equality, violence against women and the due diligence standard.

Key words: *United Nations, human rights, equality, violence against women, due diligence.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA (RE)CONFIGURACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE IGUALDAD Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS.—3. LA NORMA DE DEBIDA DILIGENCIA. LA ADAPTACIÓN DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres se interpreta en el seno de Naciones Unidas como una cuestión de Derechos Humanos desde 1993. Con anterioridad, la organización emitió diversos informes y resoluciones, en los que se referían a la violencia de forma fragmentada<sup>1</sup>. El acceso a la información en tiempo real y probablemente la exacerbación de los actos de violencia contra las mujeres ocurridos durante el conflicto bélico en la antigua Yugoslavia<sup>2</sup> removieron la conciencia

<sup>1</sup> Véanse los documentos Informe del Secretario General a la Comisión CSW en la primera revisión de la implementación de las Estrategias de Futuro de Nairobi, evaluando el progreso en los niveles nacional, regional e internacional de 1989 E/CN.6/1990/5. Resolución 1990/15 del Consejo Económico y Social que contiene «Recomendaciones y conclusiones resultantes del primer examen y evaluación de la aplicación de las Estrategia de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer hasta el año 2000. Informe Las Mujeres del Mundo: Tendencias y Estadísticas, 1970-1990. ST/ESA/STAT/SER.K/8. En The United Nations And The Advancement of Women (1945-1996). The United Nations. Blue Book Series. Vol. IV. New York. Revised Edition. 1996.

<sup>2</sup> No en vano, el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia origina una serie de sentencias que afirman la consideración de estos tipos como crímenes de lesa humanidad, contra la paz e, incluso, de genocidio. Véase L. M. DE BROUWER, ANNE-MARIE: *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence. The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*. School of Human Rights Research Series, Vol. 20. Intersentia. Antwerpen - Oxford. 2005.

de la comunidad internacional. Empezaron entonces a adoptarse textos en los diferentes órganos y organismos de Naciones Unidas, con una perspectiva más uniforme; se empezaba a considerar esta violencia como una violación de los derechos humanos con una entidad diferenciada.

Con la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (conocida como Convención de la Mujer o la CEDAW), se reforzó el modelo asimilacionista de derechos sobre el que se asentaba el sistema general. La prohibición de discriminación y la paridad de trato, especialmente respecto de los derechos civiles y políticos, se configuraron como el paradigma de igualdad respecto de los derechos humanos de las mujeres. El sistema general de derechos humanos había establecido un marco normativo en el cual el principio de prohibición de la discriminación y la paridad de trato, basados en un modelo asimilacionista, se mostraban insuficientes para erradicar la desigualdad estructural que afectaba a miles de mujeres en todo el mundo. Los diversos informes sobre Desarrollo, las comunicaciones e informes del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (el CEDAW, acrónimo anglosajón por el que se conoce), entre otros, revelaban a diario una realidad a la que se añadía un grave indicador de déficit de derechos como es la violencia. Los derechos humanos de las mujeres habían necesitado un documento específico que los afirmara, tras la constatación de su exclusión del sistema general.

En este marco, deben inscribirse los primeros documentos en los que se aborda la cuestión de la violencia contra las mujeres, previos a la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres* (conocida también por su acrónimo en inglés, DEVAW). La Declaración puede considerarse la iniciativa más completa para erradicar la violencia, modificando el paradigma desde el cual tratar, fundamentar y/o reivindicar los derechos humanos de las mujeres. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, la Declaración establecía una definición jurídica de la violencia contra las mujeres. De igual modo, Naciones Unidas decide adoptar como medida para eliminar esta violencia el nombramiento de una Relatoría Especial sobre la violencia contra las mujeres.

La Relatora fue nombrada por la Comisión de Derechos Humanos, tras la aprobación de la resolución 1994/45 titulada «La cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y la eliminación de la violencia contra la mujer»<sup>3</sup>, documento en el que se establecieron las funciones de la Relatora. Según la mencionada resolución, en su párrafo 7, la

---

<sup>3</sup> El título de la resolución manifiesta la intención de Naciones Unidas de *integrar* los derechos humanos de las mujeres en los mecanismos de derechos humanos de las mujeres, lo que es una prueba más de la exclusión de los derechos humanos de las mujeres en el sistema general de derechos humanos.

Comisión «Invita al Relator Especial a que en el desempeño de sus funciones, y en el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y de todos los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, con inclusión de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer:

a) Solicite y reciba información sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, de los gobiernos, los órganos creados en virtud de tratados, de los organismos especializados, de otros relatores especiales encargados de diferentes cuestiones de derechos humanos y de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales con inclusión de las organizaciones de mujeres, y que responda eficazmente a esa información;

b) Recomiende disposiciones y medios aplicables en los planos nacional, regional e internacional para eliminar la violencia contra la mujer y sus causas, y para remediar sus consecuencias;

c) Trabaje en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, así como con los órganos creados en virtud de tratados, teniendo en cuenta la petición formulada por la Comisión con objeto de que incluyan, con regularidad y sistemáticamente, en sus informes, la información disponible sobre violaciones de derechos humanos que afecten a la mujer, y coopere estrechamente con la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en el desempeño de sus funciones».

La propia Relatora interpreta, en su Informe Preliminar<sup>4</sup>, su mandato como comprensivo de dos componentes. «El primero consiste en determinar los elementos del problema, las normas jurídicas internacionales y un estudio general de los incidentes y cuestiones relacionadas con las muchas esferas problemáticas. El segundo componente consiste en identificar e investigar situaciones de hecho y denuncias que las partes interesadas han presentado a la Relatora Especial»<sup>5</sup>. Su función de determinación de los elementos del problema añade a su propia denominación la expresión *con inclusión de sus causas y consecuencias*, como ocurre en la Resolución por la cual es nombrada.

---

<sup>4</sup> *Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias* Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, incluido en un documento de la Comisión de Derechos Humanos, bajo el título de *Ulterior promoción y fomento de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros enfoques y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Ref. E/CN.4/1995/42.

<sup>5</sup> *Ibid.* Párrafo 8.º

Esta función primordial de la Relatora la ha convertido en el organismo de Naciones Unidas que tiene entre sus funciones la de interpretar el concepto de violencia contra las mujeres establecido en la Declaración de 1993, o al menos así ha sucedido. El resto de órganos y organismos han seguido emitiendo informes en los que se ha tenido en consideración los de la Relatora, aunque se han dirigido a evaluar aspectos concretos, como determinados tipos de violencia o fenómenos relacionados con la misma o todo aquello relativo a su persistencia. Su labor interpretativa, a través de informes generales en los que analiza el concepto de violencia contra las mujeres, ha contribuido a la configuración de dos elementos básicos de la violencia contra las mujeres como una cuestión de los derechos humanos. En primer lugar, ha analizado el propio concepto de violencia, revirtiendo en el principio de igualdad bajo el cual se construye este concepto. Y, en segundo lugar, ha evaluado el principio de responsabilidad estatal a la luz de la consideración de la violencia como una cuestión de los derechos humanos, especialmente a través de la concreción de la norma de debida diligencia.

La Declaración de 1993 conformó el marco de referencia en el cual se consideraba la violencia contra las mujeres como una cuestión de derechos humanos. El propio texto empezó a modificar los principios bajo los cuales se configuraban los mecanismos recientes que habían surgido para promocionar y proteger los derechos humanos de las mujeres. El acercamiento de Naciones Unidas a la violencia contra las mujeres puso de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos existentes. La Relatora ha sido consciente de ello y en cada informe ha ofrecido algunas reflexiones sobre los conceptos mencionados que merecen ser analizadas.

## 2. LA (RE)CONFIGURACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE IGUALDAD Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, emite diversos informes en el cumplimiento de sus funciones. Es importante distinguir aquellos en los que, de algún modo, trata de interpretar los diversos tipos de violencia que se establecieron en la Declaración, de aquellos otros que son resultado de sus misiones en los países y del análisis de determinadas situaciones concretas como las misiones especiales en caso de conflicto armado. En todos ellos, no obstante, está presente su voz crítica y evaluadora. Sus aportaciones al concepto de igualdad y de violencia contra las mujeres repercuten en los informes de otros órganos y organismos de Naciones Unidas, así como en los de algunos países y de las organizaciones internacionales de distinto signo. La

labor de la Relatora se ha convertido en un criterio decisivo para evaluar políticas internacionales, gubernamentales y/o regionales.

La Relatora analiza ambos conceptos a través de sus acercamientos al marco referencial establecido y de los actos concretos de violencia, especialmente en sus informes generales sobre los distintos tipos de violencia establecidos en la Declaración, los resúmenes presentados<sup>6</sup> y algunos informes concretos. Las interpretaciones acerca del principio de igualdad surgen tras su análisis de la violencia. Esta implicación es una muestra de la estrecha relación entre dicho principio y este tipo de violencia ejercida contra las mujeres. La propia Declaración establece en su preámbulo esta relación al reconocer «que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación». El concepto de igualdad, sobre el que la Relatora reconfigura el marco referencial de la violencia, surge tras el cambio producido por la aprobación de la Declaración, ampliando incluso su alcance.

La Declaración supera el modelo asimilacionista sobre el cual se había configurado hasta su aprobación el sistema de derechos humanos. Los principios sobre los que se constituye el sistema de derechos humanos de las mujeres, iniciado con la Convención de la Mujer, se basó en este modelo. Ferrajoli lo define como «el de la *homologación jurídica de las diferencias*<sup>7</sup>». Este modelo de tratamiento jurídico de la igualdad y la diferencia implica la asunción de un posicionamiento neutro respecto del sujeto de derechos. Del mismo se deriva «un marco jurídico general y abstracto para todos»<sup>8</sup>, desconocedor de las situaciones sociales en las que se encuentran los sujetos. Del tratamiento de la igualdad que se asuma en el ámbito jurídico, dependerá que se construyan conceptos e instituciones sociales determinadas que per-

---

<sup>6</sup> Existen informes concretos que se presentan en forma de resúmenes por responder a situaciones concretas relativas al desempeño del cargo, especialmente. Es el caso del último informe presentado por la primera Relatora designada para el cargo, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. Ref. E/CN.4/2003/75, y el primero de la segunda *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, YAKIN ERTÜRK. Ref. E/CN.4/2004/66.

<sup>7</sup> En cursiva en el original. Véase FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Tercera Edición. Trotta. 2002, p. 75.

<sup>8</sup> Véase RUBIO, Ana: «Igualdad y Diferencia. ¿Dos Principios Jurídicos?». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Universidad Carlos III de Madrid.-Boletín Oficial del Estado. Núm. 4. Año II. Enero-junio (1995). pp. 259-289, p. 281.

mitirán o no la adopción de medidas eficaces para la erradicación de esta violencia.

La Convención establece dos principios básicos, resultantes del mencionado modelo. La prohibición de discriminación y la paridad de trato. Sin embargo, serán dos principios articulados sobre el modelo de derechos instaurado por el sistema general de derechos humanos. Por ello, el énfasis permanece en los derechos políticos y civiles y el proyecto de igualdad en el acceso a los derechos por parte de las mujeres, igualdad formal, obviando el contexto social que configura a los sujetos. La propia Relatora se refiere al «concepto elusivo de igualdad» contenido en la Convención, que afirmaba «la igualdad de hombres y mujeres y el derecho de las mujeres a ser tratadas en pie de igualdad (debe entenderse «con el hombre»; el parámetro referencial neutro del sujeto de derechos seguía siendo el hombre) de todas las circunstancias de la vida».

Sin embargo, la Declaración reconoce una situación de subordinación<sup>9</sup> estructural de las mujeres respecto de los hombres como grupo, atendiendo a la situación social de ambos. Esta afirmación debe interpretarse como una superación del modelo anterior. La Relatora incide en la necesidad de desvelar esta realidad social y reitera en muchas ocasiones que el sistema de derechos humanos debe reconocer esta realidad. Retomando el preámbulo de la Declaración, afirma que «el sistema de dominio masculino tiene raíces históricas y sus funciones y manifestaciones varían con el tiempo [...], la opresión de la mujer es una cuestión política y es necesario analizar las instituciones del Estado y la sociedad, el condicionamiento y la socialización de los individuos y el carácter de la explotación económica y social. El uso de la fuerza es sólo uno de los aspectos de este fenómeno, que la somete por la intimidación y el miedo»<sup>10</sup>

Esta violencia es una violación de la igualdad<sup>11</sup>, pero también de los derechos humanos de las mujeres. La Relatora contribuye a reconfigurar el sistema de derechos humanos atendiendo a la especificidad

<sup>9</sup> Entendiendo la subordinación «como desigualdad estructural de carácter grupal». Véase BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* Discriminación y Acción Positiva *versus* Igualdad de Oportunidades». *Revista Vasca de Administración Pública*. Instituto Vasco de la Administración Pública. Núm. 60. Mayo-agosto (2001). pp. 145-166. (p. 153). En este mismo sentido, AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> José y MESTRE I MESTRE, Ruth: «Violencia contra las Mujeres: discriminación, subordinación y derecho». En *La nueva Ley Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Coord. Javier Boix Reig y Elena Martínez García. Madrid. Iustel. 2005. pp. 31-63.

<sup>10</sup> Véase Informe Preliminar, párrafos 46 a 57.

<sup>11</sup> La Relatora emite un *Informe sobre la política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer*, Informe E/CN.4/2000/68/Add.5, en cuya introducción afirma esta relación, alegando que «[l]a violencia contra la mujer por lo general se deriva de su supuesta inferioridad y de la desigual condición jurídica y social que le conceden las leyes y las normas de la sociedad». Esta afirmación manifiesta las dos esferas de preocupación de la Relatora, la actuación estatal y la comuni-

de esta violencia<sup>12</sup>. Estamos ante una violencia específica contra las mujeres, estructural y sistémica, que afecta a sus derechos. La Relatora logra introducir en el sistema de derechos humanos la opresión<sup>13</sup> de las mujeres como punto de partida para el reconocimiento de derechos y el debate sobre la igualdad, reconociendo que «algunas modalidades de dominio patriarcal<sup>14</sup> son universales, aunque dicho dominio adopte diferentes formas como resultado de experiencias históricas particulares y diferentes»<sup>15</sup>. En el primer informe de la segunda Relatora nombrada, Yakin Ertürk, también se interrelacionan igualdad y violencia afirmando «la *universalidad* de la violencia contra la mujer, la *multiplicidad* de sus formas y la *convergencia* de los diversos tipos de discriminación contra la mujer y su vinculación a un sistema de dominación basado en la subordinación y la desigualdad»<sup>16</sup>. Esta advertencia debe tener en cuenta la posibilidad de cruce de sistemas de opresión. Cada uno de ellos genera relaciones de opresión entre sujetos, que puede ocasionar la pertenencia de un sujeto a diversos grupos oprimidos y que supone una opresión múltiple (en todo caso no en un nivel cuantitativo sino cualitativo)<sup>17</sup>.

El reconocimiento del sistema sexo/género y de la opresión/subordinación (que puede generarse o no) en los informes de la Relatora condiciona el modo en el que Naciones Unidas y, extensivamente, algunas políticas gubernamentales deben entender la igualdad y la violencia. El sistema general de derechos humanos trataba jurídicamente la igualdad como ausencia de discriminación y paridad de trato, pero articular mecanismos jurídicos sobre la opresión, y ya no tanto sobre la discriminación, permite garantizar los derechos humanos de las mujeres. Se identifican así los obstáculos en el acceso a los derechos y la violencia se erige como una violación de la igualdad y de los

---

dad en la que desarrollan sus proyectos de vidas las mujeres supervivientes o que están en situación de violencia.

<sup>12</sup> En su Informe Preliminar la Relatora afirma que «los derechos de la mujer se han convertido en normas internacionales de derechos y [...] porque forman parte del ordenamiento internacional general de los derechos humanos», párrafo 101.

<sup>13</sup> La Relatora en su Informe 1996/53, *inter alia*, afirma que «la violencia en el hogar es un poderoso instrumento de opresión». Párrafos 27 y 28.

<sup>14</sup> Aunque la Relatora siga hablando en términos de patriarcado, incluso en sus últimos informes, considero más oportuno hablar de sistema social sexo/género y la posibilidad que de él se generen situaciones de opresión. Cfr. MESTRE I MESTRE, Ruth M.: *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*. Publicacions de la Universitat de València. València. 2006. pp. 73 y ss.

<sup>15</sup> Informe Preliminar, párrafo 50.

<sup>16</sup> Informe 2004/66, resumen, p. 2.

<sup>17</sup> Véase WILLIAMS, Kimberlé Crenshaw. «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color». En Martha ALBERTSON FINEMAN, Rixanne MYKITIUK (Eds.) *The Public Nature of Private Violence*. Routledge. Nueva York. 1994. pp. 93-118. La Relatora afirma en su informe 2004/66 que «las relaciones de dominación son múltiples y se interrelacionan, lo cual somete a las mujeres a diversas capas de desigualdad y a diferentes tipos de violencia», párrafo 53.

derechos. Retomando el discurso sobre la universalidad de la opresión, la Relatora discute, en cierto modo, la posición dominante en el sistema de derechos humanos hasta la Declaración. El CEDAW emitió en 1992 la Recomendación General número 19 en la que entendía incluida la violencia en el concepto de discriminación previsto en el artículo primero de la Convención. Según esta interpretación<sup>18</sup>, la violencia debía considerarse como un tipo de discriminación cubierta (y por ende prohibida) por la Convención, entendiendo que los principios de no discriminación y paridad de trato eran los únicos principios rectores en la lucha por la erradicación de la violencia.

La Relatora, sin embargo, analiza la violencia en su informe sobre la violencia contra la mujer en el hogar<sup>19</sup> afirmando el carácter de la misma como forma de discriminación pero que «debe considerarse una violación de los derechos humanos en sí misma». En este documento, su aproximación pretende mostrar la relación entre violencia e igualdad. No obstante, acerca de la definición de la primera por parte del Comité, interpreta la violencia como una violación de los derechos humanos, en un intento de acentuar la entidad de la misma, sin desvincularla de la igualdad, calificándola como «forma diferenciada de discriminación que debería constituir en sí misma una violación de las normas constitucionales de derechos humanos».

Por todas estas razones, las aportaciones de la Relatora al derecho internacional de los derechos humanos se basan en el reconocimiento del sistema sexo/género que puede generar relaciones de opresión, como obstáculo a la igualdad y generador de la violencia específica que se ejerce contra las mujeres. Su afirmación de las relaciones de dominio y situaciones de subordinación permite el reconocimiento y respeto de los derechos humanos de las mujeres, al introducir en el lenguaje, los mecanismos y las instituciones jurídicas (en el plano del derecho internacional de los derechos humanos) las experiencias de las mujeres. Estas aportaciones invalidan el modelo asimilacionista sobre el que se pretendía garantizar el acceso a los derechos humanos por parte de las mujeres en un primer momento.

Su mayor incidencia en el sistema de derechos humanos parte del análisis del marco conceptual creado por la Declaración de 1993. Su interpretación de la violencia como una violación de los derechos humanos, una cuestión política y una de las formas institucionalizadas a través de las cuales se manifiesta la opresión estructural de las mujeres, parte de una concepción de la igualdad en los derechos que tiene en cuenta las experiencias de las mujeres como sujetos titulares de estos derechos, configurando los parámetros bajo los cuales deben articularse los mecanismos jurídicos y/o extrajurídicos para la eliminación de esta violencia. La Relatora se ha convertido en la intérprete de la Declaración y «fiscaliza», aunque sus funciones sean muy limi-

---

<sup>18</sup> En mi opinión, forzada por su calidad de intérprete de la Convención.

<sup>19</sup> Véase nota 13.

tadas y sus informes meramente declarativos, todas las medidas relacionadas con la eliminación de la violencia contra las mujeres.

La Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer dispone en su artículo primero que «por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia 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 vida privada». A continuación, enuncia un listado abierto de actos que deben entenderse cubiertos por la definición previa. La clasificación de los mismos responde al sujeto que la causa o al ámbito en el que se producen estos actos, a saber, violencia contra la mujer en la familia, violencia contra la mujer dentro de la comunidad y la violencia contra la mujer perpetrada o tolerada por el Estado. Este marco jurídico y conceptual se configura tras numerosas iniciativas para combatir la violencia contra la mujer en y desde el sistema de Naciones Unidas<sup>20</sup>, entre las cuales se encuentra el nombramiento de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias.

Asumiendo como premisas la consideración de la violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos y una violación o efecto de la situación de opresión que, como grupo, enfrentan las mujeres, el análisis que la Relatora lleva a cabo respecto del marco conceptual anterior resulta sumamente interesante. Son sus interpretaciones de dicho marco una de sus funciones primordiales, especialmente cuando se trata de analizar los elementos del problema. Cabe advertir que sus informes no pretenden alterar en lo más mínimo el concepto establecido en la Declaración y tratará únicamente de desarrollar dicho marco. No obstante, como intérprete de la misma, aportará interesantes reflexiones.

Me interesa destacar tres aspectos, sobre los cuales incide la Relatora en sus informes y que muestran cómo articula un discurso autónomo, partiendo de los presupuestos establecidos en la normativa internacional surgida tras la Convención. El primero de ellos viene referido a la delimitación conceptual respecto de la violencia contra las mujeres. Afirmando la especificidad de esta violencia entre iguales, ejercida hacia las mujeres por el hecho de ser mujeres, distingue los caracteres de esta categoría. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con el anterior, la Relatora advierte del objetivo de este tipo de violencia. El mantenimiento del control y del poder de definición, los cuales han sido negados a las mujeres sustentando el sistema sexo/género, legitimador de esta violencia. En último lugar, la Relatora afirma la posibilidad de concebir tipos concretos de esta violencia

---

<sup>20</sup> La propia Relatora incluye en su informe 1995/42 una cronología de las iniciativas adoptadas por el sistema de Naciones Unidas para combatir la violencia, párrafos 20 a 45.

como actos de tortura. Por primera vez, un organismo institucional internacional que forma parte del sistema de Naciones Unidas introduce argumentos que pretenden mostrar la necesaria revisión de conceptos cercanos a los derechos humanos en el sentido relatado.

El concepto de esta violencia específica genera todavía hoy posiciones encontradas. Tras la aprobación de la Declaración de 1993<sup>21</sup>, el sistema de Naciones Unidas determinó el concepto referido que se ha convertido en una de las definiciones más acertadas y utilizadas. Muchos países, como es el caso del Estado español, han configurado sus ordenamientos jurídicos según la misma, pero en muchas ocasiones se ha desvirtuado<sup>22</sup>. Los primeros documentos de Naciones Unidas referidos a la violencia ejercida contra las mujeres reconocían la existencia de una violencia que afectaba desproporcionadamente a las mujeres en el ámbito familiar. Este fenómeno inició el proceso de configuración del marco jurídico para la eliminación de la violencia contra las mujeres, lo cual supuso que en un primer momento se hablara sólo de violencia doméstica o familiar.

La Relatora es clara respecto al concepto. Según la definición establecida, esta violencia se dirige contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Su especificidad no es el ámbito en el que se ejerce, ni la persona que la ejerce; se trata de una violencia ejercida contra las mujeres por ser mujeres. Por esta razón, la Relatora mantiene esta concepción, llegando a afirmar incluso que estamos ante una violencia sexista<sup>23</sup>. Importa su consideración como resultado de relaciones de poder históricamente desiguales, su carácter estructural y sistémico. Estos caracteres no pueden ser obviados por los ordenamientos jurídicos que creen mecanismos para erradicar esta violación de derechos. Se habla de violencia doméstica, de violencia masculina, de violencia en la pareja, de violencia de género... Pero la Declaración y la Relatora definen de forma concisa esta violencia y su nomenclatura para evitar regulaciones fragmentadas e insuficientes.

La definición de la violencia contra la mujer, establecida en la Declaración y modulada en los informes de la Relatora, engloba los caracteres que la conforman. El rasgo definitorio es la intención de infringir daño a un sujeto mujer por su pertenencia al sexo femenino. Se ha pretendido englobar bajo una única categoría todas las formas de violencia para poder aplicar las normas jurídicas previstas (aunque cabe recordar que la Declaración de 1993 es un documento meramente declarativo). La Relatora es consciente de la multiplicidad de las

---

<sup>21</sup> La Relatora se refiere a ella en su Informe Preliminar como «el primer conjunto verdadero de normas internacionales que tratan específicamente de este problema», párrafo 96. Previamente, en el párrafo 33 del mismo artículo la había calificado como «el primer instrumento internacional de derechos humanos».

<sup>22</sup> En mi opinión, éste ha sido el caso de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre). Véase Nota 10.

<sup>23</sup> Informe 2003/75, p. 1.

formas bajo las cuales se cometen los actos de violencia, pero si y sólo si se establece un marco conceptual de referencia se pueden articular las normas con las que hacer frente a esta violencia.

La Relatora aporta un análisis detallado de cada uno de los tipos de violencia. Su interpretación de la violencia radica en un entendimiento de la misma como producto de unas relaciones de subordinación, derivadas del sistema sexo/género legitimado a través de numerosas instancias, discursos y mecanismos sociales institucionalizados. La inclusión en los informes que presenta de estos orígenes supone el reconocimiento de una situación que debe revertir en el derecho. Todas las instancias a las que se refiere generan un sistema normativo concreto y controles informativos<sup>24</sup> en los que la violencia se legitima. La Relatora afirma que «[e]l principio básico del sistema patriarcal representa una convergencia de culturas en que la violencia o la amenaza de violencia se ha utilizado como mecanismo legítimo para aplicar y mantener ese sistema de dominación». Su afirmación afecta no sólo la concepción de la igualdad sobre la que deben construirse los ordenamientos jurídicos, sino el mismo sistema de derechos humanos.

La introducción de estos elementos en la interpretación de la violencia contra las mujeres impide los acercamientos fragmentados y amplía la responsabilidad estatal en la lucha contra la violencia. El derecho, las normas jurídicas institucionales deben configurarse para hacer frente a esta violación de los derechos humanos. También el derecho internacional de los derechos humanos. Pero no sólo articulando los mecanismos jurídicos existentes para hacer frente a la violencia, sino partiendo de la especificidad de esta violencia<sup>25</sup> y su origen. Cada tipo de actos englobado en las categorías fijadas en la Declaración necesita de una respuesta jurídica concisa, pero sin obviar los caracteres que definen esta violencia, porque de lo contrario no se estará haciendo frente a esta violencia. Por esta razón es tan relevante la labor conceptual de la Relatora; porque en sus informes se parte de una concepción de la violencia que no olvida sus caracteres y que permite enfrentarse a los sistemas simbólicos y aquellos que *de facto* la originan.

Un caso paradigmático de violencia institucional con los caracteres descritos es el control de la sexualidad de las mujeres<sup>26</sup>. La Relatora equipara las cuestiones de las relaciones históricas de poder y la

---

<sup>24</sup> Nuevos sistemas de «normatividad» afirma la Relatora. Véanse los informes 2003/75, párrafo 83 y 2004/66, párrafo 38.

<sup>25</sup> Sin negar nunca que las relaciones de dominación son diversas y pueden cruzarse, provocando situaciones de violencia en las que las mujeres no sólo vean limitados sus derechos o estén en esta situación de violencia por el hecho de ser mujer, sino también por otro motivo. Véase nota 17.

<sup>26</sup> Afirma la Relatora en su informe 2004/66, párrafo 35, que «el poder masculino, como mecanismo social institucionalizado, se utiliza para controlar la sexualidad y la capacidad reproductiva de la mujer. El honor y el prestigio de un hombre, en muchos casos, están intrínsecamente relacionados con la conducta de una mujer,

cuestión de la sexualidad femenina. La regulación de la conducta sexual de las mujeres, a través de la violencia como instrumento regulador o respuesta punitiva a su quebrantamiento, puede ser causa de la violencia y en este mismo sentido formas de «violencia que representan una agresión a la misma sexualidad»<sup>27</sup>. Interesa evaluar cómo existen actos concretos de violencia que deben entenderse como tipos de violencia contra las mujeres por su carácter sexuado. Esta concreción conceptual es interesante para distinguir ésta de la violencia general que no responde a las mismas causas.

La Relatora ejemplifica esta distinción en el caso de la violencia contra las mujeres detenidas, a través de su constatación de algunos sucesos de los que ha sido informada. Advierte como la violencia a la que se enfrentan las mujeres detenidas, en ocasiones, «no tienen una orientación sexual»<sup>28</sup>, aunque no sea ésta la tónica general en cuanto que existen muchos otros tipos de violencia en los que se tienen en cuenta el género o se «utilizan sobre la base de su percepción de las diferencias entre hombres y mujeres»<sup>29</sup>. Pretende mostrar la Relatora que debe existir esta concreción de la causa de la violencia o de la forma en la que se produce para que pueda entenderse como violencia contra las mujeres. Esta ejemplificación de «sexualización de la tortura»<sup>30</sup>, a través de la concreción de los actos, delimita los elementos clave del concepto de violencia contra las mujeres.

En este sentido debe entenderse la distinción que denuncia la Relatora en este informe de cómo la violencia sexual ejercida contra las mujeres detenidas no se ha considerado tortura en la medida en la que debería haberse hecho, pero sí se ha considerado tortura psicológica la que se ejerce contra los varones que se ven obligados a asistir a actos de violación o violencia ejercidos contra y en los cuerpos de las mujeres. Esta inexplicable distinción responde a discursos, incluso jurídicos, en los que la violencia ejercida contra las mujeres es considerada contraria a derecho sólo en aquellos supuestos en los que se entiende afectado el «honor» de los varones relacionados, de alguna forma, con la mujer en situación de violencia. Son estos supuestos denunciados

---

como en el caso de la violación [...], es una manifestación de la forma en que el hombre ejerce su poder y dominación sobre el cuerpo de la mujer».

<sup>27</sup> Véase el Informe Preliminar. Párrafo 58.

<sup>28</sup> Ver informe 1998/54, párrafo 129.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Véase el informe anterior, párrafo 130. Es sumamente interesante la distinción que denuncia la Relatora en este informe de cómo la violencia sexual ejercida contra las mujeres detenidas no se ha considerado tortura en la medida en la que debería haberse hecho, pero sí se ha considerado tortura psicológica la que se ejerce contra los varones que se ven obligados a asistir a actos de violación o violencia ejercidos contra y en los cuerpos de las mujeres. Esta inexplicable distinción responde a discursos, incluso jurídicos, en los que la violencia ejercida contra las mujeres es considerada contraria a derecho sólo en aquellos supuestos en los que se entiende afectado el «honor» de los varones, relacionados, de alguna forma, con la mujer en situación de violencia.

por la Relatora los que van conformando y reforzando los elementos sobre los que se construye el concepto establecido en la Declaración, con la inclusión de las causas y las consecuencias. Esta inclusión permite la introducción en el sistema internacional de derechos humanos de los aspectos clave para la erradicación de la violencia. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos no sólo debe hacer frente a la violencia sino a las estructuras de poder detrás de las cuales se esconden las motivaciones de esta violencia específica.

Otro ejemplo claro y definitorio de las aportaciones conceptuales de la Relatora, respecto de la violencia contra las mujeres, es su concreción de esta violencia en el hogar. En primer lugar, advierte de las diversas formas a través de las cuales se hace referencia a la violencia contra las mujeres en el hogar. Si se habla de violencia familiar, insta a que «en toda definición de la violencia familiar se incluya una definición paralela del concepto de familia»<sup>31</sup>. Cuando se refiere a ésta como violencia en el hogar, la Relatora denuncia sus implicaciones. Con la utilización de este término neutral implica olvidar los caracteres de la propia violencia. Así, afirma que «[a]l calificar ciertas formas de violencia como violencia en el hogar, han surgido definiciones basadas en el concepto original de que se trata de actos privados que ocurren en el seno de la familia. Pero toda definición rígida de la violencia en el hogar, concentrada únicamente en personas privadas legitima la dicotomía entre lo público y lo privado»<sup>32</sup>. Por esta razón, la Relatora define la violencia contra las mujeres en la familia como «toda violencia cometida en el ámbito doméstico y que se dirige contra la mujer debido a su papel en ese ámbito, o bien la violencia dirigida en forma directa y negativa a la mujer en el ámbito doméstico»<sup>33</sup>. Manifiesta a través de esta definición su interés por la concreción de los sujetos contra las que se ejerce esta violencia, las mujeres.

### 3. LA NORMA DE DEBIDA DILIGENCIA. LA ADAPTACIÓN DE UN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

De forma análoga a las aportaciones al marco conceptual sobre violencia contra las mujeres, la Relatora dedica una considerable atención a una norma o principio general del derecho internacional. El principio de debida diligencia, corolario de la responsabilidad estatal en caso de violación de los derechos humanos, es analizado en nume-

---

<sup>31</sup> «... cosa que rara vez sucede, negándose así la realidad de las mujeres cuyas experiencias no coinciden con las categorías tradicionales de la familia». Informe 1996/53, párrafo 24.

<sup>32</sup> Informe 1996/53, párrafo 26.

<sup>33</sup> Debe entenderse esta definición teniendo en cuenta su concepto amplio de «familia» (véase Nota 31) y su crítica previa a la escisión público/privado. Informe 1996/53, párrafo 28.

rosas ocasiones en los informes de la Relatora. La Declaración estableció la obligación de los Estados de «proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme, a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares»<sup>34</sup>. Esta tendencia del derecho internacional de los derechos humanos<sup>35</sup> ha supuesto la consideración de los sujetos titulares de los derechos como sujetos de derecho internacional, revirtiendo en gran medida la configuración moderna del derecho internacional público.

Esta obligación exige a los Estados responsabilidad por los actos perpetrados por sujetos particulares, y este reconocimiento para poder exigir responsabilidad a los Estados permite a las mujeres articular demandas en situación de violencia, incluyendo todo tipo de actos, desde la violencia ejercida en la pareja como aquélla que ejercen sus agentes o las fuerzas gubernamentales, y los que no lo son, en tiempos de conflicto armado. Cabe destacar no sólo el reconocimiento de la responsabilidad por actos cometidos por sujetos particulares, sino también la obligación de prevenir todo acto de violencia, lo cual permite la exigencia de responsabilidad por omisión de dicha obligación. Los informes de la Relatora acentúan no sólo los elementos de dicha obligación, con especial énfasis en el principio que nos ocupa, sino la falta de actuación estatal respecto de la violencia.

El principio de debida diligencia de los Estados es un principio del derecho internacional público cuyo desarrollo teórico para el supuesto que nos ocupa no hubiera sido necesario si las mujeres hubieran visto sus derechos efectivamente protegidos. Las aportaciones de la Relatora respecto del mencionado principio deben entenderse como una interpretación extensiva del mismo para el supuesto de la violencia ejercida contra las mujeres. Debido a ello, parte del concepto general del principio de debida diligencia, entendiendo como tal la norma «que se ha aceptado como medida para evaluar la responsabilidad del Estado en las violaciones de los derechos humanos cometidas por sujetos de derecho privado»<sup>36</sup>. Como ocurre con las aportaciones al concepto de violencia contra las mujeres, respecto de la norma de debida diligencia, la Relatora traducirá en actos concretos y la delimitación del contenido de dicho principio.

La especificidad de la violencia ejercida contra las mujeres altera las estructuras tradicionales del sistema de derecho internacional público porque el derecho (en este caso el ordenamiento internacional aunque esta crítica sea extensible a los ordenamientos jurídicos nacionales) ha interiorizado las relaciones de subordinación y se ha configurado conforme a la experiencia masculina, convirtiendo la identidad

---

<sup>34</sup> Artículo cuarto, apartado c) de la Declaración.

<sup>35</sup> La Relatora recuerda que la propia Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ya reconocía esta ampliación de la responsabilidad estatal. Informe Preliminar, párrafo 106.

<sup>36</sup> Informe Preliminar, párrafo 103.

masculina en sujeto neutro y universal de derechos. De igual modo, la ficción de la escisión público/privado permitió la exclusión de la responsabilidad estatal en el ámbito considerado privado, ocasionando, entre otras consecuencias, la no legitimidad de intervención estatal y la adscripción de los derechos exclusivamente a la llamada esfera pública. Si bien los ordenamientos jurídicos estatales empiezan a rechazar esta escisión, en el derecho internacional público sigue funcionando<sup>37</sup>. La aplicación efectiva de esta norma puede remediar el mantenimiento de esta ficción que a su vez origina la violencia<sup>38</sup>.

La Relatora es consciente de la necesidad de desarrollar este principio y lo lleva a sus últimas consecuencias. Esta norma existe en el plano del derecho internacional de los derechos humanos; se establece de nuevo en la Convención y la Declaración. Por ello, es necesaria su aplicación a los supuestos de violencia ejercida contra las mujeres. En el caso de la violencia en el hogar, afirma categóricamente que «el papel de la inacción del Estado en la perpetuación de la violencia, combinada con el carácter específicamente sexista de la violencia en el hogar, exige clasificarla y tratarla como un problema que afecta los derechos humanos y no como un mero problema doméstico de justicia penal»<sup>39</sup>. Esta afirmación precede al desarrollo conceptual del principio de debida diligencia que responsabiliza a los Estados de la perpetuación de esta violencia.

La Relatora parte de las indicaciones incluidas en su informe preliminar al respecto de dicho principio y recuerda su afirmación sobre la responsabilidad de los Estados en el Informe Preliminar 1995/42, párrafo 72, en el que dispuso que «[e]n el contexto de las normas recientemente adoptadas por la comunidad internacional, el Estado que no toma medidas para reprimir los actos de violencia contra la mujer es tan culpable como sus autores». Sin embargo, y para este supuesto concreto, su procedimiento para reconocer la responsabilidad estatal es reconocer los principios y derechos vulnerados. Su aportación reside en la interpretación de dichos derechos y principios incorporando las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos de las mujeres y a esta violencia específica. Por ello, el Estado es responsable en el caso de que ocurra esta violencia al violar el derecho a la igual protección de la ley, al ocasionar un tipo de dis-

---

<sup>37</sup> En el informe dedicado a la norma de la debida diligencia, Informe 2006/61, párrafo 60, la Relatora afirma que [l]a codificación en el derecho internacional de los ámbitos público y privado no sólo ha servido en muchas sociedades como barrera ideológica para el desarrollo del discurso de los derechos humanos, sino que también se ha utilizado para impedir ese desarrollo. En muchas partes del mundo la lucha a favor de los derechos humanos parece finalizar en el umbral del propio domicilio. Es incluso frecuente que las propias mujeres consideren la violencia en el ámbito privado como algo normal».

<sup>38</sup> La Relatora afirma en su informe 1996/53 que «es importante desarrollar un concepto amplio que describa claramente la relación entre el carácter de la violencia cometida contra la mujer y su persona privada para superar la distinción entre lo privado y lo público al tratar de la violencia», párrafo 26.

<sup>39</sup> Informe 1996/53, párrafo 29.

criminación, según como el Comité entendió la violencia, entre otras. La evolución analítica más interesante es el argumento que ofrece la Relatora para entender que esta violencia «puede interpretarse como una forma de tortura»<sup>40</sup>. Esta afirmación pone de relieve la necesaria adecuación de los mecanismos internacionales existentes encargados de velar para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos a las experiencias y violaciones de derechos a las que se enfrentan las mujeres, siendo un caso paradigmático la violencia contra ellas.

Respecto de la violencia en la comunidad, donde aparecen nuevos sistemas de normatividad no jurídicos en los que suelen conformarse los imaginarios sociales, especialmente represivos para el caso de las mujeres cuando a la sexualidad se refieren<sup>41</sup>, la Relatora asevera que una aplicación efectiva de esta norma se traduce en «una obligación positiva del Estado de remediar la situación, no sólo por la vía de la legislación sino también por un cambio fundamental en las pautas de la socialización en la cual la violencia contra la mujer parece ser más legítima»<sup>42</sup>. La responsabilidad estatal excede del ámbito jurídico y, aunque se trate de una obligación diferente de la anterior, el principio de debida diligencia implica que el Estado debe articular todo tipo de medidas encaminadas a erradicar esta violencia consciente y con la pretensión mencionada. En el mismo sentido se pronuncia la Relatora en la adición quinta al informe 2000/68, sobre «La política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer», en la que analiza nuevos tipos concretos de violencia resultado de las políticas estatales, afectando tanto a la condición jurídica de las mujeres, como a las condiciones social, cultural y económica.

El Informe 2006/61 que lleva por título «La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer» es un compendio de toda la labor de la Relatora al respecto de este principio y los presupuestos que lo inspiran. Cabe destacar que el contenido de las obligaciones estatales generadas por este principio sólo se han establecido a través de las aportaciones de la propia Relatora. En el informe 1999/68, párrafo 25, establece que, para evaluar el cumplimiento de los Estados de las obligaciones por este principio, «debían considerarse: las garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; la existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer, sensibilización del sistema de justicia penal y la

---

<sup>40</sup> Informe 1996/53, párrafos 42 a 50.

<sup>41</sup> *Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. Ref. E/CN.4/1999/68/Add.4.

<sup>42</sup> Informe 1997/47, párrafo 15.

policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer». Sólo la Relatora configura dicho contenido.

En el informe referido a la norma de la debida diligencia, se incluye, además, otros de los rasgos de este principio. Se afirma que «[e]l Estado no puede delegar su obligación de proceder con la debida diligencia, ni siquiera en situaciones en que algunas funciones son asumidas por otro Estado o por un agente no estatal»<sup>43</sup>. Para el caso concreto de la violencia contra las mujeres, debe regir el principio de no discriminación, entendido como «la obligación de prevenir, investigar, castigar y proporcionar remedios contra [esta violencia] con la misma decisión que combaten [los Estados] otras formas de violencia»<sup>44</sup>. Este principio debe aplicarse de buena fe, entendiendo que «los Estados deben adoptar medidas positivas para asegurarse de que los derechos humanos de la mujer se protegen, respetan y ejercen [...]. El principio de debida diligencia exige más que «la promulgación de prohibiciones formales»<sup>45</sup>. Finalmente, añade «la obligación de garantizar que las intervenciones concebidas para prevenir y responder a la violencia contra la mujer se basen en datos empíricos exactos»<sup>46</sup>, la cual permitiría ofrecer criterios fiables para la evaluación de las medidas adoptadas para la eliminación de la violencia.

Como indica la Relatora en la adición cuarta al Informe 1999/68, párrafo 46, p. 14, «[e]l hecho de que el gobierno no se ocupe de las causas de violencia contra la mujer que podrían prevenirse constituyen también una afrenta a los derechos humanos de la mujer. Para ser verdaderamente universal, la legislación internacional de derechos humanos debe aplicarse tanto para exigir a los Estados que adopten medidas preventivas y curativas eficaces con respecto a la violencia contra la mujer, como para ofrecer a la mujer la capacidad de lograr su propio poder de decisión, seguridad y autodeterminación. Específicamente, los tratados internacionales de derechos humanos piden a los Estados que adopten medidas para asegurar los derechos de la mujer, incluidos los derechos de la mujer a ser libre mediante sus nuevas capacidades, de todas las formas de discriminación y violencia, a lograr sus derechos a la libertad y a la seguridad, y a tener acceso a los servicios de salud, incluidas la información y la educación en materia de salud, y a los servicios sociales necesarios de tratamiento, y para impedir que sean víctimas de todas las formas de violencia».

---

<sup>43</sup> Informe 2006/61, párrafo 34.

<sup>44</sup> Informe 2006/61, párrafo 35.

<sup>45</sup> Informe 2006/61, párrafo 36.

<sup>46</sup> Informe 2006/61, párrafo 37.

La Relatora configura esta norma con el propósito de adecuar los mecanismos existentes en el derecho internacional de los derechos humanos a la eliminación de la violencia contra las mujeres. Su labor, entendiendo como tal los numerosos informes emitidos desde 1994, responde al propósito que originó su nombramiento; la afirmación de los derechos humanos de las mujeres, a través de la integración de los mismos en el sistema general de derechos humanos. Debido a ello se convierte en un organismo fundamental en el sistema de derechos humanos, contribuyendo a su (re)construcción teórica y su promoción y protección efectiva.

#### 4. CONCLUSIONES

Las mujeres habían sido excluidas del sistema de derechos humanos, como sujetos titulares de los derechos. La violencia ejercida contra ellas representa una de las violaciones de los derechos humanos más frecuentes. El sistema internacional de derechos humanos se mostraba insuficiente ante esta problemática que los movimientos de mujeres *sacaron* del ámbito privado. Esta violencia ha sido, y sigue siendo todavía, legitimada en discursos sociales y jurídicos. Sin embargo, desde 1993, el sistema ONU empezó a enfrentarse a ella con la *Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer* y otras medidas encaminadas en la misma dirección.

El nombramiento de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, fue una de las iniciativas de Naciones Unidas para combatir la violencia contra las mujeres. Las consecuencias de su nombramiento pueden analizarse por la recepción de sus informes en las declaraciones y otros documentos de los distintos órganos y organismos de Naciones Unidas e, incluso, en numerosos informes de organizaciones internacionales y nacionales que luchan por el cumplimiento efectivo de los derechos humanos. Es por esta razón por la que sus aportaciones a conceptos como el de la violencia contra las mujeres, la igualdad o el principio de debida diligencia, inciden en el sistema general de derechos humanos.

Este sistema se mostró insuficiente cuando la comunidad internacional asistía a las violaciones de los derechos más fundamentales dirigidas contra las mujeres en el conflicto bélico acaecido en la antigua Yugoslavia. Este sistema reconocía formalmente la titularidad de los derechos, pero fue necesario un proceso de integración de los derechos humanos de la mujer. No en vano, ésta es la forma en la que los informes de la Relatora se presentan. Las medidas concretas en las que los derechos humanos de las mujeres se promueven y protegen son muestra de su exclusión del sistema de derechos humanos. La atención dirigida sobre la violencia contra las mujeres, como violación grave de los derechos, supone una afirmación de estos mismos derechos.

La Relatora adapta el entramado institucional creado desde la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la*

*mujer* al supuesto concreto de la violencia. Es consciente que la violencia es sólo una manifestación de la situación de subordinación de las mujeres como grupo. La lucha por los derechos humanos debe partir de diversos frentes, no sólo en la eliminación de la violencia. Pero no es menos cierto que si esta violencia persiste, dicha situación de subordinación se mantiene. Es importante delimitar el principio de igualdad que debe regir en el sistema de derechos humanos. Y en las aportaciones de la Relatora se comprueba el cambio de paradigma sobre el que se reconocen, promueven y protegen los derechos humanos de las mujeres al mostrarse insuficiente el modelo asimilacionista.

El concepto de violencia contra las mujeres se establece en 1993, en la Declaración mencionada. Las funciones de la Relatora convierten a este organismo en el máximo intérprete de la Declaración, y serán sus informes, junto a la Declaración, los que (re)configurarán el marco conceptual de referencia sobre violencia contra las mujeres. Un análisis detallado de los mismos permite extraer algunas modulaciones que la Relatora lleva a cabo, así como las consecuencias de la identificación de los elementos claves de la violencia, incluyendo sus causas y consecuencias.

Cuando la Relatora se refiere a cada uno de los tipos de violencia, conforma el marco conceptual de referencia, siendo consciente de la necesaria relación entre la violencia y la igualdad. Sus indicaciones acerca de cada una de las cuestiones tratadas se encuentran conexas en cada uno de sus informes. El tratamiento de la igualdad que realiza le lleva a afirmar rotundamente la persistencia de un sistema basado en relaciones de dominación/subordinación entre hombres y mujeres, un sistema de «dominación patriarcal», en coexistencia con otras formas de opresión que no le pasan desapercibidas. La violencia es una manifestación del mismo a la par que una forma de legitimación. Por ello, sus aportaciones al sistema general de derechos humanos se basan en la introducción de dicho sistema. Las normas de derechos humanos deben tener en cuenta esta forma de opresión para erradicar la violencia.

Este procedimiento posibilita la delimitación del concepto de la violencia contra las mujeres, acentuando los rasgos de la misma. Su carácter estructural, sistemático y la artificiosidad de los discursos, prácticas e instituciones que la generan. No hay posibilidad de confusiones terminológicas válidas cuando la Relatora configura un concepto que se introduce en el sistema de derechos humanos. Con anterioridad a sus informes, la consideración de la violencia contra las mujeres como una cuestión de derechos humanos quedó clara con la Declaración. Tras ellos, el propio sistema de derechos humanos debe reconstruirse a la luz de sus aportaciones. El paradigma de igualdad sobre el que se basó la Convención es insuficiente, como bien ha mostrado la Relatora.

De un modo parecido, su posicionamiento le ha permitido cumplir con otra de sus funciones, a saber, la identificación de nuevas formas de violencia. En 1993, la comunidad internacional fue consciente de la necesidad de abordar una cuestión que se consideraba al margen de los derechos humanos. Con la Relatora, las nuevas formas de violen-

cia que se identifican son tipos de violencia debido a los cambios que se producen en las sociedades. Su denuncia de las constantes violaciones de derechos a las que se enfrentan miles de mujeres, por la desprotección jurídica de sus derechos, se convierte en un mecanismo de promoción y protección efectiva de estos derechos.

Es cierto que sus informes carecen de fuerza jurídica vinculante para los Estados. No obstante, su labor la ha convertido en un mecanismo de integración de los derechos humanos de las mujeres en el sistema general de los derechos humanos. La Relatora ha reafirmado la responsabilidad estatal por las violaciones de los derechos humanos de las mujeres a través de un análisis de la norma de debida diligencia, en función de la especificidad de esta violencia. Ha configurado los criterios bajo los cuales deben medirse las actuaciones estatales y las medidas adoptadas para la eliminación de la violencia, sin olvidar que esta violencia viola los derechos humanos. Por esta razón, los Estados que no cumplen sus obligaciones son cómplices, cuando no agentes directos, de esta violencia y del incumplimiento de los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> José y MESTRE I MESTRE, Ruth: «Violencia contra las Mujeres: discriminación, subordinación y derecho». En *La nueva Ley Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Coord. Javier Boix Reig y Elena Martínez García. Madrid. Iustel. 2005, pp. 31-63.
- BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus Discriminación y Acción Positiva versus Igualdad de Oportunidades». *Revista Vasca de Administración Pública*. Instituto Vasco de la Administración Pública. Núm. 60. Mayo-agosto (2001), pp. 145-166.
- CRENSHAW, Kimberlé W.: «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color». En Martha Albertson Fineman, Rixanne Mykitiuk (Eds.) *The Public Nature of Private Violence*. Routledge. Nueva York. 1994, pp. 93-118.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Tercera edición. Trotta. 2002.
- L. M. DE BROUWER, Anne-Marie: *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence. The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*. School of Human Rights Research Series, Vol. 20. Intersentia. Antwerpen-Oxford. 2005.
- MESTRE I MESTRE, Ruth M.: *La caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*. València. Publicacions de la Universitat de València. 2006.
- RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER CON INCLUSIÓN DE SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. *Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias* Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, incluido en un documento de la Comisión de Derechos Humanos, bajo el título de *Ulterior promoción y fomento de los Derechos Humanos y las*

- Libertades Fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros enfoques y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales.* Ref. E/CN.4/1995/42.
- Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros criterios y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. *Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión.* Ref. E/CN.4/1996/53.
- Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros criterios y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. *Informe de la Relatora Especial, Sra. Radhika Coomaraswamy, sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias.* Referencia E/CN.4/1997/47.
- Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión. Otros criterios y medios que ofrece el sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. *Informe presentado por la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión.* Ref. E/CN.4/1998/54.
- Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen.* Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. Adición. Ref. E/CN.4/1999/68/Add.4.
- Informe sobre la política económica y social y sus efectos sobre la violencia contra la mujer,* Informe E/CN.4/2000/68/Add.5
- Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. Violencia contra la mujer.* Ref. E/CN.4/2003/75.
- Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer.* Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Ref. E/CN.4/2004/66.
- Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer.* Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Ref. E/CN.4/2006/61.
- RUBIO, Ana: «Igualdad y Diferencia. ¿Dos Principios Jurídicos?». *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.* Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. Núm. 4. Año II. Enero-junio (1995), pp. 259-289.

# Relación entre razón práctica, justicia y ley. Relevancia actual de la perspectiva aristotélico tomista

Por DIEGO POOLE DERQUI  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

## RESUMEN

*El presente trabajo versa, en primer lugar, sobre los primeros principios de la ley natural, considerados como principios del obrar, subrayando la diferencia entre la teoría «neoclásica» (Grisez-Finnis) y la de Aristóteles y Sto. Tomás. En el segundo apartado se estudia la articulación de los primeros principios en la estructura del razonamiento práctico, haciendo ver que la razón práctica no consiste en aplicar normas a los casos. En el tercer capítulo se presenta una noción de bien común como un concepto arquitectónico en vista del cual tiene sentido, no sólo la propia ley, sino también la misma existencia humana. En el capítulo cuarto se muestra que las principales críticas modernas contra el iusnaturalismo son críticas contra el iusnaturalismo racionalista, y se hace ver la pertinencia de la crítica de la falacia naturalista si se aplica contra el iusnaturalismo racionalista. Por último, se intenta justificar un concepto analógico de la ley como recta disposición de las partes hacia el bien común.*

Palabras clave: «ley natural», «razón práctica», «razonamiento moral», «primer principio de la razón práctica», «principios de la ley natural», Grisez, Finnis, Sto. Tomás de Aquino.

## ABSTRACT

*In this work we deal with the first principles of natural law, considered as principles of acting, but noticing the great difference between the Grisez-Fin-*

*nis theory and Aristotle's. Then we study the articulation of those principles in the structure of practical reasoning, noticing that practical reason does not consist in applying rules to the cases. In the third chapter we try to explain that the common good is an architectonic concept in view of which makes sense, not only the law itself, but also the same human existence. In the fourth chapter we explain the virtue of justice underlining the sense of aristotelic general justice. In the fourth chapter, we try to show how the modern criticisms against the natural law tradition are mainly directed against the rationalistic natural law theory. In the last chapter, we deal with the concept of law as analogical term, as the correct disposition of the parts towards the common good.*

*Key words: «natural law», «practical reason», «basic human goods», «first principle of practical reason», «principles of natural law», «Common good», Grisez, Finnis, Aquinas.*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL PRIMER PRINCIPIO Y DE LOS DEMÁS PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL.—2. UN ESTUDIO DE LA ARTICULACIÓN DE TALES PRINCIPIOS EN LA ESTRUCTURA DEL RAZONAR PRÁCTICO.—3. UN PLANTEAMIENTO DEL BIEN COMÚN COMO FIN ÚLTIMO DE LA EXISTENCIA HUMANA.—4. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL LUGAR QUE OCUPAN LAS VIRTUDES MORALES, Y ESPECIALMENTE LA VIRTUD DE LA JUSTICIA, EN TODO ESTE PROCESO.—5. LA CRÍTICA MODERNA CONTRA EL IUSNATURALISMO SE DIRIGE CONTRA EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA.—6. UNA REFORMULACIÓN DE LA CONCEPCIÓN ANALÓGICA DE LA LEY COMO RECTA ORDENACIÓN DE LAS PARTES HACIA EL BIEN COMÚN COMO FIN.

## INTRODUCCIÓN

La imagen del «esencialismo iusnaturalista» desarrollada por Suárez —en supuesta continuidad con Sto. Tomás— ha adulterado y desfigurado la estructura genuina del razonar práctico tal y como fue concebida por Aristóteles y luego desarrollada fielmente por Sto. Tomás. En cierta manera también se debe a Suárez la distorsión de la noción de principios de la ley natural, en la medida en que pierde de vista la diferente naturaleza de las premisas en los razonamientos especulativos y en los prácticos. La crítica de la falacia naturalista que desde Hume se viene haciendo contra el «iusnaturalismo clásico», es pertinente y adecuada cuando se aplica a la teoría de Suárez o a cualquier iusnaturalismo de corte racionalista, que, por otra parte, en los últimos tres siglos se nos ha presentado como si se tratara de la «teoría clásica de la ley natural».

Gracias en buena medida a los estudios sobre Aristóteles realizados por Anscombe<sup>1</sup> y Nussbaum<sup>2</sup>, que reivindican la especificidad del razonamiento práctico tal y como lo concibió el Estagirita, y gracias también a los autores neoclásicos que se inspiran en la filosofía moral de Grisez,<sup>3</sup> se ha abierto toda una línea de reflexión que pone en entredicho una imagen convencional de un iusnaturalismo que en realidad poco tiene que ver ya con las doctrinas de los autores —especialmente Aristóteles y Sto. Tomás— sobre los que teóricamente se fundamentaban<sup>4</sup>.

En el ámbito de la filosofía *moral*, quizá los que están desarrollando con mayor éxito la especificidad del razonamiento práctico sean el profesor suizo Martin Rhonheimer y el italiano Giuseppe Abba<sup>5</sup>. En cambio, en el ámbito de la filosofía *jurídica* europea, todavía estamos ante un trabajo por hacer. Pensamos que esta labor podría realizarse a

<sup>1</sup> ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, Cornell University Press, Ithaca New York, 1979 (1957) y «Modern Moral Philosophy», en *Philosophy*, vol. 33, núm. 134 (January 1958).

<sup>2</sup> Cfr. CRAVEN NUSSBAUM, M., *Aristotele's De Motu Animalium*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1985 (1978), especialmente el cuarto ensayo, pp. 165-220.

<sup>3</sup> Una obra clave que marca el inicio de esta línea de reflexión es la obra de Germain Grisez: «The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa theologie, 1-2, Question 94, Article 2», en *Natural Law Forum*, n. 10, (1965), reeditada en numerosas publicaciones. La he traducido recientemente al castellano en *Persona y Derecho*, n. 52, 2005, pp. 275-339. La traducción viene precedida de un magnífico estudio introductorio escrito por el profesor Eduardo Ortiz. En ese mismo número de *Persona y Derecho* he publicado un extenso comentario a la teoría de Grisez soincipios en contraste con Sto. Tomás (pp. 339-395)

<sup>4</sup> En el caso de los filósofos que se autoencuadran en lo que ellos llaman «movimiento neoclásico», conviene advertir que, aunque proponen un renovado estudio de Aristóteles y Sto. Tomás, no por eso son un reflejo fiel de su pensamiento. Esta parcial «infidelidad» tiene especial relevancia en el caso de Grisez, ya que puede considerarse el precursor de dicho movimiento. En cambio, Finnis, aunque en ocasiones intenta mostrar la complementariedad entre el pensamiento de Grisez y el de Sto. Tomás, parece advertirse una creciente adhesión a la obra del Aquinate en aquellas cuestiones que parecen incompatibles con Grisez.

<sup>5</sup> De las obras de Giuseppe Abba consideramos especialmente relevantes para este tema las siguientes: *Lex et Virtus, Studi sull'evoluzione della dottrina morale di san Tommaso d'Aquino*, LAS, Roma, 1983, *Quale impostazione per la filosofia morale?*, LAS, Roma 1996, y *Felicità, vida buena y virtud*, Ediciones Internacionales Universitarias, Eiusa, Barcelona 1992 (1989). Y el artículo «A Christian Moral Principles di G. Grisez e la Secunda Pars della Summa Theologiae», en *Salesianum* 48 (1986) pp. 637-680. Del suizo Martin Rhonheimer la obra más significativa es sin duda *Ley natural y razón práctica, una visión tomista de la autonomía moral*, Euisa, Pamplona, 2000 (1987); esta extensa obra suya también ha sido traducida del alemán al inglés y al italiano. Hay un artículo de Rhonheimer donde presenta en síntesis muy clara su filosofía moral: «La legge morale naturale: conoscenza morale e coscienza. La struttura cognitiva della legge naturale e la verità della soggettività», en *Ars Interpretandi*, 7, 2002, pp. 47-78 (también está recogido en la obra conjunta editada por Juan de Dios Vial y Elio Sgreccia, publicada por la Pontificia Academia Pro Vita: *Natura e Dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita, Atti dell'ottava Assemblea Generale della Pontificia Accademia per la vita*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2002).

partir de un renovado estudio del pensamiento de Aristóteles y de Sto. Tomás, a la luz de las recientes aportaciones sobre la naturaleza del razonamiento práctico y moral.

Con este trabajo tratamos de reintroducir en el ámbito del pensamiento iusfilosófico las reflexiones sobre el razonamiento práctico que, con tanto éxito, se están desarrollando en el ámbito de la filosofía moral. Con este fin, distinguimos los siguientes puntos de reflexión: 1) Una reelaboración de la interpretación del primer principio y los demás principios de la ley natural, incorporando críticamente muchos de los argumentos del neoclasicismo anglo americano. 2) Un estudio de la articulación de tales principios en la estructura del razonar práctico. 3) Una reflexión sobre el lugar que ocupan las virtudes morales, y especialmente la virtud de la justicia, en el proceso del razonar práctico. 4) Una renovada argumentación sobre la impertinencia de la crítica de «falacia naturalista» vertida contra el iusnaturalismo. 5) Un planteamiento del bien común como fin último de la existencia humana, haciendo ver cómo se compenetran sin devaluarse, antes bien potenciándose, la comunidad y la persona; y, por último, 6) Una reformulación de la concepción analógica de la ley como recta ordenación de las partes hacia el bien común como fin.

## 1. UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL PRIMER PRINCIPIO Y DE LOS DEMÁS PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL

Los principios de la ley natural son principios del obrar. Los principios del obrar constituyen las premisas de los razonamientos prácticos. Tales premisas son los fines o bienes en vista de los cuales se articula el razonamiento práctico. Si estas premisas son objetivos de la acción, no son normas muy generales: sólo en vista de tales fines, y con posterioridad al conocimiento de los mismos, hacemos las normas, con las que describimos esos fines y determinamos los medios para conseguirlos. Si se llaman principios, es porque por ellos comienza el razonamiento práctico, pues el razonamiento práctico comienza siempre por un fin apetecido, que es último en la consecución. Si los principios del razonar práctico son fines de la acción, serán tanto más principios cuanto más postreros sean tales fines. Y si es no podemos decir que el hombre pueda tener varios fines últimos, por el mismo motivo tampoco podemos decir que tenga *varios* «*primeros* principios» (todos con el mismo grado de ultimidad, se entiende). No es lógico pensar que el hombre pueda tener varios fines últimos, porque, de lo contrario, habría que admitir que el hombre es un ser naturalmente *amorfo*, pues podría realizarse igualmente en cualquier dirección y de cualquier manera, cosa que la experiencia común desmiente. Esto lo explica Sto. Tomás diciendo que el fin último de una sustancia es su última forma, hacia la que tiende por naturaleza, y que el

hombre normalmente alcanza tal fin mediante sus acciones moralmente buenas, porque el criterio *fundamental* de la moralidad del actuar humano –como veremos más adelante– se determinará *en última instancia* en vista del fin último. Subrayamos *en última instancia* porque un conocimiento aproximativo de la moralidad de nuestras acciones nos viene ya dado por una cierta congruencia de cada acción con el dinamismo apetitivo propio del hombre. Por otra parte, es un hecho evidente la gran mayoría de los hombres experimentan una cierta atracción hacia unos mismos bienes (por ejemplo, hacia la salud, hacia la unión conyugal, el conocimiento...). Dicho con otras palabras, el hombre se encuentra, mediante sus apetitos, naturalmente referido a ciertos fines o bienes. Y es precisamente porque tenemos apetitos de ciertos bienes, por lo que razonamos prácticamente: una persona que no tuviera ningún fin determinado que conseguir, esto es, una persona completamente *apática*, no tendría *inclinación* a deliberar, y por tanto, ni siquiera podría hacer razonamientos prácticos.

Por su movimiento apetitivo cada animal se encuentra tendiendo hacia su bien propio. Los animales irracionales satisfacen sus apetitos o instintos sin saber por qué los satisfacen, o al menos, sin percibir la jerarquía interna entre sus propios apetitos, y por supuesto, sin ser conscientes de que, al procurar su propio bien, posibilitan que a su vez otros animales puedan también tender eficazmente al suyo propio. El hombre, como cualquier animal, también se encuentra apeteciendo bienes que él mismo no elige apetecer, pero, a diferencia de los animales irracionales, puede elegir satisfacerlos o no. Presupuesto de toda elección es la existencia de un apetito en vista del cual se elige una cosa u otra. Y en la jerarquía de apetitos hay un apetito que el hombre no puede dejar de elegir: es el apetito de felicidad, plenitud, de bien irrestricto, o comoquiera llamarse. Nadie, en su sano juicio, puede elegir no ser feliz. Es, por lo tanto, en vista de este apetito como ha de fijarse la medida justa en la satisfacción de los apetitos a él subordinados. El hombre, gracias a una adecuada instrucción y mediante el ejercicio reiterado de acciones correctas, va acostumbrando a sus apetitos inferiores a apetecer en la medida justa, para que todos y cada uno de sus apetitos jueguen en favor del apetito de felicidad. Ciertamente, todos los apetitos tienen una orientación originaria hacia su bien propio correspondiente, y todos tienen entre sí una correlación natural, de tal manera que los apetitos inferiores están al servicio y son integrados en los apetitos superiores. Por ejemplo, el apetito nutritivo está al servicio de (y se integra bajo) el apetito más general de la conservación en el ser, que, a su vez, está subordinado a un apetito más general de plenitud o felicidad (gracias a que el hombre huye pasionalmente de la muerte, puede realizar otros bienes para los que vive, porque el ser inteligente no se contenta con vivir por vivir, sino por hacer algo con su vida). Todo esto no significa que el hombre se plantee siempre, cada vez que actúa, esta subordinación y jerarquía de bienes apetecidos. Significa sencillamente que, cuando se para a pen-

sar, puede conocer esta subordinación de apetitos, y puede incluso dejar relativamente insatisfecho algún apetito inferior en orden a satisfacer mejor un apetito superior. El hombre virtuoso es aquel que tiene tan domesticados sus apetitos, que todos apetecen conforme al apetito racional de felicidad.

Los apetitos más acuciantes son los más básicos, como el apetito nutritivo o el apetito sexual, porque de su insatisfacción normalmente se deriva una alteración psicósomática. *Pero, el rango en la jerarquía de los apetitos no viene determinado por su respectiva acuciosidad, sino por su mayor o menor ultimidad.* Hemos visto que en esta jerarquía de apetitos hay un apetito que no sirve a ningún otro, y a cuyo servicio están todos los demás. El hombre, en la medida en que se va desarrollando intelectualmente, va identificando mejor este apetito, aunque dicho apetito fundamental está presente y es operativo, *por medios de los demás apetitos*, desde el inicio de su vida: todo lo que el hombre hace desde que viene a este mundo, lo hace porque consciente o inconscientemente busca la felicidad. Sólo con el tiempo el hombre va dándose cuenta de que la vida tiene *un sentido*, de que hay un apetito dominante, de que la vida propiamente humana no es un sucederse de satisfacciones apetitivas deslavazadas, sino que todo lo que *apetece lo apetece porque es integrable* en un proyecto unitario, en vista de un fin apetecido por sí mismo. En la medida en que el hombre va madurando, va integrando sus apetitos. El niño glotón, por poner ejemplo muy sencillo, no ha impuesto a su apetito nutritivo la medida que deriva del apetito de un bien superior, como es el apetito de conservar la salud. El niño glotón, y en general las personas poco maduras, no perciben la concatenación de la jerarquía apetitiva en virtud de la cual los apetitos superiores establecen la medida de los inferiores (la plenitud de la madurez la podríamos identificar con una integración adecuada de los apetitos, o lo que es lo mismo, con la misma vida virtuosa).

¿Por qué esta referencia a los apetitos cuando queremos hablar del primer principio y de los demás principios de la ley natural? Porque en el orden práctico el primer principio es el último fin apetecido —a no ser que se conciba el primer principio como forma de todo razonar práctico—, y todos los apetitos existen en orden y al servicio del último fin<sup>6</sup>. Los bienes naturalmente apetecidos por el hombre serán principios de la ley natural en cuanto que, en vista de ellos, se articule el razonamiento práctico, y en cuanto que tales bienes tengan razón de medio para alcanzar otros bienes superiores. Los apetitos naturales son, por eso, ciertos indicios de moralidad, pero no son el criterio decisivo.

---

<sup>6</sup> Una exposición más elaborada sobre el primer principio de la razón práctica la he publicado en mi artículo: «Grisez y los primeros principios de la ley natural», en *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005, pp. 339 y ss.

Si no puede haber varios «primeros principios», o lo que es lo mismo, varios fines últimos, todos aquellos fines que no sean el último fin, serán fines sólo en cuanto que son medios para la consecución del fin último. Y serán medios tanto más valiosos en la medida en que sean más necesarios para la consecución del fin último. Por lo tanto, parece que es posible establecer una jerarquía objetiva entre esos fines-medios por razón de su mayor o menor *necesidad* para la consecución del fin último, que es totalmente necesario. Con esta perspectiva quizá se pueda interpretar mejor el elenco de «bienes humanos» descritos por Sto. Tomás en el art. 2, de la q. 94 de la I-II, y podamos enmarcar adecuadamente la teoría de los «bienes humanos básicos» desarrollada a partir de Grisez (con la diferencia que aquí los consideraremos bienes básicos en función de su mayor o menos necesidad para la consecución del fin último).

## 2. UN ESTUDIO DE LA ARTICULACIÓN DE TALES PRINCIPIOS EN LA ESTRUCTURA DEL RAZONAR PRÁCTICO

¿Se puede concluir de lo que acabamos de decir que un razonamiento práctico correcto es por eso mismo un razonamiento moralmente bueno? No necesariamente. Lo esencial de un silogismo práctico –un razonamiento práctico puede constar de muchos silogismos prácticos– es la existencia de una premisa mayor que es un objetivo a conseguir mediante la acción, en vista del cual se *eligen* los medios que se estiman más aptos para conseguir dicho fin. Y así cada silogismo práctico será tanto mejor cuanto más adecuadamente disponga u ordene los medios para conseguir el fin establecido en la premisa mayor. La premisa mayor es un acto apetitivo –enjuiciado en forma proposicional– de un bien al menos aparente, y la conclusión de cada silogismo práctico es siempre una *decisión* por la que se *elige* el medio que se estima más adecuado para lograr el fin de la premisa mayor. Que luego la ejecución material del acto elegido pueda ser realizada por otra persona distinta de quien realiza el razonamiento práctico, no priva de responsabilidad a quien eligió esa medida –esta consideración es importante para la filosofía del derecho–. Lo propio del razonar prácticamente es disponer (eligiendo) que una cosa se haya de hacer (fin) por medio de otra u otras (medios elegidos)<sup>7</sup>. La premisa mayor de cada silogismo práctico es, por tanto, la formulación de un deseo de un objetivo, y la conclusión (elección) del mismo también es un deseo de un objetivo, porque éste es apetecido en virtud del apetito

<sup>7</sup> Hasta tal punto es así en la doctrina de Sto. Tomás, que incluso el mismo imperar y el pedir o suplicar son también actos de la razón práctica, porque suponen una cierta ordenación en cuanto que el hombre dispone que una cosa se ha de hacer por medio de otra (cfr. DE AQUINO, T.; *Suma Teológica, II-II*, q. 83, a.1).

del fin que constituye la premisa práctica mayor (el mismo Aristóteles explica que toda elección es un apetito de un bien a nuestro alcance). Y aunque tanto la premisa mayor del silogismo práctico como su conclusión (decisión) se puedan formular proposicionalmente, presuponen actos apetitivos controlados por la razón.

La calificación moral de un razonamiento práctico se determina en función de la aptitud que tenga dicho razonamiento para ser integrado y asumido en lo que podríamos llamar el *macro razonamiento práctico de la vida personal como un todo*<sup>8</sup>. La cuestión fundamental será entonces determinar si hay un objetivo único que otorgue sentido a todas las acciones que hacia él se encaminan. Tal objetivo sería el primer principio del obrar, esto es, el primer principio de la razón práctica. Y si hay tal objetivo único, en vista del cual se valora la aptitud o no de las acciones para conseguirlo, la cuestión decisiva será determinar si ese objetivo puede ser elegido libremente por cada cual, o si por el contrario, nos viene dado con la naturaleza.

Si en contra de lo que podríamos llamar las «filosofías casualistas», para las que todo es fruto del azar o casualidad, defendemos una tesis causalista, y por lo tanto, finalista; esto es, si defendemos que la realidad, incluida la realidad de la existencia humana, está finalizada, entonces el hombre puede *buscar* (no inventar) *el sentido*, que es el fin de su propia existencia, y, puede, mediante sus elecciones, adecuarse a él o rechazarlo<sup>9</sup>. De manera análoga a como llamamos *verdad especulativa* a la ade-

---

<sup>8</sup> Esta tesis no tiene nada que ver con la moral de la «opción fundamental» según la cual la moralidad vendría determinada por una elección radical de un fin bueno, con relativa independencia de las acciones cotidianas concretas; precisamente lo que defendemos es todo lo contrario: que la moralidad de *cada acción* ha de valorarse teniendo también en cuenta su potencial integración en un proyecto de vida como un todo.

<sup>9</sup> En este sentido es muy significativa la siguiente cita de Jacques Monod: «... de ahí se sigue con necesidad que únicamente y sólo el azar es el fundamento de cualquier innovación, de cualquier creación en la naturaleza animada. El puro azar, nada más que el azar, la libertad absoluta y ciega como fundamento del maravilloso edificio de la evolución. Este conocimiento central de la moderna biología no es ya hoy día una sola de las muchas hipótesis posibles o, por lo menos, concebibles; es la única hipótesis imaginable, porque ella sola se funda en los hechos de la observación y de la experiencia». Jacques Monod: *El azar y la necesidad*, Barral, Barcelona 1989. Pero lo cierto es que precisamente el gran desarrollo que experimentó la cultura occidental en contraste con las del resto del mundo, se debió a la negación del caos y a la afirmación del cosmos. El gran presupuesto sobre el que se funda el desarrollo de la cultura occidental fue la idea de que el mundo es lógico, de que el mundo tiene un sentido, y el hombre puede conocerlo. La realidad es lógica, no es puro azar. Por lo tanto, el conocimiento no son juegos florales, no es buscar formas a las nubes, formas que proyecta nuestra imaginación o nuestros sentimientos, sino la búsqueda del sentido real en las cosas, que nos precede y nos vincula. Afirmar que el universo es cosmos es lo mismo que reconocer que tiene un orden, y por lo tanto, un sentido, un fin que lo justifica, porque el azar es ciego y caótico. Por lo tanto, la aceptación de un sentido o un fin natural no es una opción tan válida como su contraria. Pero, el aceptar que la existencia del hombre está naturalmente finalizada, no justifica la obligatoriedad de la naturaleza mientras no se logre conocer que ésta responde a un proyecto omnisciente de

cuación de la mente a una realidad que nos precede y nos vincula, podemos hablar también de *verdad moral* para referirnos a aquellas decisiones humanas en las que elegimos los medios que realmente nos conducen hacia el fin último. *En este caso la verdad o falsedad moral no se toma primariamente de una supuesta adecuación o no a la «esencia», sino de su mayor o menor aptitud para conseguir el fin. Por lo tanto, lo que precisa la reflexión moral no es tanto hablar en términos de esencias, sino de fines.* El conocimiento de la esencia es consecutivo al conocimiento de los fines, que es lo decisivo<sup>10</sup>.

¿Significa esto que no se puede comenzar a razonar *prácticamente* si no es en vista de un primer principio unificador de la vida como un todo? Razonar *prácticamente* sí se puede, lo que no se puede es fundamentar cabalmente un *razonamiento moral*. –Antes de continuar es preciso dejar clara la distinción entre *la moralidad de un juicio práctico y el juicio especulativo sobre la moralidad de ese juicio práctico*: cuando hacemos un juicio práctico, esto es, cuando deliberamos y elegimos algo, estamos actuando moralmente y en cierto sentido juzgando moralmente, pero no necesariamente estamos haciendo un juicio relativo al fin último; esto lo empezamos a hacer cuando reflexionamos especulativamente sobre la moralidad de un juicio práctico–. Ya hemos visto antes que los apetitos del hombre tienen una jerarquía, y que los apetitos de ciertas cosas posibilitan o hacen más fácil el logro de bienes superiores también apetecidos, y también hemos visto que, en la medida en que una persona desarrolla su inteligencia, es más capaz de percibir esa jerarquía apetitiva, precisamente porque es más capaz de apreciar bienes superiores (en esto consiste fundamentalmente la educación, en saber apreciar las cosas mejores). Las acciones por las que procuramos los bienes correlativos a los distintos apetitos son moralmente buenas en la medida en que son *integrables* en el apetito fundamental del fin último. Esto no significa que las decisiones que tomamos cada día –que por ser libres, tienen trascendencia moral– vayan precedidas por una reflexión explícita sobre el fin último (ya los clásicos distinguían entre intención real e intención virtual). Lo que

---

un Ser Divino. Todo intento por justificar racional y absolutamente una moral sin Dios está avocado al fracaso, ya sea porque desemboca en un naturalismo ingenuo, que no da razón de la obligatoriedad de la naturaleza, o bien porque degenera en un voluntarismo arbitrario, que es lo más frecuente. La tendencia tantas veces renovada de negar normatividad moral a la naturaleza es una actitud razonable por parte de aquellos que no ven en ella más que un producto casual (no causal) sobre la que cada cual le puede imponer el sentido que quiera. Un ejemplo gráfico es el del travestismo: es muy significativo el eslogan «nació en un cuerpo equivocado», de tal manera que cada cual será lo que quiera ser, porque no habría *razón* que justificara el dominio de una naturaleza *ciega* sobre la voluntad humana. Cada cual se identificará con el papel que quiera asumir en la vida social. No se admitirá que la naturaleza imponga nada. Si la naturaleza no impone límites, entonces los que hay no son más que imposiciones socio culturales, de las que hay que despojarse.

<sup>10</sup> FINNIS, Jonh deja esto bien claro a lo largo de todo su libro: *Fundamentals of Ethics*, Oxford-New York. Clarendon Press, 1983.

significa es que cuando nos paramos a reflexionar sobre la moralidad o no de tales acciones, es inevitable que nos preguntemos sobre su aptitud o no para lograr el fin que consideramos último en nuestra vida. Esto es así porque el juicio reflexivo moral es un juicio que califica a la persona como persona. Cuando comparamos la aptitud de la acción para lograr un fin no último, como por ejemplo, la acción del zapatero que arregla los zapatos, la calificamos como buena o mala, sólo en vista de tal fin (el fin de arreglar bien los zapatos), y esto no es un juicio moral. El juicio moral, que también puede predicarse de la misma acción, tiene siempre razón de ultimidad: ¿se está haciendo mejor persona mediante esa acción de arreglar zapatos?, o dicho con otras palabras: ¿se acerca más a su fin último, hacia la plenitud de su forma, mediante esa acción de arreglar zapatos? Ésta sí que es una cuestión moral. Quizá con este ejemplo se vea más claramente que la bondad o maldad moral no se determinan primariamente por referencia a esencia alguna, sino por referencia a fines, y no por referencia a cualquier fin, sino por referencia al fin último. No en vano suele sorprender más la inmoralidad de una persona religiosa que la de un ateo, por la sencilla razón de que presuponemos que la persona religiosa calibra sus actos en función de un fin más último que el ateo (piénsese por ejemplo en el caso de abusos sexuales llevados a cabo por religiosos).

La estructura del razonamiento práctico es un juego continuo de conocimiento y de apetito, con la siguiente estructura: [*Primer silogismo*: Apetito de un bien F1– Deliberación entre los diversos medios para conseguir F1– Elección de F2– para conseguir F1] – [*Segundo silogismo*: Apetito de F2– Deliberación entre los diversos medios para conseguir F2– Elección de F3 para conseguir F2] y así sucesivamente. Todo el razonar práctico en el fondo se hace en vista del primer fin F1, ante el cual todos los demás fines son medios, y son apetecidos porque en el fondo apetecen F1. Dentro de cada uno de los silogismos prácticos, la elección consiste en una preferencia que damos a una posibilidad entre las que se nos presentan a nuestro alcance para conseguir el fin respectivo, lo cual presupone, además de un acto de conocimiento (por el que comparamos las diversas posibilidades), un acto apetitivo, por el cual nos inclinamos más sobre una de ellas.

Éste es el pensamiento de Aristóteles sobre la razón práctica. Es él quien inventó el término y quien formuló por vez primera una teoría sobre su estructura psicológica. Por su parte, los neoclásicos norteamericanos tienen el mérito de haber manifestado de nuevo una idea aristotélica que desde el siglo XVII prácticamente había caído en el olvido: que los principios de la ley natural son principios de razonamientos prácticos, en los términos que hemos visto en los párrafos precedentes. Pero, a nuestro juicio, cometen un grave error al considerar que tales principios dan razón de sí mismos (y por eso en cierta manera sean últimos). El hecho de que el apetito de tales bienes sea una realidad prácticamente universal, y que por eso consideremos

razonables las acciones que tienden a ellos, no significa necesariamente que sean bienes últimos: es contraria a la noción de fin último la existencia de varios fines igualmente últimos; y el grado de ultimidad de un bien no se mide necesariamente por su grado de evidencia, sino porque una vez conseguido se aquieta completamente la voluntad, porque entiende que posee plenamente el bien que ama <sup>11</sup>.

### 3. UN PLANTEAMIENTO DEL BIEN COMÚN COMO FIN ÚLTIMO DE LA EXISTENCIA HUMANA

La tesis que defendemos en este trabajo, y que creemos conforme con el pensamiento de Sto. Tomás, es que los denominados *bienes humanos básicos*, que ciertamente son principios del obrar, son como ayudas que facilitan el caminar del hombre hacia el fin último, y que este fin es esencialmente un bien común. La inclinación a la conservación del propio ser, con todo lo que ella supone (nutrición, vestido, salud, etc.) es una inclinación hacia una realidad que se presenta naturalmente *atractiva* para el hombre, pero que no da *razón* de sí misma, porque nadie desea vivir por vivir. Si se desea vivir, es para *algo*. Lo mismo se puede decir del conocimiento: nadie desea conocer por conocer cualquier cosa, porque si esto fuera cierto, el sólo hecho de tener más datos en la cabeza (por ejemplo saber la guía telefónica de

---

<sup>11</sup> Los neoclásicos tienen el inconveniente de haber considerado como fines *últimos* objetivos, por considerarlos irreducibles entre sí, lo que ellos llaman los *bienes humanos básicos*: conocimiento, amistad, juego, experiencia estética, salud, unión conyugal, religiosidad, etc. Según ellos, estos bienes genéricos, en la medida en que se nos presentan encarnados (*instantiated*, «istanciados») en nuestra experiencia cotidiana, suscitan nuestro interés y hacen que orientemos nuestra vida en su búsqueda. Es verdad que los neoclásicos dicen que el fin último es la realización humana integral (*integral human fulfillment*), pero ésta sólo se verifica mediante una participación razonable (garantizada por los «modos de responsabilidad») en tales bienes, y no dicen que haya un bien objetivo último por encima de tales bienes humanos. Esta consideración neoclásica de «los bienes humanos básicos» como bienes últimos, y por tanto como primeros principios de razonamientos prácticos, la justifican porque una vez que apelamos a ellos como causas de nuestro comportamiento, no se requieran más explicaciones para encontrar razonable nuestro comportamiento. De tal manera que si por ejemplo, alguien nos preguntara por qué o cuál es la causa de que leamos tal libro de Aristóteles, y le respondiéramos que lo leemos para terminarlo, o porque nos lo han ordenado, no le estaríamos dando una respuesta suficientemente justificativa de la acción. En cambio, si decimos que la causa que nos mueve a leer el libro es sencillamente el deseo de saber (bien humano del conocimiento) o para ayudar a un amigo (bien humano de la amistad), entonces estaríamos dando una respuesta suficientemente justificativa y razonable, que, según ellos, no requeriría de más explicaciones para hacer completamente inteligible nuestra acción. Hay una obra divulgativa de la filosofía de Grisez escrita por él mismo en colaboración con Russell Shaw: *Beyond the new Morality. The Responsibilities of Freedom*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, London (1974) magníficamente traducida al castellano por Manuel Alcazar bajo el título *Ser Persona*, Madrid, Rialp, 1999.

memoria) sería un logro intelectual más valioso que cualquier otro. El hombre desea conocer para encontrar algo que le ayude a ser mejor. Y así podríamos seguir con toda la lista de bienes humanos básicos. Nuestra tesis es que los bienes humanos son realmente tales en la medida en que sirven al hombre para lograr su fin último. Es más, *la referencia al fin último es precisamente el motivo de la bondad de todos los «bienes humanos»*.

La cuestión decisiva es entonces saber si se puede conocer, y cómo, este fin último. Sto. Tomás explica que el fin último de cada ser es la plenitud de su forma, y mientras ésta no se logre, el ser se mantiene literalmente en tensión (estar en tensión es *estar tendiendo*). Pero una vez lograda la plenitud de la forma, cada ser reposa en ella como en su propio bien. *Y como en el hombre todo su dinamismo apetitivo está en función de la voluntad, que es el apetito del fin último, cuando la voluntad lo alcanza, ya todos los apetitos reposan, porque nada queda ya por desear (la voluntad sólo se muda porque desea alguna cosa que no tiene todavía)*<sup>12</sup>. Esta visión presupone que *todos los apetitos del hombre tienen carácter mediático respecto al apetito racional que es la voluntad*. Pensamos que la visión dualista del ser humano, que contempla la vida espiritual como desencarnada, no hace justicia a la psicología del hombre, porque la experiencia común nos muestra que este dinamismo hacia el fin último está como impreso en todas las partes de nuestro cuerpo, incluidos los apetitos más básicos. *El esfuerzo moral consiste precisamente en lograr una armónica conjunción, que la naturaleza nos da incoada, de todos los apetitos en función del apetito del fin último*<sup>13</sup>. Por lo tanto, *la pretensión de construir una filosofía moral o una teoría de la ley natural sin referencia al fin último («como si Dios no existiese») nos parece tan limitada como la pretensión de construir una teoría de la vida vegetal sin tener en cuenta la influencia de la luz solar*.

Por otra parte, para Sto. Tomás el fin último del hombre no es la mera realización individual, donde la comunidad jugaría sólo un papel instrumental para la consecución de dicho fin. Para Sto. Tomás, el fin último del hombre es la misma convivencia o comunión de los hombres entre sí y con su propio Creador. Esto es lo que significa para el Aquinate que el hombre sea naturalmente social: *que es en la comunidad donde el hombre se realiza y por la que se mantiene realizado*. Este fin común tampoco es un mero resultado que se producirá sólo y

<sup>12</sup> Cfr. DE AQUINO, T.; *Compendio de Teología*, § 298, cito de la magnífica traducción de José Ignacio Saranyana y Jaime Restrepo Escobar del *Compendium Theologiae ad fratrem Reginaldum socium suum carissimum*. Muy posiblemente esta obra la escribió Sto. Tomás al terminar el libro IV de la Suma Teológica, aproximadamente en 1273. La traducción castellana que hemos manejado fue editada por Rialp en 1980.

<sup>13</sup> Son muchos los pasajes de la Suma Teológica que hacen referencia a las inclinaciones naturales como *semina virtutum*, y a las virtudes como una segunda naturaleza; por ejemplo I-II, q. 94, a.2; s. I-II, q. 63, a.1, sc. También en Comentario a la Ética a Nicómaco, I, 20, §149.

todo al final, como de golpe, sino que es un fin participativo, que se incoa ya en la existencia terrena y se va consolidando a lo largo de la historia personal de cada hombre y de la historia de la humanidad en su conjunto (en qué medida la sociedad política y la Iglesia presentan incoado el dinamismo comunitario y unificador de la existencia humana, es un tema por desarrollar que Sto. Tomás sólo dejó señalado, y que desborda los límites de este trabajo, de orden más filosófico que teológico).

Este bien común universal (entendido como *communio*), que es el fin, se podría ilustrar con una imagen, que quizá pueda parecer excesivamente poética, pero no se nos ocurre otra mejor para expresar una realidad imposible de ser conocida analíticamente. El bien común sería con una sinfonía cósmica formada por toda la Creación, en la que los hombres desempeñarían el papel de músicos con sus respectivos instrumentos (la vida que a cada uno le ha tocado vivir), y donde el resto de las criaturas irracionales cumplirían una función instrumental al servicio del hombre, como acompañamiento o como elementos de los mismos instrumentos de los hombres. Todos los seres irracionales (los animales, las plantas, el mar, los cielos...), al ser movidos directamente por Dios mediante la ley eterna, participarían pasivamente en esta orquesta. Los hombres, en cambio, participarían activa y responsablemente con «la partitura» de la ley natural, intimada en su corazón mediante el apetito natural del fin último y de los bienes naturales que hacia él conducen. En esta sinfonía cósmica cada hombre gozaría al escuchar su propio instrumento (al vivir su propia vida), pero aún gozaría más al darse cuenta de que lo bueno es la música de la orquesta entera, de la que él forma parte como músico y como espectador al mismo tiempo. Según esta visión, el individualismo, la realización puramente individual, sería tan irracional como si un músico, rompiendo la armonía, tratara de imponerse sobre los demás tocando más fuerte su violín (algo podría hacer, evidentemente, pero mucho menos de lo que lograría integrado en el conjunto, y ciertamente los demás saldrían perjudicados). Al mismo tiempo, esta visión justifica la dimensión naturalmente solidaria que tiene la existencia humana, donde la solicitud de unos por otros se justifica también para lograr el bien propio. Esta visión no supone un «cosmocentrismo» ajeno a la idea de dignidad o protagonismo de la persona, porque en esta imagen toda la naturaleza material se presenta al servicio de la persona humana, y porque la imagen presenta a los hombres como los únicos seres del mundo material que participan deliberadamente en esta sinfonía cósmica que Dios compone para ellos. En definitiva, con esta imagen tratamos de ilustrar que la realización del hombre es comunitaria, necesariamente solidaria, y que sólo se logra asumiendo *personalmente* el papel que a cada uno le corresponde en el conjunto, porque la perfección de una parte consiste en estar ade-

cuadamente dispuesta hacia el todo del que forma parte<sup>14</sup>. Volveremos sobre este tema al final, donde tratamos el tema de la ley y del bien común<sup>15</sup>.

#### 4. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL LUGAR QUE OCUPAN LAS VIRTUDES MORALES, Y ESPECIALMENTE LA VIRTUD DE LA JUSTICIA, EN TODO ESTE PROCESO

En vista de este fin último está naturalmente dispuesto todo el movimiento apetitivo. Es aquí donde encuentran su sentido las virtudes morales (incluida la justicia), en cuanto que cada una, en su nivel de mayor o menor ultimidad, contribuye a disponer al hombre adecuadamente hacia su fin último. Muchos de los autores que, en supuesta continuidad con Aristóteles y Sto. Tomás, han reflexionado sobre la justicia, han subrayado excesivamente la noción de justicia particular, dejando un poco de lado la noción de justicia general, cuando resulta que ésta es una pieza clave para entender toda la filosofía aristotélico-tomista de las virtudes. Por lo tanto, creemos que merece la pena detenernos un poco en la noción aristotélico tomista de la justicia general. Pero antes conviene advertir que el tratamiento que tanto Sto. Tomás como Aristóteles hacen de la justicia es fundamentalmente moral: mejor dicho, la justicia según Aristóteles y Sto. Tomás es con toda propiedad una virtud *moral*<sup>16</sup>. Creemos que esta reflexión sobre el por

---

<sup>14</sup> «Por eso dice San Agustín en III Confes. que es deforme cualquier parte que no se armoniza con el todo. De aquí que, al ser todo hombre parte de un Estado, es imposible que sea bueno si no vive en consonancia con el bien común, y, a la vez, el todo no puede subsistir si no consta de partes bien proporcionadas. En consecuencia, es imposible alcanzar el bien común del Estado si los ciudadanos no son virtuosos» (ST.I-II: q. 92, a.1, ad.3). Respecto al grado de virtud que deban tener los miembros del Estado Sto. Tomás no dice que deban tener la integridad de la virtud, sino sólo aquel grado de virtud necesaria para mantener la comunidad. Por eso dice en este mismo artículo que sólo los gobernantes han de ser virtuosos con integridad, porque requieren de la virtud de la prudencia para hacer las normas, mientras que a los súbditos les bastaría con respetar externamente las leyes para mantener unida a la comunidad. De hecho añade: «porque en cuanto a los otros [a los que no son gobernantes], basta para lograr el bien común que sean virtuosos en lo tocante a obedecer a quien gobierna. Por eso dice el Filósofo en III Polit. que es la misma la virtud del príncipe y la del hombre bueno, pero no la del ciudadano y la del hombre bueno».

<sup>15</sup> Las consideraciones sobre el bien común que hemos hecho en los párrafos precedentes no se refieren al bien común jurídico: a él nos referimos al final de este trabajo. Adelantamos que el bien común jurídico vendría determinado por la solidaridad mínima exigible por el gobernante a la comunidad histórica concreta.

<sup>16</sup> La justicia se predica analógicamente de diversas realidades que convienen en un mismo fin, así se dice que es justo el orden normativo, en cuanto que causa la justicia en el hombre; se dice que es justo un acto en cuanto que es signo de la justicia que hay en el sujeto, y se dice que un hombre es justo en cuanto que es sujeto de la justicia. Para entender esto más claramente conviene leer el escrito de Sto. Tomás De Principiis Naturae, n. 6, en concreto el siguiente pasaje: «Para entender esto debe

así decir «núcleo duro» del concepto de justicia, ha de preceder al discurso sobre la dimensión jurídica positiva de la misma.

Aunque distingamos analíticamente diferentes virtudes, *todas son aspectos de un mismo proceso perfectivo*, por las que cada hombre se va disponiendo adecuadamente, y en cierta manera va anticipando progresivamente, la realización del fin último. Aristóteles lo explica comparando las virtudes con las artes que se subordinan entre sí en orden a la consecución del fin del arte principal, que a su vez presuponen a las demás como escalones previos. Por ejemplo, en el arte militar, el arte ecuestre le está subordinado, y a su vez éste condiciona al arte de hacer sillas de montar...<sup>17</sup>.

Puesto que la realización del hombre no se logra en solitario, sino en comunidad, es preciso que por las virtudes se disponga también adecuadamente a la convivencia con los demás. Y *el hábito por el cual el hombre se dispone adecuadamente para la convivencia es la justicia*. Dicho con otras palabras, si la virtud es perfección del hombre por la que se lleva a término la labor incoada por la naturaleza, y el

---

saberse que una cosa se predica de tres maneras: unívoca, equívoca y analógicamente. Se predica unívocamente lo que se predica según el mismo nombre y según el mismo sentido, esto es, según la definición: así, animal se predica del hombre y del asno, pues ambos se dicen animales y ambos son sustancia animada sensible, que es la definición de animal. Se predica equívocamente lo que se predica según el mismo nombre y según un sentido diverso: así, can se dice del que ladra y del celeste, que convienen sólo en el nombre pero no en la definición o significación; el nombre significa, en efecto, la definición, como se dice en el libro IV de la Metafísica. Se dice que se predica analógicamente lo que se predica de muchos cuyos sentidos son diversos, pero se atribuyen a uno que es único y el mismo: así, sano se dice del cuerpo del animal y de la orina y de la bebida, pero no significa exactamente lo mismo en todos: de la orina se dice como del signo de salud, del cuerpo como del sujeto, de la bebida como de la causa. Pero todos estos sentidos se atribuyen a un único fin, a saber, la salud», DE AQUINO, Sto. Tomás: De Principiis Naturae, ad Fratrem Silvestrem, (recientemente traducido al castellano por la BAC, en Opúsculos y cuestiones selectas de Sto. Tomás, vol. 1, BAC, Madrid 2001).

<sup>17</sup> En el comentario de Sto. Tomás a la Ética a Nicómaco escribe en I, 1, §6: «En segundo lugar, propone el orden de los hábitos entre sí. Sucede que un hábito operativo, que llama virtud, depende de otro. Como el arte que hace la brida depende del arte de la equitación, porque el que ha de cabalgar enseña al artesano de qué modo se hace la brida. Así es el arquitecto, es decir, el artífice principal con respecto a ella. La misma razón se aplica a otras artes que hacen otros instrumentos necesarios para la equitación, como las sillas, etc. Todo lo que concierne a lo ecuestre será luego ordenado bajo el arte militar. Los soldados, decían antiguamente, no son solamente los jinetes, sino también todos los que combaten para lograr la victoria. Por esto, bajo el arte militar no sólo está contenido el arte que se refiere a lo ecuestre, sino todo arte o virtud ordenado a las operaciones bélicas, como la fabricación de flechas, de hondas o similares. Del mismo modo, otras artes dependen a su vez de otras». Un poco más adelante, en I, 1, §7, añade: «En tercer lugar, propone el orden de los fines según el orden de los hábitos. En todas las artes o virtudes es una verdad corriente que los fines de las arquitectónicas o principales son francamente más deseables que los fines de las artes o virtudes que dependen de las principales. Lo prueba de este modo: los hombres prosiguen o buscan los fines de las artes o virtudes inferiores en razón; de los fines de las superiores».

hombre es naturalmente un ser social, la justicia en cuanto que perfecciona la dimensión social del hombre, perfecciona al hombre mismo. *Y puesto que los hombres, debido a su naturaleza corporal, sólo se comunican por medio de acciones y cosas exteriores, la justicia versará sólo sobre las cosas exteriores con las que se relacionan las personas entre sí.*

Si con las demás virtudes morales cada hombre afina sus pasiones para que respondan adecuadamente a la propia razón; por la justicia lo que se afina es la propia voluntad para que quiera el bien del prójimo. Se trata de un proceso continuo en el que la justicia es como el último paso de la virtud, de una virtud que comienza a formarse y afianzarse por la templanza y la fortaleza, pero que culmina en la justicia. Dicho con otras palabras, las pasiones interiores –disciplinadas por las demás virtudes morales– no se ordenan de suyo al prójimo, pero sus efectos, las operaciones exteriores, sí que son ordenables a otro, y esto se logra mediante la virtud de la justicia.

Cuando Aristóteles dice que la justicia general es la virtud moral completa o perfecta, nos está diciendo que el orden impreso por la razón en los apetitos tiene razón de medio para la adecuada disposición de la voluntad del hombre hacia los demás. O dicho con otras palabras, que el orden impreso en los apetitos por las demás virtudes morales se realiza en vista de las acciones exteriores, y se mantiene inalterado en las obras exteriores gracias a la virtud de la justicia. En este sentido hay que interpretar el adagio clásico *Iustitia in se omnem virtutem complectitur*, porque la justicia presupone siempre otras virtudes. En sentido negativo también podemos decir que en la raíz de casi toda injusticia hay siempre una inmoralidad de otra especie distinta a la injusticia. Por ejemplo, muchos asesinatos se cometen por no haber podido moderar la ira; la mayor parte de las violaciones se realizan por una incapacidad habitual de controlar el instinto sexual. Sólo aquellas acciones voluntarias lesivas del prójimo no motivadas por ninguna pasión sensitiva, son debidas a la pura injusticia, y a esto propiamente lo llamamos «malicia», que es una perversión de la misma voluntad. Entre las muchas consecuencias que se pueden derivar de esta consideración podríamos destacar que el educar para la justicia presupone educar los afectos o apetitos, enseñando a vivir otras virtudes que aparentemente no tienen trascendencia social. Este planteamiento también pone en entredicho buena parte de las teorías modernas que distinguen entre ética privada y ética pública como dos esferas completamente independientes.

La voluntad del deudor viene regulada por el bien perteneciente y conveniente al otro, y no por los apetitos sensitivos del deudor. La justicia perfecciona a la voluntad, no a los apetitos sensitivos, que los presupone perfeccionados. La justicia es la tendencia de la voluntad hacia el bien del otro, pero para que esté bien dispuesta, son necesarias dos cosas: primero, conocer cuál es ese bien, y, segundo, que los demás apetitos estén afinados, ya que una pasión apetitiva contraria a

la razón puede alterar su juicio, desenfocando la voluntad para que se polarice en un acto injusto. Puesto que la justicia es el perfeccionamiento de la voluntad en lo que respecta primariamente al bien del otro, y puesto que el bien del prójimo es solamente objeto para la razón (ninguna tendencia sensible está inclinada como a su bien propio al bien del prójimo), la justicia no perfecciona a ninguna inclinación sensible –las presupone perfeccionadas–, sino sólo a la voluntad.

El bien del otro es también mi bien. Presupone reconocer que el otro forma parte del mismo conjunto del que yo formo parte. Puesto que la justicia versa sobre las operaciones mediante las cuales el hombre se ordena *no sólo en sí mismo* (por lo tanto, también en sí mismo), sino también en relación a los demás, es incompleta la proposición clásica «*la justicia tiene por objeto el bien del otro*». Es incompleta por dos motivos: primero porque el bien del otro es también el bien del agente, ya que el bien de una parte (que es el individuo) presupone que las demás partes estén también adecuadamente dispuestas; y segundo porque la virtud de la justicia manifiesta la perfección de las demás virtudes morales en el agente.

Las demás virtudes morales consisten en una cierta impresión del orden racional en los apetitos sensitivos; apetitos que, por ser naturalmente irracionales sólo pueden tender hacia sus bienes parciales respectivos (p. ej. el apetito nutritivo tiende a alimentarse cuando tiene hambre, el apetito sexual apetece una relación carnal cuando se dan determinadas circunstancias, etc.), y en la medida en que son moderados por el hábito, son como domesticados para que apetezcan cuando deben y como deben, esto es, conforme a la razón. En cambio por la justicia –que presupone el orden en los demás apetitos– el hombre, además de acostumbrar a la inteligencia a discernir el bien del prójimo, acostumbra a los apetitos a no poner obstáculos a la voluntad natural, de suyo recta, de querer el bien de otro como el propio bien.

Obviamente el reconocer el-bien-del-otro como objeto de la virtud de la justicia, presupone reconocer que hay otros seres humanos que forman parte de la misma comunidad, con el mismo título que yo. Retomando el ejemplo de la orquesta, cuando vemos al otro como parte del conjunto, le reconocemos los medios que les son necesarios para integrarse y mantenerse correctamente en la comunidad, y por ella realizarse. Cuando estos bienes que cada cual necesita sólo se pueden poseer o ser mantenidos en su posesión a través de la intervención de mi voluntad (de hacer o de no hacer), entonces me encuentro en posición de deudor, y cuando tengo el hábito de saldar mis deudas, entonces tengo la virtud de la justicia<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> «El término DEBER expresa, en esta situación, la necesidad moral en la que se encuentra la libre voluntad del deudor por el hecho de estar regulada por el bien conveniente al otro, al acreedor». ABBA, J.; *Felicidad, Vida Buena y Virtud*, Barcelona, Eiusa, 1992 (1989), p. 193.

Sto. Tomás explica que si bien la función común de toda justicia es la de ordenar al hombre con relación a otro, esto puede ser de dos maneras: a otro considerado individualmente; o a otro considerado en común, en cuanto que quien sirve a una comunidad sirve a todos los hombres que en ella se contienen<sup>19</sup>. Cuando la acción se elige en orden al bien de una persona considerada individualmente, entonces hablamos de *justicia particular* como especie de justicia. Y cuando se elige motivado en primer término por el bien de la comunidad en su conjunto, entonces hablamos formalmente de *justicia legal* como *otra especie de justicia*.

La distinción referida en el párrafo anterior es bastante sutil, porque la diferencia no depende de la materialidad del acto, sino de la finalidad próxima de la acción. Los actos de *todas* las virtudes (ya ordenen el hombre hacia sí mismo, ya lo ordenen hacia otras personas singulares, como es el caso de la justicia particular) son ordenables al bien común de dos maneras: una con intención secundaria, y otra con intención principal. En este segundo caso estamos ante un acto específico de *justicia legal*<sup>20</sup>.

Tanto Sto. Tomás como Aristóteles inducen a confusión al manejar el concepto de *justicia legal o general* en diversos sentidos, y con una afinidad muy grande entre ellos. Un sentido es el que hemos visto en el párrafo precedente: la justicia legal como virtud específica, cuando la motivación próxima es el bien común. Pero también utilizan la expresión *justicia legal o general* para referirse a la forma general de toda justicia, porque toda justicia ordena siempre, inmediata o mediatamente, al bien común (la mayor parte de las veces mediatamente).

Para resumir podríamos decir: *Todas las virtudes son aspectos de la realización personal. La realización personal sólo se completa en la convivencia. La justicia manifiesta que el arraigo de las demás virtudes, porque por ella se manifiesta hacia los demás, adecuándose a ellos, la recta ordenación de todos los apetitos. Esta adecuada comunicación se puede hacer atendiendo primariamente al bien del conjunto o atendiendo en primer término al bien de algún miembro particular del conjunto. Cuando se hace mirando primariamente al bien del conjunto, esto es, atendiendo directamente al bien común, entonces hablamos de «justicia legal», y cuando se hace atendiendo primariamente al bien de un miembro del conjunto considerado individualmente, entonces hablamos de «justicia particular». A su vez esta justicia particular se puede verificar en los repartos y en los intercambios, dando así lugar a dos subespecies, que se diferencian por el modo de medir la cantidad justa: la «justicia distributiva» y la «justi-*

<sup>19</sup> Cfr. DE AQUINO, Sto. T.; *Suma Teológica*, I-II, q.66, a.4 y a.6.

<sup>20</sup> El que Aristóteles utilice indistintamente los términos *justicia legal* y *justicia general* para referirse a esta especie de justicia referida inmediatamente al bien común, se debe a la noción de ley que él maneja, que se caracteriza por ser una ordenación de los actos de todas las virtudes al bien común.

cia conmutativa». Y es común a toda justicia el contribuir al bien común, directa o indirectamente<sup>21</sup>.

Toda acción humana (voluntaria, se entiende) presupone una cierta disposición del apetito sensitivo, que la fomenta o que la frena. En toda acción entran en juego la voluntad y los apetitos sensitivos, pero sólo por la voluntad el hombre es movido por el bien del prójimo, incluso a veces contrariando sus apetitos sensitivos. Cuando hay virtud, esta contrariedad es mínima, porque los apetitos suelen apetecer conforme a la razón (el virtuoso hace el bien *apasionadamente*, es decir, en sintonía con sus pasiones, porque las tiene adecuadamente sintonizadas con la razón). Cuando el hombre no tiene los apetitos bien disciplinados, también puede realizar acciones buenas contrariando a sus apetitos sensitivos, movido sólo por la voluntad cuando es atraída por la verdad. Y cuando realiza con frecuencia acciones buenas, los apetitos se van acostumbrando a moderarse para facilitar tales acciones, naciendo así la virtud moral.

Todo lo dicho hasta aquí sobre la justicia es un discurso moral, que puede parecer ajeno a la filosofía del derecho, o al menos, a una con-

---

<sup>21</sup> La presentación de la justicia distributiva como «la justicia del gobernante» induce a confusión (es el caso, por ejemplo del prestigioso filósofo alemán Joseph PIEPER en su estudio sobre la virtud de la justicia *Über die Gerechtigkeit* [1954], recogido en castellano en una recolección de trabajos suyos sobre las virtudes en *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1990). Si hay una justicia específica del gobernante esa es la justicia legal como justicia específica. La justicia distributiva es la que vive *cualquiera* que tenga que repartir bienes que son comunes. El origen de la interpretación errónea del pensamiento del Aquinate –extendida entre muchos autores supuestamente tomistas– se encuentra en el famoso comentario del Cardenal Cayetano a II-II, q.61, a 1, donde Sto. Tomás distingue la justicia conmutativa y la justicia distributiva. «En su comentario a este artículo –escribe Finnis– Cayetano introdujo una nueva interpretación del entero esquema aristotélico-tomista, en el cual la justicia se dividía en «general» (o «legal») y «particular»; y la justicia particular, a su vez, en distributiva y conmutativa. El atractivo del nuevo análisis de la justicia de Cayetano estaba en que empleaba toda la terminología del antiguo análisis, y que, a primera vista, parecía fundarse precisamente sobre un razonamiento del Aquinate, pero, sobre todo, su constante atractivo era la aparente simetría: «Existen tres especies de justicia [decía Cayetano], así como tres tipos de relaciones en cada «todo»: las relaciones de las partes entre sí, las relaciones del todo hacia las partes, y las relaciones de las partes hacia el todo. Y de la misma manera existen tres justicias: legal, distributiva y conmutativa. Pues la justicia legal ordena las partes al todo, la distributiva el todo a las partes, mientras que la conmutativa ordena las partes una a la otra». [Cayetano «*Comentaria in Secundam Secundae Divi Thomae de Aquino*», 1518, in II-II, q.61] En poquísimos tiempo, concretamente en el tiempo del tratado *De Justitia et Jure* (1556) de Domingo de Soto, se manifestó la lógica interna de la síntesis de Cayetano». De esta manera, ha llegado hasta nuestros días la interpretación del pensamiento del Aquinate. Como botón de muestra Finnis cita un pasaje del moralista B.-H. Merkelbach, de su *Summa theologiae moralis*, París 1938, vol. II, n. 252, p. 253 escribe: «*Triples exigitur ordo: ordo partium ad totum, ordo totius ad partes, ordo partis ad partem. Primum respicit justitia legalis quae ordinat subditos ad republicam; secundum, justitia distributiva, quae ordinat republicam ad subditos; tertium, justitia conmutativa quae ordinat privatum ad privatum*». Finnis, J.: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1996 (1982), n. 26, p. 185.

sideración de la justicia meramente «jurídica» o «política». Se me podría objetar que el cometido del jurista o del político es mucho más modesto. Ciertamente al político o al jurista le interesan los actos justos, hechos con virtud o sin ella, y, además sólo unos pocos, sólo aquellos que se consideran imprescindibles para la cohesión de la sociedad. Si admitimos que todo el dinamismo moral es un movimiento centrípeto de solidaridad creciente, al derecho positivo le sería exigible la determinación del umbral mínimo de cohesión o solidaridad exigible a los ciudadanos, por debajo del cual se entiende que la vida en comunidad no tendría utilidad. Ciertamente que el jurídico es un ámbito mucho más restringido que el moral, pero sin conocer el discurso moral no sabríamos donde termina «lo jurídico» y donde empieza «lo moral», ni cuándo lo jurídico se convierte en inmoral, y lo que es más importante, en la medida en que la ciencia jurídica (incluida la filosofía jurídica) no es sólo ciencia del *ius conditum*, sino también del *ius condendum*, si cultiva la ciencia moral, estará en mejores condiciones de justificar con argumentos extralegales nuevas realidades susceptibles de regulación jurídica.

## 5. LA CRÍTICA MODERNA CONTRA EL IUSNATURALISMO SE DIRIGE CONTRA EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

El iusnaturalismo que ha sido blanco de casi todas las críticas desde el inicio de la modernidad hasta nuestros días, ha sido y sigue siendo un iusnaturalismo de corte racionalista<sup>22</sup>. La imagen de la ley natural que se empieza a desarrollar en las universidades a partir del siglo XVII derivó poco a poco desde un iusnaturalismo de fines como bienes humanos en vista de los cuales la razón ordena los medios más adecuados para conseguirlos, hacia un iusnaturalismo de normas, que es lo propio del iusnaturalismo racionalista. Éste es el iusnaturalismo que fue objeto de la crítica de la falacia naturalista, y éste es el que terminó imponiéndose también entre la mayoría de los que se consideraban tomistas. El inmenso prestigio de Francisco Suárez hizo que su interpretación equivocada del pensamiento de Sto. Tomás terminara por imponerse también entre los mismos católicos. Uno de los mayores méritos de Grisez y de los neoclásicos reside en la denuncia que hacen de esta adulteración. En la interpretación del pensamiento de Sto. Tomás, Suárez reemplazó la referencia al fin por la comparación de la ley natural con la «esencia inmutable» del hombre. Para Suárez la *existencia* de la ley natural dependía del querer de Dios, y su *contenido*, de la esencia inmutable de las cosas. Lo natural en el hombre, según Suárez, es conformarse a su esencia, realizar su naturaleza,

---

<sup>22</sup> Nos remitimos a la clarificadora exposición que hace FINNIS en *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996 (1982), pp. 36 y ss.

pero como quien compara sus actos con un proyecto previamente diseñado en la inteligencia. Grisez agudamente señala que Suárez separó completamente la noción de fin y la noción de ley: la ley natural no la concibió como la ordenación que *naturalmente* hace la razón en vista del fin natural, sino como una ordenación que el hombre descubre en sus inclinaciones, en su naturaleza inmutable, como quien analiza un cuerpo y describe sus órganos<sup>23</sup>.

De la concepción de la ley natural como algo grabado en la inteligencia humana a modo de directrices o normas lógicas, se deriva la consideración de la ley natural como la ley de la necesidad, por contraposición a la ley de la libertad y espontaneidad (que es la noción que desarrollaría luego Rousseau). Pero esta imagen de lo natural como lo necesario tampoco responde a la filosofía de Sto. Tomás. Es verdad que a lo largo de la Suma, pero especialmente en la Primera Parte, el Aquinate se refiere a lo *natural* como aquello que es necesario, y que queda por tanto sustraído al ámbito de dominio de la libertad, pero de ahí no se puede concluir que la ley natural es la ley de la necesidad, excluyendo de ella la libertad y la razón. Sto. Tomás, en la Segunda Parte de la Suma, no se cansa de decir que *lo natural en el hombre es tener razón y voluntad*.

La crítica de la falacia naturalista es correcta si se aplica sobre el iusnaturalismo racionalista, porque, ciertamente, a partir de una premisa descriptiva no se puede derivar una prescripción. Pero el juicio moral, según Sto. Tomás, no es un juicio de adecuación de una conducta con un código eterno, con estructura normativa similar a las leyes humanas. No, el razonamiento práctico comienza, como hemos visto antes, por la consideración de un fin apetecido y a nuestro alcance, que, en la medida en que interpela a nuestra parte apetitiva, tiene fuerza motriz. No es, por tanto, una máxima especulativa la que desencadena el razonamiento práctico. Por ejemplo, si desde unas rocas

---

<sup>23</sup> Además, SUÁREZ piensa que como la ley natural es en sí misma un precepto divino, los actos en conformidad con ella tienen un valor *adicional* precisamente por conformarse a la ley. El problema fundamental de SUÁREZ consiste en interpretar toda la filosofía de la ley natural de Sto. Tomás en perspectiva legalista, y no en términos de ordenación a fines. El mismo primer principio del obrar lo formula en términos de norma y no de fin: «*Honestum est faciendum, pravum vitandum*» (cfr. SUÁREZ Francisco: *Las Leyes* II, 7, 5, cito de la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967). El contexto es el siguiente: en el capítulo VII del libro II, 4 cuando se pregunta sobre cuál es la materia de la ley natural y cuáles son sus preceptos, responde que el derecho natural abarca todos los preceptos que tienen una honestidad evidente necesaria para la rectitud moral. Textualmente dice: «*Nihilominus dicendum est, ius naturale coplecti omnia praecepta, seu principia moralia, quae evidentem habent honestatem necessariam ad rectitudinem morum, ita ut opposita moralem inordinationem, seu malitia evidenter contineant. Haec est mens D. Thomae q. 91, a. 2, q. 94, ar. 2 y 4; q. 95, ar. 2, y q. 100 ar. 2.2 y 2. ubi Caietan, Conrad et alii expositores idem sentiunt*». Llama la atención la ligereza con que SUÁREZ atribuye este pensamiento a Sto. Tomás y Aristóteles. En el n. 5 SUÁREZ vuelve a expresar esta idea en términos muy parecidos.

yo veo a un niño que se acaba de caer al mar, y está a punto de ahogarse, yo no reacciono «aplicando» normas morales, como consultando «mi código ético», sino que sencillamente *veo y siento* que hay una persona a la que yo puedo y debo proteger, porque está en peligro de muerte; entonces, sobre la marcha, *elijo* el medio más adecuado para salvarla: tirarme al agua y nadar a por ella, o lanzar un salvavidas, o coger una barca y acercarme a toda prisa, o avisar al socorrista. El comportamiento correcto ante una situación determinada no se puede *deducir* como si fuera una fórmula matemática, y por lo tanto, no se puede hacer una tabla exhaustiva de comportamientos correctos e incorrectos, como pretende el iusnaturalismo racionalista. Sto. Tomás jamás se propuso hacer un código ético: sólo enunció unos principios, que eran bienes naturales, jerarquizados entre sí en función de su mutua dependencia respecto al fin último, pero dedicó cientos de páginas al estudio de la estructura del razonamiento práctico y del papel que, en nuestras elecciones, desempeñan los apetitos sensitivos y el apetito racional, que es la voluntad<sup>24</sup>.

Ockham alteró significativamente la noción de razón práctica, que pasó a significar la actividad de la razón por la que se concretan *ad casum* las normas de la ley natural, recogidas con claridad en la Sagrada Escritura. La ley natural es, para Ockham, un dictamen de la razón en cuanto que expresa la voluntad divina. Así dicho no sonaría mal al pensamiento escolástico. Pero ese dictamen que hace la razón no es concebido como la respuesta inteligente del hombre que elige los mejores medios para lograr los fines que naturalmente ya apetece. La razón –según Ockham– no hace más que de «correa de transmisión»

---

<sup>24</sup> Para Sto. Tomás, la inclinación fundamental del hombre hacia la plenitud o felicidad era la causa de cualquier otra elección. Si el hombre no tuviera un apetito radical de felicidad, no elegiría nada en absoluto: si podemos elegir algo, es porque apeteceemos natural y previamente la felicidad. *El deseo de felicidad no es una opción más: es el fundamento o la causa de cualquier opción.* A partir de Ockham se fue extendiendo otra noción de libertad –dominante hasta hoy– según la cual la libertad es pura indiferencia, y la felicidad, una opción más. Según Ockham, somos libres de aceptar o rehusar cualquier inclinación, incluida la propia inclinación a la felicidad. las inclinaciones naturales ya no serán para nada fundamento de la moral, sino más bien realidades del orden material o biológico que quedan fuera del reino de la moral, y que son más un impedimento que una ayuda para el ejercicio libre de la voluntad. Desde Ockham, la voluntad será vista como una potencia completamente independiente del cuerpo. Otra vez el cuerpo es tratado al estilo platónico: como una suerte de cárcel que es preciso dominar. Y, por su parte, el alma no se concebirá como la *forma de un cuerpo orgánico* (así la veía Sto. Tomás), sino como una potencia espiritual *limitada* por un cuerpo. Para el Aquinate, la voluntad era *el apetito racional de plenitud*, que se sirve del impulso que le brindan los demás apetitos naturales (nutritivo, sexual, etc.) en su caminar hacia la felicidad (no en vano eran considerados como *semina virtutum*, como el primer indicio de moralidad). Para Sto. Tomás, somos libres, no a pesar de estas inclinaciones, sino a causa de ellas. En cambio, desde Ockham la libertad está por encima de las inclinaciones naturales, hasta tal punto que un hombre será tanto más libre cuanto más impasible sea, cuanto mejor resista a sus inclinaciones naturales. Ockham sentó las bases de la filosofía de Kant, y éste, a su vez, sobre tales presupuestos, trazó las líneas maestras de la filosofía moral y jurídica posterior.

de un querer divino que es ajeno a los apetitos del hombre. Era más propio de la razón práctica aristotélica la creación de la ley, que a su fiel observancia. A partir de entonces, la ley ya no será considerada como un fruto de la razón práctica, que ésta formula de acuerdo con el fin al que el hombre naturalmente tiende. No, desde Ockham la ley está por encima de la razón práctica: la función de la razón práctica consistirá en manifestar a la voluntad los mandamientos de Dios tal y como se encuentran expresados principalmente en la Revelación, y en aplicar, después, estos mandamientos al obrar particular y concreto por medio de una reflexión deductiva y con la ayuda de la experiencia. Y, por su parte, la prudencia ya no será la virtud por la que el hombre elige con facilidad los medios que mejor le disponen hacia su plenitud, sino la habilidad de aplicar la ley. Para Ockham, la razón práctica y la prudencia son, pues, puros intermediarios entre la ley y la voluntad libre. En suma, desde Ockham, la función de la razón práctica será la de transmitir preceptos que generan obligaciones<sup>25</sup>.

## 6. UNA REFORMULACIÓN DE LA CONCEPCIÓN ANALÓGICA DE LA LEY COMO RECTA ORDENACIÓN DE LAS PARTES HACIA EL BIEN COMÚN COMO FIN

Para Sto. Tomás la ley *en general* tiene como función propia ayudar al hombre para que se disponga adecuadamente hacia el bien común. La ley civil le orienta hacia el bien común político; y si el

---

<sup>25</sup> Es verdad que Ockham reconoce cierta fuerza normativa a la naturaleza, pero sólo considera el orden natural de las cosas «*stante ordinatione divina, quae nunc est*», en cuanto manifiesta el querer de Dios; y da por descontado que Dios puede modificar dicho orden en cualquier instante. La clave fundamental del pensamiento de Ockham reside en la negación de Dios mismo como causa final de todo cuanto existe. Ockham no comprende que Dios se tenga a sí mismo como fin natural de todo cuanto hace. Dios es para Ockham la realización absoluta de la libertad gracias a su omnipotencia. La libertad máxima es la omnipotencia de la voluntad divina, que no es determinada por nadie ni por nada, ni siquiera por el amor de sí. A partir de esta noción de libertad divina, Ockham formula su teoría de libertad humana como una indeterminación limitada. Para Sto. Tomás, en cambio, Dios no podía dejar de amarse y de ser el fin de todo lo creado; y esto no era ninguna limitación de su poder, sino una afirmación de su divinidad, a la que le corresponde por definición ser también la causa final de todo cuanto existe. Para Ockham, la voluntad divina, al no estar determinada en la fijación del bien y del mal por nada diferente a sí misma, podría incluso querer que las criaturas le odiasen. Ockham rompió el vínculo natural entre libertad y naturaleza, en Dios y en el hombre. Las relaciones del hombre con Dios, y de los hombres entre sí, a partir de entonces se definirán por ser una relación de voluntades: Dios manifiesta a los hombres su voluntad a través de la ley, que actúa con la fuerza de la obligación. La obligación no deriva ya de una inclinación natural hacia la plenitud de la propia forma, sino que es fundamentada en un imperativo que en cierta manera es ajeno e independiente del hombre. Cfr. PINKAERS, Servais, *Las fuentes de la moral cristiana*, Eunsa, Pamplona 2000 (*Les Sources de la morale chretienne*, Friburgo, Suiza, Editions Universitaires, 1985), especialmente pp. 295 y ss.

hombre está correctamente dispuesto hacia este bien, decimos de él que es un *buen ciudadano*. La ley natural en cambio, le orienta hacia un fin ulterior, que es el bien común universal; y si el hombre está correctamente dispuesto hacia este fin, decimos de él que es una *buena persona*. Por esta razón, la ley no es vista por el Aquinate como un obstáculo a la libertad del hombre, sino como un instrumento con función educadora de la voluntad humana en la búsqueda del bien común. Y su participación en el bien de la comunidad política es sólo un paso intermedio y una ayuda para integrarse mejor en la participación en el bien común universal.

Hemos visto antes que la virtud humana es esencialmente disposición hacia el bien común. Vimos que esto era así porque virtud equivale a perfección personal, y la perfección de algo o de alguien que es parte de un todo hay que apreciarla por la relación que guarda con el todo del que forma parte. De ahí que la ley sea considerada como una ayuda externa para la realización personal.

Cuando Sto. Tomás dice que «la ley propiamente dicha tiene por objeto primero y principal el orden al bien común», quiere decir que *por la ley se ordenan o disponen los individuos a la realización de la comunidad formada por ellos mismos. El bien común es la misma comunidad, y la ley es la que hace a la comunidad. La comunidad es fruto de la ley, porque la ley dispone adecuadamente las partes para constituir el todo que es la comunidad. Y puesto que la comunidad conformada por las leyes puede ser de muy diversa índole, se pueden distinguir diversos niveles de bien común, con sus respectivas especies de leyes*. Lo que para Aristóteles era el fin último del hombre, el bien común político, para Sto. Tomás sólo será el fin particular de la sociedad política humana, un mero estadio del dinamismo centrípeto de la ley en general (cfr. ST.I-II: q. 90, a. 2, s.).

A la luz de esta finalidad esencialmente constitutiva de la comunidad que tiene la ley, se justifica la controvertida tesis tomista de que la ley injusta no es *propiamente ley*. Y no es *propiamente ley*, según Sto. Tomás, sencillamente porque no sirve para conformar la comunidad, porque es un elemento perturbador o disgregador de la misma (cfr. ST.I-II: q. 96, a. 5 y a. 6.), porque es una negación de su causa final. Si una nota esencial de la ley consiste en ligar lo que es diverso, una ley que destruye la comunidad no es ley; es precisamente la negación de la ley; como no es medicina un veneno, por mucho que se venda en farmacias. Quizá mantenga la causa eficiente y material porque procede del gobernante legítimo y está promulgada, pero si carece de su causa final, carece de lo más importante. Una ley que tiende a disgregar a la comunidad a la que va destinada, manifiesta la mayor perversión posible del gobernante en cuanto tal. Si el mejor gobernante es quien une más estrechamente a su pueblo en una convivencia armoniosa y pacífica, quien destruye esta convivencia es el peor de todos.

La ley, como tal, así entendida, no es principio de los actos. Principio de los actos son los fines hacia los cuales las leyes disponen adecuada-

mente. La ley tiene razón de medio. La razón del hombre capta esos fines, que son apetecidos naturalmente por la voluntad, y dispone el modo de lograrlos. La ley es una ayuda externa, ya sea creada por otros hombres o directamente dispuesta por Dios, para que los hombres ordenen o dispongan sus actos adecuadamente hacia ese fin común, que constituye su bien, donde el hombre encuentra su felicidad.

Hemos visto antes que la filosofía de Aristóteles y de Sto. Tomás está muy lejos del individualismo que considera la felicidad como una realización meramente personal. Según el Aquinate, el hombre alcanza la felicidad en la medida en que se inserta en la convivencia con los demás, y asume adecuadamente la función que juega en la comunidad de la que es parte. El hombre en solitario se deshace. El hombre se realiza sólo en la medida en que «forma parte» adecuadamente de esa obra o sinfonía universal o cósmica que es la obra creadora, y que constituye el fin de todo lo creado, donde las criaturas inferiores están en función de las superiores, y por eso toda la naturaleza material inferior al hombre está hecha en vista del hombre y para su realización<sup>26</sup>. Si, como dice Sto. Tomás, la parte se ordena al todo como lo

---

<sup>26</sup> En la Suma Teológica escribe Sto. Tomás «Dios, que es el hacedor y gobernador del universo, aprehende el bien de todo el universo; por eso todo lo que quiere, lo quiere bajo razón de bien común, que es su bondad, que es el bien del todo el universo. (...) Pero no es recta la voluntad de quien quiere un bien particular si no lo refiere al bien común como a fin, porque incluso el apetito natural de una parte se ordena al bien común del todo». Suma Teológica, I-II: q. 19, a. 10. s. En el capítulo 148 de su *Compendio de Teología*, bajo el título «Todas las cosas han sido hechas para el hombre» Sto. Tomás sintetiza clarísimamente su visión del orden cósmico:

<sup>§ 296</sup> «Aunque todas las cosas se ordenan a la bondad divina como a su último fin, hay algunas que están más próximas a este fin, pues participan de una manera más plena de la bondad divina. Por consiguiente, las cosas inferiores de la creación que, por lo mismo, participan menos en la bondad divina, están ordenadas de cierta manera a los seres superiores como a sus fines. En todo orden de fines, las cosas que están más cerca del último fin son, a su vez, fines de aquellas que están más distantes de él. Por ejemplo: la poción medicinal tiene por objeto la purgación; la purgación tiene por objeto la delgadez; y la delgadez, la salud; y por ello, la delgadez es el fin de la purgación, y ésta el de la poción. Así como en el orden de las causas agentes la virtud del primer agente alcanza los últimos efectos por medio de las causas segundas, así también en el orden de los fines las cosas que están más distantes del fin llegan al fin último por medio de las que están más próximas a él; del mismo modo que la poción medicinal no se dirige a la salud más que por medio de la purgación. Por esta razón, en el orden del universo, las cosas inferiores alcanzan su último fin, en cuanto que están ordenadas a las superiores».

<sup>§ 297</sup> «Lo cual es evidente por la sola consideración del orden mismo de las cosas. En el orden natural, las cosas se emplean según sus propiedades naturales, y así vemos que las cosas imperfectas se destinan para el uso de los seres más nobles: las plantas se alimentan de la tierra, los animales de las plantas, y todo está destinado para el uso del hombre. Por consiguiente, las cosas inanimadas han sido creadas para las animadas, las plantas para los animales, y todo para el hombre. Hemos demostrado antes (capítulo 74) que la naturaleza intelectual es superior a la naturaleza corporal; luego toda la naturaleza corporal estará ordenada a la naturaleza intelectual. Entre las naturalezas intelectuales, la que está más cerca del cuerpo es el alma racional, forma del hombre. Luego toda la naturaleza corporal parece estar creada para el hombre en cuanto animal racional; por consiguiente, la consumación de toda la naturaleza corporal depende en cierto modo de la consumación del hombre».

imperfecto a lo perfecto, el hombre individual se ordena a la comunidad perfecta y en ella encuentra su perfección, que es su felicidad. También Aristóteles cuando en su *Ética a Nicómaco* (libro V) habla de «las cosas legales», presenta unidas la felicidad y la comunidad (política, en su caso, porque, para él, la comunidad política es la comunidad perfecta; mientras que para Sto. Tomás la comunidad perfecta es la comunidad universal cósmica, hacia la que dispone la ley eterna). (Cfr ST.I-II: q. 90, a. 2, s.)

Cuando Sto. Tomás dice que la ley pertenece a la razón, hay que entender que la contrapone al apetito. Todo apetito tiene sus bienes propios naturales, que el hombre no elige; incluido el mismo apetito racional o voluntad, que tiende como a su bien propio hacia el bien sin restricción, que nadie puede dejar de querer. El apetito de felicidad o de plenitud que determina a la voluntad, no lo elegimos: lo tenemos puesto con la naturaleza, y en vista de él hacemos *todo* lo que elegimos hacer. La razón dispone, eligiendo, los medios más adecuados para ordenar al hombre hacia el logro de esa felicidad apetecida. Por eso la ley es principalmente obra de la prudencia. Y si la ley obliga es porque el bien naturalmente apetecido *por la voluntad* es un bien para el hombre, por lo que la obligatoriedad de la ley tiene la misma intensidad que el grado de conveniencia del bien hacia el que dispone la ley.

Según Sto. Tomás la ley natural y la ley positiva son elaboradas por la razón a partir de los bienes humanos conocidos naturalmente como tales, y estos lo son por su común referencia al fin último. *Será la mayor o menor necesidad de los medios para lograr tales bienes lo que nos permita calibrar el grado de libertad del legislador para fijar el contenido de la ley* (para los que identifican naturalidad con necesidad, se podría decir que el grado de necesidad de los medios es lo que determina el grado de naturalidad de la ley, es decir, del contenido de la ley natural sustraído al arbitrio humano). Esta libertad será menor cuando la ley humana se derive de la ley natural por vía de conclusión. En cambio, cuando se deriva por vía de determinación, el legislador *elegirá* entre varios medios posibles el que, según las circunstancias de su comunidad, le parezca más apto para lograr el fin. Esto explica por qué en Sto. Tomás la distinción entre el contenido de la ley natural y el de ley positiva, a partir de un determinado punto de necesidad, no tiene unos contornos precisos.

Al principio de este trabajo veíamos que los bienes apetecidos naturalmente por la voluntad son los principios de la ley natural, porque por ellos comienza el proceso creador de la ley, que es obra de la razón. Ya hemos visto que es un error pensar que, según Sto. Tomás, los principios de la ley natural son normas. Conviene insistir en que no son normas: son bienes apetecidos naturalmente por la voluntad. La ley, por lo tanto, es el plan trazado por la razón en vista de tales bienes humanos. Y si la ley no es sólo enunciativa, sino que también prescribe, es porque el bien al que conduce se presenta interpellando a la voluntad para que vaya en pos de él. *La normatividad de la ley se*

*deriva de la bondad del bien, que interpela directamente y por sí mismo a la voluntad.* De ahí que, como hemos visto, la crítica de Hume de derivar un deber ser de un ser, de derivar normas prescriptivas a partir de enunciados descriptivos, sea una crítica errónea si se aplica a Sto. Tomás. El Aquinate no deriva el carácter obligatorio de la ley de un principio especulativo, sino de un principio práctico, esto es, de un bien que interpela directamente y por sí mismo a la voluntad humana<sup>27</sup>.

Mientras los animales se ordenan al fin por el instinto, sin conocer el fin y sin elegir ni siquiera los medios, el hombre se ordena al fin (al que naturalmente tiende) con la ayuda de la ley. El Aquinate explica que la ley es el modo apropiado para gobernar a las personas, porque pueden percibir con la razón la *ratio ordinis* de la ley, y porque tienen dominio sobre las propias acciones. Al ser el hombre gobernado mediante la ley, y al gobernar también el hombre mediante la ley a otros hombres, de un lado hace meritoria su participación en la comunidad, y de otro participa en el gobierno del mundo al que Dios le asocia, otorgándole la dignidad de ser causa segunda en la disposición de todo hacia el fin último, que es el bien común universal. Este gobierno mediante la ley es de orden superior al gobierno mediante las inclinaciones naturales que Dios pone en sus criaturas.

Que la ley sea el modo de gobernar más conforme con la dignidad humana, se ve también si lo comparamos con el gobierno del hombre sobre los seres irracionales. Toda la actividad desplegada en el uso de las cosas irracionales subordinadas al hombre se reduce a los actos con que el hombre mismo las mueve (cfr. ST.I-II: q. 1 a. 2): si son realidades inertes, el porqué está claro; y si son seres vivos irracionales, el porqué reside en el automatismo que se da entre el estímulo y la respuesta al provocar los apetitos del animal. Por eso, el hombre no impone leyes a los seres irracionales, por más que le estén sujetos, sino que los mueve por la fuerza, aún cuando parezca que obedecen libremente. El legislador humano, en cambio, participando de la tarea reunificadora que dispone todas las cosas hacia el bien común universal, pone leyes a los hombres que forman parte de la comunidad que gobierna, cuando imprime en sus mentes, con un mandato o indicación cualquiera, una regla en vista de la conformación de la comunidad que dirige (cfr. ST.I-II: q. 93, a. 5, s.). Por eso, como hemos visto, un gobernante será tanto mejor cuanto más y mejor promueva la unidad de los miembros de la comunidad que él gobierna, pues la razón de ser del gobernante es mantener unida a la comunidad, porque, el fin en vista del cual los hombres se asocian, es la misma convivencia (la convivencia es una buena razón para vivir), y no sólo ni principalmente por el sustento material que facilita el intercambio.

---

<sup>27</sup> Cfr. GRISEZ, Germain: cap. IV del «El primer principio de la razón práctica. Un comentario al art. 2 de la q. 94 de la I-II de la Suma Teológica», en «Persona y Derecho», n. 52, 2005, pp. 275-339 (1965).

El bien común es siempre relativo a una comunidad determinada. Por eso, siempre que hablemos del «bien común» deberíamos especificar a qué comunidad nos referimos (familiar, deportiva, política, mundial...). Y por eso la justicia de las leyes ha de medirse por referencia al bien común de la comunidad para la cual se dictan. La definición del bien común de cualquier comunidad es la expresión del fin de la misma, el porqué de su constitución o existencia. Con esta perspectiva quizá se entienda mejor lo que hemos dicho antes: que la función de las leyes es mantener o conformar la comunidad.

De todas maneras conviene hacer una distinción no explícita en Sto. Tomás, que si no se advierte, puede impedir una adecuada comprensión de buena parte de la Suma. Sto. Tomás cuando habla del bien común de la sociedad política, unas veces se refiere a lo que podríamos llamar con Rodríguez Luño «bien común social integral» y, otras, en cambio, al mero «bien común político»<sup>28</sup>. El primero es más amplio que el segundo. El bien común social integral comprende todos los bienes que supone la vida de los hombres en común; a este bien común contribuyen los actos de todas las virtudes del hombre, incluidos los de aquellas que a primera vista sólo afectan al hombre en su vida privada (p. ej. actos de la fortaleza o de templanza), y por supuesto, todas las instituciones sociales como la familia, las comunidades religiosas, y la multitud de asociaciones diversas que funcionan dentro de la comunidad política. En cambio, el «bien común político» –lo que muchos intérpretes de Sto. Tomás llaman bien común sin más especificación– es aquella parte del bien común social integral que puede y debe ser promovido y tutelado por el Estado. Según esta noción más restringida de bien común, habría comportamientos privados viciosos que no le afectarían directamente, y que por lo tanto, no deberían ser proscritos por la ley, a pesar de que afecten al bien común social integral. Si Sto. Tomás reconoce que la categoría moral de las personas singulares siempre afecta de algún modo a la calidad de la convivencia entre los hombres (al bien común social integral), también reconoce que dicha influencia admite grados, y que la determinación del grado a partir del cual la ley humana debe intervenir, es una cuestión relativa que depende de muchos factores (nivel de educación del pueblo, mayor o menor rudeza de los ciudadanos, etc.). Podríamos representar gráficamente esta idea con dos círculos concéntricos, en los que la longitud de radio representa la intensidad y número de acciones relevantes para el bien común: el círculo de menor radio marcaría los mínimos exigidos por la ley humana para la cohesión mínima exigible de la sociedad (determinando así el área del «bien común político»); y el de radio mayor determinaría el «bien común social integral», cuyo área abarcaría todo el comportamiento moral del hombre. Al legislador le compete determinar, según las circuns-

---

<sup>28</sup> Cfr. RODRÍGUEZ LUÑO, A.; *Ética general*, Madrid, Eunsa, 2001 (1991), p. 269, nota 17.

tancias, la longitud del radio del primer círculo, mediante la regulación de las conductas exigibles a los ciudadanos. A su vez estos dos círculos estarían dentro del círculo del bien común universal o cósmico al que Dios ordena toda la Creación<sup>29</sup>.

¿Podríamos decir que para Sto. Tomás sólo pueden interesar al legislador humano los actos de la virtud de la justicia? En cierta manera sí porque, como ya hemos visto, sólo por la justicia el hombre se ajusta con su comportamiento al bien de otro. Los hombres nos comunicamos entre nosotros y conformamos la comunidad política mediante actos exteriores, y no con el mero pensamiento. A la comunidad política sólo le afectan los buenos o malos deseos de las personas cuando se traducen en acciones exteriores. Por eso, sólo serían susceptibles de regulación jurídica los actos de justicia –y no todos– en su manifestación exterior. Los actos de otras virtudes sólo interesan al legislador en la medida en que repercuten en la justicia de la vida social. Así por ejemplo, desde el punto de vista de la legislación educativa podría interesar fomentar el orden y la templanza en los jóvenes, la valentía de los soldados, la diligencia de la policía en sus investigaciones, o la castidad de los maestros en la relación con sus alumnos. En este contexto se podrían ubicar muchos temas difíciles de la ciencia jurídica y política, como por ejemplo el tratamiento que deba darse al tema de la pornografía<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> La distinción referida la expone claramente FINNIS en su reciente obra sobre Sto. Tomás. Finnis explica que para el Aquinate el bien común alcanzable en una comunidad política es doble: por un lado está el bien común *ilimitado* (se refiere a lo que hemos llamado «bien común social integral»), y por otro existe un bien común que es *político* en un sentido más específico: (i) el bien de emplear el gobierno y la ley para ayudar a los individuos y las familias para que hagan bien lo que tienen que hacer, junto con (ii) el bien o los bienes que la comunidad política puede lograr en nombre de las familias o de los individuos (incluido el bien de repeler y de reparar los daños y las amenazas que los individuos, sus familias y otros grupos privados no son capaces de repeler por sí mismos). Sólo este segundo sentido más específico de bien común es del que deben responder los gobernantes, y sólo sobre este sentido se justifica la obligatoriedad de las leyes y demás acciones de gobierno (judiciales y administrativas). Este sentido específico de bien común es *limitado* y en cierto sentido *instrumental*. Éste bien común es lo que Sto. Tomás llama a veces bien público. Cfr. FINNIS, J; *Aquinas*. Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 238-9. Esta idea la desarrolla también el profesor Andrés Ollero en su libro *El derecho en teoría (perplejidades jurídicas para crédulos)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2007, pp. 65 y ss, donde explica el derecho como un «mínimo ético» exigible para que la convivencia entre los hombres sea propiamente humana. En el libro, Ollero maneja un concepto de justicia limitado a la actividad propiamente política y forense, o si se nos permite, un concepto de «justicia jurídica» a la que vincula su noción de mínimo ético. En este sentido, escribe en la p. 67: «Constituirán exigencias de justicia, y por tanto estrictamente jurídicas, todas aquellas necesarias para el logro de ese *mínimo ético* indispensable para garantizar una convivencia social realmente digna del hombre».

<sup>30</sup> En este sentido Sto. Tomás explica que «cualquier objeto de una virtud puede ordenarse tanto al bien privado de una persona cuanto al bien común de la sociedad. Un acto de fortaleza, por ejemplo, puede hacerse, ya sea para defender la patria, ya sea para salvar el derecho de un amigo, etc. Mas la ley se ordena al bien común, según ya expusi-

Si al legislador compete disponer el mejor modo posible en que los súbditos pueden contribuir al bien común, sería un error atribuir al legislador la responsabilidad exclusiva por el mantenimiento y desarrollo de la comunidad que gobierna. Semejante postura presupone un paternalismo incompatible con la responsabilidad personal y social que tenemos todas las personas. No es el gobernante el único responsable de lo común. La ley marca el umbral mínimo de solidaridad, de contribución al bien común, que puede ser exigido coactivamente. Pero los ciudadanos que toman conciencia de la dimensión naturalmente solidaria de su existencia, asumen responsabilidades no exigidas por la ley, que contribuyen indudablemente al bien común. Sin esta visión solidaria de la existencia, que se desarrolla con independencia de la ley, no sería posible el mantenimiento de la sociedad.

Cuando se considera que la ley es esencialmente una ayuda para que el hombre alcance más fácilmente su fin, se comprende que el carácter coactivo de la misma no forma parte de su definición. Esto queda patente cuando Sto. Tomás distingue entre dos géneros de personas a quienes una ley se impone: «De éstos, unos son duros y soberbios, que por la ley han de ser reprimidos y domados, y otros buenos, que por la ley son instruidos y *ayudados en el cumplimiento de lo que intentan*» (cfr. ST.I-II: q. 98, a. 6, s.)

La finalidad propia de la ley civil no consiste en hacer mejores personas, sino mejores ciudadanos. Que también contribuya a hacer mejores personas es un efecto frecuente y lógico de la ley humana, pero no es su fin propio. La ley civil puede tener como efecto secundario la promoción de la virtud en la medida en que suscita costumbres, que al principio pueden ser observadas de mala gana por temor al castigo, pero luego una vez experimentada la práctica, pueden ser realizadas con cierta facilidad e incluso hasta con agrado.

---

mos (I-II, q. 90 a. 2). No hay, por lo tanto, virtud alguna cuyos actos no puedan ser prescritos por la ley. Pero esto no significa que la ley humana se ocupe de todos los actos de todas las virtudes, sino sólo de aquellos que se refieren al bien común, ya sea de manera inmediata, como cuando se presta directamente algún servicio a la comunidad, ya sea de manera mediata, como cuando el legislador adopta medidas para dar a los ciudadanos una buena educación que les ayude a conservar el bien común de la justicia y de la paz». (ST.I-II: q. 96, a. 3, s.). «Y como los hombres se comunican unos con otros por los actos exteriores, y esta comunicación pertenece a la justicia, que propiamente es directiva de la sociedad humana, la ley humana no impone preceptos, sino actos de justicia; y si alguna cosa manda de las otras virtudes, no es sino considerándola bajo la razón de justicia, como dice el Filósofo en V Ethic. En cambio la comunidad que rige la ley divina [y también la ley natural] es de los hombres en orden a Dios, sea en la vida presente, sea en la futura; y así la ley divina impone preceptos de todos aquellos actos por los cuales los hombres se ponen en comunicación con Dios. El hombre se une con Dios por la mente, que es imagen de Dios, y así la ley divina impone preceptos de todas aquellas cosas por las que la razón humana se dispone debidamente, y esto se realiza por los actos de todas las virtudes. Pues las virtudes intelectuales ordenan los actos de la razón en sí mismos; las morales los ordenan en lo tocante a las pasiones interiores y a las obras exteriores». ST.I-II: q. 100, a. 2, s.).

Cuando John Finnis explica que la conveniencia de que la ley civil inculque virtudes, aduce que para que la ley funcione como garante de la justicia y de la paz, es preciso que los ciudadanos interioricen sus normas y requerimientos y, más importante todavía, que adopten el propósito de la ley de promover y preservar la justicia. Finnis explica que no es posible afirmar adecuadamente el bien común político si la gente es desconfiada, vengativa, insolidaria... Por lo tanto, la conservación del bien común político necesita gente con virtudes humanas, con la disposición interior de la justicia. Y si esto es un legítimo objetivo, entonces debe existir al menos un legítimo interés por parte de los gobiernos en que los ciudadanos tengan también otras virtudes. La racionalidad práctica –dice Finnis– está *hecha de una pieza*; por lo tanto, aquellos que en su vida privada violan o descuidan los dictámenes de la prudencia, tienen menos motivos racionales y menos disposiciones para seguir sus dictámenes en elecciones con trascendencia pública o que afecten a otras personas<sup>31</sup>.

En cualquier caso, la ley civil y el gobierno tienen que desempeñar un papel secundario (o «subsidiario») en el desarrollo virtuoso de los ciudadanos. El papel primario corresponde a las familias, las instituciones religiosas, las asociaciones privadas, y otras instituciones que, trabajando estrechamente con los individuos, colaboren en la difusión de la moralidad y promuevan la virtud. «Cuando las familias, las iglesias y otras instituciones de «la sociedad civil» no cumplan (o sean incapaces de desempeñar) su misión, –escribe Robert George– difícilmente las leyes serán suficientes para preservar la moral pública. De ordinario, por lo menos, el papel de la ley es apoyar a las familias, las iglesias y similares. Y, por supuesto, la ley funciona mal cuando desplaza a estas instituciones y usurpa su autoridad»<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. FINNIS, J., *Aquinas*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 232.

<sup>32</sup> GEORGE, R.; *Para hacer mejores a los hombres*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2002 (1993), p. 205.



# La regulación de Internet y la teoría jurídica\*

Por MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO  
Universidad de Cádiz

## RESUMEN

*La visión ciberlibertaria de Internet describía la Red como un lugar separado y excepcional con su propio derecho, creado por la autorregulación de los usuarios individuales. Contra esta teoría, otros juristas han argüido que Internet no es un lugar independiente y que las herramientas jurídicas tradicionales pueden resolver los problemas de regulación. Pero Internet es una realidad compleja que y no puede ser regulada sólo por una instancia. Ante esta situación, la unidad del sistema jurídico se rompe. El artículo explora respuestas desde teorías sistémicas postmodernas y ofrece una posible solución: la concepción del derecho como orden racional surgido desde la existencia de prácticas sociales.*

Palabras clave: *Internet, derecho, autorregulación, complejidad, sistema autopoietico, práctica social.*

## ABSTRACT

*The cyberlibertarian vision of Internet described the Net a separate and exceptional place with his own law, created by the autoregulation of the individual users. Against this theory, other jurists have argued that Internet is not an independent place, and that the traditional legal tools can resolve the regulation problems. But, Internet is a complex reality that cannot be regula-*

---

\* Este artículo ha sido elaborado dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Educación y Ciencia *Libertad y nuevas tecnologías: regulación jurídica* (SEJ2004-06124).

*ted only by a single instance. The unity of the legal system breaks. The paper explores answers from the postmodern systemic theories and offers a possible solution: the conception of the law as rational order aroused from the social practices.*

Key words: *Internet, law, self regulation, complexity, autopoietic system, social practice.*

**SUMARIO:** 1. EL DERECHO DE INTERNET: 1.2 *Posturas enfrentadas.* 1.3 *La inevitable complejidad.*—2. INTENTOS DESDE EL PLANO TEÓRICO.—3. UN COROLARIO PROVISIONAL.

## 1. EL DERECHO DE INTERNET

La irrupción de las nuevas tecnologías informativas ha ejercido ya una considerable influencia en todos los ámbitos de la vida social. El derecho no ha podido permanecer inmune y esa presión se ha hecho notar no sólo en el plano de la normativa concreta, sino también en el de la reflexión teórica. A pesar de tratarse de una realidad tan reciente, Internet ha llamado la atención de un cierto número de académicos preocupados por el efecto que sus peculiaridades pueden tener en las concepciones jurídicas tradicionales. Uno de los aspectos más conflictivos gira alrededor de la determinación de los sujetos encargados de regular la Red. Este problema ha generado una bibliografía considerablemente amplia ya que posee relevancia tanto práctica como iusfilosófica. Efectivamente, hace referencia a las fuentes sociales desde las que deriva el derecho, es decir, a la determinación de las notas de juridicidad específicas de Internet. Por supuesto, en las páginas que siguen no pretendo dar ninguna respuesta concluyente acerca de esta cuestión. Sólo intentaré esbozar algunas pinceladas útiles para replantear este asunto básico de la teoría jurídica desde las perspectivas que abre esta tecnología. Afrontar este asunto requiere aclarar previamente algunos puntos de vista acerca del debate sobre la regulación de Internet.

### 1.2 Posturas enfrentadas

En el momento del despliegue de Internet, una serie de usuarios integrados en el movimiento *libertarian* americano, saludó la nueva tecnología informativa como una salvaguarda aparentemente inexpugnable frente a los intentos gubernamentales de controlar al individuo. Esta mentalidad aparece reflejada en una serie de documentos publicados en la Red a lo largo de los años noventa del pasado siglo. En ellos, Internet es descrita como una realidad nueva e independiente —el

ciberespacio— en la que es posible un despliegue de la libertad individual inédito hasta entonces. Debido a esas características, la única normativa legítima de Internet deberá brotar de la autorregulación practicada por los internautas; éstos son los habitantes del ciberespacio, un lugar en el que el Estado no debe ni puede intervenir<sup>1</sup>. El recuerdo de la Frontera Oeste de los USA, poblada por pioneros autosuficientes, está muy presente en estas primeras descripciones de Internet<sup>2</sup>.

A estos textos programáticos siguieron análisis más precisos de los retos que Internet planteaba a los órdenes jurídicos existentes. En esa línea, David Johnson y David Post han defendido la autorregulación de los usuarios como única fuente legítima de derecho para la Red. Su tecnología, que salta las fronteras geográficas, impide la intervención de los Estados basados en la existencia de dichas fronteras<sup>3</sup>. Las teorías de estos juristas traslucen la influencia —a veces expresa— de autores como Friedrich von Hayek, Robert Nozick o los integrantes del Análisis Económico del Derecho.

---

<sup>1</sup> Vid. BARLOW, J. P./KAPOR, M.; «Across the Electronic Frontier», 1990, <[http://www.eff.org/Misc/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/HTML/eff.html](http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/eff.html)> (Consultada 29-12-06). BARLOW, J. P.; «A Declaration of Independence of Cyberspace», 1996, <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.htm>; BARLOW, J. P., «Is There a There in Cyberspace?», [http://www.eff.org/Misc/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/HTML/utne\\_community.html](http://www.eff.org/Misc/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/utne_community.html) (consultadas 10-1-07); «The Economy of Ideas», *Wired*, 1994, disponible en [http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html) (consultada 8-01-07). *Cyberspace and the American Dream: A Magna Carta for the Knowledge Age*, <http://www.pff.org> (consultada 11-1-07). En relación estrecha con estos planteamientos se halla la autodenominada «ética hacker». Vid. HIMANEN, P.; *La ética del hacker y el espíritu de la era de la información*, disponible en <http://www.geocities.com/pekkahacker/pekka.pdf>, 166 pp. (consultada 7-2-07). (En papel está publicada en Barcelona, Destino, 2002). Mitchel Kapor y John Perry Barlow decidieron llamar ciberespacio a la nueva realidad informacional precisamente en *Across the Electronic Frontier*; alegaban que el término era usado ya por los internautas. La palabra procede de la ciencia ficción literaria. La ideó el escritor William Gibson en su relato *Burning Chrome* de 1982 y la convirtió en el eje de su novela *Neuromante*, publicada dos años después. En ella describía una alucinación cerebral colectiva proporcionada por la conexión a una red de ordenadores. Esa realidad alucinatoria, accesible electrónicamente, era el ciberespacio. Aunque Internet no proporcionaba experiencias tan impactantes, Kapor y Barlow escogieron el nombre para marcar su carácter supuestamente independiente.

<sup>2</sup> Cfr. GIBBONS, L. J.; «No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace», *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 1997, pp. 1-2, 83.

<sup>3</sup> Cfr. JOHNSON, D. R./POST, D. G.; «Law and Borders —The Rise of Law in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 48, 1996. Disponible en <http://www.cli.org> (consultada 10-1-07), pp. 1 y ss. Cfr. POST, D. G.; «Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace», *Journal of Online Law*, 1995, pp. 3 y ss. Disponible en <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html> (consultada el 20-1-07). JOHNSON, D. R./POST, D. G.; *And How Shall the Net Be Governed?* 1996, pp. 1 y 9, disponible en <http://www.cli.org/emdraft.html> (consultada 15-1-07). JOHNSON, D. R./POST, D. R.; «The New “Civic Virtue” of the Internet», 1998, pp. 11 y ss., disponible en <http://www.cli.org> (consultada 15-1-07).

De hecho, la inicial configuración de la Red ofrecía cierta base para estas elucubraciones: estaba diseñada para difundir información de la manera más rápida y libre posible, evitando las interceptaciones en un nodo concreto<sup>4</sup>. Sin embargo, la postura ciberlibertaria no tenía en cuenta que esa situación no era una realidad inalterable, sino el producto de decisiones concretas acerca de los programas que configuran Internet. Inicialmente sus creadores contribuyeron a construir una Red tendencialmente libre, pero desde los noventa esa situación ha cambiado un tanto con la aparición de programas favorecedores del control. Algunos expertos han señalado que el auténtico elemento normativo para el internauta es el conjunto de protocolos y programas que componen la Red; este código informático es el que realmente permite o impide las diversas actividades *on line* y, en consecuencia, debe ser considerado el verdadero derecho de Internet<sup>5</sup>. La afirmación es exagerada, entre otras cosas porque oculta que los desarrollos informáticos están predeterminados en buena medida por la influencia de empresas y gobiernos<sup>6</sup>. Esa situación es

---

<sup>4</sup> Vid. sobre el origen de la Red, CASTELLS, M.; *La Galaxia Internet*. Madrid, Areté. 2001, cap. I. Aunque la iniciativa provino del ámbito militar lo cierto es que buena parte de los creadores de Internet estaba influida por las querencias libertarias y *hippies* de la cultura de finales de los sesenta y principios de los setenta. Por otra parte, las primeras aplicaciones de esta tecnología tuvieron un carácter universitario y reflejaron el espíritu libre que debe caracterizar la comunicación entre académicos. Cfr. BURK, D. L.; «Cyberlaw and the Norms of Science», *Intellectual Property & Technology Forum*, 1999, pp. 1 y ss.

Aunque sin compartir los presupuestos de *libertarians* como John Perry Barlow, muchos ingenieros informáticos y usuarios de la Red han creído posible gobernarla mediante autorregulación. El espíritu de la *Internet Society* (ISOC) responde a estas intenciones. Dentro de ella, la *Internet Engineering Task Force* (IETF) organiza reuniones de expertos e interesados que presentan, discuten y aceptan los estándares técnicos de Internet. Las decisiones no son impuestas desde arriba, sino que emergen de un consenso entre los participantes en las asambleas que ni siquiera requiere votaciones. Surgiría así una nueva forma de gobernanza basada en la igual participación de todos los navegantes de la Red. A. M. Froomkin incluso sostiene que tales prácticas constituyen una plasmación relativamente efectiva de la Teoría de la Acción Comunicativa de Habermas. Vid. FROOMKIN, A. M.; «Haberm@sDiscourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace», *Harvard Law Review*, 116, 2003, pp. 751-872.

Vid. la descripción crítica de esta mentalidad en GOLDSMITH, J./WU, T.; *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. New York, Oxford University Press, 2006, pp. 23 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. KATSH, E.; «Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace», *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 335-360. Inspirado por ideas parecidas, Joel Reidenberg ha denominado *lex informatica* al conjunto de reglas técnicas que constituyen Internet y que los políticos deberán tener en cuenta a la hora de regularla. Cfr. REIDENBERG, J.; «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology», *Texas Law Review*, 76, 1998, pp. 553-584. La propuesta de Reidenberg es matizada, ya que la *lex informatica* no basta y necesita la colaboración de las leyes tradicionales (pp. 576 y ss.).

<sup>6</sup> El constitucionalista norteamericano LESSIG, Lawrence ha destacado la capacidad reguladora de los programas informáticos, pero ha hecho también especial hincapié en la influencia ejercida en ellos por los poderes políticos y económicos. Vid. «Reading the Constitution in Cyberspace», *Emory Law Journal*, 45, 1996, pp. 1-44.

especialmente importante para la regulación de la Red, porque la presencia de actores empresariales y estatales hace patente la inexistencia del supuesto ciberespacio. Como consecuencia de lo que acabo de señalar, las propuestas ciberlibertarias están un tanto desprestigiadas actualmente, sobre todo por haber exagerado las diferencias entre las actividades jurídicas realizadas mediante Internet y las propias del mundo «real»<sup>7</sup>. En realidad, como ha puesto de manifiesto un buen número de juristas, no existe un derecho propio del ciberespacio, sino problemas jurídicos específicos ocasionados por las particularidades de Internet, que podrán ser resueltos, en muchas ocasiones, interpretando y modificando de manera adecuada las normas y principios generales de los órdenes jurídicos ya existentes<sup>8</sup>.

Esa falta de excepcionalidad no supone ausencia de novedades. Al contrario, plantea un buen número de cuestiones que obliga a reformular bastantes concepciones jurídicas asentadas. Claro que esta necesidad no es una característica exclusiva de la Red, sino compartida con otras realidades clasificadas habitualmente bajo la etiqueta, no siempre clara, de globalización.

### 1.3 La inevitable complejidad

Para acercarse a esta cuestión resulta útil la reflexión ofrecida por Timothy Wu cuando declara que Internet no debe ser entendida como una realidad homogénea y unitaria, sino como un conjunto de aplicaciones informáticas con finalidades diversas; el análisis jurídico debe-

---

*El código y otras leyes del ciberespacio*. Trad. de E. Alberola, Madrid, Taurus, 2001, pp. 119 y 167 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. CREWS, Jr., C. W./THIERER, A., «Introduction», en *Who Rules the Net? Internet Governance and Jurisdiction*. Cato Institute, 2003, pp. XVII-XIX. Cfr. también BLAVIN, J./GLENN COHEN, I.; «Gore, Gibson and Goldsmith: The Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary», *Harvard Journal of Law & Technology*, 16, 2002, pp. 267 y 283 entre otras. En realidad, la noción de ciberespacio tendría una dimensión mítica: ha recogido un conjunto de anhelos centrado en una tecnología que libere de toda limitación física, acabe con la política y proporcione libertad individual sin límites. Los hechos, desde luego, no han dado la razón a esas aspiraciones. Vid. MOSCO, V.; *The Digital Sublime. Myth, Power and Cyberspace*. Cambr. Mass., MIT Press, 2005, pp. 4, 15, 24-25, 111 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. EASTERBROOK, F. H., «Cyberspace and the Law of the Horse», *University of Chicago Legal Forum*, 207, 1996, pp. 207-216. SHAPIRO, A. L.; «The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code», *Seton Hall Constitutional Law*, 1998, p. 6. Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu/is99/Shapiro.htm> (consultada 8-1-07). SOMMER, J. H.; «Against Cyberlaw», *Berkeley Technology Law Journal*, 15, 2000, pp. 3 y ss. Disponible en <http://www.law.berkeley.edu/journals/> (consultada 9-1-07). Quien de forma más destacada ha apoyado esta interpretación es GOLDSMITH, Jack L. Vid. «Against Cyberanarchy», *University of Chicago Law Review*, 1998, pp. 1-3, 6 y ss. Disponible en <http://cyber.law.harvard.edu> (consultada 20-3-06). Vid. también GOLDSMITH, J./WU, T.; *Who Controls the Internet? cit., per totum*.

rá centrarse en ese ámbito y no en el de la Red en sí<sup>9</sup>. La pluralidad de problemas obliga a seleccionar los instrumentos normativos más adecuados para cada uno. Y esta característica hace inviable que una sola instancia se haga cargo de ellos.

En efecto, los juristas empeñados en analizar el derecho encargado de Internet parecen concluir que es precisa la colaboración de normas y principios procedentes de ámbitos variados<sup>10</sup>. De manera no siempre pacífica, conviven tratados internacionales, normas estatales, prácticas empresariales, autorregulación de los usuarios, etc. Conviene destacar la relevancia del Estado en este ámbito digital, porque es un asunto que ha sido tratado a veces con excesiva ligereza. Constituiría un error grave afirmar que Internet es una creación estatal; su desarrollo ha obedecido en buena medida a impulsos y creaciones ajenas a las esferas políticas. Pero el papel impulsor representado por el gobierno americano, por ejemplo, muestra que los Estados pueden ejercer en estos asuntos bastante más influencia de la que les reconocían los ciberlibertarios<sup>11</sup>.

La historia del desarrollo y control del *Domain Name System* (DNS) de Internet, que Milton Mueller ha narrado minuciosamente, es ilustrativa al respecto de las interrelaciones de actores sociales que han dado lugar a Internet<sup>12</sup>. En los primeros tiempos fue gestionado por los pioneros informáticos bajo contrato de los USA. La ampliación de usuarios a principios de los noventa provocó la entrada de otros candidatos a la dirección. Tras un período de discusiones a veces

<sup>9</sup> Cfr. WU, T.; «Application-Centered Internet Analysis», *Virginia Law Review*, 85, 1999, pp. 1163-1164. Cfr. también SOMMER, J.; «Against Cyberlaw», *cit.*, p. 8.

<sup>10</sup> Vid. en este sentido, MUÑOZ MACHADO, S.; *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*. Madrid, Taurus, 2000. BIEGEL, S.; *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*. MIT Press, Cambr. Mass., 2003, ambos *per totum*.

<sup>11</sup> DREZNER, D. sostiene que el Estado ha influido considerablemente en la adopción de los diferentes protocolos informáticos que componen Internet. No es sino una manifestación más del papel relevante que el Estado sigue teniendo en la llamada globalización. Cfr. DREZNER, D. W.; «The Global Governance of the Internet. Bringing the State Back in», *Political Science Quarterly*, 119, 2004, pp. 478-479. Manuel Castells ha puesto de manifiesto la compleja situación actual del Estado-nación. Ha aparecido un nuevo sistema de poder en el que los Estados ya no tienen el monopolio de la vida política, pero siguen existiendo y siguen desempeñando un papel destacado. CASTELLS, M.; *La era de la información. Vol. 2: El poder de la identidad*. Madrid, Alianza, 2003, pp. 390 y ss. Respecto a su relación con Internet, CASTELLS sostiene que a los Estados les resultará imposible controlarla, debido a su diseño abierto; en general los Estados han perdido la batalla por el control de la información (*El poder de la identidad, cit.*, pp. 337, 353). No obstante, está conclusión de CASTELLS quizá requiera algunas matizaciones, porque algunos países como China han establecido con bastante éxito filtros censores para evitar el acceso a páginas consideradas «sensibles» por esos gobiernos. Por otra parte, CASTELLS reconoce el papel impulsor de los Estados en el surgimiento de la Red. Cfr. *La era de la información. Vol. 1: La Sociedad red*. Madrid, Alianza, 2005, pp. 101 y ss.

<sup>12</sup> Vid. MUELLER, M.; *Ruling the Root. Internet Governance and the Taming of Cyberspace*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2002, *per totum*.

tensas, el acuerdo final dio lugar a la *Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números* (ICANN), encargado desde entonces de gestionar el DNS. Se trata de una corporación privada bajo contrato del Departamento de Comercio de los USA, con representación de miembros de la comunidad informática y comités asesores de otros países. Se trataría de un «régimen internacional» producto del acuerdo informal entre gobiernos nacionales y actores diversos del sector privado, aunque el gobierno norteamericano siga conservando cierto control sobre el sistema. Según Mueller, los instrumentos emanados de este organismo poseen un estatus jurídico difuso oscilante entre el derecho legislado y los acuerdos meramente privados<sup>13</sup>.

Precisamente, éste es uno de los problemas planteados por Internet que debe afrontar la teoría jurídica: explicar la juridicidad de las reglas elaboradas por una pluralidad compleja de instancias. Se trata de un asunto difícil que afecta la base de las fuentes del derecho. Cabe plantear incluso si son necesarios nuevos paradigmas iusfilosóficos para resolverlo. No obstante, a la hora de suscitar esta cuestión conviene tener en cuenta la mencionada ausencia de un derecho exclusivo de Internet; en tal caso, quizá tampoco sea precisa una filosofía jurídica propia para la comunicación digital.

## 2. INTENTOS DESDE EL PLANO TEÓRICO

Los ciberlibertarios, a los que acabo de aludir, sí pretenden ofrecer una fundamentación específica para sus pretensiones. Ellos insertan sus propuestas en el marco de una teoría jurídica basada en la idea de orden orgánico. El modelo mecanicista, que ve a la sociedad como una estructura diseñada según un plan racional supremo, y que concede al Estado ese papel organizador, olvidaría aspectos esenciales del desarrollo del derecho. Buena parte de las organizaciones sociales, como las corporaciones económicas o las instituciones docentes, no son construidos por el Estado, sino que son organismos que crean sus propias estructuras, roles y normas y evolucionan desde sí mismos. El derecho de Internet, desarrollado por los usuarios e incontrolable mediante un plan jerárquicamente organizado, es un ejemplo de este tipo de ordenaciones sociales<sup>14</sup>. Es preciso señalar que este organicismo tiene un carácter individualista. Está basado exclusivamente en la elección entre conjuntos normativos competitivos. De esa forma se despliega una especie de «federalismo electrónico» –son palabras de Post– relacionado con filosofías políticas contrarias a la centralización

<sup>13</sup> Cfr. MUELLER, M.; *op. cit.*, pp. 217 y ss.

<sup>14</sup> Vid. JOHNSON, D. R.; «The Life of Law Online», [http://www.firstmonday.org/issues/issue11\\_2/johnson/index.html](http://www.firstmonday.org/issues/issue11_2/johnson/index.html) (consultada el 1-2-07), *per totum*.

estatal<sup>15</sup>. Más allá de las referencias al ciberespacio y de los argumentos organicistas, la clave de estos planteamientos parece residir en la lucha neoliberal para erigir al mercado como única instancia legitimadora frente a las pretensiones estatalistas<sup>16</sup>. Y, en cualquier caso, parece ignorar la interacción entre normas de orden diverso, no sólo procedentes de la autorregulación, que desempeñan su papel en la Red. Parece, por tanto, que la autorregulación basada en la interacción entre individuos digitales no resulta factible como instrumento normativo único para la Red.

Al mismo tiempo, resulta patente que la identificación del derecho con la normativa procedente del Estado tampoco atiende eficazmente a sus peculiaridades. James Boyle ha recordado que los ciberlibertarios sólo veían el derecho al modo de John Austin, es decir, al modo de mandatos imperativos del soberano. Convencidos –con razón– de su inadecuación para Internet, negaban –sin razón– la relevancia de todo derecho en su mundo<sup>17</sup>. En un sentido similar, Post y Johnson habían rechazado al Positivismo jurídico como teoría que identifica el derecho con un conjunto unitario de reglas derivados desde un centro de autoridad superior<sup>18</sup>.

Desde luego, resultaría complicado discernir la capacidad del Positivismo para explicar los fenómenos jurídicos de Internet, a causa de la diversidad de tendencias que suelen incluirse tras esa etiqueta. De hecho, muchos positivistas actuales no se sentirían reconocidos en el imperativismo de Austin. Es cierto, por otra parte, los orígenes de esa tradición muestran que sus partidarios iniciales defendieron con claridad la incardinación necesaria de todo derecho en la voluntad estatal<sup>19</sup>. Una teoría que no había sido inventada *ex novo* por los positivis-

<sup>15</sup> Vid. POST, D. G.; «The “Unsettled Paradox”: The Internet, the State and the Consent of the Governed», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5, 1998, p. 2, disponible en <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Sov.html> (consultada el 2-2-07). POST, D. G.; «Governing Cyberspace», *Wayne Law Review*, 43, 1997, p. 3, disponible en <http://www.temple.edu/lawschool/dpost> (consultada 20-01-06). Post cita como precedente de su forma de entender el liberalismo a Thomas Jefferson.

<sup>16</sup> Esta idea aparece explicitada en POST, D. G.; «What Larry Doesn't Get: Code, Law and Liberty in Cyberspace», *Stanford Law Review*, 52, 2000, pp. 1439-1459. Un análisis de la relación de estas doctrinas ciberlibertarias con el neoliberalismo lo ofrece NETANEL, N. W.; «Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory», *California Law Review*, 88, 1999, pp. 3 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. BOYLE, J.; «Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors» (1997). Disponible en <http://www.law.duke.edu/boylesite/foucault.htm> (consultada 9-2-07), pp. 4 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. JOHNSON, D. R./POST, D. G.; «And How Shall the Net Be Governed?» *cit.*, p. 10.

<sup>19</sup> Es el caso, por ejemplo, de Nikolaus Falk o Johann Kielruf, integrantes según CARPINTERO, Francisco de un «Positivismo jurídico estricto». Vid. al respecto, CARPINTERO, F.; *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Madrid, Actas, 1994, pp. 125 y ss. KRIELE, Martin ha afirmado que la clave del Positivismo jurídico reside en el monopolio de la creación del derecho en manos del legislador. Cfr. *Recht und praktische Vernunft*. Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1979, p. 72.

tas. Porque una de las líneas doctrinales que recorre toda la Modernidad jurídica está basada en la interrelación entre el derecho y el poder<sup>20</sup>. A pesar de las enormes variaciones entre las diferentes tendencias, y más allá de las etiquetas, la veta imperativista ha recorrido el pensamiento jurídico europeo desde entonces. En ese decurso, el hito de la Escuela de Derecho Natural Moderno fue decisivo. Sus integrantes escogieron como punto de partida inexcusable de toda reflexión la libertad natural del individuo, entendida como un poder de actuación, en principio ilimitado. En aras de la paz social, los individuos transferían ese poder al Estado, mediante un pacto; una vez cumplido ese trámite, el poder político era el único legitimado para establecer el derecho. A principios del XIX el Positivismo jurídico llevó a su máxima expresión esa mentalidad, eliminando toda referencia a supuestos individuos situados en el estado de naturaleza<sup>21</sup>. De esa forma, el marchamo único de juridicidad vendría dado por la emanación desde un poder político centralizado. A lo largo del siglo XIX y buena parte del XX, esta explicación ha gozado de enorme predicamento. Aunque reconozco que la presentación quizá haya sido excesivamente poco matizada, parece poco discutible que esa teoría jurídica no se amolda a la regulación de Internet. Como ya he señalado, la pluralidad de instancias normativas que ya concurren en la Red son irreductibles a una fuente única. Desde el punto de vista legalista, las prácticas empresariales, las cláusulas generales de contratación y otros fenómenos autorregulatorios que han brotado al margen de las decisiones estatales carecerían de juridicidad. Pero afirmar esto parece poco realista ante el desarrollo actual del derecho de Internet. Por ese motivo, Muñoz Machado señala la necesidad de atender a nuevas visiones del derecho, caracterizadas por su adhesión a las teorías del caos y del derecho en malla para explicar la realidad de Internet<sup>22</sup>. Por eso voy a referirme en las páginas siguientes a las explicaciones de autores que siguen vías de ese tipo, como Gunther Teubner y Karl-Heinz Ladeur.

De hecho, el reconocimiento de normatividades jurídicas ajenas al Estado no se ha debido exclusivamente a las nuevas tecnologías informativas ni a otros fenómenos de globalización jurídica. No carece de relevancia que Gunther Teubner haya titulado *Bukowina global* uno de sus estudios dedicados a analizar el papel creciente de los derechos extraestatales<sup>23</sup>. Teubner, especialmente interesado por la compleji-

---

<sup>20</sup> En realidad, esa línea planta sus raíces en las explicaciones voluntaristas y nominalistas de los teólogos de la Baja Edad Media y de la Modernidad primera, que redujeron el derecho a una manifestación de voluntad –divina o humana. Vid. CARPINTERO, F.; «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del Positivismo en el Derecho», *Dikaosyne*, 15, 2005, pp. 29-57.

<sup>21</sup> Vid. CARPINTERO, F.; *Una Introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1988, pp. 51 y ss., 115 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.; *op. cit.*, pp. 34-35, 42.

<sup>23</sup> Vid. TEUBNER, G.; «“Global Bukowina”: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G.; (ed.); *Global Law Without a State*. Aldershot, Dartmouth, 1997.

dad creciente en los sistemas sociales, recuerda los planteamientos de Eugen Ehrlich acerca del derecho que efectivamente regía en la Bukowina, entonces provincia del Imperio Austro-Húngaro y que no era el Código Civil austriaco, pese a estar formalmente vigente<sup>24</sup>. El nombre de Ehrlich es sólo un testigo de la reacción amplísima que, frente al Positivismo estatalista, quiso afirmar la existencia de realidades jurídicas fuera de la legislación<sup>25</sup>. Por supuesto, los planteamientos de Teubner, derivados de la teoría sistémica de Luhmann, son muy diferentes a los expuestos por los iusliberistas. No puedo analizar ahora la compleja riqueza de su teoría<sup>26</sup>. Por ese motivo voy a limitarme a exponer algunas de sus reflexiones acerca del derecho globalizado y del ejemplo que supone Internet.

El parte del reconocimiento de la inevitable fragmentariedad de la vida jurídica actual y considera la regulación de Internet un ejemplo de esa situación. Esa fragmentación es una de las características de la globalización jurídica. Lejos de ser una tendencia hacia la unificación de la sociedad mundial bajo un capitalismo generalizado, supone la instauración de una pluralidad de derechos irreductibles a una ordenación unitaria. Esa diversidad no ha sido producida por el pluralismo político propio de un mundo dividido en Estados, sino que es consecuencia de la división de la sociedad mundial en diferentes y contradictorias racionalidades institucionalizadas, que comprenden la ciencia, la educación, la salud, la economía, etc. Conforman un conjunto de discursos que pueden llegar a colisionar entre sí y dan lugar a una «globalización policéntrica»<sup>27</sup>. El derecho ha de amoldarse a esa plu-

<sup>24</sup> Cfr. EHRLICH, E.; «Soziologie und Jurisprudenz» *Österreichische Richter-Zeitung*, 1906 (Reprint de la separata, Aalen, Scientia, 1973), p. 7. Era un ejemplo para defender su tesis principal: el derecho no nace desde el Estado, sino a partir de las fuerzas sociales: instituciones como el matrimonio, los contratos, etc. no han surgido desde decisiones estatales. Cfr. EHRLICH, E.; *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903 (Reprint, Aalen, Scientia, 1973), pp. 11 y ss. *Die juristische Logik*. Tübinga, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1925 (Reprint, Aalen, Scientia, 1966), pp. 81 y 84 entre otras.

<sup>25</sup> Vid. el análisis de LOMBARDI, L.; *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milán, Giuffrè, 1975 pp. 210 y ss. Desde la Escuela de Derecho Libre hasta la actual Hermenéutica jurídica han sido numerosos los intentos en este sentido. Sin embargo, la mayoría han estado preocupados por la presencia de elementos que vinieran a completar los contenidos legales inevitablemente insuficientes. El problema planteado ahora es más radical: la existencia de normas jurídicas ajenas por completo a la voluntad estatal.

<sup>26</sup> Vid. por ejemplo, su libro *Il diritto come sistema autopoiético*. Ed. A cargo de A. Febraro y C. Pennisi. Milán, Giuffrè, 1996, 228 pp. Ha defendido en él un «derecho reflexivo» como coordinador de las diferentes racionalidades sociales, mediante la regulación de la autorregulación sistémica. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.; «Sociología sistémica y política legislativa», *Anuario de Filosofía del Derecho*, V, 1988, pp. 260 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. FISCHER-LESCANO, A./TEUBNER, G.; «Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit», en ALBERT, M./STICHWEH, A. (eds.); *Weltstaat – Weltstaatlichkeit: Politische Strukturbildung nach der Globalisierung*. Wiesbaden, VS, 2006, pp. 3 y ss. Cfr. también TEUBNER, G.; «Glo-

alidad. Y también la teoría jurídica. Teubner afirma que el positivismo jurídico, que él identifica con la unidad de derecho y Estado y la vinculación de lo jurídico con la idea de sanción, carece de sentido en la nueva realidad global. Ésta muestra diversidad de fuentes independientes del Estado, que, no obstante, crean auténtico derecho<sup>28</sup>. Son necesarias, por tanto, nuevas aportaciones teoréticas.

Frente a la usual diferenciación de órdenes jurídicos basada en el principio de territorialidad, la globalización reclama un principio temático-funcional: al lado de los derechos nacionales, que seguirán existiendo, surgen diferentes órdenes jurídicos adecuados a los varios sistemas parciales que integran la sociedad mundial. Entre ellos existe una relación heterárquica y de influencias recíprocas, pero no es factible la unificación final bajo una regla de reconocimiento última o una norma fundamental suprema<sup>29</sup>. La causa es clara: las racionalidades fragmentarias que dan lugar a esos derechos no pueden ser reducidas a una racionalidad o metadiscurso superior, y, por tanto, sus derechos tampoco pueden acabar unificados. Se desarrolla así una serie de *private regimes* cuyo carácter jurídico está sujeto a controversias por parte de los defensores de la teoría jurídica de base estatista. Sin embargo, para Teubner, ese carácter es innegable. En efecto, las diferentes comunidades transnacionales establecen sus propias fuentes de derecho independientes de las estatales e interestatales. Su juridicidad obedece a la presencia de procesos institucionalizados propios de elaboración y aplicación del derecho. Ejemplos de fuentes jurídicas extraestatales son los contratos entre actores globales, la regulación privada del mercado mediante empresas multinacionales, la regulación interna de las organizaciones internacionales. La plena institucionalización de esos procedimientos requiere incluso la creación de Constituciones específicas diferentes a las propias de la política estatal y que respondan a las exigencias de los diferentes subsistemas de la sociedad mundial.

El derecho de Internet forma parte de esos regímenes privados necesitados de constitucionalización –una Constitución digital, en palabras de Teubner–. El punto de partida es la insuficiencia de los derechos nacionales –incluso el internacional elaborado entre Estados– para acoger los problemas de Internet. La dinámica de la Red implica la entrada de otros elementos normativos, como la autorregulación<sup>30</sup>. Sin embargo, no forma un orden jurídico autónomo, depen-

---

le Zivilverfassungen. Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63, 2003, p. 8. TEUBNER, G.; «Vertragswelten. Das Recht in der Fragmentierung von *Private Governance Regimes*», *Rechtshistorische Journal*, 17, 1998, pp. 10 y ss. (Los artículos de Teubner están disponibles en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/Person/Publicite.html> consultada 28-3-07).

<sup>28</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «“Global Bukowina”», *cit.*, pp. 6 y ss., 12.

<sup>29</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Fragmentierung...», *cit.*, pp. 8-10.

<sup>30</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, p. 12.

diente sólo de la autorregulación y totalmente separado de la política estatal, sino un sistema jurídico híbrido compuesto de normas de diferente procedencia, incluyendo la estatal e internacional. En palabras de Teubner, constituye un ámbito social semiautónomo<sup>31</sup>.

Como acabo de señalar, uno de los problemas básicos de la constitucionalización de los subsistemas sociales globales es el establecimiento de las reglas de autocreación jurídica, es decir, los procedimientos para establecer el derecho. Teubner cita ejemplos de los que él considera «mitos fundacionales» del orden jurídico como el contrato social, el origen divino o la diferencia entre normas primarias y secundarias expuesta por Hart. En todo caso, estas reglas deben superar la idea fundacional del derecho centralizada políticamente en el Estado. Recuerda que si ya es difícil en el ámbito nacional remitir a la autorización parlamentaria la cualidad normativa de realidades como el derecho judicial, los contratos o las normas propias de las organizaciones, esa dificultad se multiplica en los regímenes autónomos –o semiautónomos– de la sociedad mundial de los que forma parte la *lex digitalis*. Es preciso establecer reglas secundarias específicas para Internet con la finalidad de averiguar cuál es el derecho vigente en el entorno digital y quiénes son los actores legítimos en el proceso de su creación<sup>32</sup>. El asunto es arduo, porque no sirven los criterios de las Constituciones políticas. En estos ámbitos, es necesario tener en cuenta otros elementos como los estándares propios como las condiciones generales de contratación internacionales o los códigos de conducta de las asociaciones profesionales. Particularmente importante es el código informático (Teubner cita en este punto a Lawrence Lessig). Sus programas crean una normatividad específica que determina en buena medida el comportamiento de los usuarios de la Red<sup>33</sup>. De ahí que las cuestiones atinentes a su conformación, tal y como la polémica acerca de la *open source*, posean relevancia constitucional, entendida en el sentido de la Constitución civil.

Sin embargo, la propuesta final de Teubner resulta un tanto vaga. La regulación de la *lex digitalis* requiere la coexistencia de dos ámbitos regulatorios, uno organizado formalmente y otro espontáneo, sin que prevalezca uno sobre otro. Ya existen otros ejemplos de esa distinción en los ámbitos económicos, educativos, científicos. No parece que el ámbito organizado deba quedar en manos del Estado: Teubner

---

<sup>31</sup> Cfr. TEUBNER, G./KARAVAS, V.; «<http://www.CompanyNameSucks.com>: Drittwirkung der Grundrechte gegenüber Privaten im autonomen Recht des Internet?», en LADEUR, K.-H.; *Innovationsoffene Regulierung des Internet*. Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 265-266.

<sup>32</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, pp. 12-14.

<sup>33</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, p. 15-16. Quizá TEUBNER conceda demasiada relevancia al poder del código informático. No todas las relaciones jurídicas que surgen gracias a la Red son resueltas de la forma tan mecánica que él describe. En este punto su postura parece asemejarse un tanto a la defendida por los ciberlibertarios.

sólo dice que funcionará de forma similar a lo que ya ocurre con la organización estatal o empresarial en otros sectores<sup>34</sup>. Precisa, no obstante, que la política aún desempeñará un papel destacado en esa convivencia: el derecho público tiene la misión de desarrollar progresivamente constituciones políticas que coordinen esos ámbitos diversos<sup>35</sup>. Teubner ha señalado que una de las características de estos nuevos derechos –no sólo la *lex digitalis*– es su elaboración mediante una mezcla de espontaneidad y organización. No se trata de un derecho consuetudinario ni espontáneo en el sentido que le dio Friedrich von Hayek, porque buena parte de los procesos de decisión privados están altamente organizados. De todas formas, esa organización –pública o privada– nunca puede organizarlo todo y en el reconocimiento de esa interacción entre espontaneidad y organización reside, según Teubner, el secreto del éxito de la democracia moderna<sup>36</sup>.

Un ejemplo de este proceder en el régimen jurídico de Internet lo ofrece el ICANN. Al estudiar la actuación de esta corporación, Teubner (colaborando con Vaios Karavas) defiende la plena juridicidad de sus decisiones, al decidir sobre los nombres de dominio, a pesar de no tener carácter estatal. Muestra de ello es que resuelve según sus propias normas, con medios específicos para hacerlas efectivas; es un orden jurídico que se acrecienta con la sucesión de decisiones particulares; no tiene una jerarquía unificada de instancias decisorias, pero sí cierta tendencia a unificación. Y aunque la *lex digitalis* normalmente carezca de legitimidad política en el sentido tradicional, el ICANN sí posee alguna en la medida en que tiene un acuerdo con el Departamento de Comercio de los USA<sup>37</sup>.

Como ya he indicado, Teubner afirma que las regulaciones jurídicas de cada subsistema desarrolla mecanismos propios para fundamentar su juridicidad; ese derecho no surge de un proceso político, sino de las necesidades de regulación jurídica basadas en las expectativas de seguridad y de solución de conflictos<sup>38</sup>. Esta afirmación podría aludir a algún tipo de necesidad o exigencia social que habría de satisfacer el derecho. Al fin y al cabo, es la policontextualidad de la sociedad globalizada y sus diversas racionalidades las que provocan la

<sup>34</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, pp. 17-18.

<sup>35</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Globale Zivilverfassungen...», *cit.*, pp. 15-16, pp. 17-18. En otro momento, TEUBNER ha defendido la intervención estatal para garantizar derechos fundamentales amenazados por la expansión de sistemas sociales diferentes al político. Cfr. GRABER, CH. B./TEUBNER, G.; «Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?» *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 1998, pp. 72-73.

<sup>36</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft», en SIMON, D./WEISS, M. (eds.); *Zur Autonomie des Individuums: Liber Amicorum Spiros Simitis*. Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 4-5, 12-13. En el caso de Internet se trata, por tanto, de una espontaneidad diferente de la que piden autores como JOHNSON, David.

<sup>37</sup> Cfr. TEUBNER, G./KARAVAS, V.; «<http://www.CompanyName...>», *cit.*, pp. 267-269.

<sup>38</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Privatregimes: Neo-Spontanes Recht...», *cit.*, p. 3.

aparición de los regímenes jurídicos autónomos. Sin embargo, no se trata de bienes jurídicos que reclamen protección positiva, sino de las características de un sistema autopoietico que instaura su propia racionalidad y se reproduce así mismo desde ellas, sin que exista ningún fundamento más allá. Teubner sostiene que, ante la inevitable inutilidad del recurso simbólico-legitimador del legislador político, la sociedad global fragmentada y su correspondiente derecho policontextual han de buscar nuevos mitos fundacionales. Por ejemplo, en la *lex mercatoria* la convicción de que las prácticas contractuales son vinculantes o que las decisiones arbitrales brotan desde consideraciones de equidad<sup>39</sup>. En Internet las cuestiones que afectan a los derechos fundamentales, por ejemplo, y que hayan de ser resueltas por instancias no estatales –éstas tienen su propia legitimación– se apoyan en dos elementos: el recurso a la idea de un núcleo común de principios generales de las naciones civilizadas y a los actos de positivación de decisiones arbitrales consolidadas en el uso del precedente y según el modelo de los derechos fundamentales del ámbito estatal. Según Teubner se trata de una ficción pura, ya que no pueden basarse en ningún tipo de realidad (derecho natural, filosofía de derechos del hombre o nociones similares), pero se utilizan y sirven para positivizar los derechos fundamentales en la *lex digitalis*<sup>40</sup>. De esa forma es resuelta la paradoja de la autovalidación del derecho, incluyendo el destinado a las actividades de la Red: el empleo de ficciones compartidas.

Teubner remarca que la pluralidad global está compuesta de discursos herméticamente cerrados, carentes de un metadiscurso capaz de integrarlos. El derecho tampoco puede realizar esa función, ya que está ceñido a los diferentes procesos productivos adoptados por los subsistemas. No obstante, en este punto hay cierta ambigüedad en su planteamiento, porque también señala que el derecho tiene ahora la oportunidad de institucionalizar la constitucionalidad dual –ámbitos espontáneo y organizado– de la sociedad. Así mismo, el derecho, si bien nunca podrá conseguir armonizarlos completamente, puede servir como foro en el que salgan a la luz los conflictos de racionalidades y puedan plantearse medios de resolución adecuados<sup>41</sup>. En este caso, el derecho sí representaría un papel relativamente armonizador de los discursos sociales, en la medida en que la constitucionalización social impidiera, por ejemplo, la colonización de un sistema por parte de otro (un papel que ya era propio del «derecho reflexivo»).

Karl-Heinz Ladeur defiende propuestas parecidas, a la hora de tratar los derechos extraestatales. Defiende una teoría jurídica postmoderna basada también en consideraciones sistémicas y autopoieticas.

<sup>39</sup> Cfr. TEUBNER, G.; «Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts», *Soziale Systeme*, 2, 1996, pp. 21-22, entre otras.

<sup>40</sup> Cfr. TEUBNER, G./KARAVAS, V.; *op. cit.*, pp. 271-272.

<sup>41</sup> Cfr. FISCHER-LESCANO, A./TEUBNER, G.; «Fragmentierung...», *cit.*, pp. 5, 21. TEUBNER, G.; «Privatregimes...», *cit.*, pp. 11-12.

Rechaza la existencia de un sujeto individual entendido al modo moderno como punto de referencia unitario y racional para la comprensión de la realidad. Frente a esta explicación, que considera superada, afirma la presencia de una pluralidad de juegos lingüísticos o sistemas autopoieticos que constituyen la realidad y determinan incluso al mismo sujeto. Cada sistema crea su estructura y por tanto el conocimiento posible dentro de ese sistema: por tanto toda observación no es sino autoobservación y autoconocimiento del mismo sistema. No hay realidad objetiva fuera del juego lingüístico de que se trate<sup>42</sup>. El derecho sería un sistema de este tipo<sup>43</sup>.

Éste, aunque caracterizado por la «clausura recursiva» de la que hablaba Luhmann, de forma que se autoconstruye sólo de acuerdo con sus propias distinciones, sí posee una «racionalidad relacional» que lo hace accesible desde las observaciones policontextuales generadas por los diferentes sistemas sociales. Esto implica, según Ladeur, que el derecho derive inevitablemente hacia el pluralismo jurídico, ya que está situado ante una racionalidad fragmentada que da lugar a redes de relaciones heterárquicas y transubjetivas que van más allá de los Estados territoriales<sup>44</sup>. Para esta situación resulta ineficaz el derecho centrado en el Estado. Es preciso, por tanto, diseñar un orden jurídico integrado por prácticas y formas transnacionales y abierto a la autorregulación. En él, no obstante, el Estado seguirá representando un papel importante: en sus manos está la supervisión y garantía de la transparencia en las relaciones entre las redes<sup>45</sup>. En cualquier caso, resulta poco recomendable, debido a su inutilidad, intentar la utopía de un Estado mundial que regule estas racionalidades complejas, múltiples y cambiantes<sup>46</sup>.

Preocupado por este tipo de cuestiones, Ladeur no ha podido permanecer ajeno a los problemas suscitados por Internet. Al hilo de una discusión acerca de la libertad de comunicación en ese medio, señala que el modelo de libertad puramente negativa no resulta adecuado para él. Dejando de lado ahora la cuestión de los derechos fundamentales en Internet, lo que me interesa destacar es la reflexión sobre la regulación de la Red que Ladeur deriva de esa apreciación. Advierte que, en general, el carácter individualista de las libertades negativas

---

<sup>42</sup> Vid. LADEUR, K.-H.; *Postmoderne Rechtstheorie*. Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 80 y ss. Un resumen de estas consideraciones lo ofrece en LADEUR, K.-H.; «The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law», *EUI Working Paper*, 99/3, 1999, pp. 9-16.

<sup>43</sup> Vid. LADEUR, K.-H.; *Postmoderne Rechtstheorie*, cit., pp. 155 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. LADEUR, K.-H.; «The Theory of Autopoiesis...», cit., pp. 16-26. Cfr. también LADEUR, K.-H.; «Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?» *EUI Working Paper Law*, 4, 2003, pp. 18 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. LADEUR, K.-H.; «The Theory of Autopoiesis...», cit., pp. 38 y 43. «Globalisation and the conversion...», cit., p. 21.

<sup>46</sup> Cfr. LADEUR, K.-H., «Globalisation and the conversion...», cit., pp. 6-7.

no puede ocultar que las decisiones de esos mismos individuos constituyen redes de relaciones, modelos de ordenación y organizaciones que abren para otros sujetos tanto nuevas opciones como nuevas vinculaciones. Ésta es característica propia de las redes, como Internet, y por eso su regulación no puede ser resuelta sólo mediante la autoorganización espontánea entre individuos, estableciendo sólo límites legales externos. Tampoco puede quedar esa regulación en manos del Estado, debido a la complejidad de Internet: su infraestructura tecnológica obedece a una ordenación global más allá del Estado. A juicio de Ladeur, la identificación realizada por Lessig entre el código y el derecho de la Red, tal vez sea excesivamente simplificadora, pero es bastante acertada al mostrar que sus diferentes niveles técnicos abren un amplio abanico de posibilidades de comunicación. Ese conjunto compone un amplio modelo de ordenación tecnológicamente determinado que, por su complejidad, no puede surgir mediante decisiones individuales de los usuarios, ni mediante la imposición explícita de reglas formales. La arquitectura de Internet está en un nivel de ordenación superior al código técnico y a las reglas en sentido habitual; de hecho, puede suponer limitaciones para los individuos más estrictas que las procedentes de la normativa estatal. En suma, Internet posee una dinámica autoorganizativa colectiva especial que exige un tratamiento propio<sup>47</sup>.

Como en el caso de Teubner, su propuesta se mueve en un plano un tanto genérico. Según explica, las relaciones en red, en general, requieren regímenes de autodesarrollo y autotransformación que estén entre el individuo y el Estado. Para el caso de Internet sería plausible la creación de una organización estructurada mediante el derecho público o el privado dedicada a la autoobservación (es decir, a la autorreferencialidad sistémica) de los modelos de comunicación en Internet y a su interrelación. Al mismo tiempo deberá preservar la apertura hacia la innovación y estar receptiva a la incitación proveniente de la intervención estatal. Esta organización crearía reglas, coordinaría la autoorganización de usuarios individuales y empresas y se preocuparía por la construcción de una infraestructura comunicativa distribuida en red. Por supuesto no sería una regulación en el sentido tradicional, sino una forma de autoobservación estructurada a través de una red de redes que se organiza a sí misma mediante un conjunto complejo de reglas en permanente variación. En ningún caso sería una organización centralizada para controlar Internet. Ladeur reconoce, no obstante, que esa tarea entraña dificultades considerables debido a la rapidez con que los cambios se producen en este entorno<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Cfr. LADEUR, K.-H.; «“Offenheitspflege” im Internet –eine neue Funktion für die objektiv-rechtliche Dimension der “Medienfreiheit”», en LADEUR, K.-H.; *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, cit., pp. 111 y ss.

<sup>48</sup> Cfr. LADEUR, K.-H.; «“Offenheitspflege” im Internet...», cit., pp. 127-128.

El modelo propuesto concuerda con los presupuestos iusfilosóficos básicos de Ladeur. Su crítica al individualismo moderno le lleva a rechazar la autorregulación entre individuos al modo ciberlibertario. Por otra parte, el reconocimiento de la pluralidad de sistemas y racionalidades que forman redes complejas, como Internet, imposibilita la regulación unitaria en manos del Estado. En consecuencia, como ya hemos visto reclama la creación de organizaciones nuevas que ocupen un lugar intermedio entre el individuo y el Estado<sup>49</sup>.

Las explicaciones de Teubner y Ladeur tal vez puedan sintetizarse afirmando que apuestan por una autorregulación efectuada por los grupos, empresas, asociaciones, etc., que se desenvuelven utilizando Internet y acaso supervisada o garantizada en cierto modo por el Estado. Una especie de «autorregulación regulada»<sup>50</sup>. La vertiente extraestatal no está en manos de las decisiones puntuales de los individuos, porque desde su punto de vista filosófico no existen tales individuos. Son las racionalidades parciales, organizadas a su modo, las encargadas de elaborar las nuevas regulaciones.

En un plano más concreto, Ladeur explica que tanto las instituciones jurídicas como las construcciones dogmáticas existentes deberán cambiar para afrontar los retos de la nueva tecnología de la información. La propiedad intelectual, por ejemplo, habrá de abandonar la concepción exclusivista vigente hasta ahora y admitir formas más cooperativas, adecuadas al espíritu de las innovaciones científicas. En cualquier caso, reconoce que no hay solución fácil. El camino está, desde luego, en experimentar nuevas formas de cooperación que se amolden a la lógica de vinculaciones múltiples e híbridas propia de las estructuras en red (como la colaboración entre organización estatal

---

<sup>49</sup> LADEUR inserta estas disquisiciones en un concepto amplio de democracia que bebe explícitamente en Alexis de Tocqueville o James Madison y que, además del Estado, tiene en cuenta otros tipos de redes relacionales a la hora de construir el discurso público. Cfr. «Globalisation and the Conversion...», *cit.*, pp. 8 y ss. Es interesante destacar que estas ideas recuerdan a las que, desde posiciones diferentes ha sostenido en reiteradas ocasiones HÄBERLE, Peter. Su teoría de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, le lleva a descartar el monopolio de la juridicidad en manos del Estado. *Vid.* HÄBERLE, P.; «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297-305. *Vid.* también sus estudios «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neueren Verfassungen – ein Textvergleich», en HÄBERLE, P.; *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Ausgewählte Studien zu vergleichenden Verfassungslehre in Europa*. Baden-Baden, Nomos, 1996, pp. 515 y ss. «Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat», en HÄBERLE, P.; *Die Verfassung des Pluralismus*. Königstein, Athenäum, 2003, pp. 137. HÄBERLE se basa en la epistemología defendida por Karl Popper. LADEUR, defendiendo una reformulación postmoderna del liberalismo, también propone el uso del método *trial and error* y el constante cuestionamiento de los resultados en su propuesta democrática. Cfr. «The Theory of Autopoiesis...», *cit.*, p. 26.

<sup>50</sup> Es una expresión empleada por HOFFMANN-RIEM, W.; «Gesetzliche Gewährleistung der Freiheit der Kommunikation im Internet?», en LADEUR, K.-H.; *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, *cit.*, pp. 77-78.

y la autoorganización)<sup>51</sup>. No deja de ser curioso que, a pesar de su defensa de una racionalidad sistémica y postmoderna, las argumentaciones de Ladeur al tratar cuestiones jurídicas concretas afectadas por la tecnología digital parecen consistir en una interpretación y adaptación del derecho existente según las particularidades y circunstancias de la Red. Cabría indagar por las justificaciones concretas de esas transformaciones y esta apreciación puede servir para enlazar con un aspecto polémico de estas teorías.

En efecto, ante las propuestas de Teubner y Ladeur quizá no tenga mucho sentido preguntarse por la justificación de esas racionalidades parciales que reclaman solución. Desde el punto de vista de la teoría sistémica que ellos adoptan, no parece haber lugar para esas cuestiones. Ellos niegan que exista algo así como una verdad práctica objetiva que vincule las decisiones jurídicas. Es cierto que Teubner parte de las peculiaridades de cada subsistema como punto de partida para una regulación jurídica propia, pero esas necesidades proceden de la propia recursividad sistemática. Es decir, cada racionalidad tiene sus características y produce su normatividad; no hay baremo objetivo para medirla<sup>52</sup>. Como he indicado ya, según Teubner, las fundamentaciones de los órdenes jurídicos –estatales o no– son mitos. Ladeur, por su parte, destaca que el derecho es un orden nacido desde el caos de racionalidades en perpetuo movimiento. Habrá que concluir que no hay justificación para esas nuevas normatividades. La propuesta de Teubner sólo reconoce una noción de verdad postmoderna en sentido débil, que no posee auténtico sustento<sup>53</sup>.

Sin embargo, estas consideraciones acaso quizá resulten un tanto exageradas. En efecto, los riesgos de fraude en el comercio electrónico o los daños a la privacidad presentes en la Red, por ejemplo, no son precisamente mitos; las soluciones propuestas para evitarlos, tampoco. Al contrario, parecen afectar a bienes perfectamente reales más allá de la integración en una particular racionalidad sistémica. Esta apreciación requiere una explicación más detenida. Al analizar la filosofía de Teubner, Ricardo Prandini añade un «suplemento» para

---

<sup>51</sup> Cfr. LADEUR, K.-H.; «Die Dynamik des Internet als Herausforderung der Stabilität des Rechts - "Virtuelles Eigentum", Copyright, Lauterkeitsrecht und Grundrechtsbindung im Internet als Exempel», <http://www2.jura-hamburg.de/ceri/publ/start.htm>, (consultada, 20-3-07), pp. 19-21, 23.

<sup>52</sup> No obstante, TEUBNER está preocupado por la protección de los Derechos Humanos en la sociedad global. Los entiende como los garantes de la unidad psicofísica de los seres humanos, que es independiente de la pertenencia a una matriz comunicativa y suele estar amenazada por los diferentes sistemas sociales. Según TEUBNER, no se trata de derechos morales o jurídicos menesterosos de protección: son tendencias a la autoconservación de una diferencia frente a su entorno. Niega que esos derechos tengan algo que ver con el derecho natural o instancia normativa similar. Cfr. TEUBNER, G.; «Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch private Akteure», *Der Staat*, 44, 2006, pp. 161-188.

<sup>53</sup> Cfr. CEPPEA, L.; «I fondamenti del diritto. Günther versus Teubner», *Rivista Critica del Diritto Privato*, XXIII, 2005, pp. 700 y ss.

justificar el origen de la racionalidad de los subsistemas y no reducirlo al ámbito de lo mítico. Basa ese añadido en el reconocimiento de que el derecho no es una pura decisión impositiva de la norma, sino «acto ordinativo» de la realidad mediante la razón jurídica. Esa racionalidad no nace de la nada, sino de la propia estructura de la realidad social. Es preciso tener en cuenta que la palabra *lex* procede del latino *legere* no de *ligare* y en la sociedad actual la positividad se muestra en la interpretación constante de las reglas a la luz de las diversas y plurales circunstancias del derecho globalizado<sup>54</sup>. Expuesto de otra forma: las diferentes formas de juridicidad, anclarían su justificación en la configuración múltiple de la vida social, que hace brotar una variedad de bienes humanos que exigen tratamientos jurídicos específicos que no siempre puede proporcionar el Estado. Tales normatividades anclarían su justificación en la configuración múltiple de la vida social. Significativamente, Prandini apoya sus propuestas en la Hermenéutica jurídica de autores como Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria. Estos autores defienden un concepto de derecho basado en la noción de práctica interpretativa. Una de sus características es el establecimiento de un bien alrededor del cual gira su regulación; ésta no depende de la voluntad arbitraria de los partícipes en la práctica, sino que está objetivada en cierto modo por la presencia de unos fines que dan sentido a la práctica. Desde este punto de vista, la clave de la juridicidad no está en la existencia de un mandato político, sino en la regulación de esos bienes y en su interpretación constante a la luz de los diferentes contextos<sup>55</sup>. Incluso el Positivismo jurídico más reciente defiende un concepto flexible de la positividad, superadora del mero imperativismo<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. PRANDINI, R.; «La “costituzione” del diritto nell’epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell’opera di Günther Teubner», en TEUBNER, G.; *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*. Roma, Armando, 2005, pp. 223-224. PRANDINI reconoce que no sabe si su suplemento es «incoherente e innecesario», pero afirma que sí es «diverso». (p. 223). Es preciso reconocer que la apostilla hermenéutica de PRANDINI no casa demasiado bien con los presupuestos de TEUBNER; más bien habría que verlo como una corrección.

<sup>55</sup> Vid. Cfr. Viola, F./ZACCARIA, G.; *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma/Bari, Laterza, 2001, pp. 116-117, 125-127. Cfr. igualmente, VIOLA, F.; *Il Diritto come pratica sociale*. Milán, Jaca, 1990, pp. 165-166. ZACCARIA, G.; «Dimensiones de la Hermenéutica e interpretación jurídica, en ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*. Trad. de A. Messuti y G. Robles. Madrid, Thomson-Civitas/Universidad de Padua, 2004, pp. 79 y ss.

<sup>56</sup> Vid. por ejemplo, la defensa del Positivismo Jurídico Incluyente que realiza VILLA, V.; *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*. Turín, Giappichelli, 2004, per totum. VILLA destaca que el derecho positivo contiene valoraciones, a veces de tipo moral, y no puede ser identificado con un mero conjunto de normas fijadas por la voluntad estatal. Letizia Gianformaggio prevenía contra «el viejo positivismo imperativista y estatalista» que identifica el derecho con el puesto directa o indirectamente por un acto de imperio del soberano; la positividad es una cuestión de grado establecida mediante el reconocimiento de algo como derecho de una manera

Justamente Francesco Viola se ha acercado a la globalización jurídica desde este paradigma iusfilosófico, defendiendo además la virtualidad de la vieja noción de derecho de gentes. Éste posee una positividad independiente de una autoridad política común (inexistente en la comunidad internacional); procede, en cambio, de la razón humana que establece reglas adecuadas (aunque discutibles y revisables) a las exigencias planteadas por las realidades globalizadas. Viola entiende que este derecho de gentes está basado en el consentimiento de los participantes en tales interacciones, pero no es un mero producto de la voluntad arbitraria de esos sujetos; está basado también en una «justificación razonablemente argumentada» y ese fundamento debe tener en cuenta la «substancia de las cosas», es decir el motivo social por el que han entrado en contacto un cierto número de personas que, por otra parte, pueden pertenecer a Estados y tradiciones culturales diferentes<sup>57</sup>.

Al admitir que la juridicidad no viene establecida exclusivamente por órdenes procedentes del poder, sino por la existencia de determinados bienes humanos, resulta plausible admitir la existencia de un derecho nacido más allá de la voluntad estatal. En efecto, las prácticas contractuales mercantiles, que afectan al comercio electrónico, responden a la necesidad de garantizar el tráfico jurídico. El ICANN, como régimen internacional que agrupa intereses diversos, encuentra su justificación en la necesidad de órgano que dirija la asignación de nombres de dominio de primer nivel; es la propia configuración de la Red la que hace útil su existencia y de la aceptación general de esa utilidad derivaría, en buena medida, la juridicidad de sus resoluciones. Todas esas reglas, prácticas, cláusulas, principios..., no forman un *soft law* semijurídico. Son derecho en la medida en que corresponden a una racionalidad jurídica aceptada por los participantes en la práctica y conforme a los bienes y fines que están en juego en tal situación, aunque no hayan sido recogidas en la legislación política<sup>58</sup>. Por

---

compleja y no institucionalizada. Cfr. «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», en ZACCARIA, G.(ed.); *Diritto positivo e positività del diritto*. Turín, Giappichelli, 1991, p. 9. Sin embargo, ante los intentos de reformular el Positivismo, que vienen de la mano de los Incluyentes, cabe preguntarse hasta qué punto siguen siendo positivistas. Sobre las posibles inconsistencias de su actitud, vid. SERNA, P.; *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*. México D. F., Porrúa, 2006, pp. 53 y ss.

<sup>57</sup> Vid. VIOLA, F.; «Derecho de gentes antiguo y contemporáneo», *Persona y Derecho*, 51, 2004\*\*, pp. 167-189. En esta línea, PARIOTTI, E. destaca que la dimensión cooperativa de la comunidad jurídica erigida en torno a las prácticas supera el límite de la moralidad política de un grupo concreto. La Hermenéutica toma en serio el contexto a la hora de determinar el derecho, pero no lo entiende de modo estático, sino abierto al diálogo y, por tanto, adecuado para la pluralidad de instancias y grupos presentes en el ámbito internacional. Cfr. PARIOTTI, E.; «Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovranazionale», *Persona y Derecho*, 51, 2004\*\*, pp. 343-344, 356.

<sup>58</sup> Aunque no se refiere al caso de Internet, vid. PASTORE, B.; «Soft Law, gradi de normatività, teoria delle fonti», *Lavoro e diritto*, XVII, 2003, *per totum*.

supuesto, no se trata de un derecho que emane sin más de la naturaleza de las cosas; es precisa la presencia de decisiones humanas que conformarán tales exigencias, que normalmente son discutibles, y requerirán discusión y un cierto consenso<sup>59</sup>. Pero esa decisión no se mueve en el vacío, sino, como señala Andrés Ollero, ante unos hechos que poseen un «peculiar sentido existencial», indicios del estar en el mundo social propio del ser humano<sup>60</sup>. En el caso de Internet, también interviene la actuación de las fuerzas sociales a la hora de decidir la regulación concreta. En ese sentido, parte de sus instituciones jurídicas nacen desde la interacción de sus participantes –usuarios, empresas, etc.–, pero es preciso recordar que dichas fuerzas tienen un carácter enormemente difuso, de ahí que el carácter jurídico dependa menos de la afirmación voluntarista de los partícipes en la comunicación digital, que del interés por preservar ciertos bienes jurídico que a todos interesan. Conviene recordar, por otra parte, que el derecho de la Red es muchas veces interpretación y reelaboración de preceptos ya existentes y no la expresión de una racionalidad peculiar y excluyente del mundo digital. Y en otros supuestos, la regulación de la Red viene de la mano de los Estados, bien en el plano interno, bien en el internacional<sup>61</sup>.

A la vista de estas reflexiones, no parece muy aventurado afirmar que la realidad del derecho de la Red parece dar la razón a Sergio Cotta. Él ha insistido en describir al derecho como una forma de coexistencia humana antes que como un conjunto de órdenes. Esa vinculación es tan fuerte que las relaciones jurídicas no pueden estar confinadas en los límites de una sola comunidad política, a pesar de que contemporáneamente el derecho ha estado subordinado a ellas. El carácter difusor de lo jurídico supera los límites estatales, especialmente cuando afecta a instituciones básicas que pueden formar un cierto derecho de gentes<sup>62</sup>. El derecho resulta ser una forma de convivencia ineludible para la pervivencia de lo humano. Y también para las relaciones que tienen lugar gracias a la tecnología de Internet: el

---

<sup>59</sup> ALEXY, Robert ha puntualizado que ningún no positivista serio excluye del concepto de derecho los elementos de legalidad conforme al ordenamiento y de eficacia social. Pero, a diferencia del positivista, considera que el derecho debe ser definido también de acuerdo con valores morales y no sólo con la referencia a hechos. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. J. Malem. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 14. Claro que, precisamente, el problema para ciertos sectores de Internet es la dificultad a la hora de determinar el orden jurídico.

<sup>60</sup> Cfr. OLLERO, A.; *¿Tiene razón el derecho?* Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 459.

<sup>61</sup> Recordemos que ciertos ámbitos como el de los delitos informáticos requieren la intervención ineludible de los Estados.

<sup>62</sup> Vid. COTTA, S., *El derecho en la existencia humana*. Trad. I. Peidró. Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 111, 117. Vid. también COTTA, S.; «La coexistencia como fundamento ontológico del diritto», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LVIII, 1981, pp. 256-267.

derecho también es ahí una forma de apertura posibilitante y no una mera herramienta de control<sup>63</sup>.

A partir de estas reflexiones es plausible preguntarse si propuestas como las de Teubner o Ladeur no exageran la fragmentariedad e incompatibilidad de racionalidades. Es innegable que la sistémica resulta sugerente al poner de manifiesto la complejidad de la vida social. Pero aún así, resulta un tanto problemática la forma en que estos autores parecen basar las claves de cada sistema en una racionalidad que parece flotar en el vacío. Quizá sea posible encontrar una solución si matizamos un poco la cuestión de la objetividad. Estos autores parecen sentir un auténtico horror hacia esa la noción en los asuntos prácticos. Sobre ellos parece aletear el fantasma de una «naturalidad de la cosa» entendida al modo de una entidad metafísica inmutable, que muy poco tendría que decir en el mundo globalizado. Aunque ahora sea imposible analizar una cuestión como ésta, pero sí quiero recordar que la relativa objetividad de las prácticas jurídicas posee un carácter prudente, contextual y flexible, pero no por ello arbitrario. La objetividad en el derecho no siempre ha de significar la rigidez de la metafísica neoescolástica. Al fin y al cabo se trata simplemente de reconocer la relevancia jurídica de las «cosas» en las que estamos insertos cotidianamente. Entendiendo por «cosas», como indica Francisco Carpintero, las situaciones vitales en las que están en juego fines y bienes que hacen surgir una comunicación específicamente humana. No suponen objetividades unívocas, pero sí aportan razones para actuar desde las exigencias de la misma situación. Y es posible, a partir de ellas, conseguir un acuerdo modesto sobre ciertas soluciones. No son susceptibles de una teorización abstracta, porque, recuerda Carpintero, están adheridas a los problemas singulares<sup>64</sup>. Esta consideración del problema quizá ayude a justificar la pluralidad de regulaciones en el mundo globalizado y en Internet en particular. Tal vez esa situación no se deba tanto a la existencia de racionalidades fragmentadas e irreductibles a un metadiscurso unificador, como al carácter multifacético de la vida práctica. Desde este punto de vista, Internet no conformaría un subsistema parcial que produce su propio derecho, al modo de una red discursiva independiente. Es más bien un instrumento de comunicación generador a veces de demandas específicas que, en ciertas ocasiones, no pueden ser resueltas con los instru-

---

<sup>63</sup> Me parece, por tanto, algo sesgada la visión de los protocolos informáticos de la Red como instrumentos de control que pueden ser reconvertidos en potenciadores de anarquía. Vid, por ejemplo, GALLOWAY, A. R.; *Protocol. How Control Exists after Decentralization*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2004, especialmente pp. 169 y 176 y ss. Tras estas teorías postmodernas está la imagen muy moderna del derecho como arbitrio originario que ha de ser limitado sólo por motivos de utilidad.

<sup>64</sup> Cfr. CARPINTERO, F.; *Derecho y ontología jurídica*. Madrid, Actas, 1994, pp. 193 y ss., 206 y ss. Vid. también su estudio «Persona y "officium": derechos y competencias», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXIII, 1996, *per totum*.

mentos jurídicos disponibles y exige su transformación o la creación de otros nuevos. Una mirada a la evolución del derecho de la Red muestra la forma en que fatigosamente juristas y legisladores tratan de adaptarse a las novedades. No deja de ser llamativo que incluso los defensores de la independencia de Internet acaben reclamando la intervención del derecho para proteger ciertos bienes jurídicos tradicionales que consideran en peligro<sup>65</sup>. Resulta interesante recordar que Josef Esser, al analizar el estatus de los principios jurídicos, había hecho hincapié en su independencia del texto legal. Su justificación brota de la misma naturaleza de la cosa o institución de la que se trate. Por ese motivo, dadas circunstancias análogas, los mismos principios son empleados en sistemas jurídicos diferentes. Esser escribía pensando en el papel de los principios en un derecho interno y no en los regímenes transnacionales, menos relevantes entonces. Pero la vinculación del origen de los principios con la existencia de problemas comunes indica que las causas del derecho muchas veces no están en la decisión normativa del poder, sino en la necesidad de resolver determinadas relaciones sociales; la utilidad y difusión de ciertas respuestas son fuente de juridicidad<sup>66</sup>. Por eso, el despliegue del derecho de Internet se realiza normalmente mediante el desarrollo progresivo de reglas y principios que nacieron en contextos parecidos.

---

<sup>65</sup> GRIMMELMANN, James recuerda que los diseñadores de Internet partidarios de una libertad total frente al «derecho de la vida real», piden ayuda a ese derecho cuando estiman que sus creaciones digitales están afectadas por el comercio desarrollado en ese mundo del que se sienten ajenos. Vid. GRIMMELMANN, J.; «Virtual Borders: The Interdependence of Real and Virtual Worlds», pp. 8 y ss., en [http://www.firstmonday.org/issues/issue11\\_2/grimmelm/ann/index.html](http://www.firstmonday.org/issues/issue11_2/grimmelm/ann/index.html) (consultada 2-03-07). En el mismo sentido, BALKIN, James M. advierte que, incluso en el ámbito de los juegos *on line* supuestamente creadores de una realidad virtual, se suscitan disputas sobre la libertad de participar en el juego o de diseñarlo; estas libertades serían una manifestación más de libertades ya recogidas en los textos constitucionales. Vid. BALKIN, J. M.; «Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds», *Virginia Law Review*, 90, 2004, *per totum*. DRAKE, W. J. y JORGENSEN, R. K. destacan que la protección de los derechos humanos en la Red no requiere novedades espectaculares, sino profundizar los instrumentos ya existentes. Vid. DRAKE, W. J. JORGENSEN, R. K.; «Introduction», en JORGENSEN, R. F. (ed.), *Human Rights in the Global Information Society*. Cambr. Mass., MIT Press, 2006, *per totum*.

<sup>66</sup> Cfr. ESSER, J.; *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. E. Valentí. Barcelona, Bosch, 1961, pp. 7 y 10. Es cierto que, ante esta cuestión, ESSER adoptó en *Principio y norma* una posición compleja. Negaba que el derecho fuera una mera declaración estatal, pero al mismo tiempo establecía el requisito del reconocimiento judicial para otorgar a los principios el marchamo completo de la positividad. Cfr. ESSER, J.; pp. 65, 68-69, 77 y ss., 90, 143. El jurista alemán hacía estas reflexiones antes de experimentar las influencias directas del pensamiento de Hans-Georg Gadamer, cuya obra *Verdad y Método* aún no había sido publicada.

Es interesante observar que los principios jurídicos elaborados por la ciencia jurídica occidental desde Roma tienen ahora una relevancia considerable para establecer las bases de un derecho global. Vid. la recopilación dirigida por DOMINGO, R.; *Principios de derecho global*. Pamplona, Cátedra Garrigues/Thomson-Aranzadi, 2003, 365 pp.

### 3. UN COROLARIO PROVISIONAL

Ante una realidad tan reciente como Internet, resulta muy complicado llegar a cualquier tipo de conclusión, por provisoria que sea. Sin embargo, me parece que pueden ser señaladas algunas puntualizaciones. Es preciso tener en cuenta que Internet no es una realidad independiente habitada por internautas virtuales, sino un conjunto de programas que permiten realizar determinado número de actividades que, a veces, tienen relevancia jurídica. La forma de afrontar esa regulación dependerá del tipo de problema; en ocasiones será suficiente con la intervención estatal; otras, habrá de llegarse a acuerdos internacionales; en otras, en fin, serán los usuarios internacionales, las empresas de informática, los actores participantes en el comercio electrónico los que usando una enorme diversidad de instrumentos jurídicos solucionará los problemas.

Normalmente ese derecho no será absolutamente novedoso, aunque ya no estará totalmente en mano de los Estados. Debido a este hecho, uno de los retos de la teoría jurídica consiste en ofrecer señas de identidad jurídicas diferentes a la emanación estatal. En este aspecto, tampoco Internet ofrece tanta originalidad como puede parecer. En primer lugar, porque esa pluralidad de instancias normativas no es una característica exclusiva de Internet: hay otros ejemplos, como el comercio internacional, en el que esa situación no produce extrañezas. En segundo lugar, porque las filosofías jurídicas que identificaban todo derecho con la voluntad del Estado han sido puestas en cuestión ya desde el siglo XIX y hay suficientes alternativas teóricas para responder a los retos de la comunicación digital. En las páginas anteriores he intentado presentar algunas propuestas procedentes desde ciertos ámbitos de la teoría sistémica. He pretendido mostrar también que las aportaciones derivadas desde las filosofías hermenéuticas y prudentiales ofrecen puntos de partida útiles para explicar la configuración plural de la Red. Resultaría pretencioso intentar enunciar ahora las bases para una filosofía jurídica para la Red. Sin embargo, a partir de lo expuesto en las páginas anteriores quizá tampoco sea necesaria una propuesta totalmente novedosa.

# Quién representa la diferencia: cuotas, sorteo y democracia

Por JOSEFA DOLORES RUIZ RESA  
Universidad de Granada

## RESUMEN

*Si la democracia significa autogobierno de los ciudadanos, la mediación que implica la representación política debería respetar al máximo este contenido básico. Sin embargo, el actual déficit de representatividad de nuestras partitocracias está frustrando esta aspiración. Pero si prestamos atención a los mecanismos que, como las cuotas, son utilizados para paliar la ausencia en los Parlamentos de identidades diferentes al modelo moderno de ciudadano, observamos cómo estas medidas, que presuponen una noción de representación política como reflejo, no siempre redundan en beneficio del autogobierno de los ciudadanos, por cuanto no implican una participación real en el poder político. Esta circunstancia es debida a que las cuotas actúan como un beneficio colectivo, aunque específicamente disfrutado por los miembros más destacados del grupo beneficiado, y a que se desenvuelven dentro del marco de la elección, cuya racionalidad no se discute. En este contexto, la preselección de candidatos a representantes defrauda el ejercicio del derecho al sufragio pasivo de la mayoría de los ciudadanos. Además de reflexionar sobre tales cuestiones, en este trabajo se analiza en qué medida el sorteo podría paliar estos defectos.*

Palabras clave: *representación política, cuotas, sorteo, democracia.*

## ABSTRACT

*If Democracy means self-government, political representation should respect it. However, current deficit of representativity in our democracies is frustrating this goal. And if we pay attention to the means, like quota, used to solve the*

*absence of collective identities being different from modern citizen's model, we will see that these means, based on a concept of political representation as reflection, do not always imply self-government. And it is because they do not imply a real participation in political power. The quota is a collective benefit, but it is enjoyed by the best individuals of the group. On the other hand, the quota accepts the rationality of election without contestation. In this context, the right to be elected is denied to the majority of the citizens during the process of candidate's pre-selection. A reflection of these matters and an analysis about the utility of the lot can be read in this article.*

Key words: *political representation, quotas, lot, democracy.*

**SUMARIO:** 1. ALCANCE Y LÍMITE DE LAS CUOTAS.—2. LOS PELIGROS DE LA COLECTIVIDAD.—3. ¿PRIMUS O PARES? (CUANDO LAS CUOTAS OPERAN EN UN MARCO DE ELECCIÓN DEFICIENTE).—4. EQUIPROBABILIDAD Y TITULARIDAD INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS: EL SORTEO.

La reivindicación de la diferencia ha puesto de manifiesto el déficit de representatividad de nuestras democracias actuales, lo cual ha obligado a replantear, una vez más, los contenidos de la igualdad y del pluralismo político. Su inevitable reajuste ha derivado en el desarrollo de una política de cuotas, dirigida a garantizar la visibilidad y la participación en la esfera política de aquellos grupos de individuos excluidos de la misma, a causa de sus diferencias con la caracterización del ciudadano moderno. Las cuotas constituyen un mecanismo ya ensayado para garantizar la igualdad de oportunidades de los grupos en desventaja, pero también para reflejar la diversidad étnica, cultural y sexual. En la esfera de la representación política, las cuotas imponen una reserva de candidaturas para que estos grupos de individuos puedan elegir a «uno de los suyos». Sin embargo, la aplicación indiscriminada de las cuotas puede diluir la promesa de autogobierno que lleva inscrita en su núcleo la democracia. Sin que en ningún caso signifique desdeñar la utilidad de las cuotas ni su oportunidad en otros ámbitos, lo que sostengo es que existen métodos de resolver el déficit de representatividad de nuestras democracias que fomentan, a su vez, el ejercicio de autogobierno. Y en lo que sigue, trataré de argumentar por qué el sorteo puede ser uno de ellos.

## 1. ALCANCE Y LÍMITE DE LAS CUOTAS EN LA REPRESENTACIÓN DE LA DIFERENCIA

En cuanto instrumento para garantizar la igualdad de oportunidades de grupos en desventaja, como por ejemplo los negros, los disca-

pacitados o las mujeres, las cuotas han sido objeto de una serie de críticas que no pueden ser ignoradas. Así, se dice que fomentan una excepción a la igualdad formal, cuya justificación puede resultar difícil por cuanto se supone que el mejor trato que implica para sus beneficiarios tiene como contrapartida un trato peor a terceros (los blancos, los no discapacitados o los varones). Esta caracterización ha llevado a presentarlas como *discriminaciones positivas o inversas*, que corren el riesgo de funcionar, en realidad, como una discriminación directa por razón de la raza, el sexo o el estado físico o psíquico, por lo que son difícilmente justificables. En este escenario, la igualdad jurídica se erige en un importante e irrenunciable logro para la humanidad, por cuanto supuso el fin de privilegios jurídicos, es decir, de regímenes jurídicos específicos, ligados a las características de grupo y a la posición social. Sin embargo, esta visión tan detestable de las cuotas no contempla la posibilidad de que estas funcionen, no como un conjunto compacto de perjuicio-beneficio, donde lo que se da a unos es algo que se quita injustamente a otros, sino como una medida dirigida a promover la ventaja de unos sin causar, como inevitable contrapartida, la desventaja de otros. Esto significa contemplar las cuotas, no como discriminaciones, sino como *medidas de acción positiva*, dirigidas a profundizar en la igualdad legal<sup>1</sup>; y, en realidad, este es su sentido primigenio, así recogido, de manera expresa, por el título con el que se conoce uno de sus más representativos instrumentos legales: las «Affirmative Actions» estadounidenses.

Entendidas de esta forma, las cuotas se distinguen claramente de las excepciones y privilegios jurídicos contra los que luchaba la igualdad jurídica moderna: aquellos beneficiaban a quienes ocupan las posiciones sociales más ventajosas, y tenían su origen en un orden social jerárquico cuya legitimidad residía en la tradición; en cambio, las cuotas constituyen, no excepciones a la aplicación general de la ley ni el establecimiento de privilegios sino el desarrollo de medidas políticas tendentes a mejorar la situación de quienes se encuentran en una situación de desventaja, como consecuencia de una división social jerárquica pero no siempre legítima ni justa, y que el principio de igualdad jurídica no acierta a revertir por sí solo. La legitimidad de estas acciones positivas es también democrática, pues, además de que son creadas siguiendo los procedimientos democráticos previstos —discusión en sede parlamentaria, negociación, votación—, responden a concretos mandatos constitucionales, como el 9.3 de nuestra Constitución, a los que cabría añadir la normativa comunitaria al respecto, en cuanto que

---

<sup>1</sup> Esta distinción se apunta en REY MARTINEZ, F. «La Discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, pp. 309 y ss. *Vid.* También BERRÈRE UNZUETA, M. Ángeles «De la acción positiva a la «discriminación positiva» en el proceso legislativo español», *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, pp. 26-33.

forma parte del bloque constitucional español. En tales mandatos se encomienda a los poderes públicos remover los obstáculos hacia una igualdad que no se especifica como únicamente jurídica.

Las cuotas responden, así, a la misma evolución del principio de igualdad hacia ámbitos socio-económicos, una evolución imprescindible para que no quedara convertido en un mecanismo ocultador de desigualdades. Desde finales del siglo XIX los significados de la igualdad se han diversificado: de la dialéctica entre igualdad formal e igualdad material, debida a los movimientos sociales del siglo XIX y a las corrientes de pensamiento que los inspiran y analizan (socialismo utópico, marxismo, socialdemocracia, laborismo, catolicismo social, etc.), se pasa a hablar, por influencia de la teoría feminista, de equivalencia (como hace Valcárcel) o equipotencia y equifonía (según propone Santa Cruz). En el primer caso, las demandas se dirigen a garantizar la igualdad de oportunidades, lo que desemboca en un tratamiento jurídico no igual que inaugura el desarrollo de un conjunto de medidas reunidas en torno a una nueva rama del ordenamiento jurídico que se conoce como *Derecho del trabajo* (las primeras «discriminaciones positivas o inversas», si queremos persistir en esta denominación) y que, posteriormente inspiran el sistema de cuotas para los llamados grupos sociales con desventaja —minorías étnicas, discapacitados o mujeres—. Con la teoría feminista, las demandas de igualdad se dirigen también a garantizar la presencia en el poder de aquellos individuos cuya diferencia les hace invisibles, como por ejemplo, las mujeres. Estas demandas se justifican como medio necesario para mejorar sus condiciones de vida y garantizar que desarrollen sus propios proyectos de autorrealización personal. Pero existe un denominador común en todos estos contenidos de la igualdad, que van más allá de la igualdad legal, y es la reivindicación de acciones concretas de los poderes públicos que atiendan a lo que la igualdad jurídica no tenía en cuenta: las especificidades de los grupos a los que van dirigidas.

Otra crítica común contra las cuotas apunta que, al promover regímenes jurídicos distintos, favorecen la fragmentación del interés general, en beneficio de intereses de grupo. Pero esta crítica tiene como marco de referencia una concepción de la sociedad como ente formado exclusivamente por individuos, cuyas agrupaciones se explican por razón de intereses comunes, pero siempre egoístas y siniestros, y abocados a una pugna con los demás, pugna que pone en riesgo la supervivencia de la comunidad nacional moderna, si no se limitan con nociones que, como las de interés general, ayudan a superar los intereses de grupo. Pero esta percepción del interés general que hace de lo público un lugar donde no hay conflicto o donde, si lo hay, se racionaliza hasta convertirse en acuerdo o en predominio numérico de las mayorías, puede sustituirse por otra donde lo público se conciba, precisamente, como el lugar donde se expresa el conflicto sin que ello signifique el fin de la sociedad. Esta idea, que encontramos en Chantal

Mouffe, tiene como premisa una concepción del bien común, sustentado sobre una visión amplia de la política, no reducida a lo estatal o administrativo, sino coincidente con un espacio en el que, como ya se ha dicho, se hacen visibles o presentes los conflictos, y en el que se expresa de manera pública la preocupación por lo común<sup>2</sup>. Ignorar que existen grupos sociales con intereses, no ya diversos sino contrapuestos, no los hace desaparecer, como tampoco lo hace afirmar que la política debe buscar el consenso. La política más bien debería ayudar a la visibilización y la expresión del conflicto, prestándose las formas procedimentales y los canales institucionales que faciliten la expresión pacífica y democrática de toda disidencia, de toda diferencia que planea entre quienes se ven afectados por decisiones políticas. A partir de esta premisa, se buscará el acuerdo, pero este acuerdo no debería ser el presupuesto previo, pues el ansia de alcanzarlo hace sacrificar el reconocimiento del desacuerdo de los grupos minoritarios y/o de los más débiles.

Entiendo, pues, que estas críticas habituales a las cuotas pueden soslayarse ubicándolas bajo un epígrafe que resalte su carácter de acción positiva, mas que de excepción negativa, así como adoptando otras premisas diferentes a las que han venido caracterizando la concepción liberal de bien común y de política. En realidad, muchos de sus cultivadores ya las cambiaron, en su afán de llevar el liberalismo más allá de su ideario decimonónico. Si atendemos a los escritos de John Stuart Mill, John Dewey, John Maynard Keynes o John Rawls, observaremos cómo estos representantes del liberalismo adoptan significados de la igualdad que van más allá de lo meramente jurídico. Y lo hacen para desarrollar el potencial ético filosófico del liberalismo<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vid. MOUFFE, Ch. *El retorno de lo político. La paradoja democrática* (1993), ed. Gedisa, Barcelona, 2003. Mouffe actualiza las nociones marxistas de antagonismo y hegemonía, para que no quedaran reducidas al ámbito de la lucha de clases y pudieran ser llevadas a la política, concebida como el lugar donde se visibilizan los nuevos antagonismos, no donde se racionalizan. En esta situación MOUFFE señala cómo los partidos políticos han dejado de ocuparse del bien común para entregarse a intereses partidistas, por lo que ya han resucitado, ellos mismos, la representación fragmentaria medieval, así como el mandato imperativo.

<sup>3</sup> Según RUSSELL, Bertrand (*History of Western Philosophy and its Connections with Political and Social Circumstances from Earliest Times to the Present Day* (1946), London, Routledge, 2.ª ed., 1961, repr. 1995, pp. 578-580) y MATEUCCI, Niccolò («Liberalismo», en *Diccionario de Política*, dirigido por BOBBIO, Norberto, trad. Raúl Crisafio, Alfonso García, Mariano Martín y Jorge Tula, 2.ª ed. Madrid, 1983, pp. 905-931), habría que distinguir el liberalismo político del liberalismo filosófico-ético. Desde el punto de vista filosófico, el liberalismo esta conectado con la teoría del individualismo, propio de la cultura moderna que surge con el renacimiento, pero el liberalismo político es una de las soluciones políticas de esta teoría, una solución que tiene como éxito más llamativo las Declaraciones de Derechos del hombre y del ciudadano. Desde el punto de vista filosófico, en cambio, el liberalismo distingue una serie de etapas necesarias e inevitables para llegar a la emancipación del individuo (en singular). En este punto, el liberalismo concibe la libertad de una forma absoluta y singular. Pero el liberalismo político sólo aspira a garantizar las libertades

Pero hay otros problemas asociados a las cuotas, que también pueden comprometer seriamente su operatividad en la emancipación y autogobierno de individuos incluidos en grupos sociales en desventaja. Son tales problemas, de cuyo análisis se ocupará este trabajo, los que suscitan la oportunidad de rescatar al sorteo como método de selección de candidatos. Nos referimos a los problemas que tienen que ver, respectivamente, con la circunstancia de que los beneficiarios de las cuotas sean sujetos colectivos y con el hecho de que las cuotas continúan basándose en un sistema de selección de candidatos por elección, sin cuestionar las limitaciones de la elección racional en el seno de los partidos políticos. La elección parte de la idea de que hay algunos seres humanos que están mejor capacitados que otros para trabajar en política –en el caso que aquí nos concierne, para representar a otros–, y que estos merecen ser escogidos por sus congéneres para dicho cometido. La cuestión es que la posesión y el reconocimiento de la excelencia por parte de otros suele quedar envuelta en una lucha por el poder, sustanciada en el seno de los partidos políticos, con escaso control y publicidad. Veamos cómo estas limitaciones pueden afectar a la utilidad de las cuotas, y a la misma legitimidad de la democracia, y de qué manera puede esquivarlas un método de selec-

---

empíricas de individuos (en plural). Este liberalismo político debe mucho en su formulación al utilitarismo –también imprescindible en la elaboración del liberalismo filosófico–, ya que es el utilitarismo el que establece la conexión entre objetivos políticos liberales (defensa y perfeccionamiento del parlamentarismo, reivindicación del derecho al sufragio, separación Iglesia/Estado, e incluso mejora de la vida de las clases trabajadoras) y economía clásica. Desde estas consideraciones, no extraña que, cuando esta teoría económica se mostrara agotada y empezara a ser criticada, los liberales buscaran otras pautas para el programa político liberal, a fin de ir adaptándolo para el desarrollo de su contenido ético-filosófico. Por esta razón, el mismo liberalismo potencia el desarrollo de la economía del bienestar, por lo que quienes formulan las presupuestos del Estado del Bienestar, que interviene en la economía y en la sociedad, son, en realidad, liberales, como lo fue Keynes. Por lo demás, la influencia del liberalismo sobre el socialismo, por medio de Mill, se percibe en la obra de Berstein y Lasalle. También se percibe en la misma biografía del partido laborista británico (el laborismo era una doctrina desarrollada por jefes sindicales alineados con el partido liberal, los llamados «Lib-labs», y prueba una fuerte influencia del liberalismo en los Trade Unions, hasta el punto de que, si bien ellos mismos fundaron el partido laborista, este no conseguirá superar en votos al partido liberal hasta después de la II Guerra Mundial. Sobre estas cuestiones, *Vid.* ABELLAN, J. «Estudio preliminar», en BERSTEIN, E. *Socialismo democrático*, trad. J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1990; SCHUMPE-TER, J.A *Historia del análisis económico*, trad. M. Sacristán, ed. Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1982, parte III, cap. 3, p. 515, nota 104; y NEGRO PAVON, D. «Introducción», en MILL, J.S. *Capítulos sobre socialismo y otros escritos*, trad. D. Negro, Biblioteca Aguilar, Madrid, 1979. Por último, el desarrollo de las potencialidades ético-filosófico, inspira, tanto el liberalismo social de Dewey como el liberalismo benefactor de Keynes y Beveridge. *Vid.* MENAND, L. *El club de los metafísicos. Historia de las ideas en América*, trad. A. Bonnano, Barcelona, Ediciones Destino, 2002, p. 244; y ESTEBAN CLOQUELL, J.M. «Pragmatismo consecuente. Notas sobre el pensamiento político de John Dewey», en DEWEY, J. *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, trad. J.M. Esteban Cloquell, Valencia, Edicions Alfons el Magnanim-Generalitat Valenciana-Diputació Provincial de Valencia, 1996, pp. 65 y 66.).

ción de cargos públicos que, como el sorteo, fue muy utilizado en la democracia ateniense e incluso en las repúblicas de Florencia y Venecia, aunque luego quedara marginado en las democracias modernas.

## 2. LOS PELIGROS DE LA COLECTIVIDAD

Como ya se ha dicho, las cuotas descansan en una concepción colectiva de su sujeto beneficiario. Así lo confirman las decisiones del Tribunal Supremo estadounidense, al enjuiciar la legislación que las creaba. Su finalidad era mejorar la situación de individuos cuya raza les situaba en una posición de clara desventaja respecto de los blancos. Esta circunstancia, así como que las cuotas también fueran utilizadas por los británicos para organizar la representación política de las diversas etnias de los territorios que colonizaban<sup>4</sup>, nos muestran que son un instrumento destinado a garantizar cierta igualdad –de oportunidades, cuanto menos–, a aquellas comunidades de individuos marginadas y excluidas de la participación en el poder, así como en clara situación de desventaja social y económica –en fin, padeciendo una situación grave de desigualdad económica y social, debida a causas estructurales como la pertenencia a una determinada clase social o a cierta raza–. Posteriormente, también se admite que el sexo es una causa estructural de desigualdad, por cuanto asigna posiciones de sumisión o dominio entre los individuos. Esto lleva a considerar a cierto grupo sexual, el de las mujeres, como grupo en desventaja, y, por ende, amparado en la filosofía de las cuotas.

Los grupos sociales en desventaja se articulan (autónomamente) –y son articulados (heterónomamente)–, sobre la noción de identidad, en este caso, colectiva, como consecuencia de la influencia de la psicología social, la antropología y la sociología. En su seno, se dice, los individuos tradicionalmente marginados delimitan su identidad propia, personal o individual, frente al discurso dominante. Pero en su descripción como identidades colectivas, se percibe una tendencia hacia la unidad y el esencialismo que choca frontalmente con una visión de la política como escenario de la diferencia, lo que las vuelve incongruentes con finalidades de emancipación respecto de posiciones de desventaja y sumisión.

La caracterización unitaria de los sujetos colectivos beneficiarios de las cuotas, que se percibe incluso en la reivindicación de la diferencia, responde a lo que Young ha llamado «lógica de la identidad»<sup>5</sup> y

---

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión, *Vid.* VAN DYCKE, Vernon «The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory», en KYMLLICKA, W. *Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 38 y 39.

<sup>5</sup> *Vid.* YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia* (1990), trad. Silvana Álvarez, Madrid, Ed. Cátedra, 2000. p. 168.

«lógica de la sustancia»<sup>6</sup>, y en donde la necesidad de afirmar las diferencias frente a los otros obliga a delimitar unos caracteres, así como a un cierre de filas de sus miembros en torno a los mismos, lo que deja poco resquicio a la pluralidad y a la diferencia en su seno. Esta percepción unitaria de las identidades es, en realidad, un efecto del predominio de la concepción de Parménides acerca del ser, también seguida por Platón y Aristóteles. Se trata de una concepción esencialista, donde la unidad subsume la multiplicidad, que aparece como lo secundario, como la copia imperfecta, mientras que la unidad es lo primario, el original; y se percibe, no sólo en la configuración del individuo y del ciudadano modernos, sino también en la de las nuevas identidades.

A este dominio de las lógicas de la identidad y de la sustancia, al que no ha escapado la teoría feminista, colabora, probablemente, la percepción predominantemente descriptiva de representación política, que ha dominado en la teoría democrática moderna, y que la erige en reflejo de los representados. La ventaja de esta concepción es que ha conducido a la afirmación de la representación proporcional, para que así queden reflejados todos los miembros de la nación. Con este telón de fondo, las cuotas tratarían de facilitar que tengan reflejo en los Parlamentos cada grupo social, en especial, los que se han visto tradicionalmente excluidos de la esfera política. Pero esto trae consigo que el electorado se conciba de manera estática y pasiva. Semejante peligro se une a las deficiencias que siempre ha presentado la representación como reflejo, y que ya Bagehot le reprochaba al proporcionalista Mill, defensor en este sentido de la representación de los trabajadores, las mujeres y las minorías en el Parlamento. Tales deficiencias conducen a la conversión del Parlamento en un órgano pasivo. Además, tampoco se resuelve el problema del control y de la demanda de responsabilidad del representante: esto se remite al momento de la elección, donde los electores premiarán al buen representante con la reelección<sup>7</sup>.

Los riesgos de esencialismo y unidad que se perciben en la articulación de las identidades colectivas beneficiarias de las cuotas se intensifican cuando la construcción de las mismas se hace descansar, de manera primordial, sobre la noción de cultura. Aunque no se sabe muy bien qué es, la cultura se ha convertido en el denominador común de toda identidad colectiva, ya que es frecuente que estas vengan, en la mayoría de los casos, descritas como identidades culturales. Pero las identidades culturales suelen aparecer heterónomamente determinadas, bien por los medios de comunicación de masas, el mercado e incluso la ciencia y la filosofía (lo que responde a la percepción de que nos hallamos en el seno de una sociedad del conocimiento, donde los

---

<sup>6</sup> Vid. YOUNG, I. *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford Press University, 2002, p. 87.

<sup>7</sup> Vid. PTIKIN, H. *El concepto de representación*, (1967-1972), trad. Ricardo Montero Romero, Madrid, CEC, 1985, pp. 65 y ss.

saberes especulativos, especialmente la ciencia social, inducen las representaciones de la realidad, entre ellas, la del propio individuo o autoconsciencia)<sup>8</sup>.

Pero, ¿qué aporta la cultura a las identidades? Se sostiene que la cultura proporciona un específico marco de representaciones sociales, necesarias para la definición de estas identidades, y que se refiere a la entidad biológica, los roles desempeñados (incluidos los sexuales), su presencia o ausencia en diversos contextos sociales (como la nación, la religión o la etnia), su estatus o posición social (incluyendo la de clase) y las imágenes atribuidas por otros (entre ellos, las mismas instituciones)<sup>9</sup>. Este marco de representaciones, conocido bajo el epígrafe de «cultura», se define como el sistema de conocimiento que permite todas esas percepciones, y en el que se incluyen creencias, leyes, costumbres y cualquier otra capacidad o hábito<sup>10</sup>. A través de las representaciones que comparte con los individuos que forman su grupo, pero también a través de las representaciones que impone la cultura dominante sobre su grupo, el individuo es consciente de sí mismo –cosa que constituye el núcleo de la subjetividad–, y lo es gracias a las miradas de los otros, que le devuelven la imagen de sí mismo, como un reflejo. Pero se da la circunstancia de que determinadas culturas dominantes han creado una imagen despectiva de ciertos grupos de individuos –esto es, estigmatizante– que, no sólo disminuye la autoestima de estos sujetos sino que les condena a una inalterable posición social de desventaja, que se resume en su no presencia en los ámbitos del poder. Frente a esta situación, los grupos piden «respeto», «reconocimiento» y «visibilidad» de su diferencia en la esfera pública, una diferencia que exigen sea percibida a través de los parámetros culturales que le son propios, y no a través de los de la cultura dominante. El reconocimiento de su especificidad cultural, especificidad en

---

<sup>8</sup> Vid. GUIDDENS, A. *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea* (1991), trad. José Luis Gil Aristu, Barcelona, Ed. Península, 1994, pp. 16, 17 y 33.

<sup>9</sup> Esta definición la encontramos en BARBE, C. «Identidad e identidades colectivas», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37, 1984, p. 69.

<sup>10</sup> Vid. AGUIRRE BATZAN A. «La identidad cultural», en AGUIRRE BATZAN A. (ed) *Cultura e identidad cultural. Introducción a la antropología*, Barcelona, Ed. Bardenas, 1997, pp. 6 y ss. La cultura, entendida en este sentido (sentido objetivo, frente al subjetivo, que equivale al cultivarse del individuo) aporta los elementos de eso que se ha llamado «pensamiento natural» o «sentido común», por oposición al pensamiento científico. Este pensamiento natural o sentido común proporciona las representaciones sociales con las que los seres humanos se perciben a sí mismos, a los otros y al mundo, y que emanan de una determinada cultura. En su diseño no siempre intervienen los sujetos interesados, aunque se sustenta en y se transmite por la comunidad o grupo en el que vive el individuo. Se trata de una transmisión que se realiza a través de la tradición, la educación y la comunicación social. Esto ha llevado a señalar, como hace GEERTZ, C. «Cultura, mente, cerebro/cerebro, mente, cultura», en *Reflexiones antropológicas sobre temas filosóficos*, trad. N. Sánchez Durán y G. Llorens, Barcelona, Paidós, 2002, p. 192 la naturaleza cultural de la mente y la naturaleza mental de la cultura.

la que buscan definirse muchos individuos, tiene como expresión más característica el reconocimiento a esas identidades culturales de los llamados derechos poliétnicos, o de los derechos especiales de representación política, como las cuotas.

Estos presupuestos sientan las bases para una percepción también *culturalista* de la ciudadanía diferenciada, incluso entre sexos, con el argumento de que cada sexo tiene su propio universo de representaciones sociales, esto es, su propia cultura<sup>11</sup>. Pero, como ya se ha visto, esto puede derivar en una concepción monolítica y unitaria de las identidades, en este caso sexuales, que desconozca el pluralismo, la diferencia y las desigualdades estructurales en su seno, así como los cruces identitarios que pueden darse en un mismo individuo. Este olvido las lleva a caer en el mismo defecto que Amorós achacaba a la filosofía racionalista y romántica: convertir a las mujeres en un «todo indiscernible»<sup>12</sup>. Muy criticadas estas corrientes dentro del propio feminismo, por considerar lo diferencial femenino como diferencia cultural<sup>13</sup>, se les reprocha no tener en cuenta que las diferencias entre hombre y mujer, responsables de la situación de desventaja de ésta, son fundamentalmente de tipo estructural, pues se deben a que, por razón de su sexo, se le ha conferido una posición social de sumisión.

La tendencia anteriormente descrita desconoce, tanto las desigualdades estructurales –debidas al sexo, pero también a la clase social o a la raza–, como los cruces de identidad, que permiten que una misma persona pueda definirse a sí misma o ser autoconsciente de su propia identidad personal, a través de la pertenencia a varias identidades colectivas (mujer negra musulmana, heterosexual, de ideología conservadora; mujer blanca atea, homosexual, de ideología izquierdista, etc.). Estas exigencias llevan a demandar que las identidades colectivas, para que sean verdaderamente emancipatorias, no dejen de dotarse, en la medida de lo posible, de una estructura y funcionamiento democráticos, que garanticen los procesos de autoconciencia de los individuos que las integran, con el máximo respeto de su libertad, ya que muchos de estos grupos o identidades colectivas suelen estar dominadas por un cuerpo funcional, a menudo hermético y antidemocrático, o una élite intelectual, igualmente hermética y antidemocrática.

Desde unos planteamientos críticos con la noción esencialista de identidad y su conexión con la cultura, resultan interesantes planteamientos como el que Young ha expresado en *Inclusion and Democracy*,

<sup>11</sup> Este deslizamiento hacia «lo cultural» es especialmente observable en el llamado feminismo de la diferencia y en el feminismo cultural. Sobre estas cuestiones, Vid. POSADA KUBISSA, L. *Sexo y esencia. De esencialismos encubiertos y existencialismo heredados*, Horas y Horas, Madrid, 1998.

<sup>12</sup> Vid. AMORÓS, Celia «Igualdad e identidad», en VALCÁRCEL A. (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 29-48.

<sup>13</sup> Vid. OSBORNE, Raquel «Debates en torno al feminismo cultural», en AMORÓS, Celia y MIGUEL, Ana de, *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, Madrid, Minerva Ediciones, 2005, pp. 211-252.

donde considera las diferencias entre hombre y mujer como desigualdades estructurales, más que como diferencias culturales, y propone hablar, no de representación de identidades y de culturas sino de representación de perspectivas, a las que concibe como un punto de partida para comenzar el diálogo. Por su parte, Fraser llama la atención sobre la necesidad de acompañar el reconocimiento –basado en la intensificación de la diferencia cultural de las identidades sociales dominadas frente a las dominantes–, con la redistribución –que resalta cómo las exclusiones no se resuelven si no se acompañan también de transformaciones en el nivel de la estructura socio-económica–<sup>14</sup>.

### 3. ¿PRIMUS O PARES? (CUANDO LAS CUOTAS OPERAN EN UN MARCO DE ELECCIÓN DEFICIENTE)

En torno a la elección de los representantes políticos, hay que analizar dos asuntos conexos, por cuanto se han erigido en premisas de la legitimidad de la democracia moderna. En primer lugar, el uso de la elección ha sido presentado por la teoría democrática moderna como la manera de actualizar el ejercicio de la razón de quienes van a ser gobernados. Ello permite, y este es el segundo asunto, un resultado que condensa las aspiraciones de racionalidad del iusnaturalismo moderno y de la Ilustración: hacer del orden político un orden *racionalmente* legítimo. En un primer momento –una etapa de predominio de la epistemología filosófica en el análisis de la democracia–, la elección se convierte en la fórmula de selección de los mejores. Esta circunstancia hace que la democracia representativa sea, a la par, un régimen aristocrático. La consecuencia inmediata es que van a convivir dos significados de igualdad, generando algunas paradojas y contra-

<sup>14</sup> Vid. YOUNG, Iris *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 81-120; y FRASER, Nancy «Redistribución o reconocimiento: hacia una visión integrada de la justicia de género», *Revista Internacional de Filosofía política*, núm. 8, 1996, pp. 18-40 (este texto se basa en una ponencia que Fraser presentó en el Congreso Internacional Mujeres e Institución Universitaria en Occidente –celebrado en Santiago de Compostela del 5 al 7 de julio de 1996–, y que fue publicada, junto al resto de ponencias de ese congreso por el servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, en 1996, pp. 135-154). En otro lugar (La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación», en FRASER N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?* (2003), trad. Pablo Manzano, Madrid-A Coruña, Ediciones Morata y Fundación Paideia Galiza, 2006, pp. 17-88), Fraser desarrolla esta idea de que redistribución y reconocimiento son partes esenciales de una concepción bidimensional de la justicia, polemizando con Honneth, para quien lo prioritario es el reconocimiento. En España, COBO, Rosa «Democracia paritaria y sujeto político feminista», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 39-44, apoyándose en la taxonomía que sobre las identidades propone Castells, configura la identidad femenina, en la fase actual de las reivindicaciones, como identidad proyecto, pero subraya que esta debe ser entendida con carácter instrumental.

dicciones en el funcionamiento de las democracias modernas. Se trata de la igualdad aritmética, que caracteriza propiamente a la democracia, y de la igualdad geométrica, que caracteriza la aristocracia, según una conocida distinción debida a Platón y Aristóteles<sup>15</sup>. En un segundo momento –una etapa de gran influencia de la ciencia social en la teoría democrática– se analizan los presupuestos y elementos de la elección. Se trata de un análisis que sigue discurrendo, de manera más o menos crítica, por el llamado «individualismo metodológico» que inauguró el antropocentrismo renacentista y que teorizó el utilitarismo para el ideario liberal<sup>16</sup>. En este momento, la unidad de reflexión ya no coincide con las virtudes (en el sentido moral del término) de los elegidos, sino con las preferencias de los electores, las cuales guiarán su elección, mediante un cálculo de resultados. A lo largo del siglo xx, las teorías de la elección racional, y dentro de ellas, las que analizan las tendencias del voto, elaboran modelos de comportamiento electoral donde pretenden evidenciar que la elección de los individuos sigue, como apunta Paramio, un modelo microeconómico: en él, operan calculando lo que pueden obtener, por lo que es de esperar que consideren que el mejor candidato sea, simplemente, el más idóneo para satisfacer sus cálculos<sup>17</sup>.

Pero, inicialmente, la elección es un método cuyos presupuestos ético-políticos se desarrollan de la mano de una democracia, más bien aristocrática y elitista, que aspira a seleccionar a los *primus inter*

<sup>15</sup> Vid. PLATÓN, *Las leyes*, IV, 757b; y ARISTÓTELES, *Política*, III, 1287<sup>a</sup>, y IV, 2, 1317b, 1318<sup>a</sup>; y *vid Ética para Nicomaco*, 1131<sup>a</sup>.

<sup>16</sup> Hago esta distinción partiendo de estudios que, como los de VAN MILL, David «The Possibility of Rational Outcomes from Democratic Discourse and Procedures», *The Journal of Politics*, Vol. 58, núm. 3, 1996, distinguen dos tradiciones en la teoría de la democracia: las teorías que se centran más en el discurso democrático, donde se incluye a Habermas, Cohen, Dryzek o Benhabid; y las teorías de la elección social (derivadas de las teorías de la elección racional), con las aportaciones de Black, Arrow o Riker. Lo que se infiere de esta distinción es que, en el primer caso, estamos ante un análisis más filosófico-normativo de la decisión y la elección, apoyadas en un diálogo sometido a ciertas condiciones procedimentales *ideales* que lo hagan posible y adecuado al marco democrático. Este tipo de análisis filosófico-normativo es el que, por supuesto, domina en la teoría de la democracia representativa de los siglos xviii y xix (aunque no se refiriera a la temática precisa del diálogo y la comunicación democrática). En cambio, con la segunda tradición estamos ante teorías en las que predominan los métodos y presupuestos de las ciencias sociales, en especial, de la economía. No obstante, caracteriza a muchas de las teorías normativas actuales sobre la democracia el afán por incluir los análisis «científicos» de las teorías de la elección social, con las cuales garantizar una cierta «objetividad» en el funcionamiento del diálogo y la toma de decisiones en democracia; al igual que las teorías económicas sobre la elección descansan en la tesis del individualismo metodológico que descubriera la filosofía moderna (según el cual las acciones se explican de acuerdo a motivaciones individuales), y que se hipostasian a los comportamientos de grupo. En cualquier caso, la teoría de la elección racional puede contemplarse como una teoría descriptiva (que nos ayuda a predecir acciones) o como una teoría normativa (que nos indica qué debe hacerse para que nuestras acciones nos permitan lograr ciertos fines).

<sup>17</sup> Vid. PARAMIO, L. «Decisión racional y acción colectiva», *Leviatán*, 2000, núm. 79, pp. 65 y ss.

*pares*. Y creo que esta circunstancia, unida a las deficiencias de la racionalidad en la elección, van a dificultar que las cuotas en la selección de representantes consigan garantizar una representatividad que sea, al mismo tiempo, democrática. Analicemos en primer lugar, los problemas derivados del carácter aristocrático asociado a la elección, y luego, las carencias mismas de la elección racional.

Bernard Manin<sup>18</sup> da cuenta de cómo el carácter aristocrático de la democracia se intensifica durante el desarrollo del instituto de la representación política durante la Edad Media, en el transcurso de la vida política de las repúblicas italianas y de los reinos medievales; mientras que, de manera paralela, se asiste al abandono paulatino del sorteo, en beneficio de la elección, para designar a estos representantes políticos y a los detentadores de otras magistraturas públicas. Con la Ilustración moderna, la democracia quedará diseñada como un sistema de gobierno representativo y electivo, donde se supone que el que elige tiende a escoger al que cree que destaca o sobresale por una u otra cualidad.

También la misma filosofía política de la época, aun defensora de la igualdad jurídica, sostiene que el *legislador* ha de ser «un hombre extraordinario»<sup>19</sup>. En esta idea, que enfatiza la excelencia del gobernante, late la creencia última de que la representación política no expresa ni transmite una voluntad general preexistente, sino que la crea<sup>20</sup>. A esta circunstancia ya había aludido Kant, cuando sostenía en «En torno al tópico» que el contrato social no era real pero permitía que el legislador dictara las leyes como si estas hubieran emanado de la voluntad del pueblo<sup>21</sup>. En realidad, la creatividad, y no el mero reflejo, responde al sentido primigenio de la representación política (a diferencia de la representación jurídica), en cuanto su destino de hacer presente al ausente incorpora también el significado de encarnación de una multiplicidad, en cuyo nombre actúa<sup>22</sup>.

La representación política no funciona, pues, como mero reflejo de los representados, a pesar de que muchas concepciones sobre la misma, en especial aquellas que la rodean de la exigencia de propor-

<sup>18</sup> Vid. MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*, versión de F. Vallespín, Madrid, Alianza ed., 1998, pp. 59 y ss.

<sup>19</sup> Aunque no aceptaba la representación política, así al menos catalogaba ROUSSEAU J.J. (considerado defensor del igualitarismo) al legislador, en *Del contrato social*, cap. VII, «Del legislador», libro II, p. 46

<sup>20</sup> Es lo que resalta MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. en «La paradoja de la representación política: el gobierno de la metáfora», capítulo VI de su libro *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992, pp. 143 y ss., donde analiza el carácter constitutivo de la representación política, a partir de los textos de Kant, Weber, Schumpeter, Kelsen o Luhmann.

<sup>21</sup> Vid. KANT, I. «En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica», en *Teoría y práctica*, trad. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1986, p. 37.

<sup>22</sup> ACCARINO, B. *Representación*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2003, pp. 20 y ss., quien señala en este punto la influencia de la obra de Hobbes.

cionalidad (como ocurre con la de Mill), hayan desembocado en una percepción descriptiva de la representación, que la eleva, sobre todo, a reflejo de los representados. Así lo apuntaba Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*: la capacidad de ser representante reside, precisamente, en su carácter extraordinario frente a los otros, lo que le hace ser, no idéntico, sino *diferentemente mejor* que ellos. Bernard Manin profundiza en el análisis de esta «diferencia» que apuntaba Schmitt, y que él caracteriza como el «elemento aristocrático» de la democracia; lo que no es óbice para que en una campaña electoral, el segundo trate de incidir en ella: en este juego de espejos en que se traducen la representación y la identidad, todavía sigue resultando atractivo aquel *representante* que sea *representativo* de sus *representados*<sup>23</sup>. Pero la cuestión es que, por decirlo a la manera platónica, representante y representado se reparten de manera confusa y contradictoria el papel de modelo y copia, de manera que no es el representado sino el representante el que se erige, en realidad, en el modelo, esto es, en la idea original y perfecta, mientras que el representado es la copia, y por ende, el imperfecto resultado al que se llega al intentar reproducir el original. Asistimos, pues, a la imposible y en el fondo indeseada equivalencia e intercambiabilidad entre representado y representante. La práctica de la elección subraya la superioridad de este último, aunque garantiza la aceptación de los representados, al hacer que sean ellos mismos quienes, a través de un ejercicio racional, la elección, señalen a los más capacitados para mandar y ser obedecidos. Así, los representados no hacen otra cosa que obedecerse a sí mismos, pero en la figura de un ser extraordinario. Y en esta fabulosa ecuación reside la legitimidad de la democracia representativa.

Casualmente, ese ser distinguido que, como representante político unifica la multiplicidad y encarna la voluntad general, ha venido apareciendo con los rasgos del *pater familia*, de manera que el cuerpo representativo ha sido, ante todo, un escaparate de varones blancos propietarios, en el que no han podido reconocerse individuos con características diferentes: quienes no tenían rentas suficientes ni disponibilidad sobre ellas, o quienes se consideraban excluidos, por naturaleza, de la función del buen padre de familia, o del ejercicio de la razón (nos referimos a los trabajadores, los parados, los pobres, las mujeres, los niños, los discapacitados, los homosexuales, o los sujetos de raza distinta a la blanca). La crítica a esta situación se proyecta en la reivindicación de presencia, por parte de aquellos sujetos diferentes a ese modelo, en los órganos representativos. Así procedieron quienes señalaron la distancia insalvable entre el universalismo del proyecto ilustrado de emancipación que inspira la democracia representativa y sus realidades cotidianas: desde el feminismo ilustrado hasta los movimientos obreros, pasando, ya en el siglo xx, por los movimientos anti-

---

<sup>23</sup> Vid. MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*, op. cit., especialmente pp. 119 y ss.

colonialistas, que subrayaron el carácter etnocéntrico de ese proyecto, por cuanto se le hacía descansar en la superioridad de la cultura europea. En adelante, y ante la ineficacia de la igualdad jurídica para revertir esta situación, se demanda una percepción de la misma que no conduzca a una homogeneidad ocultadora de la diferencia y perpetuadora de una sumisión ni elegida ni consentida. En este contexto se desarrolla la política de cuotas, que se aplican al ámbito de la representación política bajo el epígrafe actual –propuesto por multiculturalistas como Kymlicka– de «derechos especiales de representación política»<sup>24</sup>. Su objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades, ya que se acepta que el carácter extraordinario de muchos individuos no depende tanto de su naturaleza como de la posición –subordinada o dominante– del grupo social en que nace y vive.

Pero el alcance de estos cambios queda seriamente comprometido si atendemos a los procesos de elección de candidatos a representantes en el seno de los partidos políticos, al menos por lo que a España se refiere. En este ámbito, el resquicio para la libertad y la racionalidad electoral es mínimo, dadas las prácticas de confección de listas electorales. Pensemos, simplemente, que en nuestro país, sólo un partido político (PSOE) prevé elecciones primarias, destinadas, por lo demás, únicamente a la elección del candidato a la presidencia del gobierno, de las comunidades autónomas y de ciertas alcaldías, mientras que para los otros casos (que es para todos en el resto de los partidos), esta selección se hace a través de representantes y compromisarios, quienes, en muchos casos, eligen sobre listas cerradas; pero no eligen en las Asambleas soberanas del partido, sino en órganos ejecutivos del partido<sup>25</sup>. Dada la forma en que transcurre la selección de candidatos y la formación de listas electorales, no parece que vayan a producirse los peligros en los que, según se ha señalado, podrían incurrir las cuotas a este nivel: se trata de la posibilidad de que alguien pudiera resultar elegido automáticamente, no por lo que los votantes decidan, sino por pertenecer a una minoría que hay que escuchar, digan lo que digan aquéllos<sup>26</sup>. Esto solo podría ocurrir si las cuotas funcionaran en un marco electoral democrático de selección de candidatos, que es justamente lo que no se da. En esta dinámica, donde ya suelen salir automáticamente elegidos los candidatos, digan lo que digan los afiliados, simpatizantes o posibles votantes de un partido,

---

<sup>24</sup> Vid. KYMLICKA, Will «Three Forms of Group-Differentiated Citizenship in Canada», en BEHNABID, Seyla (ed), *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 153-170.

<sup>25</sup> En un trabajo titulado «La democracia interna en los partidos políticos: una perspectiva desde los derechos de los afiliados», publicado en *Anuario de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34, 2000, pp. 345-375, analicé los métodos de selección de candidatos en el interior de los partidos políticos españoles más representativos de la ciudadanía: PP, PSOE e IU (esto se recoge especialmente en pp. 356 y ss.).

<sup>26</sup> Este riesgo fue apuntado por LAPORTA, F. «Los problemas de la democracia deliberativa», *Claves de razón práctica*, núm. 109, enero-febrero, 2001, pp. 22 y ss.

las cuotas solo obligan a otorgar candidaturas a personas pertenecientes a grupos ajenos al aparato de partido que diseña las listas o designa candidatos. Evidentemente, las cuotas participan en una dinámica perversa, pero no son ellas las responsables de la misma, como tampoco lo son de los defectos de la elección racional –si bien, por su calidad de instrumento para implementar la democracia, cabría pedir que las cuotas funcionaran con unos parámetros más democráticos.

Sea como fuere, al no entrar a cuestionar la aplicación del sistema de elección de candidatos en el interior de los partidos políticos, las cuotas cargan con las limitaciones de la elección racional, amén de que terminan justificando una selección no democrática sino aristocrática pues, en última instancia, reserva candidaturas no a los iguales o idénticos sino al mejor. El uso de las cuotas requeriría, pues, una previa modificación de los procesos electorales en el seno de los partidos políticos, a fin de mejorar su calidad democrática. De lo contrario, los beneficios de la representación de la diferencia podrían no llegar a todos los miembros del grupo. Que un número de ellos llegue al poder político, beneficia, se dice, a todos los demás, ya que los que están en el poder facilitan el acceso a las demás. Pero ello supone la aceptación de que existe un compromiso o pacto implícito entre ellos o que constituyen un todo a lo largo del tiempo y del espacio. En este caso, se cae en un tocoso y peligroso organicismo. En cuanto a la idea de pacto, ésta incorpora un ejercicio de decisión racional que no es más que una hipótesis (como siempre lo ha sido toda idea de pacto social, incluido el que se atribuye a los varones), y que desemboca en una concepción esencialista de los grupos en desventaja. Sus miembros pueden compartir una historia común de sumisión y exclusión, pero la han sufrido y la sufren de distinta manera (pensemos en las diferencias que existen entre los hombres y las mujeres de raza negra), por lo que sus propuestas políticas de solución pueden ser diferentes. Ninguna idea previa de pacto, que puede servir de metáfora fundacional de unas reivindicaciones más que justas y necesarias, debe ignorar que los integrantes de estos grupos son, ante todo, seres individuales que divergen entre sí. En realidad, el disfrute de las cuotas no garantiza que sus beneficiarios individuales no vayan a seguir la estrategia de su partido e incluso un compromiso personal con el poder, y que vayan a ceñirse a una estrategia común de género o cultura, orientada a su redención. Pero esta forma de conducirse, nada improbable, se comparece mal con la justificación que se hace de las cuotas y, en general, de los derechos especiales de representación política, justificación por la cual se convierten en un beneficio del colectivo para mejorar la situación de desventaja y exclusión de sus miembros. Aun así, se mantiene y se explica la conexión entre el beneficio colectivo y el ejercicio individual por sus más destacados miembros mediante el recurso al significado descriptivo de la representación política, significado que en su día evidenció que sólo los varones blancos ostentaban el poder político porque solo ellos estaban presentes. Según este significado, el

representante político es un ser, por encima de la media, que va a reflejar, sin embargo, unas determinadas características de grupo (es decir, es representativo de las mismas), por decisión de sus votantes (que se supone que son quienes pertenecen a ese grupo: aunque los estudios de intención de voto arrojan resultados contrarios a esta suposición; y si no, tengamos en cuenta cómo muchas mujeres rechazan expresa y vivamente votar a otras mujeres). Pero esta percepción, a cuyos límites se ha hecho ya referencia, permite persistir ingenuamente en la idea de que con él (con ella), se harían presentes los y las demás, ofreciéndose así la oportunidad de una actividad política, aunque sea indirecta, a quienes hasta entonces carecían de ella.

Tampoco puede decirse que los límites señalados, a su vez, a la racionalidad de la elección sirvan de mejor soporte al prestigio de la elección de los mejores. Precisamente, las teorías de la elección racional ponen al descubierto las dificultades para explicar algunas elecciones humanas desde la elección racional. Según Jon Elster, la teoría de la acción racional se refiere a las acciones, y afirma que la acción racional implica tres operaciones de optimización: hallar la mejor acción para creencias y deseos dados; formar la creencia mejor fundada para una prueba dada; y acumular la cantidad atinada de pruebas para deseos y creencias previas. Para Elster, la teoría de la elección racional puede errar, en estos tres niveles, por indeterminación o por irracionalidad, ya que puede que no exista una acción, creencia o cantidad de pruebas singularmente óptima, o que las personas lleven a cabo la acción, formen su creencia o reúnan las pruebas no como lo quiere la racionalidad<sup>27</sup>.

Estas deficiencias se ponen especialmente en evidencia cuando se aplica al comportamiento electoral. Para los teóricos de la elección racional, el voto es un asunto de acción colectiva. Y en este contexto, se dice que los ciudadanos votarán siempre que los beneficios esperados (reducción de impuestos, gratificación psicológica, etc.) superen a los costes (por ejemplo, tiempo y dinero invertido en ir a votar y los costes de oportunidad), y siempre que exista alguna probabilidad de que su voto determine el resultado de la elección. Esto significa que el modelo teórico para explicar la decisión de votar se basa en tres parámetros (que respetan las premisas básicas del individualismo metodológico): los beneficios a obtener (B), los costes (C) y la probabilidad de influir en la decisión (p), de manera que los ciudadanos votarán siempre que  $pB > C$ . Sin embargo, muchos modelos explicativos del comportamiento electoral son criticados, por incurrir en paradojas o por presentar una escasa base empírica en sus argumentos, lo que,

---

<sup>27</sup> Vid. ELSTER, J. *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de la decisión*, trad. Carlos Gardini, Barcelona, ed. Gedisa, 1999, pp. 13 y 14. Llama la atención que sea un teórico de la decisión racional, como ELSTER, quien proponga recuperar de nuevo el uso del sorteo, ante los límites de la decisión racional (*ibidem*, capítulos 2 y 5).

cuanto menos, les resta científicidad<sup>28</sup>. Es posible, entonces, que el defecto de racionalidad no esté en la elección en sí, sino en las teorías que la quieren explicar desde el punto de vista racional, por carecer de instrumentos adecuados o partir de premisas erróneas. Habría que buscar la metodología idónea para delimitar mejor la racionalidad de la elección, o hacerla recaer sobre todo en los procedimientos en los que se adopta, como suelen hacer las teorías democráticas normativas que enfatizan el diálogo y la comunicación. Pero, mientras tanto, la racionalidad de la elección, que forma parte del núcleo de legitimidad de las democracias, resulta difícil de aprehender.

Puede que estas deficiencias de las teorías de la elección racional se deban a que parten de una noción de acción social, sostenida por la muy influyente sociología de Parsons, que tiene como modelo a un científico. De esta forma, se llega a la conclusión de que todas las conductas que no se adaptan a la de aquél son irracionales. Para el sociólogo estadounidense Harold Garfinkel, este tipo de apreciaciones reduce a los seres humanos a «idiotas que juzgan»<sup>29</sup>. Según Garfinkel, Parsons determinaba la racionalidad del actor social y su conducta por su coincidencia con el modelo del conocimiento científico. Así, en caso de que no coincidieran, debía rechazarse la explicación del actor y recurrir a una explicación científica, de tipo normativo-causal, de esta conducta no racional. Para Garfinkel, en cambio, interesado como estaba en explicar las propiedades del razonamiento práctico propio del sentido común en las situaciones de acción ordinarias, este método no explica las propiedades del razonamiento práctico ni de las relaciones intersubjetivas, ya que éstas obedecen al «sentido común», no a la racionalidad científica. Esta es una conclusión a la que llegó Garfinkel, tras aceptar las premisas de Alfred Schultz, según las cuales, en la vida ordinaria no se cuestiona la objetividad de los objetos y sucesos, sino que, simplemente, se presupone. Garfinkel pensaba que si las acciones sociales ordinarias tuvieran como premisas los rasgos característicos de la racionalidad científica, se desembocaría, en realidad, no en acciones racionales sino en la inactividad, la desorganización y la anomia. Y sin embargo, el utilitarismo y su individualismo metodológico han explicado y continúan explicando la acción social sobre el modelo del conocimiento del científico, haciendo que éste ponga su *savoir faire* a disposición de un «individuo egoísta» que, en adelante habrá de ser un avezado «calculador» de sus pérdidas y ganancias; o del «espectador imparcial», investido de toda la objetividad y neutralidad que se le podría pedir a... un

---

<sup>28</sup> Sobre estas cuestiones, Vid. P. GREEN Donald e SHAPIRO, Ian *Pathologies of rational Choice Theory*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1994.

<sup>29</sup> Vid. GARFINKEL, H. *Studies in Ethnometology*, (1947), edición de 1984, p. 68. Garfinkel fue iniciador de la corriente sociológica denominada «Etnometodología». Sobre estas cuestiones, Vid. HERITAGE, John C. «Etnometodología», en GUIDDENS, A. J. TURNER ET ALII, *La teoría social hoy* (1987), versión española de Jesús Alborés, Alianza ed., 1.ª ed. 1990, 1.ª reimp., 1998, pp. 290-350.

científico. Además, el utilitarismo impone un paradigma normativo de la acción social, ya que hace que las normas compartidas entre los individuos se consideren nexos estables entre las situaciones y las acciones. De esta manera, una situación dada evoca unas determinadas expectativas y disposiciones normativas, que llevan a su vez a una determinada conducta. En esta explicación normativo causal de la acción que asume Parsons, las circunstancias de una acción son anteriores a la misma y no la afectan, mientras que, curiosamente, se rechaza que los actores puedan proyectar sus cálculos sobre las propias normas: éstas son vistas como disposiciones necesarias de la personalidad, que se interiorizan en el proceso de socialización y que conducen a la acción de manera inevitable (por lo tanto, y en realidad, de manera irracional), gracias a su recurso a premios y castigos.

Teorías como la de Garfinkel evidencian que el modelo de acción social dominante, basado en el comportamiento del científico, resulta insuficiente. Aceptar esta crítica no significa renunciar a la racionalidad práctica sino buscar otras formas de explicarla. En este sentido, el propio Garfinkel sostiene que es la acción social la que organiza su misma explicación, ya que esta es en sí misma otra acción. No existen explicaciones descriptivas transparentes de la acción social (ni siquiera las que podría desarrollar el sociólogo, el psicólogo o el politólogo, es decir, el científico o el sabio), sino que estas constituyen «expresiones indécimas», es decir (y a tenor del significado que tiene el término indécimo en la lingüística contemporánea), ni externas ni independientes a los contextos en que se emplean. Lejos de verlas como un obstáculo, Garfinkel considera estas explicaciones un recurso para el entendimiento de los contextos sociales ordinarios, ya que se emplean para organizar actividades cotidianas. Para él, lo importante del análisis sociológico no es la imposible descripción de la acción social sino el análisis de su explicabilidad pública. Precisamente, esta explicabilidad pública nos remite a un tipo de racionalidad, la práctica, cuyos parámetros –no reducibles a la racionalidad calculadora del individualismo metodológico que encarna el científico–, deben ser estudiados.

A pesar de las dificultades para explicar en qué consiste la racionalidad de la elección racional, la ausencia del sorteo en la designación de candidatos a representantes políticos ha descansado fundamentalmente en la idea de que sólo la elección garantiza la racionalidad del proceso de designación de los mismos, mientras que el sorteo no lo hace. Creo que, a la luz de estudios como los vistos, esta idea debe revisarse, sobre todo cuando se ha puesto de manifiesto, como hace el propio Elster (por lo demás, un conspicuo representante de la teoría de la elección racional), que el sorteo ya no está ligado a la superchería, sino que también responde en una cierta racionalidad: la de la matemática probabilística.

Por último, ni la elección racional ni las cuotas cuestionan la profesionalización de la política, que hoy es fuente principal de su descrédito. Cuando los atenienses introdujeron el sorteo trataban, precisamente, de

evitar estos extremos, los cuales, sin embargo, se han cumplido, punto por punto, en la actualidad. El balance de esta situación es que se ha sustraído el ejercicio de los derechos políticos de los individuos, hombres y mujeres, para dárselo a grupos cada vez mas alejados de prácticas democráticas, que se comportan ante afiliados y electores como los viejos déspotas ilustrados (aprovechándose, tal vez, de que cierta sociología ha reducido a los ciudadanos a «idiotas» que no saben lo que quieren).

#### 4. EQUIPROBABILIDAD Y TITULARIDAD INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS: EL SORTEO

Ante los avatares por los que las cuotas hacen discurrir a la democracia paritaria, y que obligan a una esgrima continua de argumentaciones justificativas, el sorteo muestra un proceder que, no solo elude los límites de la elección racional y de los oscuros engranajes de partido a la hora de seleccionar candidaturas, sino que, además, responde a una concepción de la igualdad mucho más imparcial y cercana a la idea de igualdad aritmética democrática: la «equiprobabilidad»<sup>30</sup>. Con ella se patrocina, no tanto el reparto del poder entre grupos, como la probabilidad, no ya de que *todos y todas* sino de que *cualquiera de nosotros y de nosotras* pueda acceder al poder; y no sólo siendo representado (o representada), sino también siendo representante. De esta manera, se garantizaría la proporcionalidad y el pluralismo político hasta extremos insospechados, así como una implementación del ejercicio individual de la cenicienta de los derechos políticos: el derecho al sufragio pasivo, o derecho a ser elegido como representante político. Por otra parte, se sentarían las bases para un análisis de la racionalidad práctica que desarrollan individuos cuya actuación, aun no coincidiendo con la de un científico que calcula correctamente beneficios y pérdidas, no es, necesariamente, irracional.

Al incidir en una titularidad individual de este derecho, el sorteo limita, además, el poder del grupo sobre el individuo que lo representa, un poder que se ejerce en nombre de los intereses de grupo. Así, se eludiría que pudiera producirse entre ambos un mandato imperativo, que se superpondría –o sustituiría– al que ya existe entre los partidos y sus candidatos (ello dependerá de que estas identidades se presenten como partidos políticos específicos, o que se integren en el seno de los ya existentes). Las cuotas, ligadas a la elección, denuncian la ausencia de las diferencias en la esfera pública, pero no garantizan, por sí solas, ni la permanencia ni la utilidad de la diferencia para la implementación de las democracias. Esto no ocurre con el sorteo, que no sólo amplía la base electoral y elegible de individuos, sino que, en su imparcialidad, subraya la especificidad, no

---

<sup>30</sup> Vid. ELSTER, J. *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, op. cit., p. 48.

tanto de los grupos como de todos los aspirantes a candidatos. En este sentido, la unidad del sorteo es el individuo, portador de una determinada perspectiva –es decir, de unas determinadas representaciones sociales– que comparte con otros, y con los que puede formar un grupo o varios. Esta circunstancia diluye la fuerza y el protagonismo de la identidad colectiva, en beneficio de los seres humanos.

La equiprobabilidad elimina la influencia de las características personales o sociales del candidato y de los grupos, las cuales pueden cambiar o combinarse de distinta manera, y subraya la imparcialidad de la igualdad, a la hora de asignar ese bien escaso que son los cargos públicos, frente a una cada vez mayor cantidad de sujetos aptos (es decir, con preparación no solo racional sino también técnica) que los solicitan. Esa imparcialidad tiene que ver con el desconocimiento de las situaciones particulares de los individuos insertos en el proceso político (como el velo de la ignorancia en el que pensaba Rawls). Su utilidad, que queda atestiguada en la selección de jurados, garantiza la igualdad de oportunidades entre quienes están mejor y peor situados, y por lo tanto, la equivalencia, la equifonía y la equipotencia de todos los grupos y posiciones sociales, pero a través de la igual probabilidad de ser seleccionados que tienen los individuos que las forman.

La instrumentalidad del sorteo para estos objetivos se ha demostrado en la misma historia de la democracia, en cuyos orígenes acudía a sorteo. Lo que llevó a los atenienses a usarlo era evitar, además de la profesionalización de la política, que su ejercicio fuera monopolizado, no ya por una aristocracia sino por una oligarquía; es decir, con el sorteo se buscaba que el ejercicio del poder no quedara restringido a ciertos grupos cuya mayor virtud o excelencia para el buen gobierno no era precisamente lo que les hacía destacar, ante la certidumbre de que los regímenes justos –como la aristocracia– solían corromperse con cierta facilidad –en oligarquías–. Del uso del sorteo sólo se excluían los cargos que necesitaban cierta preparación técnica. Por lo demás, y a través de un rígido sistema de demanda de responsabilidad y sanciones, se evitaba que se presentaran al sorteo personas poco capacitadas y con intereses espurios, esto es, intereses ajenos al bien común de la polis. Como el sorteo estaba ligado a la rotación, es decir, a la certeza de que alguna vez podría llegarle a uno el turno, se garantizaba al mismo tiempo el compromiso de los ciudadanos con el sistema. Por último, el sorteo evitaba que quienes no fueran seleccionados perdieran autoestima, ya que su valía no era discutida<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> MANIN, Bernard dedica el primer capítulo de su libro *Los principios del gobierno representativo*, *op. cit.*, a describir la utilización del sorteo en las antiguas Grecia y en Roma. En los dos siguientes capítulos rastrea la suerte del sorteo durante la edad media y luego, entre los teóricos de la democracia moderna, en Francia, Inglaterra y EEUU. En sus escritos se evidencia que lo conocían, pero, aun así, declinaron su uso en beneficio del carácter racional y legitimador que atribuían a la elección, y de la importancia concedida a las elites.

La posibilidad de utilizar el sorteo en la selección de representantes ya había reaparecido durante la primera mitad del siglo xx, en el seno de la teoría socio-política estadounidense. Su finalidad era garantizar la presencia política de las minorías (en un escenario social de fuerte conflictividad social entre razas y comunidades de emigrantes muy numerosas), así como la imparcialidad de los procesos, políticos (o judiciales), en los que pudiera usarse. Sin embargo, entonces se proponía como unidad del sorteo al votante, no al candidato, a diferencia de como se había venido haciendo en la Grecia y Roma antiguas y en las repúblicas veneciana y florentina<sup>32</sup>. Pero esto terminaba afectando a la misma esencia de la democracia moderna, concebida como un sistema racionalmente legítimo, que hace de la discusión y la participación racional de todos los individuos su fundamento, ya que significaba atribuir, casi por completo, la designación de representantes a la ciencia probabilística, minimizando el papel de la razón práctica y de la política. Lo que aquí se propone, sin embargo, es que el sorteo vuelva a tener como unidad el candidato y que sirva para confeccionar las listas electorales de los partidos que luego votan los electores, por lo que no se suprime el método de la elección. No se trata de convertir la política en un apéndice de la estadística, pues esta debe seguir siendo, ante todo, un escenario de la razón práctica humana donde, sin embargo, interactúan individuos comunes. Y en la búsqueda de un modelo de racionalidad práctica, el sorteo se nos muestra como una herramienta útil, pues permite que esos individuos comunes entren en la arena política con argumentos y procedimientos de interacción que, aunque no se parezcan a los que utilizaría un científico, no son necesariamente irracionales, sino otras modalidades de racionalidad práctica que deberían ser tenidas en cuenta, sobre todo cuando son estas modalidades las que, a decir de ciertos sectores de las ciencias sociales, realmente caracterizan las prácticas sociales.

En este sentido, el sorteo se nos muestra como un método, ya probado, en los procesos de selección de candidatos, que garantiza de manera óptima, y previo establecimiento del mencionado sistema de responsabilidades, esa selección en condiciones de imparcialidad y equidad, frente al sistema actual de confección de listas electorales,

---

<sup>32</sup> Esta posibilidad ha sido especialmente defendida, durante la primera mitad del siglo xx –coincidiendo con los años de lucha por la extensión del sufragio– por partidarios de una representación descriptiva y proporcional, como la filósofa estadounidense Marie Swabey, pero también por Harold Laski. En la segunda mitad se encuentra en incluso en textos de Robert A. Dahl. Sobre estas cuestiones *Vid.* PITKIN, H. *El concepto de representación, op. cit.*, pp. 80 y ss. *Vid.* también ELSTER, J. *Juicios salomónicos, op. cit.*, pp. 60 y ss., quien nos da noticia de su defensa en textos de Ackerman, Fischkin, o Fuller. En fechas recientes, la candidata socialista a la presidencia de la República francesa en las elecciones de 2007, Ségolène Royal, propuso en su programa la creación, en la más pura tradición de la democracia ateniense, de comités de control político, formados por comisiones de ciudadanos sorteados, que controlarían el trabajo de los políticos.

basado aparentemente en la elección racional pero donde apenas se oculta la intensa lucha que se produce por preservar parcelas de dominio en el seno del partido. En este contexto, no cabe la menor duda de que algunas identidades serán mejor favorecidas que otras, y de que en esto actúan factores que tienen menos que ver con la imparcialidad, que con la captación de votos entre aquellos grupos más numerosos, de mayor influencia o más mediáticos. En cambio, el sorteo tiene la virtud de operar sin la presión de tales factores, garantizando una igualdad de oportunidades a todas las identidades colectivas, ya existentes o por definir. Precisamente, en este compromiso con la igualdad radica la utilidad del sorteo: el azar al que remite no es una cuestión de superchería cuando la matemática probabilística se ha desarrollado, sino una cuestión de *equiprobabilidad*.

Por último, el sorteo presenta otra serie de beneficios para la democracia. Uno es su valor pedagógico: al acompañarse de la rotación, permite que quien manda hoy, obedezca mañana. Y viceversa. El otro beneficio es que garantiza que el no escogido no pierda su autoestima, algo en lo que la mayoría de las tesis sociológicas, antropológicas y de psicología social coinciden en señalar como la clave de la construcción de las identidades individuales y colectivas, ya que dicha autoestima se sustenta en la forma en que los otros nos reconocen, nos miran, nos reflejan –como aquel estanque que devolvió a Narciso la amada imagen de sí mismo–; y no sólo en la esfera privada sino también en la pública. Podríamos decir que los problemas de autoestima o los riesgos de revueltas que presentan algunos de los grupos excluidos del poder político –mujeres, pobres, inmigrantes, homosexuales, jóvenes– no son sino los efectos de la pura envidia, como sostenía Tocqueville, pero la cuestión es, si en nuestras sociedades actuales (donde el acceso a la comunicación y al saber es un derecho –y su limitación, un grave atentado contra el mismo y un serio riesgo de que la democracia derive en autarquía–, y donde hay un amplio plantel de individuos de ambos sexos sobradamente capacitados para ser candidatos a representantes políticos), la perpetuación en el poder de determinados individuos, cuya candidatura convalidan año tras año los partidos políticos, es debida, realmente, a su valía personal y virtud extraordinaria, y si la exclusión continua de otros individuos es consecuencia de su incapacidad u ordinaria mediocridad.



# III

## DEBATES



## Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello

(Comentario al libro de Gerardo Pisarello: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007. 140 pp.)

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE  
Universidad de Barcelona

1. Si hoy en día hay una cuestión teórica relevante en materia de derechos fundamentales, esa es la de los derechos sociales, es decir, la cuestión de si los derechos sociales son derechos fundamentales o no lo son, o la de si, siendo derechos fundamentales, son tan fundamentales como los demás y de la misma manera. La cuestión es relevante por la siguiente razón: habiéndose constituido los derechos fundamentales en criterio máximo de legitimidad política, sorprende el grado de injusticia que presentan aquellas comunidades políticas en las que los derechos fundamentales han sido ya reconocidos y garantizados. Esta sorpresa sólo puede aplacarse de una de estas dos formas: o bien resulta que los derechos fundamentales no constituyen un criterio de legitimidad tan exigente, y por eso su reconocimiento y garantía es compatible con un grado alto de injusticia, o bien los derechos fundamentales no están plenamente reconocidos o garantizados, y por eso su reconocimiento y garantía, al ser sólo parcial, es compatible con ese alto grado de injusticia. Desde luego, también cabría cuestionar la premisa, es decir, negar que las comunidades políticas occidentales realmente presenten un grado de injusticia inaceptable, y entonces no habría de qué preocuparse; pero la premisa la daré por supuesta (así que los que no la admitan pueden ahorrarse la lectura de esta reseña). Pues bien: de lo que se trata aquí es, sobre todo, de los derechos sociales, pues son estos derechos los que están más débilmente reconocidos y garantizados en nuestras comunidades y los que, de estarlo adecua-

damente, reducirían de forma significativa ese grado de injusticia. O, al menos, eso creen algunos, como el autor del libro que comentamos y el de esta reseña. De modo que la cuestión de si los derechos sociales son fundamentales o no lo son está asociada con la cuestión de si los derechos fundamentales son de verdad un criterio máximo de legitimidad política. Sólo lo serán si los derechos sociales se cuentan entre ellos (pero entonces habremos de admitir que los derechos fundamentales están reconocidos y garantizados de forma sesgada y muy deficiente); y no lo serán si los derechos sociales no se cuentan entre ellos (y entonces podemos admitir que los derechos fundamentales están aceptablemente reconocidos y garantizados, pero habrá que asumir que eso no dice mucho del nivel de legitimidad política de una comunidad, porque ese reconocimiento y garantía es compatible con injusticias de mucho calibre).

2. En suma, de la respuesta que ofrezcamos a la cuestión de los derechos sociales depende que podamos mantener el prestigio de la idea misma de derechos fundamentales, un prestigio que, si dejamos fuera a los derechos sociales, parecería injustificado, y un prestigio que, en el caso contrario, se mantendría intacto, pero iría de la mano de un juicio muy negativo sobre la legitimidad de nuestras comunidades políticas. A resolver este dilema se aplica el libro de Gerardo Pisarello, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Barcelona, un libro que sintetiza, pero también prolonga, un ya significativo número de publicaciones del autor sobre la materia. Su tesis central es ésta: no hay razones para dejar fuera de los derechos fundamentales a los derechos sociales, ni siquiera las hay para, aun admitiéndolos en su seno, atribuirles un lugar secundario. En cambio, sí las hay para situarlos en el mismo plano que a los demás derechos fundamentales. Es decir, que Pisarello entiende que el prestigio del ideal de los derechos fundamentales sólo puede mantenerse si entre ellos se cuenta con los derechos sociales en pie de igualdad con los demás derechos.

3. Con el fin de justificar su tesis, el autor identifica primero los argumentos en que se basa cualquiera de las dos tesis contrarias, esto es, la del lugar secundario de los derechos sociales o la del carácter no fundamental de los derechos sociales, dos tesis que no siempre pueden distinguirse entre sí con claridad; a continuación, dedica la mayor parte del libro a analizar esos argumentos, concluyendo que ninguno de ellos es válido; y el libro se completa con una propuesta de reconstrucción de las garantías de los derechos sociales calificada como democrática, participativa y multinivel, una reconstrucción que permitiría reubicar los derechos sociales en el lugar principal que les corresponde.

4. A mi juicio, el libro de Pisarello es meritorio por dos cosas. La primera es su presentación completa y ordenada de los argumentos en contra del pleno carácter iusfundamental de los derechos sociales. Estos argumentos aparecen divididos en cuatro grupos, que se adscriben a respectivos planos del análisis jurídico: el histórico, el axiológi-

co, el teórico y el dogmático. El propósito es encomiable porque no es habitual, ni tampoco fácil, clasificar todo lo que se ha dicho para justificar la subordinación de los derechos sociales a los derechos liberales. El autor sale airoso del esfuerzo y ofrece un panorama de lo más útil de cara a abordar el problema planteado. En cuanto al segundo mérito, consiste en que el análisis de los argumentos es, por lo general, correcto, mostrándose punto por punto su debilidad, en buena parte causada por lo que el autor llama prejuicios ideológicos, sin duda abundantes cuando de derechos sociales se trata. No obstante, la solvencia no es la misma siempre: me parece que es mayor en los terrenos teórico y dogmático que en el histórico y en el axiológico, aunque también en éstos las principales conclusiones del autor resultan acertadas.

5. Sentado el interés y valía del libro, propongo a continuación dos observaciones críticas puntuales y una reflexión de más amplio alcance, y también crítica, elaborada a partir de la impresión que suscita su lectura. Unas y otra nos aproximarán al contenido concreto del libro y a los interrogantes que abre. La primera observación crítica es ésta: a la hora de abordar los supuestos argumentos históricos en contra del pleno reconocimiento de los derechos sociales, el autor entiende que el relato dominante de la historia de los derechos sociales es el relato de un reconocimiento tardío, lineal y universal, y asocia este relato con la que llama «tesis de las generaciones» (de derechos), una tesis que daría lugar a una percepción distorsionada no sólo del progreso sino también de la misma idea de los derechos sociales. En cambio, ese reconocimiento no siempre fue tardío, porque la fecha de nacimiento de los derechos sociales se acerca mucho a la de los derechos liberales; no fue lineal, sino que sufrió notables altibajos; y no fue universal, sino que, casi siempre, el reconocimiento de los derechos sociales ha sido un reconocimiento excluyente, es decir, para algunos sujetos (definidos por su posición social, o su sexo, o su etnia o su ubicación geopolítica) y no para todos. En esto, el autor lleva razón, y también la lleva en que un relato como el que con razón cuestiona puede favorecer una visión funcionalista y/o mecanicista del progreso en materia de derechos fundamentales en general y sociales en particular. Una tal visión no se acomoda con las condiciones reales de la evolución de los derechos y, por tanto, puede llegar a dificultar esa misma evolución. La manera más evidente en que esto puede suceder es mediante la consolidación de la creencia de que los derechos civiles y políticos pueden asentarse plenamente sin la concurrencia de los derechos sociales o, peor todavía, la creencia de que los derechos sociales no pueden comenzar a garantizarse hasta que los derechos civiles y políticos estén plenamente asentados.

En todo esto lleva razón Pisarello, y su revisión es oportuna, aunque buena parte de ella puede encontrarse en otros autores a los que no recurre y que han matizado el relato generacional típico con la referencia a líneas de evolución o procesos de desarrollo de los dere-

chos (positivación, generalización, internacionalización, especificación) que permiten dar cuenta de muchas de las falacias detectadas por Pisarello en ese relato (así en *El tiempo de los derechos* de Bobbio o en el *Curso de derechos fundamentales* de Peces-Barba, por citar sólo a dos).

Sin embargo, hay algo más. Una vez despejada la historia de los derechos sociales de su carácter tardío, lineal y universal, con el sentido que hemos visto que debe darse a estos adjetivos, hay algo en esa historia de lo más instructivo y es la competición entre dos formas muy distintas de concebir los derechos sociales, todavía abierta y que por eso conviene rastrear en el tiempo en busca de su mejor comprensión. La primera, la liberal, los entiende como derechos a prestaciones mínimas y subsidiarias de las que pueden obtenerse en el mercado; la segunda, la socialista, los entiende como derechos a iguales cuotas de disfrute de los bienes o servicios de referencia (sea la educación, la sanidad y, sobre todo, el trabajo). Para la primera concepción, los derechos sociales son derechos para quienes no pueden encontrar en el mercado la satisfacción de sus necesidades básicas; para la segunda, esta distinción entre quien puede y quien no puede subvenir a dichas necesidades mercantilmente es borrada, porque esos bienes quedan sustraídos al tráfico mercantil y se convierten en atributos de la ciudadanía, esto es, se disfrutan igualmente por parte de todos los ciudadanos. La primera, la liberal, es una concepción de los derechos sociales que puede encontrarse ya en la revolución francesa, y no sólo en la Constitución de 1793 sino ya en la de 1791. La segunda, la socialista, puede rastrearse desde 1848, cuando se tomó conciencia de la incompatibilidad entre los derechos asociados al mercado (propiedad, herencia, libre empresa, etc.) y el igual disfrute de la educación, la sanidad y, sobre todo, repito, el trabajo. Pero entonces sí hay una «tesis» histórica importante en materia de derechos sociales, que estoy seguro que Pisarello no ignora: la que dice que la historia de los derechos sociales es la historia del tránsito desde una concepción liberal y mermada hasta una concepción socialista y plena de los mismos. Ahora, en vez de darle la relevancia que se merece, las referencias a esta alternativa radical, que las hay, quedan dispersas en el texto y no acaban nunca de fijar con claridad sus términos. Y cuando se ignora esta tesis, y se cree que los derechos sociales sólo pueden configurarse al modo liberal, entonces se está articulando un muy útil argumento, aunque falaz, para evitar que los derechos sociales alcancen su plena realización. Esto, por cierto, debería quedar claro para cualquier lector de *Ciudadanía y clase social*, de Marshall, un libro y un autor a los que Pisarello trata injustamente, relegándolos a una nota al pie, por lo demás confusa, puesto que aunque se reconoce la riqueza en matices del texto del sociólogo británico, no por eso deja de atribuírsele la responsabilidad del éxito de un relato generacional de lo más burdo, cuando lo que más destaca del libro de Marshall es su identificación de la nueva naturaleza comunitaria de los derechos sociales que se

opone a su tradicional configuración como derechos subsidiarios y mínimos, y que es el rasgo más notable de su evolución.

6. La segunda observación crítica tiene que ver con el análisis de los fundamentos axiológicos de los derechos sociales, esto es, de los valores en los que se basan y pretenden realizar. El autor cuestiona que los derechos sociales tengan un fundamento distinto al de los derechos liberales, es decir, que se basen en valores diferentes. En particular, rechaza que deba asociarse a los derechos sociales con el valor de la igualdad por contraste con los derechos liberales, que se asociarían a los valores de la dignidad y la libertad, y sostiene que el vínculo de los derechos sociales con la dignidad y la libertad es tan fuerte como el que puede establecerse entre estos valores y los derechos liberales. En suma, y en la expresión más feliz del capítulo, hay que «ligar todos los derechos fundamentales a la tutela de la igual libertad de todas las personas». El autor lleva en este punto, una vez más, toda la razón, porque, en efecto, cabe proponer que el único valor al que sirven unitariamente todos los derechos es el valor de la libertad. Lo que cabía esperar, por tanto, era una reelaboración de la justificación moral de los derechos fundamentales en su conjunto basada únicamente en la libertad; en cambio, lo que encontramos es una propuesta de fundamentación algo oscura, porque no se renuncia al recurso a otros valores, como los de la dignidad, la seguridad, la igualdad y la diversidad. Esto, a mi juicio, genera confusión porque no acaba de identificarse el sentido de cada uno de estos términos ni de establecerse su relación con la libertad, ni tampoco acaba de verse cómo es que todos los derechos sirven al mismo tiempo a toda esa amplia gama de valores. Y no es que el autor no tenga en su mano las herramientas necesarias para desbrozar esta fronda axiológica, como lo demuestran observaciones puntuales a lo largo de todo el capítulo tercero. Más bien parece que, por alguna razón que desconozco, no se ha decidido a seguir hasta las últimas consecuencias la afirmación entrecomillada y, por tanto, a establecer los términos de la relación en que se hallan la dignidad, la seguridad, la igualdad, la diversidad o la solidaridad con la libertad, unos términos que no puedo establecer yo ahora en el limitado espacio de una reseña. A mayor abundamiento, cae en lo que yo considero la trampa de las libertades, esto es, acepta que existen cosas tales como la libertad positiva, la libertad negativa y la libertad fáctica o real, como si junto a esta última existiese una libertad ideal o irreal, o como si la libertad negativa no fuese sino una condición necesaria de la libertad positiva, o de la libertad a secas, la única valiosa. Todo este esfuerzo de desbroce es necesario porque, en este caso, es el bosque el que no deja ver el árbol (de la libertad), es decir, porque la proliferación de referentes axiológicos no hace sino perjudicar esa visión unitaria de todos los derechos como instrumentos de la libertad y, por eso, perjudicar la causa de los derechos sociales.

7. La reflexión más general que me ha sugerido el libro es la siguiente: tras leerlo, se queda uno con la sensación de que los dere-

chos sociales en nada se diferencian de los derechos liberales: su historia es una historia más o menos común; su fundamento moral es el mismo; unos y otros permiten estructuras jurídico-subjetivas semejantes y generan por igual obligaciones positivas y negativas; unos y otros exigen un similar sistema de garantías, sin que los roles del legislador y del juez sean diferentes respecto de unos y otros. Las diferencias que, en alguno de estos ámbitos, puedan detectarse son diferencias de grado y, en todo caso, nunca suficientes para trazar una línea nítida que permita separar unos derechos de otros. Pero, entonces, si no hay diferencias relevantes, ¿tiene sentido seguir hablando de derechos sociales? ¿Cómo los identificaríamos frente a los demás derechos fundamentales? Hay una literatura sobre derechos sociales, de la cual el libro aquí reseñado es buena muestra (y otra sería el libro de Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* o, con mayor alcance, el tratamiento que reciben los derechos sociales en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy) que insiste en borrar las diferencias entre derechos liberales y derechos sociales, con el fin de acabar con la prolongada minoría de edad de los segundos. Es una literatura necesaria y, al menos en el caso de estos ejemplos, atinada en líneas generales. Sin embargo, borrar las diferencias entre unos y otros derechos no siempre favorece la causa de los derechos sociales, si se borran también las diferencias que deben mantenerse. Y hay una diferencia que debe mantenerse y que puede enunciarse de forma sintética en los términos que siguen.

Todos los derechos fundamentales, sociales o no, expresan ante todo objetivos políticos que constituyen el esbozo de una sociedad justa, recurriendo, acertadamente o no, al lenguaje de los derechos. Sin embargo, y según las circunstancias, no todos esos objetivos pueden realizarse del mismo modo, sino que pueden requerir distintas técnicas de acción política y jurídica. La figura del derecho subjetivo, ligada necesariamente a la técnica jurisdiccional, puede servir para realizar algunos de esos objetivos en algunos contextos, pero es un error creer que puede servir para realizar todos esos objetivos en todos los contextos. En general, puede decirse que la técnica jurisdiccional puede servir con eficacia al mantenimiento, ajuste, mejora y restauración puntual de estados de cosas realmente existentes, pero, si se trata de crear nuevos estados de cosas, de modificar la sustancia de las relaciones sociales, su capacidad es muy limitada. Los derechos sociales, bien entendidos, expresan precisamente eso, un tipo de relación social de sustancia muy distinta a la que existe, caracterizada por la ausencia de dominación basada en el igual acceso ciudadano a los bienes sociales básicos (trabajo, educación, salud o vivienda, por ejemplo). Ahora, este igual acceso a los bienes sociales básicos no se puede conseguir mediante la concesión de derechos subjetivos tutelados por los jueces, sino mediante reformas estructurales que ningún juez está en condiciones de llevar a cabo, ni siquiera mediante la ponderación de los derechos sociales con otros derechos tales como la propiedad privada

y otros conexos que no son sino la negación de la propia idea de los derechos sociales y que, por tanto, no pueden ponderarse con ellos.

De acuerdo con este esquema, someter los derechos sociales a la forma de los derechos subjetivos supone reducir su alcance hasta el punto de su desnaturalización, sobre todo si la propiedad privada se mantiene entre los derechos fundamentales. Porque, conviviendo con la propiedad privada, los derechos sociales están abocados a ser derechos subsidiarios de la asignación mercantil de recursos; y en tanto derechos subjetivos, sólo pueden ser garantizados judicialmente como derechos mínimos. En definitiva, los derechos sociales así configurados serían los derechos sociales que admite el liberalismo mercantil, que no cuestionan las desigualdades de acceso a los bienes sociales básicos y que, por tanto, no garantizan su distribución igualitaria. Aún de esta manera, los derechos sociales todavía tendrían una misión que cumplir, aquella que le es grata al liberalismo, a saber, reducirían los niveles de la pobreza, la explotación y la ignorancia, pero no podrían cumplir el objetivo último inscrito en la idea de los derechos fundamentales, que es el de eliminar la desigualdad injustificada, y que sólo una concepción socialista de los derechos sociales está en condiciones de satisfacer.

En definitiva, bien está que se haga ver que los derechos sociales pueden ser derechos subjetivos como los demás derechos fundamentales, pero no debe olvidarse que los derechos sociales, en tanto derechos subjetivos que, además, han de convivir con la propiedad privada, ven muy reducido su alcance emancipatorio. La alternativa no es descartar la dimensión subjetiva de los derechos sociales, sino, manteniéndola, tomar conciencia de que los derechos sociales son objetivos políticos que involucran ante todo una acción política de reforma estructural frente a la que, como es lógico, los derechos subjetivos, cualesquiera que ellos sean (y desde luego si son derechos patrimoniales), no pueden actuar como límites.

No quiero decir que el libro de Pisarello ignore esta dimensión política y estructural de los derechos sociales; de hecho, la reconstrucción garantista propuesta en su último capítulo contiene elementos que apuntan en esa dirección, como también los capítulos anteriores contienen sugerencias aisladas sobre el límite de la compatibilidad entre propiedad privada y libre mercado, por una parte, y derechos sociales por otra. Lo que sí me parece es que Pisarello pone el acento en la aptitud de los derechos sociales para ser configurados como derechos subjetivos, una aptitud que sin duda poseen, pero en los términos ya apuntados, y que, potenciada en exclusiva, priva a los derechos sociales de su carácter más genuino.



## Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales: una respuesta a Ricardo García Manrique

Por GERARDO PISARELLO  
Universidad de Barcelona

1. Ricardo García Manrique propone una cordial aunque incisiva lectura de mi libro *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Sus observaciones críticas constituyen un acicate para precisar algunas de las ideas que intento defender en este trabajo.

El punto de partida de mi reflexión es que la vulneración de los derechos sociales obedece fundamentalmente a dos razones. Ante todo, a la existencia de relaciones materiales de poder que impiden su generalización a todas las personas. Pero también a una percepción simbólica de esa realidad que los presenta como derechos secundarios en relación con el resto de derechos políticos y civiles.

La primera parte del libro, en realidad, se dedica a refutar las principales tesis que caracterizan esta percepción simbólica dominante. Para ordenar los argumentos, estas tesis se presentan en cuatro planos, tomados de una conocida clasificación de Luigi Ferrajoli: el histórico, el axiológico, el teórico y el dogmático. La segunda parte del libro procura avanzar, a partir de este trabajo de «deconstrucción», una posible «reconstrucción» de las garantías de los derechos sociales, civiles y políticos en su conjunto.

Las críticas de García Manrique se mueven básicamente en el plano del discurso histórico y axiológico. También afectan, en menor medida, el dogmático (o teórico-dogmático). En ocasiones, sin embargo, sus objeciones van más allá y apuntan a las tesis de fondo sostenidas en el libro. Intentaré presentarlas y responderlas de la manera más clara posible.

2. Desde el punto de vista histórico, sostengo que uno de los elementos que más ha contribuido a la percepción devaluada de los dere-

chos sociales es la llamada tesis de las generaciones de los derechos. Considero que esta tesis es, como mínimo a) *ahistórica*, puesto que con frecuencia la reivindicación de derechos sociales ha venido acompañada de una simultánea demanda de extensión de los derechos civiles y políticos; b) *excluyente*, ya que no da cuenta de los diferentes grupos que, por razones raciales, de clase o de género (entre otras) han quedado excluidos de cada ciclo de reconocimiento de los derechos; y c) *lineal*, ya que se inscribe en un relato funcionalista y teleológico que disuelve el carácter conflictivo de la lucha por los derechos y los avances y retrocesos que la caracterizan.

García Manrique concuerda con este análisis. Pero me reprocha dos cosas. Por una parte, que sólo me ocupe de las versiones más burdas de la tesis de las generaciones, sin atender a otras más refinadas, como las de Bobbio, Peces Barba o T. H. Marshall, a quien, en su opinión, trato de manera injusta. Por otra parte, que en mi afán de rastrear antecedentes de los derechos sociales en las revoluciones modernas, no distinga de manera nítida entre la concepción liberal de los mismos, presente por ejemplo a lo largo de la revolución francesa, y la concepción socialista, que cobraría cuerpo a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

Respecto del primer punto, cabe decir que la intención deliberada del libro era, más que discutir con autores concretos, denunciar las versiones más burdas de la tesis de las generaciones. Ante todo, porque esta versión tosca, y no las más refinadas, es la más difundida en el «sentido común» dominante, tanto jurídico como político o académico. Puede encontrarse, de manera más o menos difuminada pero tangible, en sentencias, exposiciones de motivos, artículos de prensa, documentos oficiales y manuales, tanto universitarios como de educación secundaria (los primeros textos para la nueva asignatura de ESO sobre educación para la ciudadanía y derechos humanos ya ofrecen ejemplos significativos de este uso).

Dicho esto, me parece sin embargo que incluso si se analiza con detenimiento puntos de vista más complejos como el de Marshall, podría detectarse en ellos algunos de los tic funcionalistas propios de las lecturas generacionales al uso. Es cierto, como indica García Manrique, que no puede «responsabilizarse» a Marshall por el éxito de los relatos generacionales más burdos. Pero también es innegable que sus tesis, además de ceñirse fundamentalmente a la historia inglesa, participan de esa suerte de hegelianismo primario según el cual habría habido una especie de marcha ascendente, progresiva e inexorablemente ampliadora de derechos: primero los civiles, luego los políticos y finalmente los sociales.

La posición de Bobbio desde luego es más matizada. En su opinión, la historia moderna de los derechos estaría jalonada por diferentes etapas: la del reconocimiento positivo, la de la generalización, la de la internacionalización y la de la especificación de los sujetos titulares. Bobbio no es un optimista ingenuo, que desconozca el lado

oscuro de la historia de la humanidad. Sin embargo, como él mismo reconoce, esta visión evolutiva de los derechos está ligada a una cierta filosofía progresista de la historia por la que tendría sentido apostar.

Lo que intento plantear es que, sin perjuicio de sus virtudes pedagógicas, esta aproximación progresiva, en la que cada etapa aparece como un acoplamiento o perfeccionamiento natural y casi necesario de la anterior, tiende a ocultar al menos dos cuestiones importantes. La primera: que los derechos «evolucionan» por caminos diferentes, plurales, según el contexto y los sujetos involucrados (la historia de los derechos no es la misma desde el punto de vista de las mujeres, de los extranjeros, de los no propietarios o de los pueblos colonizados). Así, la presentación de *una* historia progresiva de los derechos tiende a dejar en un segundo plano la existencia de *otras* historias no siempre coincidentes con la dominante.

La segunda: lejos de experimentar un avance constante, la historia de los derechos está erizada de involuciones y retrocesos, no sólo en el plano de su eficacia sino también de en el de su reconocimiento formal (cómo entender, si no, que en un ámbito como el de la Unión Europea, derechos generacionalmente «antiguos» como el derecho al trabajo o el derecho a una vivienda digna, se consagren de manera devaluada o hayan desaparecido directamente).

En otro plano, algunas objeciones que se plantean a las lecturas generacionales podrían extenderse también a los relatos paradigmáticos de los derechos. Es decir, a aquel punto de vista según el cual su reconocimiento se inscribiría en un «paradigma» histórico que les daría sentido: el paradigma del Estado liberal, el paradigma del Estado social, etcétera.

Esta aproximación, mucho más fecunda que la simplemente «generacional», es la que parece llevar a García Manrique a distinguir entre una concepción liberal, residual, de los derechos sociales, dominante a lo largo del siglo xviii y la primera mitad del xix y una concepción socialista, robusta, de los mismos, dominante a partir del último tercio del siglo xx. Sin desconocer la utilidad de esta aproximación, que yo mismo he utilizado en ocasiones, resulta conveniente no perder de vista algunos matices. El más evidente es que cualquier «paradigma», pese a tener rasgos estructurales más o menos homogéneos, es plural en su interior. Así, no es lo mismo una concepción liberal *à la* Constant que *à la* Stuart Mill; del mismo modo que no pueden homologarse una concepción socialista *à la* Lasalle que *à la* Marx.

Las consecuencias prácticas de una aproximación plural y abierta a la historia de los derechos no es menor. Por ejemplo, García Manrique afirma que la concepción liberal de los derechos sociales puede encontrarse en la revolución francesa, tanto en la Constitución de 1793 como en la de 1791. No estoy de acuerdo. La Constitución de 1791 es una Constitución, además de monárquica, propietarista. Los derechos civiles y políticos se reconocen, ante todo, a los propietarios. Para ser ciudadano activo se necesita, entre otros requisitos, «pagar, en cual-

quier lugar del reino, una contribución directa al menos igual al valor de tres jornadas de trabajo». Los deberes de asistencia que el Estado tiene con los pobres, por consiguiente, no se fundamentan ni en el carácter limitado del derecho de propiedad ni en el reconocimiento de derechos políticos para sus destinatarios. Esta concepción liberal, más ligada a partidos como el girondino, no está presente en la Constitución jacobina de 1793. Por el contrario, aquí los derechos sociales –el derecho a la existencia del que hablaban Robespierre o Paine– aparecen ligados tanto a la limitación del derecho de propiedad privada –control de precios, impuestos progresivos– como a la expansión del sufragio y de los derechos políticos. En rigor, la concepción de los derechos que aquí se defiende es una concepción republicano democrática, emparentada tanto con los postulados defendidos por los Levellers en la revolución inglesa de 1648, como por las concepciones socialistas democráticas posteriores.

Este es uno de los puntos débiles, creo, de las lecturas paradigmáticas. Que no permiten advertir la existencia dentro de un paradigma dominante –en este caso, el liberal– de «momentos» –en este caso republicano democráticos– que anticipan elementos luego recogidos en las concepciones más exigentes de los derechos. Estos «momentos» históricos pueden frustrarse, acabar en derrotas e incluso no alcanzar un reconocimiento jurídico formal adecuado (la propia Constitución de 1793 no entró nunca en vigor, a causa de la guerra). Pero arrojan lecciones importantes para repensar la historia de los derechos. Una no desdeñable es que en ellos los reclamos a favor de la expansión de los derechos sociales se presentan estrechamente ligados a la exigencia de derechos civiles y políticos robustos. Y en oposición, no casualmente, al carácter tendencialmente absoluto de la libertad de mercado y la propiedad privada.

El desafío que el libro deja en pie –aunque no se propone resolver– es precisamente éste: cómo plantear una historia plural, conflictiva y abierta de los derechos sociales, que recupere, –como pedía W. Benjamin– aquellas experiencias silenciadas, muchas veces minoritarias, que sin embargo anticipan, en términos igualitarios y libertarios, concepciones más exigentes que las hoy vigentes. El valor actual de una aproximación así no sería menor: permitiría, sobre todo, introducir grietas en un «paradigma» neoliberal hegemónico empeñado en presentar el estrecho vínculo entre derechos fundamentales, libertad de mercado y propiedad privada, como el «último escalón» de una historia que camina irresistiblemente hacia el «progreso».

3. Paso al tema del fundamento axiológico de los derechos sociales. A García Manrique le parece acertado que critique la versión mitificada según la cual los derechos sociales serían derechos «de igualdad», mientras que los derechos civiles y políticos serían derechos «de libertad». Concuerdas conmigo –y con muchos otros, desde luego– en que siendo el concepto de igualdad un concepto relacional, todos

los derechos, civiles, políticos y sociales, podrían vincularse a la igual tutela de la libertad y de la autonomía de las personas.

Este punto de vista, que vincula el desarrollo de la propia autonomía tanto con la posibilidad de expresarse sin censura o de participar en los asuntos públicos como con la ausencia de enfermedades evitables o la disposición de alimentos, vestido o vivienda adecuados, es central en las justificaciones republicano democráticas de los derechos. García Manrique está de acuerdo en ello. Sin embargo, plantea dos objeciones. La primera, que en lugar de apropiarme del concepto de libertad, a secas, me haga eco de categorías y dualismos lastrados de prejuicios como los de libertad negativa y positiva o libertad formal y real. La segunda, que pretenda extender la fundamentación de los derechos sociales a otros valores o principios como los de dignidad, diversidad o seguridad, sin justificarlo de manera suficiente.

Debo decir, ante todo, que yo mismo comparto las reticencias de García Manrique respecto de la distinción entre libertad negativa y positiva popularizada por autores liberales como B. Constant o I. Berlin. Mis problemas, sin embargo, no tienen tanto que ver con la posibilidad de presentar la libertad desde una vertiente positiva y negativa. Más bien se refieren al uso inconsecuente y a-institucional que suele hacerse de este tipo de distinción.

Para autores como Berlin, en efecto, la libertad negativa se configuraría como la libertad *de o frente* a interferencias arbitrarias en las propias elecciones. La libertad positiva, por el contrario, tendría que ver con la libertad *para* elegir dentro de un conjunto de oportunidades. Pero no se trata de una distinción simplemente liberal. El republicanismo democrático, del que me siento sin dudas más cercano, también insiste en esta doble dimensión. Así, la definición *positiva* de la libertad como autogobierno se presenta como la otra cara de su definición *negativa* como ausencia de dominación.

El problema, una vez más, es el uso que se da a estas distinciones. En buena parte de las lecturas liberal conservadoras, el punto de partida, explícito o implícito, suele ser la libertad y la autonomía de los ya propietarios. Pero no la de aquellos que carecen de un mínimo control sobre los recursos materiales básicos para subsistir y autodeterminarse. Los liberales conservadores rechazan como arbitrarias aquellas intervenciones públicas que, limitando el derecho de propiedad, pretenden extender los derechos civiles, políticos y sociales a colectivos hasta entonces excluidos de su disfrute. Consideran liberticidas las políticas que imponen deberes a los propietarios (más fuertes) en el ámbito fiscal, laboral o económico en general. Pero suelen pasar por alto aquellas intervenciones que, limitando los derechos civiles, políticos y sociales de los más vulnerables, refuerzan los derechos de los ya propietarios. Así, por ejemplo, el fortalecimiento del aparato coactivo del Estado, las privatizaciones de servicios públicos o el desmantelamiento, en general, de derechos históricamente conseguidos.

La idea del libro, precisamente, es mostrar que la vigencia extensiva de los derechos sociales está vinculada no al rechazo de la distinción entre una vertiente positiva y negativa de la libertad, sino a otra forma de entenderla teórica y prácticamente. La garantía de los derechos sociales tendría que ver, desde luego, con la libertad positiva de autogobernarse administrando las bases materiales para una existencia autónoma. Pero también con la libertad negativa de no ser interferido de manera arbitraria –mediante privatizaciones, mediante recortes de prestaciones y servicios, mediante expropiaciones injustificadas– en el ejercicio de ese autogobierno. En otro plano, podría decirse que la vinculación de los derechos sociales a la vertiente positiva y negativa de la libertad transcurre paralela al deber de los poderes públicos –consagrada en el derecho internacional– de *garantizar* y de *respetar* su ejercicio.

Es probable que la mayoría de liberales conservadores no se reconozca en esta imagen de partidarios selectivos de los derechos de los ya propietarios. Dirán, por el contrario, que también ellos defienden la *égalité de tous*. Sin embargo, ante la evidencia de que esa defensa se despreocupa de las bases materiales que garantizan su ejercicio, cabrán dos tipos de respuestas. La que despache de plano su supuesta preocupación por la libertad, como parece sugerir García Manrique. O la que, aún admitiéndoles una preocupación *abstracta* y *formal* por la igual libertad, les reproche que se desentiendan de la igual libertad *fáctica* o *real*. Esta última opción, con sobrados antecedentes en el pensamiento clásico, me sigue pareciendo más clarificadora.

Debo admitir, en cambio, que la fundamentación de los derechos sociales en otros valores, como la dignidad, la diversidad o la seguridad, habría requerido un trabajo mayor de argumentación. Es cierto. Lo que ocurre, una vez más, es que el propósito del libro era más modesto: combatir el mito según el cual existe un tipo de derechos vinculados a unos valores dignos de mayor protección y otros –normalmente los sociales– ligados a valores secundarios o instrumentales.

En realidad, cuando se afirma que los derechos sociales pueden fundamentarse también en la dignidad, la diversidad o la seguridad, simplemente se está queriendo poner de manifiesto la estrecha conexión entre estos principios y valores y la noción de libertad. Cuando se sostiene que la dignidad ofrece una vertiente negativa –como minimización del daño o de la opresión– y una vertiente positiva –como maximización de las propias capacidades– se está reproduciendo el esquema republicano-democrático que entiende la libertad republicana como ausencia de dominación y como efectivo autogobierno.

Algo similar podría decirse de la seguridad o de la diversidad. Su vínculo con la autonomía es, a la postre, un vínculo con los derechos sociales. No es descabellado decir que los derechos sociales a una vivienda digna o a un trabajo de calidad otorgan la seguridad necesaria para ejercer la propia autonomía o para desplegar las propias capa-

ciudades. Del mismo modo, los derechos sociales a la educación en la propia lengua o a una atención sanitaria adecuada a las propias necesidades sexuales pueden reputarse requisitos para que también los diversos, los diferentes, puedan hacer uso efectivo de su autonomía.

En resumen: frente a las tesis que pretenden adscribir los derechos civiles, políticos y sociales a diferentes valores, una lectura republicana democrática siempre podría asentarlos en el reconocimiento de la igual y solidaria (fraterna) libertad, dignidad, diversidad y seguridad de todos. Nada, por el contrario, justifica un reenvío a valores singulares del que pudiera derivarse una protección diferenciada.

4. Si bien las críticas de García Manrique aseguran situarse sobre todo en el ámbito del discurso histórico y axiológico, se adentran también en el terreno del discurso dogmático (o teórico-dogmático). Aquí García Manrique polemiza con la posibilidad de que los derechos sociales puedan configurarse como derechos subjetivos, o si se prefiere, como derechos judicialmente exigibles. Sus bazas son dos. La primera, que las sedes judiciales no son el ámbito más idóneo para llevar a cabo las transformaciones estructurales que la generalización de los derechos sociales exige. La segunda, que un énfasis excesivo en esta estrategia de garantía corre el riesgo de desactivar el potencial emancipatorio que la noción de derechos sociales comporta.

En términos generales, comparto las observaciones de García Manrique. Es más, siempre he intentado defender una estrategia de protección compleja de los derechos sociales, que escape a los riesgos contra los que él advierte. En todo caso, algunas precisiones pueden ayudar a despejar equívocos.

En primer lugar, pienso que la defensa de la exigibilidad judicial de los derechos sociales no es incompatible con la propuesta de transformaciones estructurales que garanticen su generalización. Como bien apuntan autores como Ferrajoli, las garantías jurisdiccionales deben verse como garantías secundarias que se activan cuando las garantías primarias, políticas, fallan o resultan insuficientes.

Seguramente, el impulso de políticas sociales ambiciosas exige, más que sentencias audaces, leyes –y reglamentos– ambiciosos. Ahora bien, que no se pueda pedir a los tribunales más de lo que pueden hacer en materia de derechos sociales no quiere decir que no pueda pedírseles nada. Al contrario, debería poderseles pedir tanto como cuando protegen otros tipos de derechos. Sobre todo en aquellos casos –demasiado frecuentes– en que las vías políticas –legales o administrativas– son deficientes o están ausentes. No hacerlo, o despreciar esta posibilidad, alegando que no se trata de reformas estructurales, no puede considerarse una actitud jurídicamente garantista. Es una posición que beneficia, más bien, a las lecturas dogmáticas más conservadoras.

En un caso como el español, estas posiciones conservadoras han tendido a identificar los derechos subjetivos, directamente exigibles ante los tribunales, con los derechos civiles y políticos. Los derechos

sociales, por el contrario, sólo serían principios rectores, esto es, mandatos al legislador sólo alegables jurisdiccionalmente de acuerdo a las leyes que los desarrollen.

La idea del libro, sin perder de vista la necesidad de potenciar otros instrumentos de transformación estructural, es que cabe una percepción diferente. Así, podría decirse que todos los derechos, y no sólo los civiles y políticos, pueden actuar como derechos subjetivos, con garantías jurisdiccionales similares. Y que todos los derechos, y no sólo los sociales, pueden actuar como principios rectores o mandatos al legislador.

Curiosamente, la aprobación de los recientes Estatutos de Autonomía ha venido a reforzar esta posición, hasta ahora minoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia. Es más, dejan claro que un mismo derecho civil, político o social puede formularse, al mismo tiempo, como derecho subjetivo y como principio rector. Así, por ejemplo, el artículo 28 del Estatuto catalán, establece que «todas las personas, en su condición de consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho a la protección de su salud y seguridad»: un derecho subjetivo. El artículo 49, por su parte, dispone que «los poderes públicos deben garantizar la protección de la salud, la seguridad y la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios»: un principio rector. El artículo 34 del Estatuto andaluz contempla «el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento»: derecho subjetivo. El artículo 37.15, por su parte, consagra como principio rector «el acceso a la sociedad del conocimiento con el impulso a la formación y al fomento de la utilización de las infraestructuras tecnológicas».

La cuestión dogmática de fondo radicaría en la eficacia jurídica de estos preceptos, sobre todo de los principios rectores. La Constitución española, como se ha apuntado ya, sugiere que los derechos subjetivos son directamente exigibles ante los tribunales, mientras que los principios rectores «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3). Tanto el Estatuto catalán como el andaluz prescinden del adverbio «sólo». Con ello parecen sugerirse dos cosas. En primer lugar, que los principios rectores siempre podrán ser alegados ante jueces y tribunales. En segundo término, que el grado de exigibilidad dependerá del desarrollo legislativo correspondiente, pero que la falta de ley no tendría por qué suponer la ausencia de contenido normativo.

Que un jurista se ocupe de estos temas no quiere decir, como apunta García Manrique, que se proponga «potenciar en exclusiva» el papel de los derechos sociales como derechos justiciables. Se puede, en efecto, combatir la tesis conservadora de la no justiciabilidad estructural de los derechos sociales sin pensar que las estrategias jurisdiccionales sean las únicas ni las principales vías de satisfacción de estos derechos. Es más, se pueden impulsar a sabiendas de que hay tareas

de reforma social que los jueces no abordarán, bien por imposibilidades técnicas, bien por prejuicios sociológicos. Lo que no se puede, sobre todo en este último caso, es dejar de señalar dicha omisión como un incumplimiento de la función que se les encomienda en el constitucionalismo social y democrático.

5. En buena parte, creo que la incomprensión de esta propuesta compleja de protección de los derechos sociales, en diferentes planos institucionales y extra-institucionales, le viene a García Manrique de una confusión que se desliza en la parte final de su comentario.

Sostiene García Manrique que la impresión que deja el libro es que la historia y la estructura axiológica y jurídica de los derechos sociales «en nada se diferencia de los derechos liberales». Y que borrar estas diferencias «no siempre favorece las causas de los derechos sociales», sobre todo, «porque conviviendo con la propiedad privada, los derechos sociales están abocados a ser derechos subsidiarios de la asignación mercantil de recursos».

El problema de base de esta apreciación es que el libro no intenta borrar las diferencias entre derechos sociales y *derechos liberales*, sino entre derechos sociales y *derechos civiles y políticos*, lo cual es muy diferente. Los derechos civiles y políticos –la libertad religiosa, la libertad de expresión o el derecho al voto– no son, en realidad, *derechos liberales*. Son derechos que en las *concepciones liberales* vienen atribuidos de manera selectiva a quienes son propietarios, mientras que en las *concepciones socializantes o democráticas* son reconocidos, junto a los derechos sociales, a todos.

La verdadera oposición, así, no sería, como pretende García Manrique, entre derechos liberales y derechos sociales, sino más bien entre concepción liberal (conservadora) de los derechos y concepción socialista, socializante o democrática de los mismos. La primera tiende a establecer la primacía de los derechos políticos y civiles sobre los sociales, incluyendo entre los civiles, y con carácter tendencialmente absoluto, la libertad de mercado y la propiedad privada. La segunda, en cambio, tiende a enfatizar la indivisibilidad entre todos los derechos civiles, políticos y sociales, excluyendo la absolutización de la libertad de mercado y de la propiedad privada.

El elemento clave de distinción entre una y otra concepción tiene que ver con el principio de igualdad. Las concepciones liberal conservadoras, al ligar los derechos civiles y políticos a derechos patrimoniales tendencialmente absolutos, consagran en realidad derechos selectivos, excluyentes, que tienden a configurarse como privilegios. Las concepciones socializantes o democráticas, en cambio, pretenden consagrar derechos generalizables, inclusivos, que, precisamente por su vocación igualitaria, pueden aspirar a reputarse, axiológica y teóricamente, fundamentales.

Que los derechos sociales, como dice García Manrique, estén abocados, «conviviendo con la propiedad privada (...) a ser derechos subsidiarios de la asignación mercantil de recursos» es una afirmación

que puede compartirse en el trazo grueso. Pero que exige matices. No es lo mismo la propiedad privada sin límites que la que viene delimitada por su función social. No es lo mismo la propiedad privada de bienes personales, seguramente generalizable, que la de los principales medios de producción, necesariamente excluyente. Una cosa, en todo caso, es innegable: que la generalización, no sólo de los derechos sociales, sino del resto de derechos civiles y políticos, es incompatible con cualquier sistema que tenga por base la propiedad capitalista. Un tipo de propiedad que tiende, por su propia naturaleza, a la acumulación, a la concentración y a la desposesión de bienes ajenos.

Queda un último interrogante, que García Manrique suscita sin rodeos. Si no hay diferencias tajantes entre derechos sociales y derechos civiles y políticos: ¿por qué seguir utilizando estas categorías? Mi respuesta sería: sólo por razones históricas. En el plano axiológico, teórico y dogmático, en cambio, habría que comenzar a renunciar a la distinción. De esa manera, quedaría claro que la verdadera diferencia es, una vez más, no tanto la que existe entre derechos civiles, políticos y sociales, como la que media entre concepciones privatistas o liberal conservadoras de los derechos fundamentales y concepciones igualitarias, socialistas o simplemente democráticas de los mismos.

## La tiranía del derecho subjetivo. Contrarréplica a Gerardo Pisarello

Por RICARDO GARCÍA MANRIQUE  
Universidad de Barcelona

Agradezco mucho a Gerardo Pisarello su réplica a mi comentario, una réplica cuyo contenido comparto en buena medida. Sin embargo, quiero aprovechar la generosa invitación de los editores para insistir un poco más en una cuestión en la que parecemos no coincidir, o no del todo, y que es importante. Al final de mi comentario señalé que el empeño por mostrar las posibilidades jurídicas de los derechos sociales no debe llevar a nublar por completo las diferencias entre éstos y otros derechos porque, de hecho, hay diferencias importantes. En este punto quiero insistir, porque la respuesta de Pisarello me ha hecho ver que no debí expresarme correctamente. Trataré de hacerlo sin repetir las palabras que usé en mi comentario inicial.

El momento en que todos los derechos fundamentales son iguales es un momento prejurídico, un momento que pertenece al plano de la política (podríamos decir también que pertenece al plano de la moral, pero esto podemos dejarlo ahora de lado para no complicar las cosas; digamos que el plano de la política es por definición un plano moral, el plano de la moral pública). En cambio, cuando los derechos fundamentales se convierten en derecho dejan de ser iguales para pasar a mostrar esas diferencias importantes a las que me refiero. Políticamente, todos los derechos fundamentales son iguales porque todos ellos designan objetivos políticos de igual valor. El igual valor viene determinado porque todos ellos se configuran como objetivos intermedios al servicio del más genérico objetivo que constituye el respeto y promoción de la libertad o autonomía de todos los miembros de la comunidad, si es que, en efecto, la comunidad política ha decidido constituirse a sí misma como una comunidad de iguales que pretende promover la libertad o autonomía de todos sus miembros al máximo

nivel posible. En esta igualdad política de todos los derechos no merece la pena detenerse mucho, porque en ella estamos, creo, ambos de acuerdo. Estamos de acuerdo en que una comunidad política de este tipo necesita tanto que los ciudadanos puedan expresar sus ideas sin trabas cuanto que los ciudadanos puedan cuidar su salud, tanto que los ciudadanos reciban la mejor educación posible cuanto que no sean nunca torturados. Quizá en esto no estén todos de acuerdo, pero parece que Pisarello y yo, y también los partidarios de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, sí lo estamos.

Sin embargo, los derechos fundamentales dejan de ser iguales cuando se convierten en derecho, y dejan de serlo porque todos ellos no pueden convertirse en el mismo tipo de entidad jurídica. Esto no es extraño, porque el derecho contiene técnicas diversas de orientación de la conducta; lo extraño sería que objetivos políticos tan diversos como los que llamamos derechos fundamentales se promoviesen mediante el mismo tipo de técnica jurídica. Porque, aunque iguales en cuanto a su valor político, en tanto iguales por su conexión con la libertad o autonomía de todos, los derechos fundamentales expresan estados de cosas muy diferentes entre sí, tan diferentes como para que su puesta en práctica requiera del recurso a técnicas jurídicas distintas. Además, un mismo derecho fundamental, en contextos distintos, puede ser mejor servido por técnicas distintas, por ejemplo porque los motivos de su insatisfacción sean distintos.

Esto explica por qué no todos los derechos fundamentales pueden convertirse en derechos subjetivos, o no en el mismo grado. El derecho subjetivo es una técnica jurídica específica útil para ciertos fines pero no para otros. Por ejemplo, si un Estado que organiza unos juegos olímpicos (como España en 1992) quiere que el equipo nacional haga un papel digno, es muy posible que el recurso a la técnica del derecho subjetivo no le sirva de mucho, y haya de recurrir a otras técnicas jurídicas, como la puesta en marcha de un plan de apoyo al deporte de élite (esto era el plan ADO de Ayuda al Deporte Olímpico), y de aquí no se sigue que cualquier deportista de élite se considere con el derecho de solicitar una beca del plan. Uno puede objetar que esta cuestión no afecta a los derechos fundamentales, pero lo que quiero mostrar es que las técnicas jurídicas van mucho más allá de la sola atribución de derechos subjetivos. En realidad, sucede lo mismo con los derechos fundamentales. Tomemos por caso el derecho a la salud. Si un país, en el que el sistema sanitario en su conjunto (público o privado) se encuentra en un nivel muy bajo, decide mejorarlo para incrementar la satisfacción del derecho a la salud, es muy posible que la mejor forma de hacerlo no sea la concesión de un derecho subjetivo a los ciudadanos, porque no sea factible garantizar a todos ellos al mismo tiempo el mismo nivel de salud.

Algo parecido sucede en el seno de un derecho fundamental. El derecho a la educación puede concebirse como incluyendo el derecho de todos los niños a la escolarización, pero también, al mismo tiempo,

como incluyendo el derecho de todos los niños a una educación de calidad en matemáticas. Según el contexto, es posible que lo primero pueda garantizarse mediante la atribución de un derecho subjetivo y que lo segundo no pueda ser garantizado así; porque tiene sentido, según la extensión del sistema educativo, que un juez pueda ordenar la escolarización de un niño, pero no lo tiene que un juez pueda ordenar la mejora de la calidad de la enseñanza de las matemáticas. Podrá exigir, quizá, algunas cosas vinculadas, como que toda escuela tenga un profesor de matemáticas o que todos los profesores de matemáticas tengan un título universitario específico, pero no que la enseñanza de las matemáticas sea de mayor calidad. Y lo que importa es darse cuenta de que el derecho fundamental a la educación tiene contenidos como ese.

Tener un derecho subjetivo significa que uno pueda exigir a un juez una prestación definida que él esté en condiciones de ordenar a alguien. Pero el contenido de los derechos fundamentales (reitero: en tanto que objetivos políticos) no se agota en prestaciones definidas que puedan exigirse a alguien y, por eso, la técnica del derecho subjetivo es insuficiente para realizar los derechos fundamentales. Si alguien está pensando en que esto no sirve, de por sí, para establecer una diferencia entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos (a los que quería referirme cuando hablé de «derechos liberales», quizá equívocamente), lleva razón. No sirve. No sirve, de por sí, en el sentido de que lo que hace falta para realizar un derecho fundamental depende del contexto social en el que se pretende realizar, que es el que determina lo que debe ser hecho, y cómo, en favor de un derecho. Por eso, no puede juzgarse la corrección del modo jurídico de realizar los derechos sin tener en cuenta el contexto social en el que se quieren realizar, del mismo modo en que no puede juzgarse la ejecución de Luis XVI como medida favorable a los derechos del hombre y del ciudadano sin tener en cuenta la situación francesa de principios de 1793.

Dos ejemplos de lo que quiero decir son éstos: en la sociedad española contemporánea, dudó mucho de que la libertad de expresión pueda promoverse adecuadamente mediante su sola articulación como derecho subjetivo, porque todo lo que requiere dicha promoción no puede ser hecho por jueces: desde el fomento del pensamiento crítico entre los ciudadanos hasta la renuncia de los medios de comunicación a los programas basura, pasando por la garantía de la objetividad de los informativos y por la desconcentración del sistema editorial y audiovisual. En esta misma sociedad, creo que ciertos aspectos del derecho a la educación, como la escolarización de los niños, pueden servirse bien mediante la atribución de un derecho subjetivo. Estos ejemplos muestran que la insuficiencia del derecho subjetivo como técnica de realización de derechos fundamentales no permite trazar la diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, es decir, no es posible afirmar que los derechos civiles y políticos se aco-

moden en todo caso mejor a la técnica del derecho subjetivo que los derechos sociales.

Ahora, bien podría suceder que un contexto social determinado sirviese para trazar una diferencia entre derechos civiles y políticos y derechos sociales en función de la aptitud del derecho subjetivo como técnica para satisfacer unos y otros, en ese contexto. Esto es lo que, en líneas generales y con muchos matices, sucede en muchas de las sociedades de nuestro tiempo: que mediante el recurso exclusivo a la técnica del derecho subjetivo los derechos civiles y políticos pueden realizarse en mayor medida que los derechos sociales, sin que, insisto una vez más, ello obste a constatar, por una parte, que los derechos civiles y políticos se garantizarían de forma deficiente mediante ese recurso exclusivo y que, por otra parte, los derechos sociales pueden realizarse en cierta medida mediante ese recurso exclusivo. La justificación detallada de este aserto requeriría un espacio del que aquí no dispongo, así que baste con hacer notar que los derechos sociales, como regla general, expresan estados de cosas todavía insatisfechos en mayor medida que los estados de cosas expresados por los derechos civiles y políticos, y que la función judicial sirve mejor al reajuste de estados de cosas ya existentes pero puntualmente desajustados que no a la consecución de nuevos estados de cosas, que requieren una acción política y jurídica de otro tipo. Es decir, la función judicial no está pensada para la reordenación radical de las relaciones sociales, que es lo que los derechos sociales requieren hoy, sino pensada más bien para el mantenimiento de relaciones sociales preexistentes.

Esto será aceptado por muchos, por ejemplo por los que, usando otras palabras, consideran que el peso de la llamada dimensión objetiva, aquí y ahora, es mayor en los derechos sociales que en los derechos civiles y políticos. El problema, a mi juicio, surge cuando se confunden los dos usos del término «derechos fundamentales». Los derechos fundamentales, en el lenguaje político, son objetivos fundamentales de la comunidad política. Los derechos fundamentales, en el lenguaje jurídico, son derechos subjetivos dotados del máximo nivel de jerarquía y de protección. El error surge cuando se cree que sólo los objetivos fundamentales de la comunidad política que pueden traducirse en derechos subjetivos merecen el máximo grado de jerarquía y protección jurídica o cuando se cree que las normas jurídicas de la máxima jerarquía deben establecer derechos subjetivos y no otros contenidos, lo que viene a ser lo mismo. Y es entonces cuando los partidarios de los derechos sociales, al conceder esto, hacen un flaco favor a su causa. Porque como los derechos sociales, a fecha de hoy, no pueden ser garantizados igual de bien que los derechos civiles y políticos mediante la técnica del derecho subjetivo, y como las normas de la máxima jerarquía han de contener derechos subjetivos, resulta que los derechos sociales, en tanto objetivos políticos, resultan perjudicados respecto de otros derechos que se adaptan mejor a la forma del derecho subjetivo.

Lo que los partidarios de los derechos sociales deben hacer es renunciar a la creencia de que las normas superiores de un sistema jurídico han de contener derechos subjetivos y, por tanto, a la creencia de que los derechos fundamentales traducidos en derechos subjetivos han de estar jerárquicamente supraordenados a los demás objetivos políticos de la comunidad. No hay ninguna razón por la que un objetivo político que se pueda defender y promover mejor mediante la técnica del derecho subjetivo haya de tener mayor valor, ni mayor jerarquía normativa, que un objetivo político que se pueda defender y promover mejor mediante otras técnicas diferentes. La idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que actúan como límites a la mayoría (es decir, a la acción política) quizá haya de ser desestimada por los partidarios de los derechos sociales porque, o bien conduce a la negación de su carácter *iusfundamental* o bien conduce a su reconfiguración como modestos derechos a prestaciones mínimas que no están a la altura de lo que los derechos sociales son en tanto que objetivos políticos fundamentales. El derecho subjetivo ejerce una tiranía sobre el pensamiento político y jurídico que no hay por qué seguir soportando.

«Derechos fundamentales» y «derechos subjetivos» pertenecen a dos tradiciones distintas o, aunque esto no se admita, han de reconfigurarse en todo caso como conceptos distintos (ya es demasiado tarde para proponer un lenguaje distinto para hablar de nuestros objetivos políticos). Los derechos fundamentales, en tanto que objetivos políticos, no son una especie de los derechos subjetivos y, además, no hay nada en los objetivos políticos configurables como derechos subjetivos que los haga superiores en ningún sentido a los demás objetivos políticos. Decir esto o insistir en ello no supone una actitud conservadora en ningún sentido, como Pisarello parece creer, sino, acaso, todo lo contrario; y, por supuesto, tampoco implica que los jueces no puedan hacer muchas cosas en favor de los derechos sociales. Pueden hacer mucho, y hacen seguramente menos de lo que pueden, pero no pueden hacerlo todo, y no veo en qué sentido puede ser conservador decir esto.

Sentado todo lo anterior, es muy posible que, en la práctica, el problema principal que atañe a todos los derechos fundamentales sea el obstáculo con que se encuentran en su propia casa, a saber, la inclusión entre ellos de los derechos patrimoniales (por supuesto, de los que son por definición excluyentes y desiguales, no de los que sean universalizables). No por casualidad son los derechos patrimoniales los que mejor se adaptan a la forma del derecho subjetivo en sociedades tan radicalmente desiguales en lo patrimonial como las nuestras. Es decir, que si renunciásemos a considerar fundamentales a los derechos patrimoniales, resultaría que la discusión aquí planteada perdería buena parte de su interés, porque, derechos patrimoniales aparte, los derechos civiles y políticos no tienen por qué suponer un estorbo a la

realización efectiva de los derechos sociales, estén o no, unos y otros, configurados como derechos subjetivos.

Quien lea el libro de Gerardo Pisarello se dará cuenta de que él escribe contra los que ponen en cuestión la capacidad de un sistema jurídico para garantizar los derechos sociales, contra los que creen que los derechos sociales constituyen objetivos menores, o subordinados, de un sistema jurídico constitucional precisamente porque no pueden configurarse como derechos subjetivos. Hacer ver que no hay nada en los derechos sociales que impida configurarlos en parte como derechos subjetivos es una tarea necesaria; pero también es necesaria la tarea de hacer ver que el hecho de que un derecho fundamental exija mucho más que lo que un haz de derechos subjetivos puede ofrecer en nada reduce su fuerza política ni jurídica. Es más, sólo tomando conciencia de que los derechos sociales apuntan bastante más allá de la actividad judicial, aunque pasen por ella, podremos mantener todo el encanto que contienen como promesa de una comunidad política más justa. No se trata, sólo, de librar la batalla que nos proponen y de ganarla; se trata, también, de ampliar el campo de batalla.

## **IV**

# **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**



**ALEGRET BURGUÉS, María Eugenia (dir.), *La discriminación positiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 424 pp. (Col. Manuales de Formación Continuada 2005/35).**

La igualdad de género es uno de los grandes temas de actualidad. Pero, como es bien sabido, no es nuevo. Se arrastra históricamente como una asignatura pendiente del proceso inacabado de la modernidad<sup>1</sup>. Aunque se observan importantes avances en este sentido, su consecución definitiva queda aún muy lejos y empieza a ser acuciante en este nuevo siglo. Por eso, esta materia deber ser tratada con seriedad y urgencia a través de la promoción de mecanismos eficaces que erradiquen desigualdades en todos los ámbitos de la vida. Los instrumentos deberán ser, por tanto, de muy distinto tipo y naturaleza, pues este problema social ocupa transversalmente todo el sistema político, jurídico y socio-económico de nuestras sociedades.

Esta obra enfoca muy acertadamente el tema de la igualdad de género realizando un estudio sobre uno de los medios para su consecución: la discriminación positiva. Para ello analiza la normativa más actual en varios ámbitos: administrativo, científico, laboral, empresarial, penal y familiar.

La discriminación positiva va dirigida a hacer efectivo el principio de igualdad material entre hombres y mujeres reconocido en nuestra Constitución y en los Tratados y Convenios internacionales suscritos y ratificados por España. Prevé la adopción de medidas a primera vista discriminatorias, pero que no atentan contra del principio de igualdad al estar dirigidas a lograr la igualdad de grupos perjudicados histórica y socialmente. La igualdad aparece, así, como una igualdad real que tiene en cuenta las diferencias y que promueve la consecución de iguales resultados. No busca una igualdad de oportunidades. Su objetivo es acabar con los obstáculos y promover *positivamente* el desarrollo de una vida digna para todos los seres humanos. El principio de la igualdad sustancial del artículo 9.2 CE completa o, mejor, *continúa* el principio de igualdad formal del artículo 14 CE, introductor de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

En base a esta dimensión igualitaria en EEUU nacen una serie de instrumentos de acción positiva (*affirmative action*) en el intento bien de

---

<sup>1</sup> Sobre esta idea de Modernidad *vid.* HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. M. Jiménez Galindo, Taurus, Madrid, 1989.

erradicar las causas que provocan la desventaja, bien de hallar un equilibrio de las funciones que cumple la mujer en la sociedad o, por último, que pretendan beneficiarla directamente como régimen compensatorio ante la discriminación histórica<sup>2</sup>. Las medidas de discriminación positiva podrían incluirse en este tercer tipo, existiendo un punto importante a efectos de distinción. El beneficio de las personas integrantes del grupo favorecido comporta ineludiblemente un perjuicio de las que no pertenecen a tal grupo<sup>3</sup>. Por tanto, la discriminación positiva, también llamada *inversa*, se alza como excepción del principio de no discriminación directa. Significa esto que su interpretación ha de ser restrictiva. Sólo puede utilizarse de no ser posible alcanzar la igualdad a través de otro tipo de instrumento de acción positiva, debiendo en consecuencia atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, habrá de acreditarse su objetividad, demostrando que las mujeres están efectivamente en desventaja y, sobre todo, la discriminación positiva ha de ser transitoria. Por supuesto, es precisa su legalidad (su validez sustancial) sin que pueda lesionar a ningún derecho fundamental.

Desde sectores liberales se ha criticado su uso por múltiples razones, especialmente por el hecho de que su objetivo es conseguir la igualdad real interpretada como igualdad en los resultados, esto es, que independientemente del punto de partida, al final todos puedan obtener iguales resultados. El punto de vista liberal defiende una igualdad de oportunidades y critica la igualdad en el punto de llegada, dado que puede ser contraria al principio de libertad. Con todo, la libertad no es diferente de la capacidad<sup>4</sup> o, dicho de otra manera, la libertad tiene también una dimensión real que relacionada con la capacidad para ejercitar esa libertad formalmente reconocida. Por esta razón, el sistema jurídico opta por la primera de las interpretaciones ya que pretende conseguir que a la postre todos puedan disponer de una igual vida digna. En ocasiones, por circunstancias de raíz histórico-social, las mujeres podrían ver frustrada esta meta. Esto puede deberse a que ellas mismas han interiorizado su subordinación o porque se les ha impedido y se les impide socialmente una posición igual a los hombres. De hecho, en las estadísticas presentadas en todos los sectores analizados en la obra, las mujeres están infrarrepresentadas, incluso cuando sus méritos son mayores. Esto es visible, por ejemplo, en la esfera universitaria<sup>5</sup>.

La discriminación inversa adopta la forma de cuotas o tratos preferenciales que pueden ser más o menos rígidos según si tienen en cuenta o no el principio de mérito. Consisten en el establecimiento de la reserva de un mínimo garantizado de plazas o calificaciones especiales para el grupo favorecido en cuestión. Tanto en España como en la Unión se ha intentado buscar un equilibrio difícil entre los diversos principios (formales y sustanciales) en

---

<sup>2</sup> TERRÓN SANTOS, D., «La igualdad de derechos de la mujer. Límites al principio de discriminación positiva de las mujeres en el derecho (nacional y comunitario)», en MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. y REGUERO CELADA, J. (Coords.), *Mujer y Empleo. Una estrategia para la igualdad*, Comares, Granada, 2004, p. 20.

<sup>3</sup> ALEGRET BURGÚES, M. E., «Presentación e introducción», pp. 13-32, espec. p. 29.

<sup>4</sup> Respecto a esta idea *vid.* SEN, A., *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona, 2000.

<sup>5</sup> *Vid.* EGOZCUE CUIXART, J., «Mujer y Ciencia», pp. 151-184.

juego, estableciendo la posibilidad de cuotas rígidas únicamente en caso de los minusválidos.

Las consecuencias de la desigualdad en el ámbito político es un tema tratado de manera demasiado breve en la obra, explícitamente aparece solamente en las conclusiones<sup>6</sup>. En España la paridad política es elección de los partidos que suelen establecer porcentajes de presencia de mujeres en las listas electorales, aunque no se asegura el resultado final. Contra esta *paridad* se ha dicho que es inútil para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres ya que la desigualdad está en la base o estructuras sociales y, por tanto, responde más a una estrategia política que a una forma de erradicar la desigualdad<sup>7</sup>. No obstante, el uso de las cuotas en los órganos de representación y en las esferas de poder (también en el sector privado) no son fútiles. El hecho de que el problema de la desigualdad esté enraizado en las estructuras sociales no justifica que haya que esperar a un cambio social para tomar medidas político-jurídicas que ayuden al cambio. La esfera política y la social se condicionan mutuamente y es difícil esperar un cambio social sin que las mujeres estén representadas en los órganos de toma de decisiones. La razón no estriba en que las mujeres son capaces de edificar un «mundo mejor», sino en la necesidad de fomentar la igualdad de sexos y desarrollar las capacidades cívicas de todos<sup>8</sup>.

En el sector administrativo, según explica en la obra la magistrada del Tribunal Supremo C. Picó Lorenzo<sup>9</sup>, cabe un trato preferencial a favor de la mujer pero esa preferencia será viable cuando hombre y mujer tengan iguales méritos. No se trata de restar estimación al acceso de la mujer. Más bien al contrario. Las mujeres no tienen necesariamente una cualificación menor, sino que normalmente los méritos suelen ser iguales e incluso mayores. Son mayoría en las universidades y suelen acarrear una «doble carga» (trabajo asalariado y no asalariado o doméstico) y, después de todo, siguen siendo minoría en las esferas pública y privada de decisión.

Otra magistrada del Tribunal Supremo, M. Calvo Ibarlucea<sup>10</sup>, manifiesta que son permisibles subvenciones fiscales y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social en caso de empleo. Son formas indirectas que facilitan el acceso de la mujer a los puestos de trabajo. Asimismo, pueden establecerse otras medidas laborales, como por ejemplo la ampliación de los períodos cotizados, el cambio de puesto en caso de maternidad o los traslados en casos de violencia de género. De todas formas, es también importante analizar cómo, ciertamente, en algunos sectores determinadas medidas de acción positiva han producido resultados contrarios a los esperados, incluso facilitando el mantenimiento del rol tradicional de

<sup>6</sup> ALEGRET BURGÚES, M. E., «Conclusiones del grupo de investigación sobre discriminación positiva», pp. 413-424, esp. p. 419.

<sup>7</sup> POSTIGO ASENJO, M., «Imparcialidad, justicia e igualdad de género. Las cuotas femeninas a la luz de las tesis de Albert O. Hirschman», en CALVO GONZÁLEZ, (Coord.), *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos. Actas de las XXª Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Málaga 11 y 12 de marzo de 2005)*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Málaga, 2006, p. 41.

<sup>8</sup> POSTIGO ASENJO, M., «Imparcialidad, justicia e igualdad de género. Las cuotas femeninas a la luz de las tesis de Albert O. Hirschman», cit., p. 56.

<sup>9</sup> «La discriminación positiva en la función pública», pp. 33-150.

<sup>10</sup> «La discriminación positiva en el ámbito laboral», pp. 185-226.

las mujeres<sup>11</sup>. Así, las previsiones de conciliación de la vida familiar y la laboral han llevado en algunos países a que las mujeres opten por el trabajo a tiempo parcial o incluso interrumpan su actividad laboral por razones familiares. Desde la visión del sector empresarial expuesta por C. Obeso Abalde<sup>12</sup> esta es la explicación del retardo en su carrera profesional, en la acumulación del capital humano y, en consecuencia, en sus niveles de ingresos y sus posiciones de responsabilidad. Acaso las soluciones en este sentido puedan venir de la adopción de otras medidas, tales como la supresión de la cotización empresarial a la Seguridad Social durante el período de maternidad, haciendo que ese coste sea asumido por la sociedad en su conjunto o, también, mediante el desarrollo de una red pública de servicios de apoyo al cuidado de niños y personas dependientes<sup>13</sup>.

Las acciones positivas y, sobre todo, la discriminación positiva son rechazadas en la sección dedicada al Derecho penal<sup>14</sup>. M. Colmenero Menéndez, magistrado del TS, entiende que su utilización es dudosamente constitucional al afectar al principio de igualdad ante la ley, al principio de presunción de inocencia y al principio de culpabilidad penal. En este campo las mujeres parecen alcanzar una debida protección con la aplicación formal igualitaria de la ley. No obstante, es preciso hacer referencia a la ley penal en relación a la violencia de género que, en todo caso, es la que más afecta a las mujeres. Precisamente en defensa de la discriminación positiva, en ella se ha optado por conceder una mayor protección de la mujer en el ámbito familiar frente a agresiones apoyadas en la histórica dominación del hombre sobre la mujer. Con todo, en el capítulo en cuestión se afirma contrariamente que esto puede originar inconvenientes y conviene ser cautos. Según el magistrado del TS no siempre se puede aplicar una agravante al hombre simplemente por ser varón<sup>15</sup>.

En el ámbito familiar el avance ha sido importante en lo que se refiere a la separación. Así lo explica la magistrada de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, N. Bassalos Muntada<sup>16</sup>. Ahora se exigen tan sólo tres meses de unión, incluso menos si existe violencia de género<sup>17</sup>. El adelanto ha sido también sustancial en otros aspectos que tienen en cuenta la todavía insuficiente dedicación del hombre en las tareas relacionadas con el hogar y el cuidado de hijos. Igualmente, parece revalorarse el trabajo doméstico, especialmente en aplicaciones del régimen de separación de bienes<sup>18</sup>. De todos modos, es mucho el camino que aún queda por recorrer para alcanzar una igualdad en el espacio familiar.

<sup>11</sup> Sobre algunos de los problemas que han tenido las políticas de igualdad entre hombres y mujeres en diversos países (USA, Canadá, Suecia, Holanda, Australia, Noruega) *vid.* BACCHI, C. L., *The Politics of Affirmative Action. «Women, Equality and Category politics»*, Sage, London, 1996.

<sup>12</sup> «La desigualdad laboral de la mujer: la lógica empresarial», pp. 277-276.

<sup>13</sup> SANGUINETTI RAYMOND, W., «Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el trabajo: una revisión crítica», en MARTÍNEZ GALLEGU, E. M. y REGUERO CELADA, J. (Coords.), *Mujer y Empleo, op. cit.*, p. 36-37.

<sup>14</sup> «La discriminación positiva en el ámbito penal», pp. 277-332.

<sup>15</sup> «La discriminación positiva en el ámbito penal», pp. 298-299.

<sup>16</sup> «La discriminación positiva a favor de la mujer en el ámbito del derecho de familia», pp. 333-412.

<sup>17</sup> «La discriminación positiva a favor de la mujer en el ámbito del derecho de familia», p. 348.

<sup>18</sup> «La discriminación positiva a favor de la mujer en el ámbito del derecho de familia», pp. 394 y ss.

Las conclusiones del estudio parecen coincidir en la idea de que el problema de la discriminación de la mujer está enraizado en todos los ámbitos de la sociedad y que, por tanto, la actuación debe ser *total*, empezando por la esfera social y educativa, a lo que habría que añadir la necesidad de actuar complementariamente en la esfera político-jurídica deliberativa. La estrategia debe ser conjunta. Pensar que ciertos problemas como las muertes por violencia de género se van a solucionar a través de la Ley Integral contra la Violencia de Género es ingenuo y despreciativo del factor cultural como causa última de esa violencia. Es cierto que esta ley está haciendo aflorar la realidad oculta de la violencia de género no denunciada y que las mujeres están mejor informadas y solicitan mayor protección y ayuda institucional para ejercitar sus derechos. No obstante, hay que mejorar aún y hacer más eficaces los recursos existentes. Para ello es decisivo incorporar a las mujeres en las esferas deliberativas y también reflexionar socialmente desde la perspectiva de género.

Cristina MONEREO ATIENZA  
Universidad de Málaga

**APARISI MIRALLES, Ángela; *Ética y deontología para juristas*,  
Eunsa, Pamplona, 2006, 476 pp.**

En los últimos años, estamos asistiendo al renacer del interés por la reflexión ética concerniente a la actividad jurídica. La producción de obras en torno a la deontología jurídica ha venido a compensar el gran vacío que existía sobre esta cuestión –con honrosas excepciones–, no sólo en los planes de estudio de la licenciatura de Derecho, sino también en la formación de gran parte de las profesiones jurídicas, incluso aquéllas como la judicatura o la abogacía en las que es patente la necesidad de referencias éticas.

Es en este marco de *renacimiento* deontológico en el que se inserta la obra que aquí se comenta. Su autora, la profesora Ángela Aparisi, lleva años dedicada a la investigación, docencia y profundización en esta materia, méritos a los que se une su experiencia como Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Valencia. Fruto de esta larga tarea de investigación y profesional es la obra que aquí se comenta.

El objetivo que se propone la autora es invitar a reflexionar sobre las mismas bases y principios relativos a la deontología jurídica. El marco ético y antropológico en que centra su obra queda definido en los dos primeros capítulos, lo que justifica su extensión; apuesta por una deontología no de reglas sino de principios, que se asientan en una definida concepción antropológica, cuyo fundamento se sitúa en la dignidad de la persona.

El primer capítulo está dedicado a esclarecer los términos básicos que se manejan a lo largo de la obra –trabajo, persona y ética–. Y lo hace a través de una reflexión sobre la dimensión personal del trabajo profesional, partiendo de la premisa de que, quien ejerce una profesión, *es una persona* y su quehacer va destinado *a otra u otras personas*. Por ello, critica la concepción moderna del trabajo que conduce a convertir al trabajador en un técnico, en una *herramienta* al servicio de la eficacia y la producción.

En el capítulo segundo, la profesora Aparisi analiza las razones que han motivado el renacer del interés por la deontología; entre ellas, cita la crisis del positivismo jurídico formalista que proponía una visión del jurista como técnico del Derecho, con una total carencia de sentido crítico. Frente a esta postura, la autora hace hincapié en la toma de conciencia actual de que, en cualquier labor profesional –también en la del jurista–, aparece en todos los niveles la implicación personal. Y ello lleva siempre consigo la existencia de una responsabilidad moral. A continuación, realiza una reflexión –inevitable, en una obra sobre deontología– en torno a la noción de ética. Para ello, comienza con una exposición de algunas de las concepciones éticas más extendidas que pueden tener mayor influencia en el modo de entender la Deontología profesional. De entre ellas, la autora se decanta por una noción de ética dirigida a la acción, y en último término, al servicio de la perfección del propio agente de la ética, esto es, a la perfección de su querer. A su vez, esta reflexión remite a las nociones de naturaleza humana y de dignidad, y así afirma que quien realiza un trabajo es un ser que posee *dignidad intrínseca*, una persona, y su actividad está dirigida a otras personas –seres poseedores de una *dignidad inherente*–. Por ello, la ética, y más en concreto, la ética profesional, se encuentra profundamente enraizada en la realidad personal del ser humano.

El capítulo tercero expone –de manera sintética– las conexiones entre ética profesional y deontología codificada. Insiste en este punto en la idea del

carácter positivo de la ética profesional: lejos de tratarse de un sistema de preceptos en clave negativa, su función es indicar no sólo qué conductas se alejan de los principios que inspiran la profesión sino especialmente, cuál es el modelo de *persona* y de *profesional* al que se debe tender. Finaliza este capítulo con un estudio de la noción de *código deontológico*, abordando la diversa problemática que plantean estos cuerpos normativos, fundamentalmente la cuestión relativa a su obligatoriedad y las críticas a su carácter coactivo. Ante esta cuestión, la autora aboga por abandonar la idea que identifica los códigos deontológicos con simples tratados morales, decantándose a favor de su obligado y necesario cumplimiento.

Una vez diseñado el marco ético y antropológico de su propuesta deontológica, la profesora Aparisi se centra ya más concretamente en el campo jurídico, al que van dedicados los capítulos siguientes. Como ya se ha indicado, la deontología que presenta la autora está enraizada en principios, de modo que, más que aportar soluciones concretas a problemas, presta una atención prioritaria a resaltar los principios y asentar sus fundamentos sólidamente. Ello queda especialmente patente con la lectura de los capítulos cuarto y quinto, dedicados al estudio de los principios generales de la deontología jurídica. Frente a la opción de abordar la deontología de cada una de las profesiones de manera diferenciada, la autora ha optado por hacerlo de manera conjunta. Busca con ello demostrar lo que no es sino una constante que se deduce a lo largo de toda la obra: la idea de que *el vínculo común de todas las profesiones jurídicas es el servicio a la justicia*. Cualquier profesión jurídica ha de estar animada por esa búsqueda de la justicia que es el denominador común deontológico que liga a todas las profesiones jurídicas, algo que se resalta una y otra vez en la obra de la profesora Aparisi.

El sexto y último capítulo del libro está dedicado a una cuestión que, no por constante en la historia del pensamiento y del quehacer jurídico, deja de ser de máxima actualidad: se trata de la actitud del jurista ante el derecho injusto. Para abordarlo, la profesora Aparisi comienza haciendo referencia al problema de la justificación del Derecho, para pasar a la cuestión de la actitud del profesional del Derecho ante una norma injusta. La autora, en coherencia con lo que es el hilo argumental del trabajo, propone la opción de la objeción de conciencia como un camino adecuado para integrar, en un sistema democrático, los inevitables conflictos que genera la tensión entre legalidad y justicia. La obediencia al Derecho –afirma– es algo que, en última instancia la persona –y también el jurista lo es– debe ponderar en su conciencia.

En definitiva, se trata de una obra meditada, fruto de años de investigación –destaca en este sentido el amplio aparato bibliográfico que la autora maneja–, lo que nos permite hablar de un producto bien elaborado. La lectura de este trabajo –que no oculta su vocación como libro de referencia para estudiantes y estudiosos– constituye sin duda una excelente contribución a satisfacer el creciente interés actual por la ética profesional en general y por la deontología jurídica en particular.

**FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Filosofia do Direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, 736 pp.**

Nos encontramos ante una voluminosa obra fruto de la madurez intelectual de una intensa dedicación académica a la Filosofía del Derecho, conducida desde la vocación y el entusiasmo. Así lo expresa el propio Ferreira da Cunha: «ser jurista e ser filósofo é uma vocação, um chamamento, e não um emprego» (p. 73), apoyado en una previa e inmediata declaración: «ser jurista não é verdadeiramente uma profissão: é uma formação, uma *forma mentis*, e um (estado de) espírito» (p. 72). Con estos emblemas desarrolla Ferreira da Cunha una serie de asuntos y argumentos que, relacionados con el complejo mundo de la vida y el Derecho, atañen directamente a nuestra materia.

En los breves capítulos del Livro I (Fundamentos Jusfilosóficos. Parte III) articula con extraordinaria claridad y precisión el desenvolvimiento de las clásicas discusiones iusfilosóficas, sin eludir otras más recientes y contemporáneas. *Filosofia no Direito*, *Filosofia do Direito* (cap. 7), *Nascimento Epistemológico da Filosofia do Direito* (cap. 8), *Filosofía, Direito e Forma dos Géneros Literários na Filosofia e no Direito* (cap. 9), *Filosofia do Direito Implícita e Filosofia do Direito Explícita* (cap. 10). Junto a la Historia del Pensamiento jurídico, sitúa también la Cultura Jurídica, Política do Direito, Lógica Jurídica, Tópica, Retórica y Dialéctica, e igualmente el Análisis literario do Direito y otras de carácter interdisciplinar en las que se dan la mano las teorías hermenéuticas, la estética jurídica, el feminismo jurídico, o el análisis económico del derecho (pp. 130 y ss.). Se le puede considerar, por ello, un A. profundamente atento y preocupado por las arduas cuestiones y vivas controversias que de antiguo, pero también en plena actualidad, jalonan la problematización de la reflexión iusfilosófica.

A continuación dedica el Livro II a la «Ontofenomenologia: Ser, dever ser e modo de ser do Direito». En «Aproximações filosóficas ao direito» descubrimos a un pensador prudencial que parte del lema socrático «Conócete a tí mismo». Ferreira nos cede, así, su propia mirada, su forma de ver y entender la experiencia jurídica. El Derecho es una realidad pluridimensional (pp. 307 y ss.). Es *hecho*, *valor*, *norma* y *texto*. Exhibe aquí un empeñado esfuerzo por explicar los errores en torno al positivismo jurídico (monismo jurídico) y al iusnaturalismo. Se trata de un intento honesto que propone ahondar en otros puntos de vista desde una opción iusnaturalista, y del que al cabo resulta más importante que su concreta preferencia el afán por comprender el contraste entre ambas posiciones. En todo caso su elección es clara: «pessoalmente, desde logo pela simpatia pelas suas empresas iconoclastas, ainda que dentro da grande família jusnatural» (p. 396). Lo que también permite intuir las implicaciones que a término derivan en sus conclusiones. Simplemente me permito recordar que el talante pluralista no está excluido de toda perspectiva positivista, principalmente si abierta y funcional. En realidad, tanto el iusnaturalismo como el positivismo han abandonado ya (con excepción de determinados reductos incommovibles) la fundamentación objetivista del Derecho para optar por una fundamentación *débil* a

la manera de Bobbio, esto es, una fundamentación que busque las *mejores razones* para justificarlo y no una razón absoluta<sup>1</sup>.

Siguiendo en el desglose de la estructura de su obra, el Livro III se dedica a la Metodología Jurídica. Ferreira ofrece un análisis muy ilustrativo de la retórica y la hermenéutica, desde sus orígenes en Grecia y Roma. El objetivo es indagar sus fundamentos y promover más que una reforma legislativa, una de mentalidades, capaz de que revalorizar conceptos y fines del Derecho (pp. 545 y ss.). Para el A. se ha de trabajar, particularmente, en la reinterpretación del Derecho, y al propio tiempo ensayar la introducción de nuevos elementos y funciones a fin de refinar mejor el significado de ciertos institutos para, asimismo, contribuir a adaptarlos a la cambiante realidad social. En esa labor es fundamental todo esfuerzo ordenado a la idea de hacer que el Derecho se reencuentre consigo mismo. De ahí, su formulación de la Hermenéutica jurídica como «el reencuentro del Derecho consigo mismo» (p. 532). Igualmente sintéticas, pero sugeridoras, las páginas sobre Memoria del Derecho, Retórica/Dialéctica jurídicas, o Tópica jurídica.

Por último, el Livro IV, Teoria Geral do Direito, aborda los campos de la Ontología y Gnoseología, analizando el paso de las *verdades narrativas* a las *teorías*. Se hace referencia a la verdad tradicional, la verdad jurídica clásica y moderna, al final de la verdad de las grandes narrativas y, por tanto, al supuesto final del Derecho. Ferreira afirma, con adhesión intelectual, que «O fim da verdade é o advento das ficções» (p. 606). Dentro de su perspectiva pluralista, percibe el transcurso y evolución de una narrativa autoritaria declarada como verdadera al pluralismo de historias. Todo ello hace alumbrar el horizonte de un nuevo concepto de Derecho, más amplio, no cerrado, no dogmático. A continuación, se adentra en la Dogmática y construcción teórica. En ella ve claros remotes de ascendencia en la ficción y el mito. Escribe asimismo sobre Teoría de la Justicia y doctrina del Derecho Natural, y finalmente acerca de la Sistemática y la Axiología. De esta parte es perceptible y sobresaliente su perfil de constitucionalista, y de utilidad sus referencias a principios y normas, valores constitucionales y constitucionalizados, y valores políticos en una ética constitucional.

La obra finaliza con un brevísimo apartado de Conclusiones que retoma de forma original todo el contenido expuesto. En definitiva, es un libro de múltiples temas pero de esencia sintética. Una reflexión sobre la visión del propio autor que ayuda a la clarificación y que es de gran valor para consulta.

En tal sentido, no debe quedar sin anotar el hecho mismo que la presente edición materializa, y que a todas luces renueva el panorama luso de la manualística disciplinar, excesivamente dependiente a lo largo de más de media centuria de textos y autores foráneos. Así, aparte la sobresaliente influencia de Miguel Reale, la también muy poderosa y persistente de otros como Giorgio Del Vecchio, en traducción de António José Brandão,

---

<sup>1</sup> Esta tesis fue formulada en la ponencia «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» del Simposio en L'Aquila del 15 al 19 de septiembre de 1964 y reiterada en «Presente y porvenir de los derechos» en otro Simposio en Turín en diciembre de 1967. En cualquier caso las traducciones españolas tienen esta referencia: BOBBIO, N.; «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El problema de la guerra y las vías para la paz*, trad. Jorge Binaghi, Gedisa, Madrid, 1982, p. 128 y en «Sobre el fundamento de los derechos del hombre» y «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asis Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 61 y 63.

Radbruch, a través de Luis Cabral de Oliveira Moncada, o Henry Batiffol, por la versión de Eugénio Cavalheiro. La bibliografía portuguesa contaba en efecto con muy pocos aportes propios –y a veces de entidad muy elemental; así, el *Curso de filosofía do direito*, de Paulo Dourado de Gusmão (Freitas Bastos, Lisboa, 1950)– sobre los que a la postre la huella del paso del tiempo no había sido demasiado piadosa. De hecho, el vol. I de la *Filosofia do Direito e do Estado*, Luís Cabral de Moncada, dedicado a la parte histórica, apareció en 1947 (Arménio Amado, Coimbra), con una segunda edición revisada de 1955. Desde entonces únicamente otras dos obras cabría reseñar: *Filosofia do Direito e do Estado: elementos de estudo*, de José de Sousa e Brito (s.n., Lisboa, 1982) y *Filosofia do Direito*, de Pedro Soares Martínez (Almeida, Coimbra 1991). La aparición de la que aquí hemos dado cuenta representa, pues, un suceso ciertamente destacable, y motivo de celebración que en puridad ha de contabilizarse doble en el bien entendido no sólo de relevante novedad sino igualmente de una muy sustantiva renovación.

Cristina MONEREO ATIENZA  
Universidad de Málaga

**GASCÓN ABELLÁN, Marina / GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J.,  
*La argumentación en el Derecho* (2.<sup>a</sup> ed. corregida), Palestra,  
Lima, 2005, 439 pp.**

Desde el último tercio del pasado siglo, algunos filósofos del derecho no han dejado de llamar la atención acerca de la importancia de la argumentación jurídica para la comprensión de qué sea el Derecho. Frente a planteamientos, que privilegian una perspectiva teórica y conciben el derecho esencialmente como una realidad-objeto cognoscible por el hombre –a saber, un conjunto de enunciados que (esto es algo discutido) forman un sistema–, el nuevo paradigma que surge con las teorías de la argumentación y planteamientos afines, como, por ejemplo, los de Dworkin o Nino, concibe al Derecho no sólo como un conjunto de enunciados, sino como una práctica social compleja. Esto explica que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya ido paralelo al de otras disciplinas fronterizas, como la lógica (especialmente la lógica deóntica), la filosofía del lenguaje o la filosofía moral, así como el hecho de que éstas hayan considerado la actividad de los juristas como un ámbito propicio para la aplicación práctica de sus avances teóricos.

Cuando hablamos de argumentación jurídica podemos hacer referencia a dos cosas simultáneamente: por un lado, a un conjunto de teorías no necesariamente homogéneo en todos sus planteamientos que presentan modelos argumentativos para el Derecho, como las de Viehweg o Perelman en un primer momento, o Alexy, MacCormick, Aarnio y Peczenick posteriormente; por otro lado, a una metateoría o teoría general de la argumentación jurídica. El libro de Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa se aproxima más bien a lo segundo, aunque es algo más. *La argumentación en el Derecho* no es una exposición en detalle de las diversas teorías de la argumentación jurídica formuladas hasta nuestros días, ni tampoco una teoría general de la argumentación basada en elementos comunes a todas ellas, aunque hace un uso preciso del instrumental conceptual desarrollado por los teóricos de la argumentación jurídica; consiste, más bien, en un itinerario cuyas etapas –nueve en total– cubren distintas dimensiones del razonamiento jurídico: desde el marco jurídico-político en el que la argumentación jurídica cobra una relevancia inédita en la actividad judicial, hasta la redefinición del problema de la relación entre Derecho y Moral a partir de la concepción de la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico, así como cuestiones propias de la teoría de la interpretación y la argumentación jurídica. Bajo la consigna de la claridad expositiva y desde una perspectiva esencialmente descriptiva, los autores dibujan en cada capítulo un mapa del estado de la cuestión, integrando construcciones paradigmáticas provenientes de diversas fuentes reconocidas (Guastini, Prieto Sanchís, MacCormick o Alexy, entre otros).

Los trabajos que componen esta obra pueden agruparse en tres grandes bloques temáticos: en primer lugar, el marco jurídico-político y teórico en el que adquiere relevancia las prácticas argumentativas en el derecho y surgen los estudios sobre argumentación jurídica; en segundo lugar, la propia actividad argumentativa desarrollada por los juristas, que, partiendo de los problemas para determinar del alcance de las normas jurídicas y/o la ocurrencia de unos hechos, desemboca necesariamente en un discurso o razonamiento justificatorio; y, por último, la llamada *tesis del caso especial* o la relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico.

1. El primer bloque, que comprendería los dos primeros capítulos del libro, está orientado a situar en contexto a la teoría de la argumentación jurídica en el marco jurídico-político del Estado constitucional (Cap. I), de un lado, y en el problema de la racionalidad en el ámbito de las ciencias sociales (Cap. II), de otro.

El auge de la actividad argumentativa en la actividad de jueces y tribunales responde al protagonismo que adquiere el poder judicial en la arquitectura institucional del Estado constitucional de derecho. Este giro trae causa de: (i) la doble vinculación del poder judicial a la ley y a la Constitución y, en última instancia, a la supremacía de ésta sobre aquélla: el hecho de que los principios y derechos constitucionales no resultan ya únicamente aplicables en los términos en que son configurados y desarrollados por ley, sino directamente en su formulación constitucional, propicia interpretaciones forzadas de la ley, incluso contrarias a su tenor literal, para procurar su encaje constitucional; y, (ii) la incorporación de principios y valores morales a la constitución como normas positivas. Estas normas no reflejan una concepción uniforme de la justicia y son tendencialmente conflictivas; su eventual y más que probable concurrencia en muchos casos (potencialmente todos, puesto que cualquier problema práctico, también aquellos para los que existe una regla, se puede plantear en términos de principios) priva al juez de una solución clara y unívoca y abre las puertas a la discrecionalidad judicial (pp. 28-29). Inspirado en la cultura liberal del garantismo («derechos frente al poder»), el Estado constitucional troca así el *principio de legalidad*, propio del Estado (legislativo) de derecho, en *principio de constitucionalidad*: los bienes y derechos constitucionales son vinculantes para los poderes públicos, incluido el legislador, y están al margen del regateo político. El Estado y la acción política adquieren, en cuanto medios para la realización y garantía de los derechos, un fundamento exclusivamente instrumental que alcanza también al poder judicial. Con la sustantivización de los criterios de validez a partir de la incorporación de principios y derechos en la constitución, el modelo de juez/jurista que requiere el garantismo se caracteriza por una actitud crítica y activa ante la ley que se expresa en la no identificación automática entre vigencia y validez de la ley (p. 38). La responsabilidad política que el actual modelo constitucionalista adscribe a la actividad judicial conduce inmediatamente a la cuestión de la legitimidad y que ésta pasa por la ausencia de arbitrariedad y la racionalidad de las decisiones. Este es el contexto jurídico-político en el que se enmarca la teoría de la argumentación jurídica.

A la vista de este panorama, pareciera que las teorías de la argumentación jurídica (TAJ) se limita a proporcionar pautas normativas o modelos de racionalidad para el derecho, pero lo cierto es que el estatuto lógico de las teorías de la argumentación no siempre está claro. Cualquier aproximación a la argumentación jurídica encuentra una práctica específica muy consolidada que no puede ignorar. Por esta razón los teóricos de la TAJ adoptan una perspectiva analítico-normativa (que, en tanto analítica, también es descriptiva) cuyo objetivo es la reconstrucción racional de la argumentación jurídica de un modo sistemático y que, a su vez, se presenta como criterio de racionalidad de la misma (p. 54). El problema es de fondo y afecta a la idea misma de racionalidad a la que sirve la argumentación en el derecho. Desde que, con el declive de las doctrinas iusnaturalistas, los sistemas jurídicos dejaron de concebirse como expresiones de la razón, el discurso de la voluntad de la autoridad ha desplazado al discurso de la razón en el ámbito de la creación del

Derecho y, con ello, la cuestión de la racionalidad al terreno de la aplicación (p. 81). El desarrollo de la TAJ partiría, por tanto, de una concepción débil de la razón –razón instrumental– en el momento de la creación del Derecho. Sin embargo, no todas las respuestas que las distintas teorías de la argumentación han ofrecido a esta cuestión responden a una misma concepción de la razón jurídica: mientras que los precursores (Perelman, Viehweg o Recaséns), cuyos planteamientos teóricos adolecen todavía de un alto grado de indefinición, suelen ubicar en el campo de la aceptabilidad o la razonabilidad, esto es, una racionalidad débil, los resultados a que conduce la argumentación en los procesos de interpretación y aplicación del derecho, los autores de la segunda generación (Alexy, MacCormick, Aarnio o Peczenick), respaldados por la potencia de la teoría del discurso, que maximiza la capacidad de razón de la argumentación, y una concepción no positivista de la validez jurídica, que limita el postulado de la voluntad del legislador, sostienen una concepción fuerte de la racionalidad (pp. 78-80).

2. El mayor número de trabajos se concentrarían en un segundo bloque dedicado a la actividad argumentativa en un sentido amplio, que arranca con el presupuesto básico de la argumentación misma, la posibilidad y necesidad de interpretar los textos legales (Cap. III), continúa con la estructura de la motivación de la decisión interpretativa (Cap. IV) y los tipos de argumento que la integran (Cap. V), las peculiaridades estructurales de los principios (Cap. VI) y su repercusión metodológica, especialmente para la interpretación constitucional (Cap. VII), y concluye con la argumentación empírica o probatoria (Cap. IX).

Aunque todos los actores jurídicos –jueces, funcionarios de la administración, abogados, académicos, etc.– llevan a cabo argumentaciones con el fin de justificar sus decisiones, sus pretensiones ante los tribunales o sus hipótesis científicas en los foros académicos, la TAJ ha privilegiado, por su relevancia práctica, la perspectiva judicial<sup>1</sup>. También aquí, los profesores Gascón y García Figueroa han adoptado la actividad judicial como referencia para su análisis de la actividad argumentativa, aunque, no obstante, lo dicho en relación con ésta es válido, al menos en parte, para otros contextos. La actividad judicial encierra diversas operaciones más o menos explícitas en el razonamiento justificatorio. Cada uno de estos pasos aparecen o puede aparecer como premisa de dicho razonamiento: juicios de validez normativa de las normas aplicables, una decisión de interpretación de un texto legal fundada en argumentos interpretativos, un juicio de hecho, una calificación jurídica de los hechos (subsunción) y la determinación de las consecuencias jurídicas asociadas a esa calificación de los hechos (pp. 102-103). Cada una de estas premisas requiere, cuando es el caso, un tipo distinto de justificación. Los juicios de validez no suelen plantearse como problemáticos en las argumentaciones judiciales y la calificación jurídica puede reconducirse siempre a un problema de interpretación: que un hecho sea un caso o no (extensión) del supuesto de hecho de una norma depende del grado de minuciosidad con que sean determinadas las propiedades relevantes que definen dicho supuesto de hecho

---

<sup>1</sup> La obra de Aulis Aarnio, que está orientada a la argumentación de la dogmática, constituye una notable excepción en este sentido (*vid.* sus obras *Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie rechtswissenschaftlichen Forschung*, Springer, Wien/New York, 1979 o *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (trad. E. Garzón Valdés), CEC, Madrid, 1991).

(intensión). En definitiva, la actividad judicial es una actividad interpretativa y probatoria (p. 104).

En cuanto actividad interpretativa, ¿qué tipo de actividad es la interpretación jurídica? La cuestión se plantea en el libro según el clásico esquema triádico que distingue (i) una concepción objetivista, que presenta la interpretación como una actividad cognoscitiva o teórica, consistente en descubrir o conocer el significado de los textos legales; (ii) una concepción subjetivista, para la que interpretar es simplemente un acto de voluntad, una decisión mediante la que se adjudica significado a los textos legales; y (iii) una concepción intermedia basada en la distinción analítica entre *atribución* (entendida aquí no como mero acto de voluntad, sino como «decisión más o menos discrecional en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal») y *descubrimiento* de un significado existente (pp. 109-110). Esta última concepción, que se presenta como la más adecuada para dar cuenta de la actividad interpretativa de jueces y tribunales, corresponde en gran medida a la tesis de la discrecionalidad de Hart y, por tanto, a un positivismo no mecanicista u objetivista. El elemento de la discrecionalidad se pone especialmente de manifiesto cuando la interpretación plantea problemas en el contexto lingüístico (ambigüedades semánticas o sintácticas/vaguedades)<sup>2</sup>, en el sistémico (redundancia/antinomias/lagunas) o en el funcional (que tal y como es planteado en el libro, se refiere tanto a la obtención de resultados indeseables en supuestos excepcionales, como a la modificación radical e imprevista de las circunstancias de aplicación, por ejemplo, por motivos de avances tecnológicos y/o científicos) (pp. 119-129). Ahora bien, a diferencia de Hart o, más recientemente, Marmor, aquí no se define la discrecionalidad exclusivamente en términos semánticos a partir del binomio «comprensión inmediata/interpretación» del texto legal, vinculando la discrecionalidad al segundo supuesto y distinguiendo así los casos fáciles (comprensión inmediata) de los casos difíciles (interpretación). La discrecionalidad en la interpretación puede aparecer en los denominados casos fáciles en forma de problemas de calificación, o cuando una práctica interpretativa homogénea y prolongada en el tiempo se vea afectada por modificaciones de los contextos sistemático o funcional, o con la creación por parte del intérprete de las llamadas lagunas axiológicas (pp. 132-133). Esto es como afirmar que toda aplicación es interpretación y, por ello discrecional. El elemento diferencial entre casos fáciles y casos difíciles es, más bien, la necesidad de hacer explícito y justificar la decisión interpretativa: «cuando la interpretación no es controvertida hablamos de casos fáciles y en el supuesto contrario de casos difíciles; en otras palabras, un caso es difícil cuando aparecen enfrentadas interpretaciones distintas y justificables» (p. 134).

Sostener que la discrecionalidad es un supuesto patológico o subsidiario de una comprensión inmediata, como hace el positivismo hartiano, o afirmar, como se hace aquí, desde un concepto amplio de interpretación (p. 105), que toda comprensión de un texto legal, problemática o no, es interpretación, es, en el fondo, un problema de definición que depende, entre otras cosas, de qué entendamos por regla semántica. Pero, la cuestión no es tanto cómo denominemos las operaciones que realizamos en el proceso interpretativo que resuel-

---

<sup>2</sup> En ocasiones, se hace referencia a la «apertura valorativa» como un tercer tipo de problema interpretativo propio del contexto lingüístico cuando la redacción de los textos legales incorpora conceptos cuyo significado requiere para su determinación un juicio de valor. Aquí es considerado como un caso de vaguedad (pp. 123-124).

ve las controversias lingüísticas, sino establecer los criterios que permitan controlar racionalmente las decisiones que ponen fin a esas controversias. En este sentido, me parece especialmente importante el cuarto capítulo del libro, dedicado a los conceptos fundamentales de la motivación. Aquí se plantean los avances más significativos de la TAJ contemporánea en relación con los precursores: la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, la complejidad del concepto de justificación y, por último, la doble dimensión –interna/externa– de todo esquema justificatorio.

La distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación define el marco en que se mueve la argumentación jurídica: las razones de la motivación de una decisión. A la TAJ no le interesan los procesos psicológicos por los que un juez ha llegado a una determinada conclusión (que serían el objeto de estudio de una psicología de la decisión judicial), sino los términos en que ésta es justificada (p. 148). No obstante, ambos contextos conceptuales no son *de facto* compartimentos estancos (como muestra la existencia de los mecanismos procesales de recusación o abstención); el hecho de que toda justificación incorpora un margen más o menos amplio de discrecionalidad conecta en alguna medida ambos procesos, de manera que la decisión influye en la justificación (p. 149)<sup>3</sup>.

Uno de los grandes frentes abiertos por la TAJ es el del concepto de justificación jurídica. García Figueroa distingue aquí tres acepciones del término justificación: (i) dar razones (*sensu larguissimo*); (ii) dar razones conforme a un sistema normativo vigente (*sensu largo*); y (iii) dar razones conforme a un sistema justificatorio correcto (*sensu stricto*) (p. 153). Muchas de las críticas que se dirigen contra la TAJ desde el positivismo tienen como objetivo la ambigüedad o, si se quiere, la complejidad, de su concepto de justificación, que debe conjugar una perspectiva cercana a la segunda acepción, en cuanto se trata de justificar una decisión en el marco de un sistema jurídico vigente, con la perspectiva *sensu stricto* (tercera acepción) a que conduce el principio de unidad del razonamiento práctico, asumido, más o menos explícitamente, por todas ellas y que conecta el razonamiento práctico con el razonamiento jurídico.

Otro de los aspectos comunes a casi todas las teorías de la argumentación es la distinción entre la justificación interna y la externa. No obstante, siguiendo a Cristina Redondo, se hace notar aquí cierta ambigüedad que rodea al uso de esta distinción: a veces no está claro cuál es el criterio que sirve como base a la distinción, si se trata del carácter lógico-deductivo de la justificación interna, frente al carácter no deductivo de la justificación externa, o si es la naturaleza sistémica o la externalidad de las premisas normativas del razonamiento (pp. 158 y ss.). Este es quizá el pasaje menos claro del libro, en parte, porque se trata, entiendo, de una discusión algo artificial. Es cierto que algunos autores se han manifestado en ocasiones de manera que se presta a este

---

<sup>3</sup> Sobre las cautelas con que debemos proceder en la equiparación del par descubrimiento/justificación con decisión/justificación nos advierte IGARTUA, Juan, en *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* (Civitas/IVAP, 1998, pp. 76 y ss.) y *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional* (CEPC, 2003, pp. 66 y ss.), siguiendo un camino abierto por las críticas de MAZZARESE, Tecla (*vid.* «Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali», *Analisi e diritto*, 1995, pp. 145-196; y *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giapichelli, 1996, pp. 105 y ss.).

tipo de confusiones<sup>4</sup>, pero no veo este tipo de problemas en el planteamiento, por ejemplo, de Alexy y, en general, de otros teóricos de la TAJ. Considero que es opinión compartida que, cuando hablamos de justificación interna de un razonamiento, no estamos haciendo referencia a un tipo determinado de premisas, ni a un tipo determinado de razonamiento (algo que, por otra parte, no se entiende muy bien qué podría querer decir)<sup>5</sup>, sino a una perspectiva en relación con ese razonamiento como razonamiento clausurado: la justificación interna se refiere a que la conclusión esté justificada a partir de unas premisas dadas, al menos una de las cuales debe ser una norma jurídica, y la perspectiva de la justificación externa nos sitúa fuera de ese razonamiento, cuestionando o confirmando la validez de las premisas que forman parte del mismo: descriptivas o normativas, sistémicas (aunque, como bien advierten aquí los autores, esto presupone el límite del sistema) o extrasistémicas, y, dentro de éstas, expresas o entimemáticas<sup>6</sup>.

La justificación externa exige, en términos generales, tres tipos de argumentos: argumentos interpretativos, argumentos empíricos y argumentos prácticos o morales. En relación con estos últimos se hace al final del capítulo cuarto una breve referencia a los principios de consistencia, coherencia, universalizabilidad y consecuencialista. El segundo tipo de argumentos nos remite al terreno de las ciencias naturales y de la presunción racional (probabilidad). Los argumentos interpretativos son objeto de estudio en el capítulo quinto.

En primer lugar se mencionan las definiciones legislativas y a las leyes interpretativas como manifestaciones de la llamada interpretación auténtica (pp. 192-193); éstas, en tanto que textos legislativos susceptibles a su vez de vaguedad y ambigüedad, no garantizan la claridad y la unidad interpretativa en todos los casos. En segundo lugar se hace referencia los cánones de la interpretación, poniendo de relieve su doble vertiente heurística y justificatoria, lo que quiere decir que no sólo operan como criterio orientador para una asignación de significado a un texto legal o una explicación de la misma, sino como argumento que la justifica (p. 194). Según el contexto en el que se desarrolle –lingüístico, funcional o sistémico– cabe distinguir tres métodos de interpretación: (i) gramatical o literal; (ii) funcional, dentro del cual distinguimos tres argumentos: el teleológico-objetivo, el genético y el de la «naturaleza de la cosa»; y (iii) sistemático, donde se encuadran los argumentos de la constancia terminológica, el de la *sedes materiae*, el argumento económico y el argumento a *coherentia* (pp. 198-200). Junto a estos argumentos, la práctica jurídica suele recurrir, y así se refleja en la TAJ, a una serie de esquemas argumentativos especiales –argumento a contrario, analógico,

<sup>4</sup> Pueden verse algunos ejemplos en libro de REDONDO, Cristina, p. 218.

<sup>5</sup> Un razonamiento o es lógico-deductivo o no es razonamiento. Cuestión distinta es que alcancemos un punto en nuestros razonamientos en que no podamos fundamentar una premisa última y tengamos que asumirla dogmáticamente en el sentido de Hans Albert como presupuesto de todas nuestras conclusiones anteriores, pero esto no es una forma distinta de razonar, sino dejar de hacerlo.

<sup>6</sup> En la justificación interna encontramos premisas extrasistémicas como, por ejemplo, reglas de uso de las palabras, que habrá que justificar –justificación externa– mediante alguno de los argumentos interpretativos disponibles (semánticos, genéticos, sistemáticos o, incluso, argumentos prácticos generales), o juicios de valor acerca de una similitud relevante para la aplicación analógica de un determinado precepto legal.

*a fortiori* y apagógico o de reducción al absurdo— que pueden ser reconstruidos como inferencias lógicas válidas (p. 200). En relación con estas formas o esquemas argumentativos especiales propios del razonamiento jurídico (y del razonamiento práctico en general), se especifica que los tres primeros son mecanismos de resolución de lagunas, o dicho de otro modo, resuelven problemas de relevancia, determinando cuál es la norma relevante para resolver el caso, mientras que el último es un argumento interpretativo negativo general que funciona como inhibidor de cualquiera de los demás argumentos interpretativos, afirmando las consecuencias indeseables a que conduciría un hipotética interpretación conforme al argumento interpretativo que se pretende desechar (por ejemplo, las consecuencias negativas a que conduciría una interpretación literal, lo que aconsejaría una interpretación, pongamos por caso, teleológico-objetiva) (p. 201). Este tipo de precisiones, escasas hasta hace bien poco, son necesarias para el avance de la TAJ que es, sobre todo, una teoría analítica<sup>7</sup>.

En todo caso, la confección de un catálogo más o menos sistematizado de los argumentos y formas de argumento que suelen adoptar los razonamientos jurídicos no liquida el problema de la interpretación/justificación jurídica, al menos desde el punto de vista de la justificación externa: mientras que desde el punto de vista de la justificación interna basta con que la conclusión se siga de la interpretación obtenida mediante el recurso a uno de los argumentos mencionados y que la estructura lógica de los razonamientos se ajusten a la forma de argumento típicas del método jurídico, desde la perspectiva de la justificación externa, en cambio, puede cuestionarse la circunscripción de la decisión interpretativa a uno de los contextos antes mencionados; en otras palabras, cabe preguntarse por qué se opta por un argumento interpretativo determinado y no por los argumentos alternativos. Este es el problema de las reglas de prioridad entre los distintos argumentos interpretativos y, en gran parte, el núcleo central de la argumentación jurídica. Salvo algunas escasas referencias legales (en el libro se citan como ejemplo las reglas sobre la interpretación de los contratos civiles de los arts. 1.281, 1.284 y 1.286 del Código civil) o constitucionales, como la prohibición de analogía para el Derecho penal, que privilegia la interpretación literal, la cuestión está abierta y vinculada a las distintas concepciones de la interpretación y, en última instancia, del derecho (p. 209). La necesidad de recurrir a criterios externos o fronterizos con el razonamiento moral para justificar un orden de prioridad en el uso de los argumentos interpretativos (principio de seguridad jurídica, democracia, racionalidad, etc.) o incluso la posibilidad de invertir ese orden cuando concurren razones que lo justifiquen es uno de los argumentos utilizados por los teóricos de la argumentación para sostener que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico<sup>8</sup>.

Como últimos materiales interpretativos se mencionan los argumentos de la dogmática y los precedentes. Desde el punto de vista lingüístico, ni uno ni otro va más allá de lo que se ha dicho en relación con los argumentos inter-

<sup>7</sup> No obstante, este tipo de precisiones es objeto de controversia; *vid.* en contra de la calificación del argumento *a contrario* como argumento interpretativo el trabajo de GARCÍA AMADO «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho» *Doxa* 24 (2001), pp. 85-114, especialmente p. 111 y s.

<sup>8</sup> ALEXY, R. «Juristische Interpretation», en *Id. Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1995, pp. 71-92, aquí, p. 88.

pretativos; los argumentos de la dogmática y los precedentes son argumentos interpretativos cuya importancia reside no tanto en lo que dicen, sino en las funciones que cumplen en la argumentación (pp. 211 y ss.).

Una cuestión que merece una atención especial en el libro por su complejidad y relevancia es la de los principios en el derecho, a la que dedica el capítulo VI. La relevancia de los principios como una tipología normativa especial distinta a las reglas alcanza no sólo a la TAJ, sino también a la propia teoría del derecho. El argumento de los principios es la base de una teoría del derecho no positivista, el *principlismo*, que se expresa sintéticamente en las siguientes tesis: «(i) en todo derecho existen [además de reglas] principios; (ii) estos principios vinculan estructural y sustancialmente el Derecho a la Moral; y (iii) luego el Derecho y la Moral se hallan necesariamente vinculados» (pp. 235 y ss.). Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación (entendida aquí como la evolución de la metodología jurídica tradicional) resulta especialmente relevante el primer asunto: las propiedades estructurales y funcionales de los principios respecto del resto de normas. Al respecto suelen distinguirse tres posiciones: la tesis *fuerte de la separación* (estructural), la tesis *débil de la separación* (grado) y la tesis de la *conformidad* (p. 237). En el libro se exponen y discuten las tesis de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, tres de los más importantes planteamientos favorables a la diferenciación estructural y funcional de los principios y las reglas. La conclusión a que se llega me parece del todo plausible: «reglas y principios no se distinguen claramente sino hasta después de ser interpretados y aplicados» (p. 272). Esto sería como afirmar que, más que ante dos tipos de normas *a priori*, estamos ante dos niveles de argumentación o usos de los materiales argumentativos.

Para el no positivismo principlista, además de la diferencia estructural y funcional entre los principios y el resto de normas, es especialmente relevante una segunda dimensión: el contenido de los principios y su estatus, o dicho de otro modo, la relación de los principios con el sistema jurídico. Junto a los principios *explícitos* o positivos, recogidos en disposiciones legales (se habla aquí de validez directa), y los principios *implícitos*, derivados de éstas (validez indirecta), la controversia gira en torno a los llamados principios *extra-sistémicos* (pp. 238 y ss.). El positivismo no niega que, en ocasiones, los jueces tengan que recurrir a principios morales no recogidos por el Derecho —es lo que llaman la tesis de la discrecionalidad—, lo que discuten es el carácter jurídico de dichos principios, carácter que sí les reconoce el no positivismo principlista, ensanchando así los dominios del Derecho más allá de las normas recogidas explícitamente en el ordenamiento jurídico o las derivadas de éstas. Resumiendo, en la discusión acerca del reconocimiento de la naturaleza jurídica de los llamados (por el positivismo jurídico) principios extra-sistémicos se enfrentan dos concepciones de la validez: la validez como pertenencia (criterio formal/descriptivo) y la validez como obligatoriedad (normativo) (p. 246).

Se parta o no de una diferencia estructural entre principios y reglas, la argumentación con principios presenta determinadas peculiaridades que afectan especialmente a la interpretación constitucional. En el capítulo VII se aborda el llamado juicio de ponderación, sin duda, uno de los temas contro-

vertidos de la teoría de argumentación jurídica actual<sup>9</sup>. La importancia creciente del juicio de ponderación trae causa de la materialización de la constitución y de la forma en que ésta se produce: mediante la incorporación de contenidos de justicia en la forma de derechos subjetivos o como fines y principios que deben orientar la acción política. Este conjunto de normas no plantea problemas de consistencia lógica en abstracto, pero es potencialmente conflictivo y, por tanto, potencialmente inconsistente, en situaciones concretas (pp. 303 y ss.). Los conflictos entre normas constitucionales no pueden resolverse, sin embargo, como una cuestión de validez o especialidad recurriendo a los criterios clásicos de resolución de antinomias, sino que se configuran como conflictos entre diversos *mandatos de optimización* (normas que ordenan la realización de un estado de cosas en la mayor medida posible en función de las condiciones fácticas y jurídicas), según la denominación de Robert Alexy. La resolución de un conflicto entre principios o mandatos de optimización en un caso concreto requiere el establecimiento de un orden de precedencia, para lo que se puede recurrir al establecimiento de condiciones de prioridad en abstracto, prioridades *prima facie* (reglas sobre la carga de la argumentación)<sup>10</sup> y, sobre todo, a estructuras de ponderación, que incluyen los conocidos tests de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* (pp. 306-313). Casi tan importantes como el método de la ponderación me parecen las cautelas que se señalan como colofón a la exposición: (i) la potencial «principalización» de cualquier caso que deba ser resuelto en la jurisdicción ordinaria y, por tanto, su no exclusividad para la jurisdicción constitucional; (ii) la complementariedad de la ponderación y la subsunción como métodos en el razonamiento jurídico; y (iii) las tensiones con la jurisdicción ordinaria que plantea la ponderación (puesto que puede convertirse en un auténtico juicio de revisión de la calificación de los hechos, excediendo así las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional) (pp. 314 y ss.).

El colofón a esta exposición de los diversos aspectos de la TAJ es la fundamentación de las premisas empíricas del razonamiento, entre las que cobra especial relevancia la prueba de los hechos. A diferencia de los razonamientos empíricos científicos (que, en ocasiones también forman parte de los razonamientos jurídicos), la fundamentación de este tipo de premisas está determinada por la doble dimensión, cognitiva e institucional, de la actividad probatoria en los procesos judiciales. Desde un punto de vista cognitivo, aunque cabe posibilidad de pruebas observacionales o basadas en inferencias deductivas, como la coartada, la determinación de los hechos es el resultado más de las veces de una inferencia inductiva, que tiene únicamente un carácter hipotético y cuyo fundamento es un juicio de probabilidad (p. 373).

---

<sup>9</sup> Recientemente han visto la luz dos rigurosos estudios sobre esta cuestión, me refiero a los de BERNAL PULIDO, Carlos (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, CEPC, 2003) y LOPERA MESA, Gloria Patricia (*El principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, CEPC, 2006).

<sup>10</sup> No veo claro cuál sea la diferencia entre las «condiciones de prioridad en abstracto» y las «prioridades *prima facie*». Creo que, en ambos casos, la idea es la misma: establecer un orden de prioridades con más o menos condiciones de aplicación, pero en todo caso derrotable (*prima facie*), de manera que operarían ambos mecanismos como reglas de la carga de la argumentación.

En este sentido, la TAJ provee de modelos argumentativos como los esquemas del grado de confirmación<sup>11</sup> o las teorías de la prueba indiciaria (pp. 389 y ss.). Desde el punto de vista institucional, la actividad probatoria encaminada al esclarecimiento de unos hechos se enfrenta a limitaciones basadas, por un lado, en la naturaleza práctica del proceso (plazos, justicia negociada, presunciones) y, por otro lado, en sus condicionantes ideológicos (prohibición de prueba ilícitamente obtenida, presunción de inocencia, etc.). Estas dificultades han llevado a la jurisprudencia y en muchos casos a la doctrina procesalista a dar por buenas construcciones como la inmediación o la doctrina de la apreciación conjunta (pp. 409 y ss.), que no son sino subterfugios para rehuir la exigencia de una motivación racional de la prueba. Esta motivación debería consistir en: (i) fundamentar racionalmente la/s premisa/s fáctica/s; (ii) hacer explícitos todos los pasos del razonamiento probatorio, esto es, la inferencia de la ocurrencia de unos hechos a partir de otros; (iii) la justificación de todas las pruebas; (iv) su valoración individualizada; y (v) la toma en consideración de todas la pruebas practicadas (pp. 421-423).

3. La tercera gran cuestión que se aborda en el libro es la relación Derecho-Moral. Las teorías de la argumentación no son sólo un refinamiento analítico de la metodología tradicional, sino que, como ya tuvimos ocasión de ver en relación con la cuestión de los principios, abren un frente antipositivista en la Teoría del derecho con la llamada *tesis del caso especial* –TCE– cuyas similitudes con lo que antes se denominó como principalismo son obvias.

La TCE no sólo es ambigua desde el punto de vista de su estatuto lógico en su formulación original («la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general»)<sup>12</sup>, sino que han sido formuladas tesis similares, no idénticas en sus términos, que se refieren al *razonamiento moral* en lugar de al *discurso práctico general*, prescindiendo así de las connotaciones que conectan la tesis del caso especial con la teoría del discurso de Apel y Habermas<sup>13</sup>; así también los autores (pp. 333 y ss.).

Según esta tesis, la argumentación jurídica se desenvuelve en un contexto moral o, invocando el postulado de unidad de la razón práctica (pp. 58-59), es propiamente un razonamiento moral, sólo que sujeto a determinadas especificidades del ámbito jurídico –la ley, los argumentos de la dogmática, los precedentes judiciales y las reglas de procedimiento– que, en última instancia, se sustentan en una fundamentación moral y pertenecen al propio razonamiento o discurso moral. Por esta razón, los autores de la TCE sostienen una conexión conceptual y, por ello, necesaria, entre el razonamiento jurídico y el moral (p. 335), conexión que conduce al solapamiento entre «hacer justicia» y «aplicar el derecho», algo que contradice la tesis positivista de la separación conceptual (p. 349). Y ello porque todo el que formula un enunciado normativo eleva una pretensión de corrección que para la TCE no

<sup>11</sup> «Una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos» (p. 378).

<sup>12</sup> 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, p. 34.

<sup>13</sup> NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994, pp.79 y ss.; PECZENICK, A.: «Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning», *Ratio Iuris* 2 (1988), pp. 123-136.

admite contextualizaciones, es decir, no existe una pretensión de «corrección jurídica», sino una única pretensión de corrección (p. 343 y ss.). Como se pone de manifiesto en el libro, el elemento determinante de la TCE es la adopción de la perspectiva del participante, que funde la Teoría del derecho con la Teoría de la argumentación: «el Derecho se identifica con el conjunto de razones, formalmente válidas o no, que fundamentan una decisión y también explica la confusión de razonamiento jurídico y razonamiento moral, porque, desde la perspectiva del participante, las razones para la acción deben unificarse bajo una razón última de carácter moral» (p. 360). Es decir, en la perspectiva del participante convergen la pretensión de corrección y el postulado de unidad de la razón práctica. Utilizando los conceptos de justificación formulados en el capítulo cuarto, para la TCE, el razonamiento jurídico se rige sólo aparentemente en términos de justificación *sensu largo*, esto es, en el marco del ordenamiento jurídico, pero en el fondo es un razonamiento justificatorio *sensu stricto* con pretensión de fundamentabilidad universal y última en el sentido en que lo es la moral.

José Manuel CABRA APALATEGUI  
Universidad de Málaga

**GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, editorial Fontamara, México, 2007, 301 pp.**

En el eterno debate entre las relaciones del derecho y la moral, la calificación de la seguridad jurídica toma cuerpo como una cuestión central e ineludible. Todas las desavenencias entre los positivistas y los iusnaturalistas más acérrimos afloran irremediabilmente al saltar a la arena del combate por este tema.

En la obra *El valor de la seguridad jurídica*, el profesor Ricardo García Manrique elabora una exposición amplia y de meridiana claridad sobre este debate, en el que se han enzarzado muchos comentaristas, a veces con poca fortuna. Hemos mentado, por de pronto, las dos virtudes principales de esta obra: su ambición y su limpia exposición, lejos de tendencias reduccionistas ni apologías vehementes. La exposición bien podría calificarse de «clásica», en el sentido más elogioso del término, pues su voluntad no puede ser más didáctica y clarificadora, manteniendo durante todos los capítulos una lectura sobria y serena de los diferentes autores, no exenta de finos matices y de atinados comentarios.

La pregunta por la seguridad jurídica empieza en las dudas acerca de los fundamentos de cohesión de la *pólis*, y tiene una traducción cristiana en San Agustín, autor que sirve a García Manrique para iniciar una singladura histórica por algunos de los hitos en este debate, deteniéndose en Bodin, Hobbes y Locke, para llegar finalmente a Bentham y a Radbruch. La pretensión no es la de agotar cada uno de los temas, sino la de preparar un escenario en el que estos autores puedan ser invocados en el debate contemporáneo, al que se reserva la segunda parte del libro.

En ésta, se plantea fundamentalmente –aún sin explicitarlo– un análisis kantiano de la moralidad, pues es necesario arrojar luz sobre la confusión entre medios y fines, una de las causas de divergencia y desconcierto entre los diferentes autores. La tesis central es que no deben confundirse la seguridad jurídica, la teleología moral y los medios jurídicos usados. Tanto para el positivismo como para el iusnaturalismo (y también para posturas híbridas) no debería darse una confusión entre la seguridad jurídica entendida como un medio para lograr un fin, y el fin moral en sí mismo, inherente –según Kant– a todo acto humano. Decíamos, pues, que la obra reviste un carácter kantiano porque para el filósofo prusiano el conocimiento de los medios no debe interactuar con la decisión moral. La separación conceptual entre las dos primeras *Críticas* de Kant estriba en que, en el plano filosófico, conocimiento y decisión están aislados, unidos por la «conformidad de fines» de la *Crítica del Juicio*. Es por ello que el conocimiento de la seguridad jurídica debe estar netamente deslindado de la decisión, y la cuestión relevante en el tema que nos ocupa es la estrictamente teleológica. En este sentido, por ejemplo, Radbruch y Fuller podrían presentar una sistematización teleológica de la seguridad jurídica, fundamentada –*sui generis*– en la moralidad interna o inherente al derecho; sin embargo, esta es una conexión que cualquier positivista –aun incluyente– consideraría estéril. En puridad, el debate establecido en estos términos –pese a los esfuerzos de conciliación que hace el autor– parece casi imposible.

Realmente, la cuestión central en el concepto de la seguridad jurídica –y tesis de este libro– es remarcar que se trata de un medio para conseguir un fin moral, no un bien moral en sí mismo. En todo caso, al revés: si la adecuación

de los medios y los fines hacen que el sistema jurídico sea técnicamente tan perfecto que desprenda un hálito de excelencia, puede ser que los juristas –y, por extensión, cualquier ciudadano– sientan cierto deber moral hacia él. En los trabajos que habían precedido a este libro, García Manrique subrayaba el escaso valor moral de la seguridad jurídica. Precisamente un sistema jurídico tendría valor en sí mismo –un valor, por otra parte, no moral sino técnico– cuando el cañamazo jurídico esté enhebrado sobre unas bases intrínsecas, rigurosas y estrictas. El hecho de que éstas, gracias a su inherente seguridad, posibiliten una moral que contribuya a una sociedad más justa es, en todo caso, una conclusión certera, pero no universal, puesto que no necesariamente la seguridad jurídica otorga confianza moral en los ciudadanos ni crea valores propios de una sociedad en los que impera la justicia: en las dictaduras han existido leyes técnicamente excelentes, que no necesariamente han perseguido un ideal de justicia ni han coadyuvado a conseguir ningún fin loable moralmente.

Este excelente libro de Ricardo García viene a cerrar, por tanto, un debate enconado sobre si la seguridad jurídica tiene valor moral alguno. El planteamiento decididamente moderno de la obra deslinda ya el conocimiento y la decisión, la técnica y la moral, y muestra la imposibilidad de su relación en el campo de la seguridad jurídica.

Las conclusiones de la obra podrían parecer escuetas, pero realmente no lo son. Al contrario, en un libro cuyo planteamiento es lógicamente tan riguroso y cuya ejecución sigue coherentemente un rumbo argumentativo tan acertado como implacable, la finalidad de la obra no estriba tanto en reconocer los aciertos de muchos de los autores clásicos y modernos expuestos en el debate, cuanto en reconocer que esta controversia –al igual que la de la falacia naturalista u otros temas que podrían prestarse a una confusión entre términos epistemológicos y morales– debería ya tocar a su fin o, como mínimo, plantearse de una forma más flexible y abierta a la filosofía.

Tanto por su estructura como por su contenido esta obra merece una recomendación entusiasta. Incluso después de haber mantenido un diálogo cortés y elegante con Kelsen, Hart, Ross, Radbruch... concluye de forma llana, pero convincente: «En realidad, esto sólo significa que el trabajo bien hecho puede tener valor moral si sirve a valores morales, pero no que el criterio para medir el trabajo bien hecho tenga, en sí, un valor moral». Por nuestra parte, añadimos que este estudio de García Manrique, sin entrar en su «valor moral», es, sin duda, «un trabajo bien hecho».

Rafael RAMIS BARCELÓ  
Universitat Pompeu Fabra

**OLLERO TASSARA, Andrés, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.**

La obra recoge artículos publicados por el autor con un denominador común, el valor de la dignidad y de la vida humana, así como su imprescindible protección jurídica. No se trata de un simple compuesto de escritos con cierta relación entre sí, sino de un cuidado discurso en torno al ser humano desde el momento de su aparición en escena –desde la concepción– hasta su muerte. No se agota en simples especulaciones acerca de la vida humana, sino que contiene juicios críticos certeros sobre doctrinas jurídico-filosóficas, así como sobre la jurisprudencia constitucional existente hasta la fecha y sobre la producción normativa de los últimos años.

En el Capítulo I afronta la delimitación de bioética, bioderecho y biopolítica, ofreciendo elementos para situarnos ante la relevancia ética del trato recibido por el ser humano. El triunfo del individualismo moderno, el abandono de la fundamentación clásica del Derecho y la elección de la aportada por el contractualismo supone la constante necesidad de *negociar* la base de protección jurídica de la vida humana. El pensamiento clásico, gracias a las aportaciones filosófico-teológicas, no tuvo inconveniente en reconocer la dignidad del ser humano desde su concepción hasta su muerte; a la ciencia moderna sólo le interesó lo medible, por lo que negó esa protección al *descubierto* embrión.

Esta mentalidad consiguió consagrarse en la *moral social positiva* y, posteriormente, hizo precisa la bioética para poner freno a determinados *acuerdos sociales* que, respondiendo a criterios utilitarios o egoístas, cosificaban al ser humano y olvidaban su dignidad natural. No faltaron, incluso entre los defensores de la bioética, quienes defendieron «la justificación de un *gradualismo* en el respeto debido al ser humano», renunciando a la exigencia de idéntico respeto para todo ser humano sin discriminación. Así aparecieron, por ejemplo, los *plazos* de desprotección de los no nacidos, con la ficción de seres que todavía no son humanos o que no merecen una protección absoluta. La extensión de la mentalidad *pro-choice*, determinante para reservar exclusiva protección al *ser humano deseado*, contribuyó en la legitimación de la decisión de la madre, del médico o del juez que devolvía a los *indeseados* a la nada.

Así cobró especial relieve una nueva rama jurídica que el Prof. Ollero denominó *Bioderecho*. Su objeto se centra en la protección o desprotección del ser humano desde su concepción hasta su fin, con cuestiones tan relevantes como la calidad de vida, la elección de genes, el derecho a producir hijos, los embriones sobrantes, etc. Estas cuestiones debían ser resueltas en el marco establecido por la *Biopolítica*, a la que también debía acomodarse la nueva bioética. «La *bioética* parece llamada a convertirse en una moral aplicada al servicio de la *biopolítica*» (p. 22). Para el autor, el bioderecho parece constituir simplemente un aval de la moral positiva para justificar la bioindustria, y sería necesario devolverle su objeto propio: la protección de toda vida humana sin excepción, desde su inicio hasta su final natural, como debería ocurrir normalmente en un «*Estado de Derecho* que merezca tal nombre» (p. 23).

El Capítulo II tiene por objeto el estatuto jurídico del embrión humano. Parte de tres cuestiones fundamentales: ¿cuándo comienza la vida humana?, ¿existen seres humanos que no son personas?, y ¿qué protección merece, en

cualquier caso, toda vida humana? Responde siguiendo la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias 53/1985, 212/1996 y 116/1999. Si en un principio se admitía acertadamente que toda vida constituía un proceso continuo y, por tanto, era humana desde la concepción, al entrar en la consideración de la fecundación *in vitro*, se barajaron nuevos conceptos o condiciones como *preembrión*, *animación sucesiva* o *viabilidad* para rebajar la protección jurídica. Fue el propio Tribunal en 1985 quien permitió pensar en seres humanos que no eran personas; y más tarde, en la sentencia de 1999, afirmó que sólo tendrían la consideración de seres humanos «quienes se encontraran en condiciones de llegar a ser persona». Este giro copernicano supuso para el embrión *preimplantatorio*, producido mediante la fecundación *in vitro*, convertirse en una simple *estructura celular* sin la protección jurídica correspondiente al ser humano.

Destaca el autor que del hecho de que el Alto Tribunal utilizara en su argumentación lo establecido por el Código civil para la adquisición de la personalidad, supuso la negación de la *plena* protección constitucional en tanto no cumpliera las condiciones fijadas: el *nasciturus* quedaba convertido en *cosa* o en *per-cosa* en tanto no naciera normal y viable. Lo que el autor llama la *duda demiúrgica* –entre persona y cosa– debería haber sido resuelta por los juristas protegiendo al débil, como procede con el reo o el trabajador, pero en este caso se negaron a reconocer valor al principio *in dubio pro vita*.

Durante esos años 80 y 90 se dieron los pasos precisos para combinar *ciencia* y unos renovados *derechos de la mujer* a fin de dar entrada a un supuesto derecho a tener hijos (o exterminar a los no deseados) y regular la fabricación moderada de niños, su manipulación selectiva, su crioconservación, etc., todo ello presentado como una *ampliación de la libertad de la mujer*. Y así quedó convertido en derecho el simple deseo.

Pone de manifiesto la demagogia de las corrientes que exigen a quienes quieran gozar de protección jurídica que demuestren ser personas, cuando debería ser al revés: quien quiera robar la protección jurídica a todo ser humano –desde el momento de su concepción– debería demostrar que los excluidos carecen del mismo código genético que poseen los demás seres de su especie. El problema es que para estas corrientes la base ontológica del ser humano es susceptible de acuerdos, lo que conlleva, en definitiva, apostar por una dignidad simplemente conferida: no todo ser humano debe ser considerado digno –de vivir, por ejemplo–, sino sólo aquél a quien los demás –los otros– quieran concedérselo.

Finaliza con una crítica a la bioindustria –interesada por los beneficios–, responsable de un desplazamiento de la bioética por la biopolítica. «La biopolítica se muestra particularmente preocupada por calibrar el grado de rechazo que la moral positivamente vigente en la sociedad puede aún ofrecer a determinadas líneas de investigación a financiar. Será por vía jurídica como procure ir debilitando tales resistencias. El papel normalizador del derecho brindará la legitimación para doblar escrúpulos» (p. 68). En esa biopolítica aparece como idea fundamental que un buen fin justifica siempre los medios, por lo que no se podrían poner reparos éticos a la producción del ser humano para investigación o dispensación de órganos, a la clonación o a la libre disposición de embriones *sobrantes*.

En el Capítulo III reflexiona detenidamente sobre el derecho a la vida, en especial del no nacido, y el concepto de persona que pudiera extraerse de nuestro texto constitucional. Al igual que en el anterior, son continuas las referencias a la jurisprudencia constitucional, destacando las senten-

cias 75/1984, 53/1985 y 70/1985. El problema que nos plantea de inmediato es el de la efectiva protección jurídica del no nacido: ¿es persona y, por ello, titular de derechos constitucionalmente protegidos?, ¿carece aún de la condición de persona y de protección constitucional?, o ¿aun no siendo persona, podría ser titular de derechos constitucionalmente protegidos? La Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del *Aborto de Londres* reconoció al feto la titularidad de derechos; el Tribunal Constitucional anuló posteriormente tal reconocimiento al establecer que sólo la persona podía ser titular de derechos y el no nacido carecía de esta condición, aunque no por ello quedaba completamente desprotegido. Supuso –afirma el autor– la aparición de unos nuevos derechos fundamentales huérfanos de titular en tanto no se naciera<sup>1</sup>.

El Tribunal Constitucional consideró al no nacido como un objeto valioso, pero no como un sujeto de derechos, dando entrada así a esos «pintorescos derechos sin sujeto» y convirtiendo su vida en un simple «bien jurídico constitucionalmente protegido». La consecuencia era clara: «la vida del no nacido merecería menor protección que un derecho con el que entrara en conflicto, porque un bien jurídico tendría siempre una relevancia práctica inferior a la de cualquier derecho» (p. 87). Eso sí, como bien jurídico protegido constitucionalmente no perdería en el enfrentamiento con la pura arbitrariedad, es decir, no cabría el aborto libre porque existe un objeto valioso y protegido; pero bastaría que una madre tuviera una *causa* más o menos justificada y..., ese objeto valioso, perdería toda su protección.

Tras dedicar unas acertadas páginas a valorar los motivos de aborto despenalizado, la opción misma de despenalización, el paralelismo entre estas sentencias y las que posteriormente se pronunciaron sobre el reclamado derecho a la muerte de los integrantes del GRAPO, el Prof. Ollero afronta la cuestión del concepto constitucional de persona. En este punto pone de manifiesto nuevamente el desacierto del Alto Tribunal al dejar al ser humano sin acceso a su consideración de persona en tanto no cumpla con las condiciones del Código civil. Y habría que añadir otra crítica, la concepción del derecho subjetivo como «un resto de arbitraria individualidad que se nos tolera», y no como una dimensión del actuar humano que debe guardar una perfecta armonía con los demás seres humanos<sup>2</sup>.

El Capítulo IV, partiendo de las SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991, lo dedica al estudio de la libre autodeterminación personal y, más concretamente, a la posibilidad de reconocer la libre disposición de la vida reclamada por lo integrantes del GRAPO. Las cuestiones objeto de reflexión, en concreto, serían dos: «el alcance de la legítima intervención de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal» y «en qué condiciones el juego de la libre autodeterminación individual se convierte propiamente en derecho». Desde luego, si toda pretensión individual no prohibida expresamente por la legislación hubiera de ser tenida por derecho, no cabría duda de que podría quedar justificado el derecho a la muerte, pero este individualismo fue negado por el

<sup>1</sup> «El problema real –que la sentencia no se atreve a abordar– es si se está dispuesto a regatear carácter humano a un ser a quien la biología se lo reconoce, asumiendo la carga de establecer una distinta frontera de *humanidad*» (p. 84).

<sup>2</sup> El triunfo de esta concepción, que impone el dominio de los fuertes sobre los débiles, le lleva a formular una crítica contundente: «el hombre no comienza a ser humano cuando se ve aceptado por sus iguales, sino que deja de serlo cuando se niega a aceptar como igual a uno sólo de ellos» (p. 106).

Tribunal Constitucional, no sin cierto aire de paternalismo. La crítica del Prof. Ollero a la argumentación del Tribunal, que termina descartando la existencia de derechos basados en la ausencia de prohibición legal, se centra en que todo el énfasis de la argumentación parte de la relación entre los reos y la Administración penitenciaria, de modo que ésta puede impedir la muerte porque aquellos se encuentran bajo su custodia, pero ¿y si no lo estuvieran? El Tribunal no quiere entrar en ello, pero sí lo hace alguno de sus integrantes en los votos particulares. Lo paradójico es que, de seguir los argumentos del Tribunal, se produciría el absurdo de que derechos menos importantes que la vida, como la educación, aparecerían como indisponibles, mientras que la vida podría depender exclusivamente de la libérrima voluntad individual de cada sujeto.

En las páginas siguientes encontramos una acertada crítica a las consecuencias jurídicas derivadas del modo de entender, por parte del Tribunal Constitucional, la autonomía privada en sus pronunciamientos sobre el aborto. Las peripecias que realizó en su argumentación, acarreeó finalmente la admisión de la existencia de derechos sin deberes correlativos, y deberes sin correspondencia con un derecho. Así, nos encontramos con una situación de inexistencia del derecho al aborto y con el deber del profesional sanitario de colaborar –a menos que se acoja a la excepción de la objeción de conciencia– y con el deber de financiación pública. Esta mentalidad propia del «voluntarismo individualista» que subyace en la concepción del derecho no sirve, sin embargo, para justificar la existencia de derechos ilimitados; vuelve el autor a poner de manifiesto la incongruencia de los magistrados, que sostuvieron esta posición para los reclusos del GRAPO (la autodeterminación no legitimaba la disposición de la propia vida) y otra distinta para el supuesto del aborto en los supuestos despenalizados<sup>3</sup>.

Cierra este capítulo una alusión a la eutanasia y a los límites intrínsecos del derecho en relación a la libre disposición sobre la vida. Afirma el autor que es preciso dejar al margen todo atisbo tanto de individualismo como de estatalismo, responsables de la desvirtuación de los verdaderos derechos, y reprocha al Tribunal Constitucional el haber enmascarado concepciones axiológicas personales de sus integrantes, presentadas como asépticos *criterios jurídicos constitucionales* para fundamentar sus decisiones.

Los Capítulos VI, VII y VIII están dedicados al análisis ético-jurídico de la eutanasia. El primero de ellos afronta la fracasada propuesta –sin nombrar el término eutanasia– contenida en el proyecto de Código Penal de 1992, criticada por presentar como *normal* en una sociedad madura la contribución al suicidio de los demás cuando así lo deseen éstos. Afirma el autor que la repulsa legítima del ensañamiento terapéutico no puede conllevar el posicionamiento en el otro extremo –con justificación de la eutanasia–, sino su tratamiento como antijurídico en el ámbito de las coacciones. La cooperación al suicidio se presentaba en el Proyecto como una conducta justificada, como el medio lícito para poner fin a un sufrimiento insoportable y a una calidad de vida contraria a la dignidad. Pero en el fondo respondía a criterios utilitaristas e insolidarios: es más sencillo acabar con aquel que nos da problemas, que intentar solucionar sus problemas a un alto coste, tanto económico como

---

<sup>3</sup> «No es difícil detectar, en las argumentaciones justificativas de las tres indicaciones despenalizadoras del aborto, la omnipresencia de la libre autodeterminación personal» (p. 139).

de dedicación personal. Un buen número de los casos en que se ha solicitado la eutanasia responden a situaciones en las que quienes están alrededor del enfermo, consciente o inconscientemente, le empujan a sentirse una carga. El capítulo concluye con una incongruencia del Proyecto, que establecía mayor pena para quien matare un animal en peligro de extinción que para quien interviniere en la muerte de un ser humano.

En el Capítulo VII, tras una exposición de los motivos generalmente alegados como justificativos de la eutanasia, se afrontan problemas jurídicos de notoria actualidad. Ocupa el primer lugar la posibilidad de que las normas jurídicas puedan recoger todo tipo de exigencias morales, cuando –de seguir ciertas corrientes contemporáneas– éstas deberían quedar reservadas al ámbito privado de cada persona. En éste debería situarse, según estas corrientes, todo lo relacionado con la libre disposición de la vida: cada uno puede hacer con su vida lo que le apetezca, mientras no repercuta en los demás<sup>4</sup>. Pero si los poderes públicos lo aceptaran así, habrían optado por una posición moral no neutra, sino de corte relativista, individualista, egoísta y hedonista. Nada objetivo existiría en el terreno moral, como para que se pudiera exigir a todos los ciudadanos al margen de su voluntad. Esto no supone una posición neutra, sino una opción que me impediría utilizar argumentos morales para defender bienes sociales y comunes razonables. Es cierto que la sociedad es multicultural y plural y es preciso lograr una convivencia pacífica de todos, pero no a costa de renunciar a la justicia, no a costa de considerar lícita toda pretensión<sup>5</sup>. Por ello cabe entender la educación como un derecho/obligación.

Aunque jurídicamente siempre resultaría inadmisibles la eutanasia, desde una moral individualista y relativista –cada uno se da las normas morales que desee– podría ser admitida para quien sufre sus consecuencias, siempre que lo decidiera libremente; sin embargo, nunca lo sería para quien colabora en ella, puesto que la acción incidiría sobre otra persona. Imponer esta moral relativista a todos los ciudadanos no sería otra cosa más que uno de los muchos tipos de integrismo o fundamentalismo, de intolerancia ¿por qué hay que admitir a la fuerza que todo es relativo y cada uno hace consigo mismo lo que desee? Sólo un pensamiento integrista puede justificar tal postura<sup>6</sup>.

En el tercero de los capítulos dedicados a la eutanasia, el Prof. Ollero analiza la pretensión de ciertas corrientes de lograr una perfecta separación entre moral pública y moral privada, con la consiguiente declaración de invalidez argumentos que huelan a convicción. Somete a una acertada crítica el

<sup>4</sup> El autor es claro al respecto: «una privatización de la vida, que la convirtiera en disponible sin trabas jurídicas a la mera autodeterminación individual, implicaría una pública opción moral no menos discutible que cualquier otra» (p. 190).

<sup>5</sup> «No se tiene derecho a todo lo que se quiere; ni siquiera a satisfacer todas las pretensiones avaladas por razones morales, si no cabe ajustarlas con otras ajenas quizá no menos legítimas. En determinadas circunstancias, el derecho –lejos de ser ciego instrumento de la voluntad individual– aspira incluso a defender al sujeto de sus propias limitaciones, dando paso a un siempre polémico *paternalismo*» (p. 194).

<sup>6</sup> «Intentar excluir de lo público todo aquello a lo que se pueda atribuir sólido fundamento, o sea, defendido con seriedad susceptible de generar polémica, supondría imponer sin debate un monoculturalismo de lo trivial. Su fruto sería la devaluación del debate democrático, reducido a girar en torno a propuestas infundadas, formuladas sin convicción por quienes no las consideran dignas de ser abordadas con particular seriedad» (p. 200).

intento de quienes identifican convicción con religión, lo que invalidaría para el diálogo cualquier argumento relacionado con la moral religiosa; sin embargo, no tienen inconveniente en reconocer validez a todo tipo de argumento filosófico o ideológico, aunque conlleve un laicismo radical, porque no constituyen convicciones. No es más que sentar unas bases manipuladas para el diálogo, del que se quiere excluir determinados argumentos que molestan o son difíciles de rebatir; por mucho que se trate de revestir de neutralidad esta doctrina, no existe tal neutralidad. Sentados estos presupuestos, el autor no tiene inconveniente para entrar en el diálogo sobre los motivos morales y jurídicos que pudieran justificar el suicidio o la cooperación al mismo. La conclusión a la que llega es la ya expuesta en el capítulo anterior, el primero podría encontrar alguna fundamentación moral si partimos de una moral fundada exclusivamente en la autonomía de la voluntad, renunciando a la posibilidad de encontrar bienes morales objetivos; pero jamás podría reivindicarse como derecho. En cambio, en la cooperación a la muerte de otra persona no cabría justificación ni moral ni jurídica<sup>7</sup>.

El Capítulo IX recoge reflexiones inéditas sobre la vida humana y la relación derecho-moral. Se lamenta, en primer lugar, de los años transcurridos sin que se haya resuelto aún el problema del estatuto jurídico del embrión y que se haya dado por buena la regulación vigente con el argumento de que no hay otra. El Prof. Ollero reclama especial atención a los avances científicos, que pueden reportar información para una nueva regulación más respetuosa con el ser humano: ¿por qué esperar al nacimiento para reconocer la titularidad de derechos si la figura humana y la viabilidad pueden ser conocidos en el seno de la madre? Sin embargo, no debemos confundir ciencia (admite límites éticos que condicionan su quehacer) con técnica (ajena a los límites). No faltan quienes, confundiendo ciencia y técnica, exigen al derecho que se mantenga al margen y no ponga obstáculos a los *avances científicos*: experimentación con seres humanos, creación de híbridos humanos-animales, clonación de todo tipo de seres, etc. Llaman ciencia a lo que no lo es con ánimo de justificar lo injustificable.

Esto da pie para afrontar la relación entre derecho y moral, negada por numerosas corrientes jurídicas de actualidad. La separación resulta imposible, pues el derecho suele utilizar fundamentos morales; además, numerosas normas jurídicas inciden, una vez vigentes, en el comportamiento moral de los ciudadanos (*normalizan* ese comportamiento). El autor examina las corrientes más extendidas sobre la cuestión, entre las que reciben una mayor crítica el positivismo formalista y aquellas que pretenden *imponer* la separación entre moral pública y moral privada. Estas últimas tratan de legitimar al Estado para imponer las reglas del diálogo, los asuntos sobre los que se puede dialogar y los tipos de argumentos que pueden ser utilizados: se presenta como una posición de neutralidad, pero desde un principio se está *amañando el partido* para obtener el resultado deseado<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> «Es la dignidad de la persona humana la que sirve de fundamento al libre desarrollo de su personalidad. Es la dignidad la que marca al otro un ámbito de intangibilidad, vetando todo intento de condicionamiento heterónomo» (p. 229).

<sup>8</sup> «¿Cómo trazar, pues, esa distinción entre derecho y moral, capaz de deslindar el ámbito de lo público y el de lo privado? La *democracia moderna* lo resuelve a través de un doble convencimiento: existen principios racionales rectores de la convivencia social, que el ciudadano ilustrado está en condiciones de conocer, al menos con cierta aproximación» (p. 249). No se trata de dar cabida al relativismo, sino a la

Merece la pena destacar también el hecho de que nuestra Constitución haya recogido numerosas exigencias éticas, consagradas como derechos fundamentales, que nunca podrán ser soslayadas. Al Tribunal Constitucional le compete desgranar todo su significado ético-jurídico, gozando de la capacidad de neutralizar las consecuencias del tan arraigado positivismo kelseniano: «el Estado Constitucional parte, sin embargo, de la existencia de unos derechos entendidos como expresión de exigencias jurídico-materiales, en los que fundamentará el Tribunal Constitucional su responsabilidad de «negar» validez positiva a las normas que los desconozcan» (p. 253). Tras estas consideraciones, el Prof. Ollero plantea los problemas más relevantes, relacionados con la vida, a los que nuestro Estado Constitucional debe hacer frente todavía hoy: la negación al embrión del estatus de persona humana, el propio concepto de persona humana, la desvirtuada concepción de la dignidad humana y las consecuencias prácticas de todo ello con repercusión clara en el derecho a la vida (producción, manipulación y exterminio de seres humanos, etc.); a todo ello dedica unas acertadas páginas (pp. 255-269) sobre las que el lector debería reflexionar sin prejuicios preconcebidos.

José Justo MEGÍAS QUIRÓS  
Universidad de Cádiz

---

legitimidad de un «*acercamiento intersubjetivo a una realidad objetiva*», y, para evitar la posible dictadura de las mayorías, habría que dar cabida generosamente a la *objeción de conciencia* como «salida de emergencia».

**SERNA, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las Teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, ed. Porrúa, México, 2006, 141 pp.**

La labor llevada a cabo en esta obra de emprender un recorrido panorámico por el pensamiento jurídico contemporáneo se hace con el propósito de construir el escenario que permita al autor, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Coruña, elaborar su proyecto iusfilosófico, lo cual no es posible sin explicitar previamente la trama teórica sobre la que tal proyecto se sustenta, puesto que una visión de la filosofía del Derecho no puede comprenderse en toda su amplitud al margen de la delimitación de su escenario histórico.

Como el propio autor explica en la introducción de su obra, la travesía propuesta representa el itinerario de pensamiento que ha seguido durante los últimos veinte años y tiene como resultado su actual visión de la realidad jurídica. Tal itinerario ha ido construyéndolo a lo largo de su carrera a través de obras que son hoy en día de obligada lectura, como *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, publicada por Eunsa en 1990, o más recientemente, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, en Comares, 2005.

La travesía anunciada se realiza en cuatro tramos o capítulos. Especialmente acertado me parece el nombre del primero, que bien podría ser el de su conclusión: «El agotamiento del positivismo». En efecto, como llega a demostrar el autor, el positivismo se encontraría en franca decadencia, incapaz de permanecer inmune a las críticas que giran en torno a la inevitable presencia en el Derecho de criterios y pautas morales, principios, y en relación con esa presencia a la imposibilidad de separar Derecho y moral y a las dificultades de la Ciencia jurídica para operar, como pretende, en forma axiomáticamente neutral.

Así, algunos autores positivistas habrían comenzado por desmarcarse de aquellos postulados de esta tradición que el paso del tiempo ha ido haciendo incómodos. Sería en este sentido la dimensión ideológica del positivismo el primer lastre del que se han venido deshaciendo a partir de 1945. Y si bien muchos autores encuadrados en esta concepción de lo jurídico han pretendido seguir manteniendo inmune el núcleo duro de la misma integrado por las tesis del positivismo como Teoría jurídica (fundamentalmente la tesis de las fuentes sociales) y la aproximación epistemológica no-valorativa a lo jurídico, lo cierto es que como va demostrando Serna a lo largo de su exposición, no resulta coherente rechazar unas teorías del positivismo al mismo tiempo que se mantienen otras, y ello es así no tanto por la conexión lógica existente entre todas ellas como porque las razones que obligan a abandonarlas también permiten cuestionar el pretendido núcleo duro del positivismo.

Demuestra Serna de qué manera las insuficiencias de la Teoría positivista se hacen patentes en la perspectiva dinámica del Derecho. Y estas deficiencias metodológicas del positivismo que el autor muestra acaban por proyectarse irremediablemente sobre el resto de la teoría jurídica positivista.

Pese a todo, con la operación de descarga de lastre no desaparece en absoluto la dimensión ideológica del positivismo sino que comparece revestida con ropajes científicos.

A la decadencia del positivismo habría contribuido también el intento, fallido a juicio de Serna, de reformular el positivismo jurídico llevado a cabo

a finales del siglo xx por los autores autodenominados «incluyentes». Estos autores han admitido que los valores morales figuran entre los posibles criterios que un sistema jurídico acepta para determinar la validez y contenido de las normas así como la influencia de esos valores en la decisión judicial. Pero difícilmente pueden reconocerse como positivistas teorías que acaban admitiendo la presencia, en ciertas condiciones, de juicios de valor en el discurso jurídico.

En el segundo tramo de su recorrido panorámico por el pensamiento jurídico actual, Serna se detiene en dos corrientes surgidas desde la segunda mitad del siglo xx que intentan dar respuesta a las cuestiones no resueltas por el positivismo jurídico. Se trata de las teorías de la argumentación por una parte y la Filosofía del Derecho de inspiración hermenéutica por otra. Ninguna de las dos puede considerarse superación o desarrollo de la otra, pero cada una de ellas contiene elementos de interés en orden a completar las insuficiencias de la otra. Dada la relativa independencia entre ambas líneas de trabajo, el autor comienza por una sintética exposición crítica de las teorías de la argumentación, señalando que en el orden de exposición elegido no existe razón decisiva alguna.

Para dar una idea de las aportaciones así como de los límites o insuficiencias de las teorías de la argumentación Serna ha escogido tres modelos representativos de las mismas: el modelo retórico propuesto por el profesor de origen polaco afincado en Bruselas Chaïm Perelman y conocido como la *Nueva Retórica*; un modelo discursivo puro, la teoría de la argumentación del profesor alemán Robert Alexy; y una última propuesta que partiendo del modelo retórico pero consciente de sus limitaciones introduce elementos de orden discursivo o procedimental inspirados en parte en las teorías de Alexy y en parte en otros autores, se trata del modelo propuesto por el profesor finlandés Aulis Aarnio.

Como señala el autor, las teorías de la argumentación vienen a ser modelos que intentan encauzar racionalmente los elementos valorativos que intervienen en el desarrollo de la dinámica jurídica. Destaca Serna los importantes logros, utilidad y alcance de las teorías de la argumentación pero también sus insuficiencias y limitaciones, subrayando como deficiencia común a todas ellas la ausencia de un elemento que cumpla la función que realiza la prudencia en la ética y en la teoría del conocimiento de inspiración clásica, un elemento que proporcione no sólo herramientas para mejor justificar y presentar sus decisiones, sino herramientas para la adopción de tales decisiones, que aparecen en último término abandonadas a la mera irracionalidad o convicciones personales de quien decide, a pesar de las propuestas dirigidas a reducir al máximo ese riesgo de arbitrariedad. Ello lleva a Serna a concluir que las teorías de la argumentación no son capaces en última instancia de resolver el problema que dio origen a las mismas: la fundamentación racional de las decisiones jurídicas.

El recorrido por las principales teorías de la argumentación se completa con la necesaria referencia a las Teorías del Derecho surgidas de algunas de las mismas, teorías que tienen en común su no-positivismo e incluso su anti-positivismo y, cuya principal virtud sería el haber incorporado a la Ciencia jurídica la perspectiva dinámica desde la que se accede a dimensiones imposibles de captar desde el reduccionismo que supone la visión estática o estructural propia del positivismo.

Nos presenta Serna la visión del Derecho de Perelman, una perspectiva retórica que enfoca el Derecho desde el punto de vista judicial, lo cual pro-

porciona una visión técnica y al mismo tiempo valorativa del mismo destinada a solucionar conflictos suscitados en la sociedad por la presencia de valores contrapuestos. En consecuencia el modo típico de operar del Derecho, será la búsqueda de lo razonable, quedando la razonabilidad definida por su aceptación social. Objeta Serna a la teoría del Derecho de Perelman la escasa atención que presta a su dimensión estática.

Concluye el autor este capítulo con una breve referencia a la concepción del Derecho desde el modelo discursivo de Alexy. Para este autor el Derecho es un sistema en el que por una parte se integran un lado pasivo, el normativo, y un lado activo, el procedimental; y por otra parte se integran el elemento institucional o real y el elemento ideal. Esta concepción encuadra la Teoría del Derecho dentro de una Filosofía de la sociedad y del Estado acorde con las reglas del discurso y que se construye en torno a la democracia y el reconocimiento de los derechos fundamentales. Por esta y otras razones la teoría de Alexy se presenta como una teoría del Derecho contemporáneo sin pretensión de referirse a cualquier Derecho posible. Resalta Serna el indudable interés de esta propuesta cuyos fundamentos y desarrollo postulan una transformación de la Teoría en Filosofía, pero mientras que la mayor parte de sus afirmaciones singulares son aceptables, a juicio del autor, no lo es tanto su fundamento filosófico profundo.

A estas alturas de su recorrido afirma Serna la incapacidad de la racionalidad discursivo-argumentativa para dar cuenta por completo de los elementos valorativos que se encuentran en la base de las interpretaciones y decisiones, lo cual parece abocarnos a aceptar la inevitabilidad del relativismo y hasta del subjetivismo en el ámbito de la aplicación del Derecho. Admitir esto equivaldría a admitir que, en última instancia, el Derecho se funda sobre un fondo irreductible de arbitrariedad, de irracionalidad. Ello, en el fondo, legitimaría la opción de la Teoría positivista del Derecho de desterrar las dimensiones valorativas de la imagen del mismo. Pero el autor propone plantear la discusión acerca del subjetivismo y el relativismo en el conocimiento humano desde los parámetros proporcionados por la hermenéutica contemporánea, cuyos hallazgos entiende que son de gran valor para profundizar en la naturaleza de tal conocimiento y discutir la posibilidad de su objetividad.

El siguiente tramo del trayecto encara pues los descubrimientos de la hermenéutica en orden a clarificar la presencia de lo valorativo en el Derecho y el problema de su justificación.

Introduce el tema con una breve referencia a los orígenes de la hermenéutica como teoría general de la interpretación que vincula a ésta, desde el principio, con la idea de comprensión como su condición de posibilidad.

Es en el mundo germánico donde se ha desarrollado la orientación hermenéutica en el campo de los saberes jurídicos desde los años sesenta del pasado siglo, suscitando hasta ahora un menor interés entre los autores de habla hispana. La proyección más directa de la hermenéutica sobre el Derecho se ha dado en el ámbito de la teoría de la interpretación y la aplicación. La hermenéutica rechazaría la visión mecanicista destacando la inevitable presencia del sujeto en todo el proceso de comprensión y, en consecuencia, en aquellos procesos que tienen lugar en orden a su aplicación y a su elaboración dogmática.

Kaufmann, a quien Serna utiliza como interlocutor a lo largo de su exposición en este tramo de su viaje, ha mostrado cómo la visión tradicional de la aplicación del Derecho presupone una idea de éste como realidad independiente, un objeto perfectamente delimitado y separado del sujeto. La herme-

néutica, junto con otras corrientes iniciadas a finales del siglo XIX, rechazaría esta dualidad objeto –sujeto en orden a la aplicación del Derecho, destacando en la misma la intervención de elementos volitivos y subjetivos.

En este sentido destaca Serna al menos tres operaciones que no pueden llevarse a cabo sin el «concurso personal, creativo y valorativo del intérprete», sin dejar de ser por ello una tarea también de índole cognoscitiva, a saber: la selección de la norma aplicable, la equiparación entre el supuesto de hecho de la norma y los hechos del caso, y la determinación de la consecuencia jurídica. Y esta tarea creativa no es en absoluto excepcional, a pesar de lo cual, suele ser negada por los aplicadores del Derecho que prefieren defender un conocimiento ajeno a la subjetividad, lo cual supone un ocultamiento que nuestro autor califica sencillamente de absurdo.

La hermenéutica no es la única corriente que ha criticado el simplismo de la visión dominante, pero lo que añade de nuevo es la tesis filosófica según la cual nuestra comprensión depende de una serie de condiciones trascendentales, trascendentales en el sentido de que no dependen del objeto de la comprensión sino de nuestro modo de comprenderlo. En concreto sostiene que una de esas condiciones es el prejuicio o pre-comprensión, la idea previa. No es posible la comprensión de un texto sin pre-comprensión y en ese sentido habla Kaufmann del «círculo hermenéutico» es decir, un reenvío mutuo entre el texto y el intérprete, de modo que comprender supone siempre introducir una modificación en el texto y en el intérprete, siendo en ese sentido un proceso de producción. Tal proceso se proyecta también sobre la aplicación del Derecho, en la cual debe añadirse el horizonte del intérprete como parte constitutiva del proceso hermenéutico, pues en tal horizonte es donde acontece ese proceso. También la legislación es fruto de una tarea hermenéutica consistente en confrontar principios ético –jurídicos generales con hechos posibles, bajo la mediación del legislador.

Llegados a este punto plantea Serna dos cuestiones sobre la dinámica circular del proceso de comprender. La primera se refiere a si se trata de una circularidad evitable o no, y responde con Kaufmann que, tal circularidad, frecuente en los razonamientos llevados a cabo por los juristas, no es un simple fallo sino algo inevitable. La circularidad en cierto sentido pertenecería a la naturaleza misma de nuestro pensamiento y en esa circularidad, aunque de perfiles diferentes, incurre también el proceso de aplicación del Derecho en su búsqueda de una justificación de la decisión que ya ha sido previamente adoptada sobre el caso. Pero tal circularidad es de carácter metodológico, y no es todavía el círculo hermenéutico, que consiste en una dinámica oscilatoria que va del intérprete al texto normativo y a los hechos y de cada uno de estos últimos hacia el otro y hacia el intérprete, entre comprensión y pre-comprensión, actuando ambas como condiciones de posibilidad de la aplicación del texto.

La segunda de las cuestiones anunciadas se refiere a si el círculo hermenéutico es un círculo vicioso, es decir, una peculiar manifestación de un error clásico de orden lógico. A ello contesta Kaufmann con palabras de Heidegger que ver en el círculo hermenéutico un *circulus vitiosus* significaría mal-comprender radicalmente el comprender. Para explicarlo profundiza Serna en la afirmación heideggeriana, reflexionando sobre la índole peculiar de la comprensión. Ello le permite concluir que el círculo no es de índole formal, ni metodológica, sino trascendental, y en ese sentido no puede calificarse como un círculo vicioso.

Aún hay otra interesante cuestión que aborda Serna antes de finalizar el capítulo dedicado a la hermenéutica. Se trataría de precisar si todo lo anterior nos conduciría a un subjetivismo jurídico incontrolado que sería lo contrario del Derecho, puesto que una de sus misiones sería precisamente impedir la arbitrariedad. Para dar respuesta a ello se señala que el prejuicio no es por completo obra del sujeto que comprende, sino que se constituye desde la tradición, esto es, desde las coordenadas histórico-culturales generales. Pero no es un factor de determinismo, porque el sujeto puede trascenderla modificándola, recreándola y enriqueciéndola. La conciencia reflexiva de la historicidad, dice Serna, permite limitar el alcance de las interpretaciones particulares e introducir un elemento de distancia crítica, de modo que no conduce necesariamente al subjetivismo sino que actúa como garantía de intersubjetividad. Aun así, no cesaría el riesgo de un uso arbitrario y manipulador de la interpretación, pero dicho riesgo puede evitarse introduciendo transparencia en la precomprensión, esto es, explicitando el prejuicio, lo cual implica, a juicio de Serna, poner en conexión esa comprensión del Derecho con nuestros conocimientos más profundos y generales. Por ello, concluye que la hermenéutica, en su búsqueda de horizontes de sentido más amplio «origina un movimiento de autotranscendencia de la actividad jurídica», y conduce al rechazo de una imposible pureza metódica postulando una actividad jurídica abierta a los problemas sobre el sentido.

Conjurado el riesgo del subjetivismo por parte de la hermenéutica, en el último tramo del itinerario propuesto, Serna trata una cuestión a mi juicio capital: si puede un conocimiento no susceptible de asimilación al saber meramente objetivo evitar el relativismo. Porque si la referencia constitutiva de la hermenéutica a la tradición condujera irremediablemente hacia el relativismo cultural, significaría que ésta no va más allá del «relativismo axiológico moderado» al que se resiga Aarnio, no iría más allá del punto al que llegan las teorías de la argumentación.

En opinión de Serna, hablar de justificación relativista de un juicio moral carece de sentido. Sin embargo habría que estar de acuerdo con la justificación relativista de los juicios morales si con ello se quiere decir que la justificación moral está siempre referida a la moral vigente o moral social, o al menos a la aceptada por aquel que trata de justificar moralmente un juicio. En ese sentido toda justificación moral es relativa, lo cual no es lo mismo que aceptar una justificación relativista de los juicios éticos.

La moral social o histórica sólo tiene sentido a la luz de una moral ideal u objetiva, ya que quien la profesa lo hace porque considera que los valores que la integran son en sí mismos valiosos, y en ese sentido sostiene Serna que quien argumenta sobre la justificación de un juicio moral lo hace con la convicción de que esa justificación es la aportada por la moral ideal, de modo que toda justificación apela a principios últimos, no justificables por otros, no relativos.

Por otra parte sostiene Serna que pretender que una moral explícitamente relativista, esto es, construida en torno a valores de una cultura en cuanto valores de la misma, pueda servir de base para imponer determinadas conductas coactivamente, no deja de ser curioso, ya que, en las sociedades multiculturales como las nuestras, para quien no participe de la cultura imperante serían argumentos totalitarios, y también resulta curioso dado el valor que la libertad ideológica posee en la civilización occidental.

A juicio del autor, en el momento presente nos encontramos ante una profunda fragmentación de la unidad cultural moral, situación que requiere

una búsqueda de los caminos de la corrección ética en un esfuerzo de fundamentación análogo al que en su momento representó el realizado por el Derecho natural racionalista e ilustrado. Y frente a esta tarea entiende Serna que la hermenéutica ofrece más esperanzas que las teorías consensulistas, al ser aquella compatible con una fundamentación ontológica, abriendo un camino hacia la objetividad ético-valorativa. Fundamentación ontológica que también se puede decir que acabe postulando. En demostración de ello analiza Serna a continuación la estructura de la comprensión siguiendo las sugerencias de Gadamer. La comprensión es en último extremo autocomprensión pero al encontrarse en el seno de la tradición y mediada por el lenguaje, no puede ser subjetiva, sino que es forzosamente intersubjetiva. Así, la autocomprensión lo es del hombre en cuanto perteneciente a una cultura y en cuanto que se constituye socialmente por referencia a los otros tanto en el plano sincrónico como en el diacrónico. Por tanto, la estructura de la comprensión acaba remitiendo a una ontología. En ese sentido Kaufmann sostiene que la comprensión no genera su propio objeto, ya que condición necesaria de toda comprensión es que haya «algo» que deba ser comprendido, esto es, una *realidad* diferente del sujeto que comprende y del proceso de comprender.

Aunque para Kaufmann la ontología no es sinónimo de ontología cósmica, (que él identifica con ontología de la sustancia), porque el Derecho no es una sustancia y porque el referente ontológico del Derecho no puede ser otra cosa que la persona y ésta según este autor tampoco es sustancia sino esencialmente relación. Serna acepta que en efecto el referente ontológico del Derecho es la persona, pero, a su juicio, ésta última no sólo es relación sino también sustancia. Así, a pesar de que Kaufmann entienda que la relacionalidad de la persona conduce a una ontología de relaciones y no de sustancias, dado que, a juicio de Serna entre persona y relación no hay incompatibilidad sino necesidad de aunar ambos conceptos, nuestro autor deduce que en el fondo el propio Kaufmann acaba aceptando una ontología de la persona entendiendo por tal un ser que es simultáneamente sustancia y relación.

Pero el pensamiento de Kaufmann todavía se puede encaminar en una dirección más ontológica, pues, a partir del referente humano de la comprensión jurídica, acaba postulando la justicia del orden jurídico, y lo hace cuando afirma que el Derecho para legitimarse necesitará «asegurar al ser humano lo que le corresponde como persona». La persona es pues presentada por el autor alemán como fuente de exigencias, que para ser tales, añade Serna, deben ser objetivas. A partir de este punto entiende el autor que se puede ya configurar la justicia como exigencia intrínseca del Derecho mismo, a la luz de lo cual la protección de la persona no es un simple objetivo material del Derecho sino el elemento constitutivo del mismo. Se podría decir que Serna sigue el pensamiento de Kaufmann hasta las fronteras del mismo, pero, y en ello podemos ver la interesante aportación del autor español, rebasa aquél, derivando del mismo profundas consecuencias a las que el propio Kaufmann no consigue llegar.

La dificultad estribaría ahora para Serna en determinar los contenidos concretos de esa protección y del reconocimiento que debe brindar el Derecho. Dicha tarea entiende que debe desplegarla en dos ámbitos principales: la garantía de aquellos bienes y valores básicos que permiten a la persona su desarrollo humano por una parte; y la protección de la autenticidad de las relaciones interpersonales en que consiste la vida social y el Derecho mismo por otra. A la determinación de cuales sean esos bienes y valores básicos y la

naturaleza específica de las relaciones sociales accedemos, al menos en el origen, desde la tradición.

Todo este recorrido realizado le permite a Serna afirmar que, si bien aceptando el planteamiento teórico de la hermenéutica no es posible superar el relativismo, el anclaje ontológico propuesto por Kaufmann sí supondría un intento de alejarse de toda concepción relativista. Ello es posible porque cabe en el planteamiento hermenéutico, explicitar el prejuicio, ponerlo entre paréntesis, cuestionar su validez, acceder a tradiciones diferentes y compararlas con la propia y aun confrontar y discutir las diferentes concepciones sobre los bienes, valores y derechos existentes en una misma comunidad cultural. Y si todo esto es así, concluye, es posible trascender la comprensión, pues no todo en el discurso jurídico es comprensión o interpretación. Caben otras operaciones como la reflexión, de modo que se puede superar el círculo hermenéutico a través de ellas. Así, lo fundamental para el autor no sería tanto entrar en el círculo como poder salir de él en el momento oportuno. Tarea para la cual es preciso completar la perspectiva hermenéutica, de la que no pueden extraerse excesivas orientaciones metodológicas, con otras perspectivas.

En este sentido entiende Serna que el círculo hermenéutico no solo es superable por la reflexión. La posibilidad de explicitación de los prejuicios y de comparación y contraste de tradiciones «abre el camino a una referencia directa a lo real». Tal referencia admite que carece de la exactitud de la matemática y de la necesidad de la lógica, pues es una referencia aproximativa, pero es, a su juicio, capaz de profundizar en la referencia ontológica que nos ha expuesto en la última parte de esta obra. Y a partir de aquí comienza la tarea de ir configurando los perfiles de esta aproximación, tarea abierta hacia el futuro.

Concluye pues esta obra dejando efectivamente preparado el escenario en el cual propone su autor encuadrar un proyecto iusfilosófico. No cabe duda ninguna de que lo realizará con la misma brillantez y profundidad con la que ha sido capaz de dibujar el panorama del pensamiento jurídico de los últimos tiempos, en todo caso constituye una suerte de promesa que deja al lector ávido de enfrentarse a ella.

Ana-Paz GARIBÓ PEYRÓ  
Universidad de Valencia

**SEOANE, José Antonio, y RIVAS, Pedro: *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz, Comares, Granada, 2005, 245 pp.***

La filosofía perenne tiene mucho que aprender de Joseph Raz, con la condición de que sepa seleccionar puntillosamente lo mejor de su abundante producción bibliográfica y de las intuiciones elaboradas contra corriente a lo largo de tres décadas.

Recuerdo que en cierta ocasión, hace algunos años, comenté con un investigador del ámbito anglosajón, buen conocedor de las obras de Raz, mi sentimiento de admiración y de desencanto a la vez, de desconcierto ante las tesis y los argumentos del profesor oxoniense. Por una parte, muchas de sus explicaciones sobre la estructura del derecho y sobre la naturaleza de la autoridad guardan asombrosos paralelos con la filosofía jurídica clásica en lo relativo al derecho positivo. Por otra, sin embargo, sus afirmaciones sobre la fundamentación de esas tesis y sobre su conexión con los deberes morales, reflejan buena parte de la disolución de la filosofía práctica en los últimos dos siglos. El experimentado profesor a quien yo le confiaba mi desconcierto me respondió que, tras varios años de intentar comprenderlo, había él llegado a la conclusión de que Joseph Raz simplemente defiende varios conjuntos de tesis incoherentes entre sí. Había que tomarlo como era: cada cosa por su parte.

Ahora tengo el agrado de recomendar, a quienes gustan de la filosofía del derecho, un libro enteramente dedicado a la exposición y crítica de algunos aspectos centrales de la filosofía jurídica de Joseph Raz. La anécdota recién narrada viene a cuento porque presiento que los lectores podrán comprobar, en este libro, tanto por los comentarios de los autores como, sobre todo, por las diferencias entre ellos y de ellos con respecto a otros intérpretes de Raz, que el profesor de Oxford defiende efectivamente tesis suficientemente incoherentes entre sí como para provocar una serie de exposiciones sistemáticas contrapuestas por parte de quienes han procurado reconstruir un pensamiento coherente.

Los dos autores de *El último eslabón del positivismo jurídico* siguen un procedimiento similar: exponen el tema prácticamente sin intervenir críticamente, siguiendo de cerca a Raz y a algunos comentaristas, y ofrecen un capítulo crítico al final. Mi comentario se centrará en los capítulos críticos, que constituyen el aporte más original en los dos casos. Sintetizaré, sin embargo, los capítulos expositivos, que también pueden considerarse un aporte valioso de reconstrucción sistemática del pensamiento de Raz, altamente complejo, disperso y debatido.

El estudio de José Antonio Seoane, primera parte del libro, se titula «El Concepto de Derecho. La Teoría del Sistema Jurídico» (pp. 11-168).

El capítulo I reconstruye la teoría completa del sistema jurídico, según Raz. Trata de la existencia de un sistema jurídico, que se determina sobre la base de dos *tests* –el *test* preliminar de eficacia y el *test* de exclusión, que opta por afirmar la existencia del mejor sistema eficaz–; de la distinción entre sistema jurídico –existente a lo largo del tiempo– y sistema jurídico momentáneo –las disposiciones jurídicas de un sistema válido en un determinado momento–, éste como parte de aquél; de la identidad del sistema jurídico –primacía del criterio de *reconocimiento autoritativo* por los órganos primarios respecto del principio de origen y, consiguientemente, multiplicación de

las reglas de reconocimiento y de las disposiciones últimas del sistema–; de la concepción del sistema jurídico como sistema de razones para la acción con fuentes sociales y carácter excluyente; de la combinación de los criterios de existencia e identidad del sistema jurídico –eficacia, institucionalidad, fuentes sociales y apertura al sistema político–; y, finalmente, de la estructura del sistema jurídico –relaciones entre disposiciones, normas, coacción, validez– y de la nula importancia directa del contenido del sistema para determinar las características generales de los sistemas jurídicos.

En el capítulo II, tras mostrar la continuidad metodológica entre Raz y Hart –analogía, recurso al punto de vista interno–, Seoane explica los atributos esenciales del sistema jurídico: su carácter institucional –vinculado a la tesis de las fuentes sociales, la naturaleza ejecutiva del derecho y su carácter autoritativo–, la normatividad, la coactividad –esencial para el derecho humano, pero no para el derecho *per se*–, la comprensividad, la supremacía, la apertura, la complejidad y la heteronomía (respecto del sistema político).

Los dos primeros capítulos constituyen un notable esfuerzo de reconstrucción teórica. En seguida, el capítulo III expone la visión crítica del autor sobre las ideas de Joseph Raz.

Es en este capítulo donde cabe advertir que Joseph Raz –siguiendo la estela de Hart como transformador profundo de la tradición del positivismo jurídico analítico– se hace difícilmente inteligible si se considera su teoría como una explicación del derecho tal como es y ha sido comprendido culturalmente. En efecto, histórica y culturalmente siempre ha sido entendido como una mezcla de elementos autoritativos y de elementos racionales o morales –derecho positivo y derecho natural, en la terminología antigua–. Raz, paradójicamente, considera *derecho* solamente los elementos autoritativo-institucionales, pero admite su entrelazamiento con los elementos no-jurídicos tanto en la creación como en la aplicación del derecho. Casi parece como si la palabra *derecho* significara simplemente, por estipulación, lo que antes se designada como *derecho positivo*. No es así. Raz huye de hacer verdaderas sus tesis solamente por estipulación lingüística. Sin embargo, sí cabría decir que, tanto en la filosofía clásica del derecho como en la de Raz, los argumentos de fondo y la observación del funcionamiento del *derecho* (*derecho positivo*) exigen un *concepto* que englobe todas esas normas de origen autoritativo-institucional. La teoría de Raz procura justificar la existencia y las características de eso que él llama *derecho* –nosotros también–, y que los antiguos llamaron *derecho positivo* –nosotros también–, como una realidad social distinta de las normas morales, pero relacionada de diversas maneras con ellas. El hecho de que se llame a esta empresa intelectual *positivismo jurídico* y de que se adopte tan frecuentemente el punto de vista meramente jurídico –el del hombre legal– para caracterizar el fenómeno, aunque en otros momentos se adopte el punto de vista moral o filosófico general para relativizarlo, ha inducido a confusiones a algunos de sus críticos.

La consideración del alcance de las críticas de Seoane nos permitirá apreciar también el alcance de las incoherencias de Joseph Raz, no obstante las útiles explicaciones de ambos autores.

En primer lugar, entiende Seoane que, por la naturaleza ejecutiva del derecho, Raz excluye la deliberación del derecho, lo cual contradice la idea de que los órganos primarios aplican y *crean* derecho a la vez (p. 145: me parece que la remisión de nota 8 debe entenderse hecha a *supra capítulo segundo*, III.1.1). Lo cierto, sin embargo, es que Raz no excluye la deliberación del derecho, sino que simplemente sostiene –sigue en esto a Aristóte-

les— que la deliberación es el estadio previo de la decisión, en este caso de la decisión que crea derecho, de manera que toda ejecución o mera aplicación del derecho supone que ha cesado la deliberación. Mas, como los tribunales no se limitan a aplicar el derecho preexistente, sino que también crean derecho nuevo, se sigue que son órganos que deliberan (sobre la base de razones extrajurídicas, como Seoane bien explica en el lugar citado y p. 121).

En el contexto de esta discusión sobre la facultad deliberadora de los tribunales, Seoane critica la tesis de Hart, según la cual los poderes *inintersticiales* de los tribunales —su facultad de crear derecho en lo no definido por el derecho preexistente— deben ejercerse con sujeción a dos condiciones: (i) referirse a razones generales que justifiquen su decisión y (ii) actuar como lo haría un legislador racional al decidir de acuerdo *con sus propias creencias y valores*. Según Seoane, la condición (i), exigir una referencia a razones generales justificadoras, «parece razonable, aunque habría que precisar qué tipo de razones (presumiblemente «jurídicas»)» (p. 146, nota 9). Mas esto no es lógico, si pensamos que precisamente son las razones *jurídicas* aquellas que faltan y que abren el marco de discrecionalidad: Hart debe de estar pensando, simplemente, en que el ejercicio de la discrecionalidad debe estar guiado por razones que realmente justifiquen la decisión —sin excluir las razones morales de una moralidad crítica—, lo cual exige un cierto carácter de generalidad del principio racional (no un *fiat* aplicable solamente al caso). Enseguida, Seoane subraya que el segundo condicionante (ii), decidir de acuerdo con las propias creencias y valores, «aisladamente considerado, sin sujeción jurídica alguna (normas legislativas, precedentes, por ejemplo) no parece razonable ni para el órgano judicial ni para el legislativo, y sí, en cambio, una fuente inagotable de arbitrariedad» (*ibidem*). No comparto la crítica a Hart, porque, en primer lugar, el carácter *inintersticial* de las facultades discrecionales supone que la condición propuesta no es algo «aisladamente considerado, sin sujeción jurídica alguna» sino precisamente algo *inintersticial*, contextual y *no* aisladamente considerado, acotado por el marco jurídico positivo. Pero, además, es que en cualquier teoría jurídica —iuspositivista, realista, iusnaturalista, como se quiera—, atribuir al órgano aplicador facultades deliberativas y reconocer —descriptiva o normativamente— que *de hecho* recurre o *puede* o *debe* recurrir a razones no-jurídicas (como las razones morales) equivale a afirmar que decide o puede o debe «decidir de acuerdo *con sus propias creencias y valores*»: el funcionario no tiene otras que las propias, e incluso cuando, al ejercer su discrecionalidad, pone entre paréntesis alguna creencia propia, lo hace porque tiene alguna otra creencia propia que le mueve a hacer ese paréntesis.

De las mismas citas que Seoane aduce (*vid.* p. 148, nota 12) se sigue que Raz *no* excluye «a los tribunales y órganos aplicadores del estadio deliberativo, equiparando la tarea judicial al modelo de Montesquieu» (p. 148), sino que se limita a decir que, cuando va más allá de ejecutar, ejerce habilidades no-técnico-jurídicas sino morales que «son muy importantes para los jueces en tanto jueces» y relevantes para el papel del juez (Raz, en *ibid.* p. 148, nota 12).

Al parecer, la incoherencia de las tesis razianas entre sí —su filosofía moral y política respecto de su teoría jurídica descriptiva— y el hecho de que Seoane se ha ocupado sobre todo de las obras de teoría jurídica, han arrasado al crítico a atribuirle afirmaciones que Raz no comparte. Seoane parece creer que «la noción de razón excluyente y la naturaleza ejecutiva del Derecho» —*i. e.*, la explicación raziana de la naturaleza del derecho— «obliga

al ciudadano o al destinatario de las normas a seguirlas con independencia de los contenidos; a obedecerlas o respetarlas por el hecho de ser producto de la autoridad» (p. 154); a la vez que «los órganos primarios han de limitarse a aceptar y aplicar lo ya existente» (p. 155); «asunción acrítica de la voluntad de la autoridad» (*ibid.*); o: «La noción de razón excluyente se sustenta en una noción de autoridad que conduce a un acto de abdicación de la deliberación y de la razón; a una obediencia ciega» (*ibid.*). Pues bien, nada de eso está presente en el pensamiento de Raz, como el mismo comentarista observa en nota 25 de la página 155: Raz *no* cree en una obligación general de obedecer el derecho... Sucede que Seoane parece haber tomado como tesis de filosofía moral y política las afirmaciones de Raz hechas desde el punto de vista legal, puramente jurídico, que nada implican –en el pensamiento de Raz– respecto del deber moral de obedecer (ni siquiera respecto del deber *moral* de los jueces).

En este sentido, no puedo concordar con la idea de que «Raz puede identificarse también (...) con un positivismo ideológico débil» (p. 168). Tampoco es verdad que la teoría de Raz «presume la justificación de las directivas y mandatos de la autoridad (...) y no afirma la existencia de una pretensión de corrección, legitimidad o justicia de dichas normas o directivas autoritativas» (*ibidem*). La verdad es lo contrario: Raz no presume ninguna justificación (moral) del derecho, sino solamente que, vistas las normas desde el punto de vista interno –el del hombre legal, que sería diabólico adoptar en la vida real–, una norma es una razón excluyente –en esto consiste tener autoridad– y el derecho *pretende* autoridad legítima (*moralmente* legítima, no solamente de facto): tal es la tesis de la pretensión de corrección en el pensamiento de Raz.

Algunas de las críticas que se recogen en la segunda parte incurren en la misma confusión: atribuir a la elucidación raziana del derecho tesis de filosofía política y moral que Raz claramente rechaza. Además, son tesis morales (sumisión, obediencia ciega, etc.) que ni siquiera se siguen lógicamente de lo que Raz ha expuesto. Sin embargo, aunque no puedo detenerme más en este punto, tengo para mí que esa elaboración raziana de una teoría jurídica desconectada de las fundamentaciones morales y políticas últimas –*i.e.*, sin la correspondiente teoría de la ley natural– es de hecho, en la práctica y aun contra lo que Raz querría, sumamente apta para engendrar, en los lectores y especialmente en los funcionarios públicos, esa mentalidad que Seoane califica de positivismo ideológico débil y que Raz llama simplemente *diabólica*: la del que se considera moralmente justificado para aplicar las reglas del derecho sin deliberar sobre sus méritos morales. Reitero que este resultado no es una consecuencia lógica ni menos un contenido del pensamiento de Raz, sino una consecuencia práctica –causal– de insertar su pensamiento jurídico en el contexto de una mentalidad y de una cultura donde las afirmaciones sobre el derecho suelen interpretarse con una carga moral: si se dice que el derecho consiste en razones excluyentes o protegidas para la acción, que pretenden autoridad moral legítima, es fácil que los funcionarios piensen que su deber *moral* consiste en tomarse esas razones como realmente legítimas, moralmente obligatorias y excluyentes de toda otra deliberación moral (que es lo que Raz denomina el punto de vista diabólico del hombre puramente legal).

La segunda parte, más breve, se titula: «El Fundamento del Derecho. El Problema de la Autoridad».

En el capítulo I, Pedro Rivas sintetiza el pensamiento de Raz sobre la autoridad como explicación del derecho. Primero recuerda las explicaciones de Raz sobre las «razones para la acción» de diversos tipos, en términos de las cuales –no de prácticas sociales, como sostuvo el primer Hart en *The Concept of Law*– se han de concebir las reglas y las normas. Enseguida se explica la autoridad en términos de razones para la acción de diversos tipos (excluyentes, protegidas, etc.). Luego se expone la justificación moral de la autoridad, que es la concepción de la autoridad como servicio. En seguida se utiliza la relación entre autoridad y derecho para explicar la naturaleza del derecho, pues la tesis central de la explicación «positivista» del derecho es la tesis de las fuentes sociales: es derecho solamente lo que puede identificarse por referencia a hechos sociales sin recurrir a valoraciones morales. Esta tesis, a su vez, viene exigida por la naturaleza de la autoridad, que reemplaza las razones que podría tener cada ciudadano por una razón excluyente. Esa función mediadora de la autoridad no se cumpliría si, para saber lo que la autoridad *ha mandado* (atención: *no para saber si se le debe obedecer*), tuviésemos que recurrir a las mismas razones morales en que ella se ha basado para adoptar su determinación autoritativa. En fin, Rivas se detiene en mostrar las relaciones entre estas tesis centrales de Raz y su concepción institucional del derecho, la obligación moral de obedecer el derecho –no existe *en general*, ni *prima facie*, ni siquiera en un sistema justo– y la incipiente teoría raziana de la interpretación jurídica.

El capítulo II es un recuento de las principales críticas a la teoría raziana de la autoridad y del derecho como razón excluyente y/o protegida para la acción. Una parte de la crítica consiste –como vimos que hacía Seoane en la primera parte– en atribuirle la tesis moral de la obediencia ciega y en refutar su tesis de que incluso las órdenes autoritativas erróneas poseen autoridad. También se critica su justificación de la autoridad como servicio. Entre otras cosas, por ejemplo, se dice que Raz supone la idea de un experto en cuestiones morales, que sería *contraintuitiva*. En fin, también se ha criticado la incoherencia de su teoría de la interpretación con respecto a la separación tan nítida entre aplicar y crear derecho en sus obras anteriores. Ésta es la única crítica que comparto de todas las que he leído; las demás me parece que son fruto de no comprender adecuadamente el pensamiento de Raz, quizás porque él mismo no diferencia claramente cuándo habla desde el punto de vista legal y cuándo desde el punto de vista moral (por ejemplo, legalmente existe la obligación de seguir las órdenes jurídicas autoritativas erróneas; moralmente, según Raz, no existe la obligación de obedecer ni siquiera las normas justas por sí mismas, aunque puede existir la obligación por consideraciones independientes de su propia autoridad, por ejemplo, porque mandan algo que ya es en sí moralmente obligatorio, como no matar). Naturalmente, no dispongo de espacio para comentar estos malentendidos, ni creo que revistan mayor interés.

Más interesante es el último capítulo, donde Pedro Rivas aporta su propia crítica al pensamiento de Raz sobre la autoridad.

Rivas señala, en primer lugar, que la explicación de la autoridad en términos de razones excluyentes sería acertada en la medida en que se profundizara en el fundamento objetivo de dicha racionalidad. De lo contrario, las razones para la acción –desprovistas de su contexto racional último– se resolverían en la imposición de una autoridad no justificada. En mi opinión, esta crítica es correcta, pero no debe llevar a abandonar el mejor aporte de Hart y de Raz a la teoría jurídica contemporánea, que consiste en concebir la normatividad

en términos de razones para la acción y no de meros actos de voluntad. La crítica debe llevar, más bien, a reconocer la insuficiencia de la fundamentación raziana y la incoherencia entre su teoría jurídica y su no cognitivismo ético más general.

En segundo lugar, critica Rivas el intento de Raz de explicar el derecho como algo normativo y obligatorio jurídicamente –desde el punto de vista interno– pero sin comprometerse, y más bien negando, su conexión con la obligatoriedad *simpliciter*, que es la obligación moral. Aquí Rivas es consciente de que no puede atribuir a Raz la tesis de la obediencia ciega.

En tercer lugar, muestra Rivas que el positivismo jurídico de Raz –la tesis de las fuentes sociales– es una consecuencia de su filosofía política sobre la autoridad, pues la justificación de la autoridad es la que exige que sus prescripciones autoritativas sean identificables sin recurrir a argumentación moral. Raz estaría, me parece, totalmente de acuerdo con esta observación. No concordaría, por supuesto, con la consecuencia que extrae Rivas, a saber, que la identificación del derecho con un aspecto del complejo fenómeno jurídico –su carácter autoritativo e institucional–, dejando de lado otros aspectos –por ejemplo, los contenidos materiales–, implica formar un concepto de derecho mediante una selección guiada por razones, razones que no están suficientemente justificadas. Quizás Rivas exagera al decir que «en realidad *se carece de razones* para tal elección» (p. 239, énfasis mío), pues por algo esa elección coincide con la que han hecho los grandes filósofos del derecho a lo largo de la historia para caracterizar lo que llamamos derecho positivo (institucional, autoritativo, parte del sistema político, coactivo, etc.). Sin embargo, apunta acertadamente hacia una de las lagunas más importantes en el pensamiento de Raz.

En cuarto lugar, se refiere Rivas a la difícil compatibilidad entre la tesis de las fuentes y el uso judicial de principios que los jueces estiman como vinculantes por su contenido y no por haber sido ya incorporados a la práctica judicial (pp. 239-244).

Finalmente, juzga el autor brevemente la incipiente teoría raziana de la interpretación, que no parece ser más que un intento de salvar a la vez la autoridad del origen institucional del derecho y la autoridad de los órganos primarios para desarrollar el derecho, adaptarlo a nuevos tiempos, etc.

Tanto en relación con los principios como con la interpretación, me parece que Rivas logra mostrar que Raz aporta una descripción verdadera de un aspecto del fenómeno jurídico, a saber, el derecho normativo autoritativo-institucional (o *derecho positivo*); pero quedan abiertas las demás cuestiones clásicas sobre el derecho, como, por ejemplo, la intervención de lo valorativo en la judicación incluso más allá de la discrecionalidad jurídica admitida por el derecho preexistente.

Cristóbal ORREGO S.  
Universidad de los Andes (Chile)



**V**

**NOTICIAS**



## XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política

(Alcalá de Henares, 28, 29 y 30 de marzo de 2007)

En la Asamblea de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política que tuvo lugar en la Universidad de Málaga el 12 de marzo de 2005, se acordó que las XXI Jornadas se celebraran en Alcalá de Henares, estimándose que deberían tener una nueva estructura que rompiera con la tradicional. En cumplimiento de tal acuerdo, las Jornadas se celebraron los días 28, 29 y 30 de marzo de 2007 bajo el rótulo de *Problemas actuales de la Filosofía de Derecho*, dividiéndose en cinco Sesiones Plenarias, cuatro Seminarios y una Mesa redonda, seguidos de fructíferos y prolongados debates. Las numerosas comunicaciones presentadas no se leyeron, pero previamente se publicaron en los Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho.

El Acto inaugural se llevó a cabo en el Paraninfo de la Universidad de Alcalá, y las Sesiones Plenarias, la Mesa redonda y la Clausura en el Salón de Actos del Edificio del Rectorado. Las sedes de los Seminarios fueron la Sala de Conferencias Internacionales y la Sala 3M de ese mismo edificio. Por otro lado, el Comité organizador y el científico estuvieron formados por representantes de un nutrido número de Universidades, a la vez que se debe destacar la colaboración de la Universidad de Alcalá, de su Facultad de Derecho y del Área de Filosofía del Derecho, junto a las Cátedras de Democracia y Derechos Humanos y de Responsabilidad Social Corporativa, sin olvidar a las Editoriales Dykinson y Marcial Pons.

El Acto de inauguración fue el día 28, a las 10 h., y lo presidió el Rector Magnífico de la Universidad alcalaína. En él intervinieron, además, la Presidenta de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Profra. Francesca Puigpelat Martí, y el Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Alfonso Martínez García-Moncó. Con posterioridad, se desarrolló la primera Sesión Plenaria, la cual versó sobre el *Liberalismo* y los ponentes fueron los Profesores José Antonio Estévez Araújo, de la Universidad de Barcelona, que presentó un trabajo titulado *En los límites de la realidad liberal*, y Ana Rubio Castro, de la Universidad de Granada, que habló sobre *La privatización de la política y sus efectos sobre el Derecho*, actuando como moderador el Prof. Nicolás M.<sup>a</sup> López Calera. Seguidamente, y tras un breve descanso, la segun-

da Sesión Plenaria tuvo como objeto de estudio la *Bioética* y contó con las aportaciones de los Profesores Ángela Aparisi Miralles, de la Universidad de Navarra, que reflexionó sobre la *Bioética, Bioderecho y Biojurídica*, y Miguel Ángel Ramiro Avilés, de la Universidad Carlos III de Madrid, quien analizó el tema del *Moralismo legal y Bioética: el caso de la clonación humana*. En esta ocasión, la moderadora fue la Profra. Francesca Puigpelat Martí. Por la tarde, tuvieron lugar dos Seminarios paralelos, uno sobre *La fundamentación de los juicios de hecho*, coordinado por el Prof. Juan Igartua Salaverría, de la Universidad del País Vasco, y el otro sobre *Ética de las profesiones*, cuyo coordinador fue el Prof. Jorge F. Malem Seña, de la Universidad Pompeu Fabra.

El día 29, por la mañana, comenzó la tercera Sesión Plenaria sobre *Soberanía, Unión Europea y ciudadanía*, cuyos expositores fueron los Profesores Francisco J. Laporta San Miguel, de la Universidad Autónoma de Madrid, el cual examinó la problemática de la *Ciudadanía, soberanía y democracia en el proceso de integración europea*, dando cuenta de la ponencia preparada por el Prof. Juan Carlos Bayón Mohíno, al que le fue imposible asistir por causa de enfermedad, y Agustín J. Menéndez Menéndez, de la Universidad de León, quien abordó *La validez del Derecho comunitario y la legitimidad democrática de la Unión Europea*. El moderador fue el Prof. Elías Díaz García. Después del descanso, la cuarta Sesión Plenaria se refirió a la *Argumentación y negociación* e intervinieron los Profesores Manuel Atienza Rodríguez, de la Universidad de Alicante, quien trató de la *Argumentación y Constitución*, y Juan Ramón de Páramo Argüelles, de la Universidad de Castilla-La Mancha, que consideró la vertiente de las *Convenciones y convicciones*. El Prof. José Delgado Pinto efectuó el papel de moderador. Por la tarde, se celebraron dos Seminarios paralelos, uno sobre los *Derechos fundamentales*, coordinado por el Prof. Rafael González-Tablas Sastre, de la Universidad de Sevilla, y el otro sobre el *Sistema jurídico*, coordinado por el Prof. Juan Manuel Pérez Bermejo, de la Universidad de Salamanca. Al terminar los Seminarios, y como actividad complementaria, se realizó una visita guiada a la Universidad Cisneriana.

El día 30, las Jornadas se iniciaron con la quinta Sesión Plenaria sobre la cuestión de la *Libertad religiosa*, en la que participaron los Profesores Andrés Ollero Tassara, de la Universidad Rey Juan Carlos, con la ponencia *Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española*, y José Ignacio Lacasta Zabalza, de la Universidad de Zaragoza, con la disertación sobre *Libertad religiosa: ¿es posible un diálogo laico con la Iglesia católica?*, siendo moderada por el Prof. Gregorio Peces-Barba Martínez. Por último, hubo una Mesa redonda sobre los *Nuevos Planes de Estudio*, tomando parte los Rectores de las Universidades públicas españolas pertenecientes al Área de Filosofía del Derecho: Virgilio Zapatero Gómez, Rector Magnífico de la Universidad de Alcalá; Gregorio Peces-Barba Martínez, Rector Magnífico de la Universidad Carlos III de Madrid; José Juan Moreso Mateos, Rector Magnífico de la Universidad Pompeu Fabra; y José M.<sup>a</sup> Martínez de Pisón Cavero, Rector Magnífico de la Universidad de La Rioja. Cuando terminó, se dio paso al Acto de clausura y a un almuerzo para todos los asistentes.

Una vez finalizado el almuerzo, se celebró la Asamblea General de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, en la que, entre otras cosas, se aceptó la propuesta de la Universidad de La Rioja para organizar las

XXII Jornadas y se procedió a renovar la Junta Directiva, resultando elegidos los siguientes Profesores:

Presidente: Carlos Alarcón Cabrera (Universidad Pablo de Olavide).  
Fco. Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid).  
José Calvo González (Universidad de Málaga).  
M.<sup>a</sup> Eugenia Gayo Santa Cecilia (Universidad Nacional de Educación a Distancia).  
Pilar Giménez Alcover (Universidad Autónoma de Barcelona).  
Alfonso de Julios Campuzano (Universidad de Sevilla).  
Laura Miraut Martín (Universidad de las Palmas de Gran Canaria).  
Juan Antonio Pérez Lledó (Universidad de Alicante).  
Ana Rubio Castro (Universidad de Granada).

M.<sup>a</sup> Isabel GARRIDO GÓMEZ  
Universidad de Alcalá

## Seminario internacional: «Derecho, ética y política. Un debate en torno a la obra de Ernesto Garzón Valdés»

Los días 15 y 16 de junio de 2007 se celebró en la Universidad de Alicante un homenaje al profesor Ernesto Garzón Valdés con motivo de su 80.º aniversario. El acto fue organizado conjuntamente por la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, la Università degli Studi di Genova y la Universidad de Alicante, y contó con el patrocinio de la Consellería de Empresa, Universidad y Ciencia de la Generalitat Valenciana, el Ministerio de Educación y Ciencia y el *Centro de Estudios Iberoamericanos Mario Benedetti* de la Universidad de Alicante.

El homenaje fue concebido como un seminario de discusión académica con el profesor Ernesto Garzón Valdés a propósito de su obra en el ámbito de la filosofía del Derecho, de la ética y de la política. El seminario constó de dos conferencias y tres sesiones de trabajo. La conferencia inaugural corrió a cargo del profesor Javier Muguerza, y llevó por título: «Los derechos humanos entre el universalismo y el comunitarismo: el caso de los derechos culturales (Una conversación entre Ernesto Garzón y Luis Villoro)». Por su parte, el profesor Eugenio Bulygin se encargó de la conferencia de clausura, presentando una «Semblanza de Ernesto Garzón Valdés».

La primera sesión de trabajo fue moderada por el profesor Alfonso Ruiz Miguel y estuvo dedicada a las contribuciones de Ernesto Garzón Valdés en el ámbito de la filosofía del Derecho. En ella participaron los profesores Miguel Álvarez Ortega (Universidad de Sevilla), Alberto Carrió Sampedro (Universidad de Oviedo), Pierluigi Chiassoni (Università di Genova), Jesús González Amuchástegui (Universidad Carlos III), Riccardo Guastini (Università di Genova), José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra), Victoria Roca (Universidad de Alicante), Juan Ruiz Manero (Universidad de Alicante) e Isabel Turégano (Universidad de Castilla-La Mancha).

La segunda sesión de trabajo se ocupó de las contribuciones en el ámbito de la filosofía política del profesor Garzón Valdés. Fue moderada por Paolo Comanducci y en ella intervinieron los profesores Josep Aguiló Regla (Universidad de Alicante), Juan Carlos Bayón (Universidad Autónoma de Madrid), Andrea Greppi (Universidad Carlos III), Pablo Larrañaga (ITAM, México), Josep Lluís Martí (Universitat Pompeu Fabra), Félix Ovejero (Universitat de

Barcelona), Alfonso Ruiz Miguel (Universidad Autónoma de Madrid) y Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra).

La tercera y última mesa redonda, dedicada a la filosofía moral, fue moderada por Javier de Lucas, y en ella participaron los profesores Macario Alemany (Universidad de Alicante), Silvina Álvarez (Universidad Autónoma de Madrid), Manuel Atienza (Universidad de Alicante), Paolo Comanducci (Università di Genova), Daniel González Lagier y Ángeles Ródenas (Universidad de Alicante), Isabel Lifante (Universidad de Alicante), José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra) y José María Sauca (Universidad Carlos III).

El seminario finalizó con un discurso del profesor Ernesto Garzón Valdés. Las distintas aportaciones al seminario (tanto las conferencias, y discursos, como las contribuciones a las sesiones de trabajo) van a ser publicadas en la Revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

Isabel LIFANTE VIDAL  
Universidad de Alicante

## XXIII Congreso de la IVR (Cracovia, 1-6 agosto 2007). «*Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity*»

Desde el 1 hasta el 6 de agosto se celebró en Cracovia el XXIII Congreso de la Sociedad Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR), con el tema central «Derecho y culturas jurídicas en el siglo XXI: diversidad y unidad», escogido teniendo en cuenta la importancia de analizar en nuestro contexto histórico los conceptos fundamentales de las diferentes tradiciones jurídicas tratando de encontrar lo que hay de común en ellas. Además, durante el congreso un amplio número de grupos de trabajo debatió sobre los temas clásicos de la teoría y la filosofía del derecho, sobresaliendo en particular el dedicado al filósofo del derecho polaco Leon Petrazycki (1867-1931).

Los conferenciantes plenarios fueron Aulis Aarnio, quien habló sobre identidad cultural, social y jurídica; Zenon Bankowski, quien habló sobre la vida ética de las instituciones jurídicas; Susan Haack, quien habló sobre el universo pluralista del derecho en busca de una pragmática jurídica neoclásica; Takao Katsuragi, quien habló sobre nacionalismo, multiculturalismo y el concepto del derecho; Larry May, quien habló sobre genocidio y reconciliación; Fred Schauer, quien habló sobre si existe un concepto del derecho; Jan Sieckmann, quien habló sobre el concepto de autonomía; Mark Van Hoecke, quien habló sobre las culturas jurídicas europeas en el contexto de la globalización; Francesco Viola, quien habló sobre la regla del derecho en el pluralismo jurídico; y Jan Wolenski, quien habló sobre los modelos de razonamiento jurídico. Las sesiones especiales estuvieron a cargo de Eugenio Bulygin y Manuel Atienza, quienes hablaron sobre el futuro del positivismo jurídico, y de Krzysztof Motyka, quien habló del significado de la filosofía del derecho de Leon Petrazycki. Por su parte, los siete grupos de trabajo estuvieron dedicados a los siguientes temas: Problemas en la era de la globalización; el concepto del derecho y el sistema jurídico; Derecho y ética; Argumentación jurídica y lógica jurídica; Aplicación del derecho; Política jurídica y teoría jurídica; y Diversidad y Unidad de las culturas jurídicas.

Destacar por último la decisión tomada en la asamblea general de celebrar los próximos congresos en Pekín (2009), Francfort (2011) y Belo Horizonte (2013), y asimismo la triste pero necesaria experiencia de nuestra larga y detenida visita al campo de concentración de Auschwitz.

**Carlos ALARCÓN CABRERA**  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla



**VI**

**NECROLÓGICAS**



## Luis García-San Miguel Rodríguez-Arango (1929-2006)

Por ÍÑIGO ÁLVAREZ GÁLVEZ  
Universidad Europea de Madrid

Es un lugar común decir que uno se siente honrado y agradecido al ocuparse del encargo de recordar la figura del maestro, del amigo, desaparecido. Yo lo estoy, y vaya por delante mi agradecimiento a los editores del Anuario. En este caso, con mayor motivo, dado que existen personas que le conocieron más y por más tiempo, y que podrían contar muchos sucesos en primera persona, que yo sólo conozco por referencia.

Conocí a Luis García-San Miguel, hace ahora ocho años, por mediación de mi buena amiga y entonces compañera de faenas universitarias, Encarna Carmona. En aquel tiempo él era ya un viejo y sabio profesor, por sus conocimientos y por su edad. Nos juntábamos con él varios amigos (la propia Encarna Carmona, Juan Manuel Herreros, yo mismo), los viernes, a departir y a comer en mesa de mármol gastado y mantel de cuadros; dos actividades que sabía degustar y hacer disfrutar a otros. En esos encuentros gastronómicos nos conocimos hablando de todo un poco. De vez en cuando se arrancaba con alguna provocación: «España se hunde», decía por ejemplo, y los temas se iban enlazando entre los platos que nos servía Jesús.

Muchas cosas aprendí con él. Disfruté de su afabilidad y de su sentido del humor, y admiré su sensatez y su lucidez, tan poco comunes. Creo que era un gran conocedor de las personas. En no pocas ocasiones las cosas sucedían como él decía que iban a suceder y los demás se comportaban como él pensaba que se iban a comportar.

Tuve el placer de compartir unas cuantas comidas con él y el privilegio de trabajar bajo su dirección. En una de aquellas comidas nos dijo que quería poner por escrito sus apuntes de clase. El título de *Penúltimos apuntes* era inevitable (lo de *Los fundamentos del Derecho* fue añadido más tarde para dar un cierto toque de seriedad). Trabajé con él en el proyecto durante los siguientes tres años. Y entonces aprendí, además, filosofía. Si tuviera que elegir una obra representativa de su pensamiento, creo que elegiría ésta. Dejando a un lado el hecho de que se trata de la obra que mejor conozco, me

parece que es la que expresa de manera más clara, más precisa, más completa y más lúcida, su toma de postura filosófica y política. Como si lo hubiera escrito él mismo, quiso el destino que, en efecto, fuera su penúltima obra (la última fue su *Filosofía política. Las grandes obras*, de 2006, en la que participamos unos cuantos amigos y compañeros).

Éstas son las postreras. Las primeras nos sitúan en la España de los años cincuenta. Quisiera poder referirme a esa época desde el recuerdo vivo y propio, pero por suerte o por desgracia, nací en otra y nada puedo contar salvo por el testimonio de terceros. Por otro lado, no es la primera vez que se escribe sobre ella y no quisiera resultar repetitivo. Baste, pues, un breve recordatorio.

La situación entonces, al decir de sus protagonistas, no era fácil; sobre todo, para aquéllos que tenían la pretensión de pensar por sí mismos y no engrosar la feligresía de los buenos de turno, aunque esta circunstancia no la hace particularmente novedosa. Aunque es bien cierto que toda afirmación general corre el riesgo de obviar matices importantes y que, referido a la situación que nos ocupa, las condiciones fueron suavizándose con los años, puede afirmarse que durante unas cuantas décadas nuestra asignatura (no sólo, pero también) estaba monopolizada por un iusnaturalismo tradicionalista tomista bastante pétreo. «Lo que estos juristas pretendían, e imponían siempre que podían (y podían de firme) –recuerda García-San Miguel– era consagrar el iusnaturalismo católico-tradicionalista como la única opción posible y, desde luego, como la única válida»<sup>1</sup>. Y en este ambiente se empezó a desarrollar su particular carrera de obstáculos (comenzó en la Universidad de Oviedo en 1955), que eran tanto más grandes cuanto más crecía su empeño por pensar.

El profesor García-San Miguel era diplomado en Estudios Europeos por la Universidad del Sarre (1957), licenciado en Filosofía (1960) y doctor en Derecho (1960). Fue ayudante de Ética y sociología con el profesor Aranguren y de Filosofía del Derecho y Derecho Natural con el profesor Legaz. Como tantos otros, pasó por momentos de estrechez, económica y académica, vividos con singular despreocupación. Su definitiva entrada oficial en la universidad española se produjo en 1970, cuando obtuvo finalmente una plaza de profesor adjunto temporal, después de dos intentos frustrados en 1960 y 1966, y una aventura mexicana en 1967 y 1968, en la UNAM, donde impartió Teoría sociológica contemporánea. Ocupó igualmente otros cargos, como el de director del Centro de Enseñanza e Investigación en los años 1966 y 1967, o el de director del Institute of European Studies entre 1970 y 1988. En 1974 consiguió por oposición (y a pesar de su oposición al Régimen) una plaza de profesor adjunto; en 1982 la de profesor agregado en la Universidad de Santiago; y poco tiempo después, la cátedra en la de Alcalá, en donde fue Decano de la Facultad de Derecho entre 1987 y 1999, año de su jubilación. Estuvo envuelto en tareas docentes hasta el final, ya fuera en su aula (quiero decir en la que llevaba su nombre), como profesor emérito, ya el seminario de filosofía moral y política, que estuvo dirigiendo hasta unos meses antes de su muerte. En el año 2001 recibió la Gran Cruz de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio.

Y éste es el resumen académico de una vida intensa, porque la vida del país así lo fue también, e intelectualmente inquieta y libre. Como intelectual

---

<sup>1</sup> GARCÍA-SAN MIGUEL, L., *Hacia la justicia*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 15.

activo, defendió, en tiempos nebulosos, un iusnaturalismo liberal y progresista; estuvo influido por el marxismo; propugnó el socialismo autogestionario; el no cognoscitivismo moral; el eudemonismo; la democracia liberal, el reformismo y la socialdemocracia.

Se equivocaría quien pensara que los cambios ideológicos que se aprecian en el párrafo anterior responden a un deseo de complacer a los poderosos para atraerse sus favores académicos. Nunca, que yo sepa, fue así. Muy al contrario, la mayoría de las veces esta actitud intelectual libertaria levantó ampollas por partes iguales a los de un lado y a los de otro. Lo cual generó, como tiene que ser, la antipatía y la irritación de los guardianes de la ortodoxia y le granjeó no pocos ataques, velados unas veces, furibundos otras.

Pero un profesor son sus obras, que es finalmente lo que queda para la posteridad y lo que nos permite hacer presentes a aquéllos con quienes no tuvimos la oportunidad de tratar y de quienes no podemos conservar recuerdos propios.

El profesor García-San Miguel tiene una obra extensa y rica. Escribió sobre variadas cuestiones. Sobre *Los conceptos generales del Derecho privado europeo* (tesis inédita de 1960); sobre la revolución mexicana (*México: la revolución detenida*, de 1970); sobre la España del siglo XIX (*De la sociedad aristocrática a la sociedad industrial en la España del siglo XIX*, de 1973); o sobre «El pensamiento de Leopoldo Alas “Clarín”» (en *Apuntes de clase de Clarín*, de 1986). Escribió igualmente sobre cuestiones de actualidad política y social: *Escritos sobre la libertad política y el socialismo* (1976), *Las clases sociales en la España actual* (1980), *Teoría de la transición* (1981), *La crisis de la izquierda* (1988), *De memoria* (1997), donde se recopilan trabajos publicados anteriormente o *En prensa* (1997), que recoge una colección de sesenta y seis artículos publicados en diversos periódicos entre 1974 y 1993. También dirigió y participó en varios ciclos de conferencias, que se transformaron después en publicaciones colectivas: *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (1992), *El libre desarrollo de la personalidad* (1995) o *El principio de igualdad* (2000). O, en fin, escribió a su querida Asturias tanto en prosa (*Gente de Vidiago*, de 1991) como en verso (*Poemas tardíos*, de 1996).

Pero de todas sus obras (de las citadas y de alguna otra que quizás se me olvide) quisiera destacar las que considero que muestran de manera más clara su pensamiento filosófico jurídico. Son las siguientes:

Por un lado, sus *Notas para una crítica de la razón jurídica*, de 1969. Dejando a un lado la *Memoria sobre el concepto, método y fuentes de la Filosofía del Derecho y el Derecho natural*, escrita para las oposiciones, la de las *Notas* es la primera obra en la que plasma una visión completa de la disciplina. Y es también, lo dice el propio autor, «probablemente el primero y, si no, uno de los primeros escritos *modernos y progresistas* [...] de nuestra asignatura»<sup>2</sup>. Allí defendía una visión empirista del mundo y aplicaba el método marxista al análisis social. Propugnaba una filosofía de vocación científica y un Derecho natural que no fuera «una realidad abstracta, situada en las nubes, sino algo vivo que forma parte de la eterna lucha del hombre por mejorar sus condiciones de vida enfrentándose a la naturaleza y a la sociedad establecida para mejorarla con arreglo a fines conscientes y libres»<sup>3</sup>. La idea no era

<sup>2</sup> GARCÍA-SAN MIGUEL, L., *Hacia la justicia*, cit., p. 25.

<sup>3</sup> GARCÍA-SAN MIGUEL, L., *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 221.

nueva (aparece en otros trabajos anteriores), pero ahora se incluye, con la misma claridad, en una obra de conjunto que trata de los tres problemas fundamentales de la filosofía y, por tanto, de la filosofía del Derecho, a saber, el epistemológico, el ontológico y el moral.

A ésta seguirá otra de sus obras más representativas: *La sociedad autogestionada*, de 1972. Frente a la democracia capitalista y el socialismo autoritario, el autor propone una tercera vía que permita enlazar la igualdad social y la libertad política. La sociedad autogestionada aparecía así como «un proyecto utópico, en el sentido de prefigurador del futuro, esto es, de algo inexistente que se opone a lo establecido»<sup>4</sup>. La democracia (directa) que García-San Miguel defiende en la obra se extiende a todos los ámbitos: al empresarial, al universitario, al religioso, al internacional, al familiar; lo que propugna es un «proceso de democratización a escala mundial»<sup>5</sup>, que dará a luz un ser humano nuevo; un *homo democraticus*, un ser humano politizado, capaz de decidir por sí su propia vida; en suma, un ser libre.

La tercera de las obras que me parece que resumen bien su pensamiento es *Hacia la justicia*, publicada en 1993. Es así porque en ella se recogen artículos escritos entre 1964 y 1992, y, en consecuencia, permite entender la evolución producida. Aparecen allí muchas de las ideas de las *Notas* y de *La sociedad autogestionada*, y también otras correspondientes al momento en el que se publica el libro. Por ejemplo, la equiparación del bien y la felicidad; la defensa de una moral empirista; del eudemonismo; de la ideología liberal y del capitalismo; de la democracia representativa; de la socialdemocracia.

Finalmente, diez años después sale a la luz *Los fundamentos del Derecho. Penúltimos apuntes*. Lo que dio de sí la ocupación intelectual de su vida está plasmado en este libro. Para empezar, concibe nuestra disciplina como el resultado de la reflexión filosófica sobre el Derecho. En consecuencia, sus problemas fundamentales son los mismos problemas filosóficos aplicados al Derecho: el epistemológico, el ontológico y el moral. Desde una filosofía de corte naturalista-laica, el autor defiende lo siguiente. En el terreno epistemológico, un empirismo que emparenta con Locke, con Hume o con Russell, desde el que se proclama que el único conocimiento merecedor de ese nombre es el experimental en el ámbito de los hechos y el proporcionado por la razón en el ámbito de la lógica y la matemática. En el terreno ontológico, propugna un naturalismo dependiente de la ciencia, que se decanta hacia un materialismo, desde el que se postula la identificación de la mente y el cerebro, y el ejercicio de una libertad incognoscible. Y en el terreno moral, en fin, defiende un empirismo y un eudemonismo, que enlaza con Epicuro, con Hume, con Mill o con Marx, que sitúa como meta de la moral la felicidad y como fundamento de ésta el sentimiento. Trasladado al ámbito de la ordenación de la sociedad, propugna como fines últimos de ésta la libertad, la igualdad, la justicia, la paz, la prosperidad económica, la seguridad, la conservación de la naturaleza; y como mejores medios para conseguirlos, la democracia liberal (representativa) y el capitalismo económico con correctivos sociales. Por su parte, los derechos humanos, que se insertan en esa sociedad bien ordenada, se apoyan igualmente en un fundamento empirista y

<sup>4</sup> GARCÍA-SAN MIGUEL, L., *La sociedad autogestionada: una utopía democrática*, Madrid, UCM, 1980, p. 91.

<sup>5</sup> GARCÍA-SAN MIGUEL, L., *La sociedad...*, cit., p. 167.

eudemonista: se justifican en tanto son los mejores medios para alcanzar la felicidad, y eso es algo que sólo se puede comprobar a través de nuestra experiencia.

Tras lo dicho, apenas hace falta recordar que el profesor García-San Miguel abrió una corriente nueva en la asignatura, si bien minoritaria y por ello mismo destinada a cierta marginalidad; lo cual no impidió que numerosos colegas de uno u otro signo disfrutaran de su amistad y de su apoyo y muchos de ellos correspondieran sinceramente. En todo caso, el solo conocimiento de su obra es suficiente para considerarlo como uno de los filósofos del Derecho españoles más importantes del siglo pasado. Quien le conoció y vivió con él la evolución de nuestro curioso país, sabe además de su influencia como intelectual en el terreno político. Y aunque, sin duda, no se puede decir que deje un discipulado amplio en un sentido formal del término, su pensamiento ha formado y ha orientado el de muchos, lo que le sitúa como uno de los referentes intelectuales de más de una generación de profesores.

Mi relación con él fue corta. No vivimos grandes aventuras académicas (alguna hubo) ni pudimos compartir recuerdos comunes de tiempos pretéritos. Pero lo que recibí de él, su apoyo, su afecto, su compañía, ha conformado una parte importante de mi vida. Lo que le debo ya no se lo podré pagar. Y bien que lo siento.

Quedan, entre otras muchas cosas, su ejemplo y su invitación a la felicidad:

Queridos amigos, los mejores, os convoco  
como en los viejos tiempos  
[...]  
Sobre todo, compañeros del alma,  
tened siempre presente  
el principal objeto de este acontecimiento:  
refr, beber, cantar con los viejos amigos,  
disfrutar de la vida,  
como en los buenos tiempos<sup>6</sup>

El profesor García-San Miguel, nuestro querido Luisón, nos dejó el 17 de diciembre de 2006 a los setenta y siete años.

---

<sup>6</sup> GARCÍA-SAN MIGUEL, L., «Convocatoria» (fragmento), en *Poemas tardíos*, El oriente de Asturias, Llanes, 1996, pp. 66-67.



## Luis García-San Miguel:

### *In memoriam*

Por ELÍAS DÍAZ

Universidad Autónoma de Madrid

El pasado 17 de diciembre de 2007 tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares un acto en recuerdo y homenaje del profesor Luis García-San Miguel, catedrático de Filosofía del Derecho y Decano de dicha Facultad, como conmemoración del primer aniversario de su fallecimiento. Tomaron parte en tal acto, bajo la presidencia del Rector Virgilio Zapatero, junto al Decano Alfonso García-Moncó, José Carlos Región en representación de los estudiantes, así como el miembro del Congreso de los Diputados Eugenio Nasarre y los profesores José María Espinar y el autor de estas páginas, revisadas y ampliadas, conservando la forma, de la que fue allí su intervención oral.

\* \* \*

Creo que convendrán conmigo –amigos y amigas presentes– en que nuestro viejo Luisón estaría disfrutando aquí a lo grande en esta tarde alcalaina. Sonriente, socarrón y viéndose rodeado de tantas gentes a las que (con las que) tanto quería y, además, todo el mundo hablando (bien) de él. Recordaría que a esa edad, a cualquier edad, todos los elogios son pocos. Aunque, pensándolo mejor, quizás lo que hubiese preferido es que también se hablase a la vez algo mal de él, no en exceso, moderadamente. Él solía decir que hablar mal de los amigos une mucho. Acostumbrado a la crítica, sospecharía que algo malo, muy malo (le) tendría que estar pasando para que todos unánimemente hablásemos sólo bien de él, de sus méritos y virtudes personales e intelectuales.

Así, por ello, de acuerdo con él, yo procuraré tener en cuenta en mi intervención/conversación tanto las bondades como las maldades: era como lo hacíamos siempre desde los viejos tiempos. Y seguiré en esa misma actitud ahora: es casi lo único, lo poco que puedo yo hacer que no sea ni le parezca

tan irremediablemente malo lo que (le, nos) está pasando. No me perdonaría que ya no me metiera con él, que ya no le considerase interlocutor «valable», como decíamos de jóvenes, como «alter ego» para el diálogo y la crítica con él y con sus escritos.

Quienes nos conocen, todos los presentes, saben bien que nuestras relaciones personales (largas cenas, breves paseos, en verano en Asturias, en invierno en Madrid) o nuestras conversaciones y encuentros más profesionales (mesas redondas, coloquios, conferencias y otros comunes eventos intelectuales) lo eran con frecuencia de carácter polémico y discrepante. Si bien con un fondo común de básicas concordancias: en filosofía política, democracia *versus* dictadura (cuando ésta imperaba no todos querían verlo así); y, a su vez, en filosofía moral y jurídica, crítica del iusnaturalismo teocrático desde las plurales perspectivas (¿Hume o Kant?) de la Ilustración. Nosotros siempre justificábamos ese talante y esa práctica de disputas y contraste dialéctico, al menos yo –contra gentes como Carl Schmitt o Donoso Cortés, marqués de Valdegamas que odiaban a la «clase discutidora» y amaban a la decisión dictatorial–, alegando que la raíz del conocimiento está también el libre debate, en la confrontación de ideas, en hacer uso público de la propia razón, cosas todas ellas consustanciales con la buena democracia, deliberativa y participativa.

A Luis le gustaba presumir de qué discutía sólo para «vacilar», para provocar o para alargar indefinidamente cenas y reuniones; pero la verdad es que no era tan frívolo y voluble como a veces quería aparentar. La verdad es que se aferraba con tenacidad a sus posiciones –por ejemplo, sobre los artífices de la transición o las excelencias del nocognoscitivismo– tanto o más que como yo a las mías. En ocasiones, hasta terminábamos agotados, hartos uno de otro (y, de los dos, nuestros/as pacientes acompañantes), pero después volvíamos y seguíamos siendo colegas y amigos, me parece que también a largo plazo con algunas validas aportaciones mutuas.

De todos modos es bien cierto que durante ese largo tiempo de nuestro común periplo personal y profesional hubo, por unas u otras razones y situaciones, diferentes fases de, por un lado, mejores encuentros y entendimientos y, por otro, de peores desencuentros y distanciamientos. Estos últimos, de manera más o menos intermitente, sobre todo los más agrios, en los inicios de la transición (incluso un poco antes de ella) y, después, en varios momentos con los gobiernos socialistas de los años ochenta. De algunos de ellos sería expresión política e intelectual una irreflexiva y bastante injusta «Introducción con rasgos biográficos» que Luis García-San Miguel publicó en 1993 al frente de la recopilación de trabajos suyos titulada precisamente *Hacia la justicia*. También posee ese mismo carácter de autobiografía intelectual su otra recopilación *De memoria. Ensayos sobre la filosofía jurídica española*, con prólogo de Gregorio Peces-Barba, 1997.

Allí, en la primera de ellas, reaccionando reductivamente a una más amplia y matizada clasificación de tendencias que, medio en broma, medio en serio, yo había hecho sobre la filosofía jurídica española de esos tiempos (y que después incluí en mi libro *Un itinerario intelectual, de filosofía jurídica y política*, p. 134), aquel con ese mismo espíritu simplificaba y amalgamaba todo ello en una polarización binaria de tales tendencias en –decía– «dos escuelas rivales a las que coloquialmente llamo de Trento y de Ferraz». Pero añadía, tras designarme *nominatim* como «promotor de la escuela de Ferraz que «nuestra asignatura está asolada» (es decir destruida o arrasada) por ellas, y además unía malévolamente a ambas en «una no indisinulada hostili-

dad que –según él– «tridentinos» y «ferracianos» profesan a la ideología liberal». Por supuesto que García-San Miguel se consideraba pretendido líder de una «tercera vía» de independientes con sede –siempre vacante– en Pastana: «ni de Ferraz ni de Trento», le decía a Patricia Barbadillo en una excelente y significativa entrevista autobiográfica publicada en los volúmenes de homenaje que le dedicamos en 2002.

Algunos de los amigos y amigas que nos escuchan hoy –los reconozco aquí– estuvieron también presentes en el acto de presentación en 1994 de aquel libro de Luis García-San Miguel, *Hacia la justicia*, en el cual participaron, además de quien les habla, los profesores Antonio E. Pérez Luño, Antonio Truyol y Serra y Joaquín Ruiz Jiménez. Y seguramente recuerdan todavía sorprendidos, pues no es algo habitual en un acto social de esas características, las fuertes críticas que en tono firme pero cordial hube de formular ante tales reducciones y amalgamas llevadas a cabo por aquél tanto en sus escritos como en sus coetáneas manifestaciones orales por doquier. Si vuelvo yo ahora sobre ello es por lo que él mismo dice allí como expresión tanto de su pasado como, desde entonces, de su lenta e inconstante progresión hacia posiciones de mejor madurez. «Viene esto a cuento de que –escribía aquél en 1993–, habiendo sido socialista liberal en el pasado, soy, en el presente un hermano separado de Ferraz. Por amistad, mentalidad y porque, a fin de cuentas, todos dependemos de lo que fuimos, estoy más cerca de Ferraz que de Trento, pero, como buen «heterodoxo», he desarrollado cierta paranoia «antiferraciana» de la que, poco a poco, me voy curando». Así estuvimos ya en todos estos últimos tiempos, siempre él, contumaz utilitarista y centrista liberal, resistiéndose a aceptar la verdadera verdad, por más que sin duda alguna fuera con nosotros –un nosotros de socialismo plural– con quienes más se complacía en cenar y en discrepar.

En un marco académico (en el buen sentido de la palabra) como el que acoge la Universidad de Alcalá para este acto de homenaje y recuerdo al Profesor y Decano Luis García-San Miguel, bajo la Presidencia del también iusfilósofo y Rector Virgilio Zapatero, se hace preciso resaltar, siquiera sea de modo sumario, algunos de los rasgos generales definitorios de los espacios teóricos, las áreas de trabajo que fueron de su especial dedicación e investigación. En ellos se apuntarán con brevedad, según mi propuesta, controversias y divergencias pero también concordancias y convergencias, como por lo demás están ya haciendo en pluralidad de posiciones los componentes de esta mesa de intervinientes, amigos todos de la verdad y también de Luis García-San Miguel.

Tres son, desde tal perspectiva, estas sus principales e interrelacionadas áreas temáticas, en las que concuerdo: la que corresponde de manera más específica y más propia de nuestra cualificación profesional, la filosofía jurídica y su teoría de la justicia; en indudable conexión con ella, mayor o menor, de uno u otro carácter, la referida a cuestiones sustantivas de la filosofía moral y política; pero todo ello, en buena parte situado –con imprescindible atención a la historia– en el contexto de la España contemporánea (realidad social y vida intelectual), concretado aquí por él en sus escritos sobre el régimen franquista y, de manera muy especial, sobre génesis y caracteres de la transición a la democracia. Pero, repito, son temas y escritos, los de esas áreas, que se producen siempre allí en abierta comunicación y correlación.

a) La filosofía jurídica de Luis García-San Miguel ha sido desde sus orígenes, en sus motivaciones básicas, y creo que así ha seguido siendo hasta

el final, clara expresión de esa triple conjunción temática (que, reconozco, era y es también la mía). Se trataba de construir una ética política laica y democrática y para ello un pensamiento crítico en radical oposición al iusnaturalismo teológico y teocrático impuesto en aquellos tiempos como ideología jurídica oficial por la dictadura franquista, pero que en el mundo actual está todavía presente en los poderosos residuos, por ejemplo, de no pocas manifestaciones doctrinales de las jerarquías religiosas, de obispos (aquí) y de ayatolahs (allah).

Es bien cierto que, aparte de esos residuos, el debate académico en nuestros días sobre el iusnaturalismo, incluso su mismo concepto, se ha ido haciendo entre los iusfilósofos mucho más complejo, plural y sofisticado, aún excluyendo aquella dogmática teológica: parece como si ya nada, o todo, valiera para ese referente, al lado o frente del positivismo. Puede que hoy no sepamos bien, ni estemos siempre seguros, de lo que queremos decir, cuando debatimos a favor o en contra, con el término iusnaturalismo. No entro ahora aquí en tan ardua y delicada cuestión. Pero desde luego, en aquellos tiempos y aquí en España con la Iglesia en el poder, sí que sabíamos muy bien lo que el iusnaturalismo significaba: era la ideología oficial del nacional catolicismo, de su régimen político negador de los derechos naturales, y en la Universidad la imposición de una filosofía jurídica en esa misma dogmática dirección. Algunos de nosotros sufrimos durante largos años esa represión política y académica. Pero esos iusnaturalismos no son sólo cosa del pasado: hoy, por ejemplo, los encontramos reencarnados en los más reaccionarios «teocons» siempre tan bien avenidos con sus correlativos «neocons». Bien claro lo anterior, bienvenido sea el necesario debate posterior y actual sobre los problemas de fondo que subsisten (y subsistirán, pero no sin avances) así como sobre las posibilidades, significaciones e implicaciones del muy diferente iusnaturalismo racionalista derivado de la mejor Ilustración. De muchas de estas cosas –no sin discrepancias– es de lo que hablábamos y discutíamos con Luisón.

Desde sus *Notas para una crítica de la razón jurídica*, de 1969, a *Los fundamentos del Derecho. (Penúltimos apuntes)*, 2003, pasando, entre otros, por los ensayos recopilados en *Hacia la justicia*, de 1993 ya mencionada antes, está siempre presente esa su actitud de oposición al iusnaturalismo. Y lo es en él desde una filosofía jurídica –derivada de su filosofía moral no cognocitivistica– que se manifiesta con un carácter empirista, positivista y utilitarista. Pero ello –advirtamos– en todo momento asumido desde actitudes no dogmáticas, nunca maximalistas, con un talante –eso sí– de firmeza relativista y hasta escéptica. Desde ahí, en ese contexto, el Derecho y el papel argumental y de aplicación por los operadores jurídicos, no es visto propiamente como una ciencia, al menos no una ciencia «dura», sino como una técnica (de argumentación) por la que se interroga en sus penúltimos apuntes (p. 79): «¿Cabría quizás considerarla como una «tecnología», útil para la resolución de conflictos?». Evidente que no es este el lugar ni el momento para extendernos más acerca de las implicaciones y exigencias que todo ello pueda suponer para la Filosofía del Derecho, también desde mis argumentaciones por un «realismo crítico».

b) Esa filosofía moral –derivada de una prevalente lectura individualista de la modernidad que marcaba su utilitarismo, incluso su ética de la felicidad– conlleva de modo coherente en Luis García-San Miguel a la filosofía política de indudable, aunque no invariable, carácter liberal; o quizás fueron más bien las connotaciones pluralistas y relativistas de ese liberalismo políti-

co las que favorecieron su emotivismo, su no cognoscitivismo moral. En los primeros años sesenta, cuando jóvenes profesores nos conocimos, conspiraba como social-demócrata en los grupos universitarios próximos a Tierno Galván; y en la Facultad de Filosofía colaboraba con Aranguren, a quien luego sustituyó tras la expulsión de éste en 1965. Creo que fue después, como reacción negativa a la experiencia violenta de la «revolución estudiantil» en México en 1968 —donde estaba entonces como profesor invitado—, cuando comienza a producirse el abandono de las ideas socialistas y su posterior permanente inflexión reductiva hacia tal liberalismo. Así, en los tiempos posteriores, ya en marcha la transición española a la democracia, aquel habría de ir —creo— involucionando hacia posiciones más conservadoras, pero siempre, no obstante, como liberal. Sería entonces cuando se produjeron las mayores desavenencias y enfrentamientos, algunos muy fuertes, con sus antiguos compañeros y amigos que, de un modo u otro, permanecían (permanecíamos) en el ámbito del socialismo democrático.

Algunos libros y artículos de esos años muestran bien el sentido de esas variaciones en su pensamiento político: así se marca desde, todavía, *La sociedad autogestionada: una utopía democrática*, aparecida en 1972, con prólogo de Dionisio Ridruejo a, cuatro años después, los *Escritos sobre la libertad política y el socialismo* (1976), para los cuales y los relacionados con la transición reenvió a mi extenso comentario crítico titulado *Sobre la oposición y la transición*, publicado en la revista «Sistema», núm. 14, julio de 1976 (después recopilado en mi libro *La transición a la democracia. Claves ideológicas*, 1987). Como hito importante podrán asimismo figurar en aquella línea sus trabajos sobre *La crisis de la izquierda*, de 1988. Esos fueron los años de nuestras mayores distancias y disensiones pero también, como decía antes, de nuestras nunca interrumpidas relaciones y discusiones. Por decirlo en pocas palabras, su fundamentalista línea de ataque venía conducida (no sin graves contradicciones internas) por el empeñamiento en considerar a todo socialismo, incluido el que fue siempre democrático, como casi absolutamente sinónimo de totalitarismo, como negador por tanto de los derechos y las libertades, como supresor de toda propiedad privada para imponer sin más la colectivización y/o estatalización de toda la economía. No se lo creía pero lo utilizaba continua y hábilmente en sus polémicas. Poco a poco, mediados los años noventa, fueron viniendo por su parte tiempos de mayor apaciguamiento y sosiego. Tal vez también de lógica incomodidad y algún tardío desencanto; con la derecha en el poder, ahora estábamos nosotros en lo que a él más le gustaba ejercer: en la crítica y en la oposición. Como resultado posterior a todo ello él prefería verse desde ahí hasta el final como más cercano, con buenas e ilustres compañías, a un «liberalismo igualitario». De todos modos, siempre seguimos contraponiendo frente al (individualista) empirismo utilitarista de la felicidad el (socialista) racionalismo democrático de la solidaridad.

c) De lo que Luis García-San Miguel estuvo siempre personalmente más orgulloso era, creo yo, de sus diagnosis y terapias, análisis y praxis, para la transición: para el cálculo de cómo podría ser (después de Franco ¿qué?) el tránsito de la dictadura a una democracia sin duda deseada y demandada por él (por Franco y los franquistas no). Publicó en «Sistema» (números 1 y 4, 1973) sus primeros y principales trabajos, luego reunidos junto con otros posteriores en su libro, de 1981, *Teoría de la transición. Un análisis del modelo español 1973-1978*. Y asimismo, después, en su recopilación de 1997, *En prensa. Artículos de la transición*. Aquellos meritorios primeros artículos

suyos fueron muy debatidos y también muy criticados desde la oposición de izquierda en la medida en que se aceptaban allí tiempos, espacios y modos de cambio cuyo control quedaba casi por completo en manos del propio régimen dictatorial, bien fuera desde planteamientos más realistas y oportunistas, bien desde sectores más sinceramente aperturistas y democráticos. El resultado de aquello era una muy limitada y exclusiva «reforma» desde dentro que quería contraponerse a una casi traumática «ruptura» controlada desde la clandestina e ilegal oposición democrática. Ya conocemos cómo se produjo el necesario consenso y se llevó a buen término la «ruptura pactada» que haría posible la Constitución de 1978.

Lo que bien acabó (sin triunfalismos modélicos), y en ello coincidíamos los dos con la inmensa mayoría del pueblo español, para nada era el final de nuestras implacables diferencias hermenéuticas. En este recordatorio de aquellas relaciones intelectuales y políticas, hay que subrayar que Luis García-San Miguel siempre insistía mucho más en que los principales artífices de la transición habían sido los aperturistas del régimen, que simbolizaba de modo especial en los nombres de su paisano asturiano Torcuato Fernández Miranda y, sin querer indagar mucho en los motivos de los posteriores enfrentamientos entre ambos, del por todos reconocido Adolfo Suárez, casi acusado de traidor por el que había sido su mentor. Creo que sin dejar de reconocer lo positivo de unas u otras de tales concretas actuaciones –y también aún más la influencia de aquellos (políticos e intelectuales) que, procedentes del régimen, habían ido evolucionando desde tiempos atrás a posiciones discrepantes, críticas, incluso en algunos de ruptura– yo por mi parte he subrayado mucho más el decisivo impulso que en tal decisiva ocasión representaron para la consecución de la democracia las fuerzas políticas, partidos, sindicatos, movimientos cívicos, desde siempre habían estado en la clandestinidad y la oposición ilegal a la dictadura. Por supuesto que no se trataba sólo en ese debate de una cuestión genética, de legitimidad de origen, sino de contenido, de coherentes exigencias y consecuencias.

En artículos míos de esos años (1976-1986), luego reunidos en el ya mencionado libro *La transición a la democracia. Claves ideológicas* (1987), están los testimonios escritos de las disensiones con esos otros libros de aquél sobre estas mismas cuestiones. Podría constatar que mi perspectiva coincidía más con las tendencias e interpretaciones mayoritarias de centro y de izquierda que se insertan en una coherente identificación constitucional. En cambio, la defendida por el amigo Luisón creo que ha encontrado más favorable acogida –*pro domo sua*– en los sectores de la derecha tradicional pero, como reverso, también –reconozcámoslo– en otros de la extrema izquierda extraparlamentaria que justifican así –en que no hubo verdadera «ruptura», sino sólo «reforma» interior– su desencanto y alejamiento del sistema democrático vigente en la España actual. Con argumentaciones y matizaciones sobre unas u otras de esas interpretaciones, publiqué yo en esos años el ensayo *Las ideologías de (sobre) la transición* que, tras otras salidas, fue después incorporado a mi libro *Ética contra política. Los intelectuales y el poder* (1989).

Diría para concluir, siempre de modo provisional, estos recuerdos y aseveraciones de hoy, que el juicio de fondo de Luis García-San Miguel sobre la transición a la democracia en nuestro país –eso que he llamado antes su diagnóstico y su terapia– creo que donde se muestra con toda nitidez es en un texto suyo de 1981, cuando hace, a la vez, el balance de aquellos sus primeros artículos y del propio devenir digamos progresista de aquélla. Escribe de sí mismo en la «Introducción» a su ya citada *Teoría de la transición*: «Aunque

los artículos a que me refiero contienen algunas anticipaciones acertadas y análisis de actitudes bastante defendibles, en una cosa, por lo menos, se equivocan: en el pensamiento –señala– de que la reforma, en el caso de que fuera posible, habría de ser muy lenta y moderada y habría de pasar por una serie de avances y retrocesos. Esto es: el autor creía –le honra este reconocimiento– que la reforma había de venir, si venía, por la que en este libro llamo «vía Arias», una vía moderadísima y llena de dificultades. Nunca creyó que las cosas pudieran llegar tan lejos como las llevó luego Adolfo Suárez. Y por eso –añade– se equivocó al oponerse a aquellos sectores de la prensa que propugnaban una reforma en profundidad, aproximadamente como la que luego tuvo lugar. Tuvo que verlo para creerlo».

Pero querido Luis, ahora en la distancia, entonces en la proximidad, no eran sólo ni prioritariamente «aquellos sectores de la prensa» los que propugnaban «una reforma en profundidad», es decir una reforma para la ruptura democrática. Ni tampoco estaba solo Suárez individualmente cuando con gran mérito, hizo lo que hizo en pro de la transición. Eran todas las fuerzas democráticas y, si se quiere, como señaló por entonces en su visita a Estados Unidos el propio Rey Juan Carlos, era todo el pueblo español (muy mayoritariamente, al menos) quien estaba a favor de esa democracia para el presente y el futuro de nuestro país.

Releo todo lo dicho y escrito hasta aquí y siento, Luisón, que (me) falta algo esencial, fundamental como es el que ya no podemos quedar a cenar, ni me puedas contestar. Cabe volver otra vez a tus libros y papeles –seguro que hay allí cosas válidas para (contra) esta «autocrítica» mía de ahora por la que te pido perdón– pero no será ya lo mismo. Nos vamos quedando más solos. ¡De verdad que te echamos de menos, viejo asturcón!



## RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

### I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés.

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.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección del *Anuario de Filosofía del Derecho* (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). Opcionalmente, también pueden enviarse en papel y soporte informático CD, en un programa de procesador de textos de Microsoft Word para PC o para Macintosh, indicando en el texto y el disco el autor, título del trabajo y en su caso, la versión del programa informático utilizado. No es necesario enviar el trabajo en papel.

También deberá enviarse junto al nombre del autor, la universidad a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

### 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 se indicarán 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 Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp. 1-48.

B. *Sistema tradicional*: citas bibliográficas 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, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3. Trabajo o 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:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*». El evaluador interno será el Consejo Asesor del Anuario de Filosofía del Derecho. El evaluador externo será decidido por el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho. Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos, tanto del evaluador interno como del externo. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, siempre

y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y si se estima conveniente, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las correcciones oportunas. En tal supuesto, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Asesor, y en su caso, al Consejo de Redacción de la revista.

Serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.

Los autores de los trabajos aceptados recibirán por correo ordinario una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores de los trabajos rechazados recibirán por correo ordinario una certificación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente.

La fecha límite de admisión de originales será el último día del mes de marzo correspondiente al año de edición del Anuario.





